



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Francisco de Assis de França Júnior

**A RELEVÂNCIA JURÍDICO-CRIMINAL
DA TENTATIVA DIANTE DA DÚVIDA DO
AGENTE NA CONCRETIZAÇÃO DO
RESULTADO**

UM CONTRIBUTO CRÍTICO SOBRE A PROBLEMÁTICA
DEFINIÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO NO ÂMBITO DO
DOLO EVENTUAL

Tese no âmbito do curso de doutoramento em Direito com área de
especialização em Ciências Jurídico-Criminais, orientada pelo Senhor
Professor Doutor José de Faria Costa e apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra.

Julho de 2022



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Francisco de Assis de França Júnior

**A RELEVÂNCIA JURÍDICO-CRIMINAL
DA TENTATIVA DIANTE DA DÚVIDA DO
AGENTE NA CONCRETIZAÇÃO DO
RESULTADO**

UM CONTRIBUTO CRÍTICO SOBRE A PROBLEMÁTICA
DEFINIÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO NO ÂMBITO DO
DOLO EVENTUAL

Tese no âmbito do curso de Doutoramento em Direito com área de
especialização em Ciências Jurídico-Criminais, orientada pelo Senhor
Professor Doutor José de Faria Costa e apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra.

Julho de 2022

“Eu elogio todo ceticismo ao qual me é permitido responder: ‘tentemos isso!’ Mas que eu não mais ouça falar de todas as coisas e questões, que não permitam o experimento. Este é o limite do ‘senso de verdade’ (*Wahrheitssinnes*): pois ali a coragem perdeu seu direito.”

NIETZSCHE, Friedrich W. *A gaia ciência*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 415-416.

AGRADECIMENTOS

A tese que neste momento se conclui é, evidentemente, fruto de muito esforço (físico e intelectual), mas, sobretudo, de muitas renúncias. Aos meus pais, esposa e filhas, principalmente, deixo registrada minha eterna gratidão pela paciência e pela compreensão nos momentos em que, justo por conta da investigação, impunha-se minha ausência no dia a dia.

Aos amigos e amigas que prontamente me atendiam com indicação de textos pertinentes ao que escrevia no momento, meu eterno respeito e minha admiração pela generosidade.

Aos funcionários da Universidade de Coimbra, muito especialmente aos que se dedicam a nos atender quando precisamos de um texto para estudo, meu desejo de longa vida e sucesso.

Ao Centro Universitário Cesmac, sediado em Maceió/AL, renovo meu compromisso de continuar dedicado a dar sempre o melhor no exercício de minhas atribuições como professor.

Ao meu orientador, o Senhor Professor Doutor José de Faria Costa, minha gratidão por ter aceitado a orientação e pela generosidade e paciência com as quais sempre me atendeu.

RESUMO

A presente tese de doutoramento em Direito foi desenvolvida com o objetivo principal de analisar criticamente a relevância jurídico-criminal da tentativa diante da dúvida do agente na concretização do resultado, enfatizando-se, entretanto, diante do complexo labirinto dogmático, a problemática definição do elemento volitivo no âmbito do dolo eventual. Nesse sentido, muito especialmente na primeira parte da tese, foram empreendidos todos os esforços para que restasse adequadamente contextualizada a estruturação da dogmática jurídico-criminal, bem como para que se percebesse da maneira mais clara possível a fundamentação para a escolha da série de caminhos trilhados até que nos fosse possível apresentar uma conclusão final. O que se recortou como problemática a ser enfrentada, dito sucintamente, foi se seria possível, de uma maneira segura e coerente, do ponto de vista de uma dogmática estruturada em valores democráticos – onde a liberdade é a regra previamente fundamentada e o exercício do poder punitivo é contido no máximo possível –, uma punição da tentativa com o dolo eventual. Seriam, portanto, essas categorias dogmáticas legitimamente congruentes? Embora a doutrina e os tribunais portugueses, e assim também no restante da Europa, em sua maioria, admitam essa punibilidade, a hipótese central oferecida na investigação foi a de que o estado de incerteza ainda existente, tanto sobre os limites entre o ato preparatório e a execução, como (e sobretudo) entre o dolo eventual e a negligência consciente, não deveria permitir a opção pela responsabilização criminal nos termos atualmente prevalentes. A conclusão a que chegamos, a partir de uma investigação que se utilizou de métodos variados, mas fundamentalmente de abordagens do tipo analítico, qualitativo e comparativo, com o suporte da revisão de literatura e da consulta a banco de dados de inúmeros tribunais europeus, foi a de que o entendimento majoritariamente aceito na atualidade, ou seja, pela punibilidade da tentativa com dolo eventual, tem se sustentado mais na perspectiva da política criminal – onde preponderam as decisões de cunho político, campo, portanto, mais suscetível às pressões populares e midiáticas com seus tradicionais discursos sobre a impunidade e a alegada necessidade de intensificação das punições –, do que propriamente na perspectiva dogmática, cuja função deve ser a de servir como barreira ao arbítrio, como instrumento de racionalidade e de contenção do poder punitivo, muito especialmente diante da dúvida sobre os limites de uma determinada categoria conceitual.

Palavras-chave: Tentativa; Dolo eventual; Dogmática; Política criminal; Punibilidade.

ABSTRACT

The present doctoral thesis in Law was developed with the main objective of critically analyzing the legal-criminal relevance of the attempt in the face of the agent's doubt in the realization of the result, emphasizing, however, the problematic definition of the volitional element within the scope of *dolus eventualis*, given the complex dogmatic labyrinth. In this sense, and especially in the first part of the thesis, every effort was made both to ensure that the structuring of the criminal-juridical dogmatics was properly contextualized as well as to make as clear as possible the rationale for choosing the series of paths pursued until we could effectively present a final conclusion. Briefly stated, what was highlighted as a problem to be faced, in a safe and coherent way, and from the point of view of a dogmatics structured on democratic values - where freedom is the pre-founded rule and the exercise of power punitive contained to the utmost -, was whether a punishment of the attempt with *dolus eventualis* would be possible. Are, therefore, these dogmatic categories legitimately congruent? Although the Portuguese doctrine and courts, as well as the rest of Europe, for the most part, admit this punishment, the central hypothesis offered in the investigation was that the still existing state of uncertainty either about the limits between the preparatory act and execution, or (and above all) between the *dolus eventualis* and conscious negligence, should not allow the option of criminal liability under the currently prevailing terms. The conclusion we reached, from an investigation that made use of various methods but fundamentally of analytical, qualitative and comparative approaches, with the support of literature review and database consultation in numerous European courts, was that the mostly accepted understanding today, that is, the punishability of the attempt with *dolus eventualis*, has been supported more from the perspective of the criminal policy - where decisions of a political nature prevail, and, therefore, a more susceptible field to popular and media pressures with their traditional discourses on impunity and alleged need to intensify punishments - rather than the dogmatic perspective, whose function should be to serve as a barrier to discretion, as an instrument of rationality and containment of punitive power, especially in the face of doubt about the limits of a given conceptual category.

Keywords: Attempt; *Dolus eventualis*; Dogmatics; Criminal policy; Punishment.

SIGLAS E ABREVIATURAS

Art.	Artigo
AT	Allgemeiner Teil
BGH	Bundesgerichtshof
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
LG	Landgericht
MMA	Mixed Martial Arts
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
PE	Parte Especial
PG	Parte Geral
RPCC	Revista Portuguesa de Ciência Criminal
SS	E seguintes
StGB	Strafgesetzbuch
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
STS	Sentença do Tribunal Supremo
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

ÍNDICE

1. Coordenadas da investigação: a apresentação do mapa de nosso percurso.....	12
1.1. A problematização: ou o que se pretende enfrentar especificamente	14
1.2. A justificativa: ou a relevância no estágio atual do conhecimento.....	19
1.3. As hipóteses de trabalho: ou a distribuição das “setas indicadoras”	24
1.4. Os objetivos: ou para que não se perca o foco durante a investigação.....	26
1.5. O referencial teórico de partida: ou o principal guia conceitual	28
1.6. O método: ou como planejamos superar a problematização proposta	30
1.7. Sobre algumas questões terminológicas	33

PARTE I – A ESTRUTURAÇÃO DOGMÁTICA DO CONCEITO DE CRIME: PARA UMA NECESSÁRIA CONTEXTUALIZAÇÃO	39
---	----

CAPÍTULO I – O PENSAMENTO SISTEMÁTICO E A NECESSIDADE DE ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO-CRIMINAL: OS PRIMEIROS PASSOS.....	40
---	----

1. Considerações iniciais	40
2. A dogmatização do conceito de crime: lance de olhos em redor das bases históricas.....	48
3. A teoria do crime e seus principais referentes internos: a conduta e o resultado	72
3.1. O que fazer preponderar, afinal: o desvalor da conduta ou o desvalor do resultado?	83
4. O dolo e a negligência	101
4.1. As modalidades de dolo e de negligência	107
5. Referências conclusivas	121

CAPÍTULO II – A TENTATIVA E O DOLO EVENTUAL: MAIS ALGUNS PASSOS	124
---	-----

1. Considerações iniciais	124
2. Sobre as teorias definidoras da estrutura do crime tentado	126
2.1. A tentativa como uma categoria dogmática (in)dependente da consumação	138
3. Sobre as teorias definidoras da estrutura do dolo eventual.....	147
3.1. A (in)existência do elemento volitivo como ponto nevrálgico.....	169
4. As perspectivas teóricas de partida assumidas até aqui na presente investigação	180
5. Referências conclusivas	183

CAPÍTULO III – QUESTÕES PRINCIPIOLÓGICAS DE FUNDO (OU: PARA ILUMINAR OS CAMINHOS): O “MÍNIMO ÉTICO”, A PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICO-CRIMINAIS E A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DA OFENSIVIDADE.....	186
---	-----

1. Considerações iniciais	186
2. O “mínimo ético” e a dignidade criminal.....	188
3. A proteção dos bens jurídico-criminais	194
4. A necessária observância da ofensividade.....	201
5. Referências conclusivas	207

PARTE II – A RELEVÂNCIA JURÍDICO-CRIMINAL DA TENTATIVA DIANTE DA DÚVIDA DO AGENTE NA CONCRETIZAÇÃO DO RESULTADO	210
---	-----

CAPÍTULO I – A PROBLEMÁTICA DA DÚVIDA DO AGENTE NA CONCRETIZAÇÃO DO RESULTADO: PARA UMA APROXIMAÇÃO	211
---	-----

1. <i>Considerações iniciais</i>	211
2. <i>Sobre as caracterizações da dúvida e da certeza na dogmática jurídico-criminal: o dolo eventual perspectivado como uma espécie de dolo excessivamente duvidoso</i>	214
3. <i>Probabilidade e estatística como parâmetros para a definição dos níveis de dúvida: poderiam modelos matemáticos resolver as controvérsias sobre o dolo eventual?</i>	234
4. <i>As questões filosóficas (e lógicas) sobre duvidar e decidir-se quanto ao resultado obtido: mais algumas perspectivas sobre a (im)prescindibilidade do elemento vontade no dolo</i>	261
5. <i>Referências conclusivas</i>	278

CAPÍTULO II – AS TESES SOBRE A (IN)CONGRUÊNCIA ENTRE A TENTATIVA E O DOLO EVENTUAL PARA EFEITO DE RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL: EXPLORANDO O CERNE DA PROBLEMATIZAÇÃO PROPOSTA A PARTIR DE PORTUGAL.....	281
--	-----

1. <i>Considerações iniciais</i>	281
2. <i>Argumentos favoráveis à punibilidade</i>	285
3. <i>Argumentos contrários à punibilidade</i>	292
4. <i>Argumentos diferenciadores sobre a punibilidade</i>	301
5. <i>O posicionamento dos tribunais europeus</i>	303
5.1. <i>Em Portugal</i>	307
5.2. <i>Em Espanha</i>	310
5.3. <i>Em Alemanha</i>	312
5.4. <i>Em Itália</i>	316
6. <i>Referências conclusivas</i>	319

CAPÍTULO III – A DEFESA DE NOSSA POSIÇÃO.....	323
---	-----

1. <i>Considerações iniciais</i>	323
2. <i>A responsabilização criminal é uma questão meramente legal? Trata-se de se fazer justiça pura e simplesmente? Afinal, pode o legislador (e a política criminal) (ou mesmo o juiz e a jurisprudência) subverter a dogmática jurídico-criminal?</i>	324
3. <i>Algumas das fragilidades do entendimento majoritário</i>	341
4. <i>Referências conclusivas</i>	344

CONCLUSÕES.....	347
-----------------	-----

BIBLIOGRAFIA.....	351
-------------------	-----

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS: notas preliminares sobre os critérios adotados para a escolha das trilhas percorridas no labirinto da dogmática jurídico-criminal

É inegavelmente farta a quantidade de textos (legais, doutrinários e até jurisprudenciais) produzidos em matéria de ciências jurídico-criminais. No entanto, isso não tem necessariamente se traduzido em uma espécie de *círculo virtuoso*. Muito pelo contrário. Como identificado por José Joaquim Gomes Canotilho¹, especialmente do ponto de vista legislativo, temos “muitas e muitas leis, muitas e demasiado más leis no conteúdo e na forma”. Assim, contemporaneamente, é forçoso reconhecermos certa falta de racionalidade no desenvolvimento de parte considerável desse processo criativo.²

Embora normalmente comprometida com a *lógica* de um determinado sistema³ – que é a linguagem que, em termos iniciais, nos servirá de parâmetro –, o desenvolvimento da dogmática jurídico-criminal também tem se apresentado de maneira volumosa e, não raramente, bastante problemática.⁴ A começar, por exemplo, pela quantidade de teorias propostas na definição (e tentativa de legitimação) de cada uma das categorias dogmáticas encontradas na investigação proposta.⁵ Há, portanto, diante de quem se propõe a explorar esse ramo do conhecimento, um amontoado de argumentos (nem sempre coerentes) que precisam de redobrada atenção para que não nos percamos pelo caminho.

Daí por que a imagem de um labirinto é bastante representativa do desafio disposto à nossa frente. Não é exagero perspectivar a dogmática jurídico-criminal como uma estrutura repleta

¹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. “Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal – contributo para uma teoria da legislação – I Parte”. *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* – estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, 1984. p. 6; Nesse contexto, recomenda-se ainda: FARIA COSTA, José de; MOURA, Bruno. “A interpretação em Direito Penal: um multiversum”. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n. 4001, ano 146, nov.-dez., 2016. p. 96; OST, François. *O tempo do Direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 358.

² Sobre critérios mais condizentes com os valores (alegadamente) *democráticos*, por todos, recomenda-se: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. Trad. de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005. Com “valores democráticos”, aliás, queremos expressar a necessidade de serem observadas determinadas limitações/critérios ao exercício do poder punitivo, sobretudo quanto à principiologia que rege um Estado de Direito Democrático, tais como: a intervenção mínima, a subsidiariedade, a proporcionalidade, a razoabilidade, entre tantos outros.

³ Referimo-nos à *ideia fundante*, que é quem estabelece a *lógica* de funcionamento de um determinado sistema, isso na perspectiva *kantiana*. Tal como desenvolvido no Capítulo I da Parte I.

⁴ Uma sucinta, embora rigorosa, análise crítica sobre o desenvolvimento da dogmática jurídico-penal e seus sistemas pode ser encontrada em: GRECO, Luís. Dos formas de hacer dogmática jurídico-penal. *Revista Discusiones: Dilemas morales y Derecho*, n. 8, 2008. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/dos-formas-de-hacer-dogmtica-juridicopenal-0/>. Acesso em 29 jan. 2019.

⁵ Como constata Bernd Schünemann, “Ya sólo la doctrina alemana sobre el sistema de Derecho penal llena bibliotecas enteras”. SCHÜNEMANN, Bernd. El propio sistema de la teoría del delito. *Revista para el análisis del derecho* – InDret, Barcelona, enero, 1, 2008. p. 2. Segundo o autor, “los tribunales, en cierto sentido, pueden escoger libremente el resultado material que les convenga, pues para cualquier resultado podrán aducir algún apoyo en la bibliografía”. SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación de la ciencia jurídico-penal alemana*. Trad. Cancio Meliá. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 1996. p. 52.

de compartimentos que nos levam a frequentes idas e vindas, que provavelmente só quem com ela está habituado poderia por ela transitar sem maiores preocupações em se perder no percurso. Essa heterorreferência que utilizamos como prelúdio,⁶ pelo simbolismo que carrega – e que nos acompanhará muito lateralmente a partir daqui –, remeteu-nos ao emblemático *Labirinto de Creta*.⁷ Não é por acaso que Kenia Maria de Almeida Pereira⁸ o tem concebido como um ambiente constituído de “espaços desnorteantes e arquitetura emaranhada”. No nosso específico caso, na dogmática enfocada, observar-se-á uma espécie de “jogo abstrato dos entrelaçamentos”⁹, em que estaremos às voltas com um espaço discursivo não propriamente projetado para abrigar um *monstro*, mas para tentar conter a disseminação de arbitrariedades, contradições e insegurança jurídica na estruturação do conceito de crime.

A busca por critérios coerentes, unidade sistêmica¹⁰ e segurança jurídica deve ser o principal componente dessa nossa incursão labiríntica na estrutura pluridimensional do sistema jurídico-criminal.¹¹ Com essa pretensão de imersão racionalizada no complexo contexto da dogmática jurídico-criminal, nosso principal dever é deixar à mostra os *fiões do novelo* que devem nos acompanhar pelas trilhas percorridas. Vejamos então.

⁶ No sentido utilizado em: AROSO LINHARES, José Manuel. Direito e ópera: Na ópera? Como ópera? (and... in...? as...?) – uma “conversa sem música” sobre um encontro inesperado. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 89, 2013. p. 455-468.

⁷ Construção encomendada pelo rei de Creta, Minos, ao arquiteto Dédalo, para que se aprisionasse o Minotauro, uma espécie de monstro metade homem, metade touro. Ninguém jamais havia encontrado a saída, até que Teseu, com a ajuda de um novelo de linha – que lhe havia sido dado por Ariadne, filha de Minos –, conseguiu entrar e sair ileso. A história, uma das inúmeras da mitologia grega, não é curta, muito menos simples de ser resumida, razão pela qual se recomenda: FERRY, Luc. *A sabedoria dos mitos*. Trad. Pedro Vidal. Lisboa: Círculo de Leitores, 2014. E ainda: BRANDÃO, Junito de Souza. *Dicionário Mítico-Etimológico*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2014. p. 425.

⁸ PEREIRA, Kenia Maria de Almeida (Org.). *O Labirinto de Creta*. Uberlândia/MG: Edibrás, 2016. A propósito, de conclusão, pode-se abstrair que “Labirinto e Minotauro são ideias que se ancoram, se sustentam mutuamente: mais estranho que um homem com cabeça de touro é uma casa construída para que nela o habitante se perca”. GARNICA, Antonio Vicente Marafioti. *A experiência do labirinto – metodologia, história oral e educação matemática*. São Paulo: Unesp, 2008. p. 27.

⁹ HOCHE, Gustav R. *Maneirismo: o mundo como labirinto*. Trad. Clemente Raphael Mahl. São Paulo: Perspectiva/Edusp, 1974.

¹⁰ No sentido utilizado por José de Faria Costa, com amparo em Castanheira Neves: “a unidade não é ‘algo de que pura e simplesmente se parte ou se pré-defina como um axioma, mas algo que se postula como intenção e a que em grande medida se procurará chegar, constituindo-a. Não é um dado (pressuposto) e sim uma tarefa (objectivo), já que há-de assimilar uma sempre nova experiência problemática e assumir numa totalização congruente as novas intenções normativas de que através dessas, o direito se vai enriquecendo””. FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 259; NEVES, António Castanheira. A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido. *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito*. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro, Coimbra, 1979. p. 100.

¹¹ Na linha explicitada por Ferrando Mantovani, uma ciência do Direito Penal deve ser perspectivada com *plúrima dimensão*, em que, entre outras providências, “in *termini interdisciplinari*, poiché la scienza penale, pur nella irrinunciabile autonomia del proprio oggetto e del proprio metodo e privilegiando il momento della giuridicità, deve orientare le propria conoscenza secondo una visione pluridimensionale (etica, criminologica, sociologica, economica, politica, ecc), secondo quel criterio della «unità nella diversità», che fonda il sapere scientifico moderno”. MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale: parte generale*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1988. p. 74-75.

1. Coordenadas da investigação: a apresentação do mapa de nosso percurso

Mais enfaticamente quando articuladas no âmbito de um doutoramento, as ciências jurídico-criminais possuem peculiaridades metodológicas que precisam ser mais bem observadas.¹² Na perspectiva de Ricardo de Brito Freitas¹³, a dogmática respectiva “não é um saber como os outros, o que certamente explica o fato de que apenas os estudiosos do direito a considerem uma ciência”. Antevistas as complexidades, nosso propósito é o de deixar à mostra as rotas escolhidas e suas respectivas razões, o que nos parece pavimentar um caminho “mais confiável, mais objetivo, mais preciso, em poucas palavras: mais útil aos fins práticos perseguidos pela ciência do direito penal”¹⁴.

Importa-nos registrar desde já, por necessária honestidade intelectual, que será vã qualquer tentativa de se encontrar uma absoluta *neutralidade axiológica* nas páginas que seguem.¹⁵ O rigor acadêmico exigido, evidentemente, será constantemente perseguido e respeitado, mas parece-nos importante ressaltar que, diante das controvérsias ainda existentes, as opções ou valorações acolhidas podem ter sido impactadas (sobretudo inconscientemente) por uma série de fatores pessoais.¹⁶ Advirta-se, assim, que as opções adotadas e as análises empreendidas são, portanto, discutíveis,¹⁷ sem pretensão de se estabelecer uma espécie de inabalável

¹² Luciano Oliveira, por exemplo, embora enfatize a sociologia jurídica, oferece-nos importantes reflexões críticas que merecem ser consideradas no âmbito da pesquisa em cursos de pós-graduação. Veja-se: OLIVEIRA, Luciano. *Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito*. OLIVEIRA, Luciano. *Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 137-167.

¹³ FREITAS, Ricardo de Brito A. P.. As condições da pesquisa científica em direito penal. *Revista Verba Juris*, ano 6, n. 6, jan./dez. 2007. p. 349. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/view/14871/8426>. Acesso em 29 jan. 2019. No mesmo sentido, veja-se ainda: ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Trad. José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: RT, 2002. p. 36.

¹⁴ FREITAS, Ricardo de Brito A. P.. As condições da pesquisa científica em direito penal. *Revista Verba Juris*, ano 6, n. 6, jan./dez. 2007. p. 350. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/view/14871/8426>. Acesso em 29 jan. 2019.

¹⁵ A esse respeito, valem as reflexões críticas de José de Faria Costa, a partir de Rainer Lippold, segundo o qual importa-nos reconhecer que “todo o acto de pensar, porque fundado em uma valoração, não pode, na concretização da sua actividade (resultado) abandonar aquilo que esteve na sua génese e que com ele cresceu e se desenvolveu”. Para melhor compreensão, veja-se: FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 82; LIPPOLD, Rainer. *Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin*. Wien/New York: Springer, 1989. p. 14 ss.

¹⁶ Como no caso de eventuais preferências advindas de crenças religiosas, posições políticas, experiências profissionais, entre tantas outras que vamos procurar, ao máximo, manter a uma distância segura. Como apontado em: FREITAS, Ricardo de Brito A. P. As condições da pesquisa científica em direito penal. *Revista Verba Juris*, ano 6, n. 6, jan./dez. 2007. p. 355-356. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/view/14871/8426>. Acesso em 29 jan. 2019. Convém, ainda que sucintamente, voltarmos ao tema no item sobre o método da pesquisa (1.5.). Veja-se ainda: “Científicamente resulta honesto que el investigador desvele sus presupuestos ideológicos. Una disociación absoluta entre actitud ideológica o política y modo de encarar la actividad científica no existe, o conduciría a una total esquizofrenia”. CUERDA RIEZU, Antonio Rafael. *El legislador y el derecho penal*. – una orientación a los orígenes. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1991. p. 60.

¹⁷ Na medida aproximada, aliás, daquilo compreendido por Antonio Vicente Marafioti Garnica: “Toda e qualquer análise, portanto, é um processo de atribuição de significado que não se desvencilha desses

verdade, como, aliás, há de ser a dinâmica de articulação do conhecimento no ambiente acadêmico.

É nesse passo que Jesús-María Silva Sánchez¹⁸ – amparado em Bernd Schünemann¹⁹ –, sobre tais contingências, sempre presentes na dogmática jurídico-criminal, sentencia que “es imposible excluir la valoración o, en todo caso, su vinculación a una forma de ver el mundo”. Em sentido muito aproximado, Francisco Muñoz Conde²⁰ sustenta que “uma dogmática puramente sistemática e completamente neutra do ponto de vista político e valorativo não é possível”. Também José de Faria Costa²¹ constata que é “inescapável” a “intromissão de um momento de valoração em qualquer problema jurídico-penal”. O autor afirma na sequência que “O escolher-se este ou aquele critério é sempre fruto de uma ponderada valoração que entende que o critério prosseguido é o que melhor realiza a justiça”.

Além disso, convém insistirmos, como destacado por Manuel Cavaleiro de Ferreira²², em razão das transformações impostas pelas “nem sempre coerentes” produções legislativas, o sistema – qualquer que seja – está suscetível às contingências próprias da valoração, e “não será nunca rigorosamente lógico ou hermeticamente fechado”. É em razão desse contexto que concordamos de maneira irrestrita com Eugenio Raul Zaffaroni²³ quando conclui: “no mundo, não há nenhuma pessoa *asséptica, não ideológica, não partidária e neutra*, pelo menos em estado de relativa saúde mental, posto que todo ser humano participa da sociedade, aceita ou rechaça valores, tem certa cosmovisão e não outra, etc.”. Logo, arremata o autor argentino, “todo ser humano é humano e não pode deixar de sê-lo embora queira”.

Por conseguinte, de maneira rigorosa e responsável, buscaremos situar-nos adequadamente na qualificada rede de investigação tradicionalmente mantida pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Tudo para que possamos, na medida do possível, auxiliar a “tecer

pressupostos vivenciais. Em última instância, toda análise é um exercício de contraponto entre ‘fatos’, percepções, sistematizações prévias etc. que coabitam o espaço desses pressupostos que tenho como certos – ou operacionais – e a partir dos quais me sinto seguro e sou impelido a agir”. GARNICA, Antonio Vicente Marafioti. *A experiência do labirinto – metodologia, história oral e educação matemática*. São Paulo: Unesp, 2008. p. 88.

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 9, n. 36, out./dez. 2001. p. 35.

¹⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991. p. 33 e 147 ss.

²⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. *A história política da dogmática jurídico-penal*. Palestra de encerramento do 19º Seminário Internacional de Ciências Criminais do IBCCRIM, São Paulo, dez. 2015. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/273-Palestra-de-Encerramento-Historia-Politica-da-dogmatica-juridico-penal. Acesso em 11 abr. 2019. A tradução é livre.

²¹ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 539.

²² CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal – parte geral – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982 – II penas e medidas de segurança*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 38.

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doutrina penal nazista – a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945*. Trad. Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 64.

linhas e ciclos com renovada inspiração, e esperando resultados, expressos, além de tudo o mais, em bons artigos e bons livros”²⁴. Diante desse cenário, recai-nos, portanto, segundo Jorge de Figueiredo Dias²⁵, “a enorme responsabilidade de se dar à aventura de procurar e encontrar a solução *mais justa* para cada um daqueles problemas” do nosso cotidiano.

Ao lidarmos com esse “saber de tipo diferente”²⁶, que constantemente “reivindica para si um modo de olhar diferente”²⁷, para evitar que nos percamos pelo caminho e para que se mantenha o rigor exigido academicamente, é imprescindível que, inicialmente, delimitemos a problematização proposta, sua justificativa, as hipóteses sustentadas, os objetivos estabelecidos, o referencial teórico de partida e o método escolhido na concepção da intrincada rede discursiva que se passa agora a tecer.

Somente assim pareceu-nos possível deixar à mostra as necessárias características de um(a) investigador(a) que integra a mencionada rede de investigação acadêmica: capacidade de investigação autônoma, de compreensão, de análise, de criação original e de comunicação.²⁸ Além disso, por conta da falta de uniformidade semântica com a qual nos deparamos no curso da investigação, também optamos por alguns esclarecimentos relacionados às categorias conceituais que circundam a gramática jurídico-criminal em terras portuguesas. Vejamos, portanto, o que se projetou como estrutura preliminar até que nos fosse permitido chegar às conclusões apresentadas ao final da presente investigação.

1.1. A problematização: ou o que se pretende enfrentar especificamente

Nosso interesse central residirá no interior de dois dos mais importantes ingredientes na estruturação da dogmática jurídico-criminal: no crime encarado como *tentado* e no seu elemento subjetivo chamado de *dolo eventual*. Ambas, como se verá, exigem um maior esforço argumentativo de quem com elas se relaciona quando se objetiva impor a responsabilização criminal. Não à toa, na teoria do crime, são categorias perspectivadas como duas das mais problemáticas diante da necessidade de manutenção de uma *unidade lógica e*

²⁴ Ainda que em outra perspectiva, mas em sentido aproximado: LOUREIRO, João Carlos. O Boletim da Faculdade de Direito e o Instituto Jurídico – A Linha, o Ciclo e a Espiral. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXXXIX, t. I., 2013. p. 2.

²⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A ciência conjunta do direito penal. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999. p. 34.

²⁶ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. As condições da pesquisa científica em direito penal. *Revista Verba Juris*, ano 6, n. 6, jan./dez. 2007. p. 372. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/view/14871/8426>. Acesso em 29 jan. 2019.

²⁷ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 180.

²⁸ ARAGÃO, Alexandra. Breves reflexões em torno da investigação jurídica. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXXXV, 2009. p. 769.

intencional.²⁹ Como engrenagens destacadas da “ordem relacional” que se estabelece a partir do direito criminal, sendo assim “porque o direito penal não pode deixar de ser percebido em uma rede de relações [especialmente entre a suposta vítima, a pessoa investigada e os diversos agentes estatais envolvidos]”³⁰, é preciso que mantenhamos um olhar sempre cuidadoso – em que se deve articular o vigor da crítica³¹ com a prudência – sobre as relevantes questões que as envolvem na articulação desse *labiríntico* arcabouço jurídico-normativo.

Contudo, para que se permita o aprofundamento exigido nesse nível de investigação, será preciso um recorte ainda mais específico. Impõe-se, assim, “que o tema não seja excessivamente vasto e que os seus contornos estejam recortados com precisão”³², vale dizer, que se observe mais intensa e dedicadamente uma das inúmeras articulações possíveis entre as categorias enfocadas. Razão pela qual o título que oferecemos ao presente trabalho investigativo é bastante representativo dessa exigência. Tal providência, na prática, deve nos permitir focar naquilo que continua a nos inquietar,³³ sobretudo no que identificamos como *fragilidades* (item 3, do capítulo III, da Parte II) nas respostas fixadas até aqui por parcela bastante significativa da doutrina.

Afinal, como classificar apropriadamente – eis o cerne dos problemas propostos –³⁴ a tentativa diante da dúvida na concretização do resultado previsto pelo sujeito? O que também

²⁹ HRUSCHKA, Joachim. Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?, *Juristen Zeitung*, 40. Jahrg., n. 1 (4, Januar, 1985), p. 1-10. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/20817293?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em 28 dez. 2018. No mesmo sentido, recomenda-se ainda: HRUSCHKA, Joachim. *Strukturen der Zurechnung*. Berlin: De Gruyter; Reprint 2011 ed. edition (1 Jan. 1976). Voltaremos à ideia mais adiante no item 1, do capítulo I, da Parte I.

³⁰ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 19. A interpolação, embora inspirada nas ideias do autor, é nossa.

³¹ “Sabemos que nosso tempo é um tempo de crítica [...]”. FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 298.

³² ARAGÃO, Alexandra. Breves reflexões em torno da investigação jurídica. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXXXV, 2009. p. 772.

³³ Já nos debruçamos, ainda que mais superficial e genericamente, sobre algumas das partes do tema em investigação durante o curso do mestrado, cujo resultado está disponível na íntegra em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/44825>. Acesso em 28 dez. 2018. Ocorre que, na investigação que ora se desenvolve, agora no âmbito do curso de doutoramento, além de revisitar algumas das obras clássicas que já conhecíamos por ocasião do mencionado curso de mestrado, e de utilizar inúmeros outros textos descobertos ao longo da investigação, aprofundaremos a temática com foco na demonstração das fragilidades da conclusão apresentada pela doutrina majoritária, que, do nosso modo de ver, tem se amparado em categorias dogmáticas margeadas por graus insuportáveis de incerteza, como é, por exemplo, o caso do dolo eventual. Agora, evidentemente, essa articulação será feita com o tempo e os espaços que mais generosamente nos são concedidos para a devida construção de uma verdadeira tese, avançando consideravelmente nos argumentos, sem simplesmente repeti-los *ipsis litteris*, desenvolvendo-os sob outras perspectivas e complexidades, com o auxílio de conhecimentos de outras áreas, inclusive algumas não propriamente do direito (como da matemática, por exemplo), aprofundando adequadamente, nesse contexto, a problemática enfocada e as hipóteses sugeridas.

³⁴ “A ciência, portanto, origina-se em problemas, não em observações, estas, no entanto, especialmente se forem inesperadas, podem suscitar um problema, quando entram em conflito com nossas expectativas e teorias. Cabe ao cientista, portanto, procurar conscientemente resolver os problemas mediante a elaboração de uma teoria que

nos remete à necessidade de encarar a problemática definição do elemento volitivo no âmbito do dolo eventual³⁵ – onde, aliás, a discussão sobre a *dúvida* estaria juridicamente situada. Nesse contexto, questiona-se ainda se haveria a possibilidade de uma congruência legítima entre ambas (tentativa e dolo eventual). Como se justifica/fundamenta a ideia de que o dolo eventual serve para a responsabilização do crime tentado? Em síntese: as controvérsias convocadas por essa articulação autorizariam uma legítima responsabilização?

Ademais, no debate sobre a presença da dúvida, será inevitável nos questionarmos sobre o uso da probabilidade (e/ou da estatística) no que diz respeito à ocorrência do resultado não pretendido diretamente pelo agente. Estaremos diante de situações em que este se limita a encarar o resultado obtido como uma das possibilidades previstas antes de seu comportamento. Será, por exemplo, que presentear alguém necessitado com um bilhete de loteria, cujo sorteio ainda não se realizou, há de significar uma ajuda, ou seja, um querer efetivamente ajudar?³⁶ Daí por que nos debruçarmos sobre a *dúvida sincera* que permeia o sujeito em tais circunstâncias e suas consequências jurídicas é uma providência incontornável no contexto proposto.

Logo, nesse horizonte investigativo, apresentar-se-ão diversos “núcleos problemáticos” que devem ser abordados com interessada propriedade.³⁷ Antes, porém, não nos é possível esquecer que as respostas pretendidas devem guardar estreita coerência com o núcleo do *sistema* a partir do qual as perguntas são construídas. O fato é que, ainda que alimente uma série de finalidades, entre as quais a pacificação social, a estrutura jurídica que se pretende democrática há de respeitar determinadas limitações quanto aos meios dispostos para alcançá-las. Com isso, conclui-se preliminarmente, para destacarmos o óbvio,³⁸ que nem tudo nos será permitido no desenvolvimento da pesquisa. Há limites intransponíveis. Do contrário, forçoso seria reconhecer a possibilidade da existência de uma espécie de *dogmática de fachada*, simploriamente a serviço exclusivo das necessidades/conveniências pessoais e/ou políticas.

os resolva”. POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações* – o progresso do conhecimento científico. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 248.

³⁵ “En general, se distingue entre el elemento intelectual (el saber) del dolo, y el elemento volitivo (el querer), siendo que preponderantemente se le atribuye al querer el peso decisivo sólo para delimitar dolo eventual de imprudencia (consciente)”. ZIELINSKI, Diethart. *Dolo e imprudencia* – comentario a los §§ 15 y 16 del Código Penal alemán. Trad. Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2003. p. 35.

³⁶ O exemplo é utilizado em: FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual revisitados. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 132, n. 3.907, 2000. p. 312.

³⁷ Conforme referido em: ARAGÃO, Alexandra. Breves reflexões em torno da investigação jurídica. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXXXV, 2009. p. 773.

³⁸ Vale aqui o alerta de José de Faria Costa: “Somos daqueles que têm ‘medo’ intelectual do óbvio, porquanto o que é aparentemente óbvio se mostra não raro cheio de coisas outras que são tudo menos óbvias. E por isso devemos ser cautos a apodar o que quer que seja de óbvio”. FARIA COSTA, José de. A análise das formas (ou a análise das “formas do crime”: em especial a tentativa. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 139, n. 3962, 2010. p. 298.

Não obstante, convencionou-se que a tentativa poderia ser classificada como um comportamento suscetível de punição, embora não tenha assim concluído a doutrina sem a realização dos esforços necessários para que se mantivesse a coerência e a unidade na articulação do sistema jurídico-criminal.³⁹ As circunstâncias impostas a partir da modernidade – sobretudo nas relações entre o “*eu e o outro*” e entre o “*eu e as coisas*” –⁴⁰ teriam exigido uma atuação não vinculada apenas à ocorrência do resultado danoso, mas de maneira antecipada, preocupada também com a intenção exteriorizada causadora de uma exposição ao risco de lesão, sem a ocorrência, portanto, de um dano efetivo ao bem/interesse/valor tutelado.

As providências pelo alargamento do interesse criminal sobre eventos sem dano efetivo estabeleceram-se até os dias de hoje com regras de graduação, que atenuam (e, por vezes, até excepcionam) a responsabilização. Veja-se, por exemplo, o artigo 23.º do Código Penal de Portugal,⁴¹ que estabelece que a “tentativa é punível com a pena aplicável ao crime consumado, especialmente atenuada” (2), e que a “tentativa não é punível quando for manifesta a inaptidão do meio empregado pelo agente ou a inexistência do objecto essencial à consumação do crime” (3). Prescreveram-se consequências menos intensas, desenvolvendo-se no entorno da tentativa uma dogmática específica com teorias e modalidades próprias.⁴² Seja como for, nas palavras de José de Faria Costa⁴³, “a solução da atenuação especial obrigatória é aquela que melhor se ajusta a uma doutrina do ilícito penal centrada no eixo do desvalor do resultado, bem como a uma concepção objetiva da tentativa, ainda que temperada [...]”.

Já no que diz respeito ao dolo, se a demarcação de seu conceito geral é uma tarefa historicamente complexa e difícil,⁴⁴ não é por acaso que em sua modalidade *eventual* têm se

³⁹ Como veremos no item 2 do capítulo II da Parte I, não é de hoje que a doutrina tem discutido quais os fundamentos e limites da punibilidade da tentativa. Para uma leitura preliminar sobre o tema: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 688. Nesse sentido, vale também a leitura de: FARIA COSTA, José de. A análise das formas (ou a análise das “formas do crime”: em especial a tentativa. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 139, n. 3.962, 2010. Para uma análise mais contemporânea e exaustiva do tema, por todos: SEMINARA, Sergio. *Il delitto tentato*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2012.

⁴⁰ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). *Estudos em homenagem ao prof. Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. I, 1984. p. 682-683. Mais desenvolvidamente, recomenda-se ainda: FARIA COSTA, José de. *O perigo em Direito Penal* (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas). Coimbra: Coimbra, 1992.

⁴¹ Nosso principal parâmetro investigativo será a legislação criminal portuguesa, em especial, como resta evidente: PORTUGAL. Decreto-Lei 48/95, de 15 de março. Código Penal de 1982 – versão consolidada posterior a 1995. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis. Acesso em 6 dez. 2019.

⁴² Voltaremos a nos debruçar, mais dedicadamente, sobre as prescrições legais do crime tentado (especificamente no item 2, Capítulo II, Parte I).

⁴³ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 548.

⁴⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I, 2. ed., Coimbra: Coimbra, 2012. p. 688.

apresentado “enormes dificuldades, incertezas e dúvidas”, constituindo-se “como uma das mais complexas questões de todo o direito penal”⁴⁵. Da mesma maneira que na tentativa, também aqui estamos diante de uma opção pelo alargamento da possibilidade de responsabilização. No caso dos crimes encarados como dolosos, parte-se do dolo mais tradicionalmente aceito (o direto), voltado à intenção inequívoca de ofensa ao bem/valor/interesse, rumo a um *comportamento encarado como indiferente* do sujeito, onde a dúvida está inserida.

Assim, por questões metodológicas, é a dogmática jurídico-criminal o espaço comunicativo que nos servirá de suporte e, por consequência, como ponto de partida, o pensamento sistemático – nos termos adiante delineados (Capítulo I, Parte I) –, apesar de não imune a críticas,⁴⁶ o nosso mais destacado parâmetro investigativo.⁴⁷ É dessa contextualização que nos ocuparemos na *Parte I* da presente tese. Explicitaremos nela algumas das questões conceituais mais importantes para as necessárias tomadas de posição, bem como revelaremos as alegadas vantagens que as opções acolhidas nos oferecem em termos de coerência, unidade e segurança jurídica. Em síntese, revisitaremos algumas das bases históricas e principiológicas mais relevantes a fim de nos situarmos da maneira mais adequada possível nesse processo de estruturação da dogmática jurídico-criminal, tendo em vista que, diante das inúmeras controvérsias existentes, não julgamos apropriado saltar direto para o enfrentamento do problema enfocado sem esclarecimentos preliminares sobre as opções assumidas durante o percurso.

Somente assim acreditamos estabelecer um espaço *relativamente neutral*⁴⁸ que nos dê alguma segurança no horizonte das questões fulcrais apresentadas na *Parte II* desta investigação. É

⁴⁵ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). *Estudos em homenagem ao prof. Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. I, 1984. p. 695-701.

⁴⁶ A esse respeito, recomenda-se a leitura de: ROXIN, Claus. *Derecho penal – fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Parte general. Tomo I.* Trad. Diego Manuel Luzón-Peña, Miguel Dias y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 212-215. (no original, base da tradução: ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Band I. 2. Aufl. München: C. H. Beck, 1994. p. 158-159*). Como dissemos, desenvolveremos melhor, quanto às críticas, adiante, logo no início da Parte I.

⁴⁷ A esse respeito, para além do que já se anteviu, recomenda-se a leitura de: LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão.* Tomo I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia., 1899. p. 2 (no original, base da tradução: LISZT, Franz von. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts.* 6. Aufl. Berlin: J. Guttentag, 1894. p. 2); ROXIN, Claus. *Derecho penal – fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Parte general. Tomo I.* Trad. Diego Manuel Luzón-Peña, Miguel Dias y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 208-209. (no original, base da tradução: ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Band I. 2. Aufl. München: C. H. Beck, 1994. p. 154-155*).

⁴⁸ Antes que nos seja atribuída alguma incoerência, uma vez que já nos explicamos criticamente sobre qualquer pretensão de neutralidade científica, a expressão aqui utilizada vai no sentido proposto em: HIRSCH, Hans Joachim. *La polémica en torno de la acción y de la teoría del injusto en la ciencia penal alemana.* Trad. Carlos J. Suárez Gonzales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993. p. 10.

nela que, com a explicitação de variados argumentos dogmáticos, e, portanto, preocupados em não realizar discrepantes saltos argumentativos, enfrentaremos mais diretamente a problemática central de nossa investigação, que, como antevisto, está direcionada a investigar a relevância jurídico-criminal da (im)possibilidade de responsabilização da tentativa diante da dúvida do agente na concretização do resultado. Contando com o impulso das justificativas apresentadas na Parte I, avançaremos, nesse segundo momento, com um inventário daquilo que tem sido o posicionamento da dogmática jurídico-criminal sobre o tema, concluindo com a assunção e a defesa mais direta de nossa posição.

1.2. A justificativa: ou a relevância no estágio atual do conhecimento

Embora a discussão proposta não seja nova, trazê-la ao nível do curso de doutoramento parece-nos não apenas pertinente,⁴⁹ mas absolutamente necessário, pelas razões adiante desenvolvidas.

Como destacado por António Pinto Monteiro⁵⁰, a (pós-)modernidade tem nos proporcionado uma verdadeira “aceleração histórica”, o que também corresponde a “uma acentuada mudança no fenómeno jurídico”. É a partir desse contexto que René Savatier⁵¹ aponta para uma incômoda “inflação legislativa”, com o que nos são apresentados “efeitos perniciosos ao nível da cognoscibilidade das regras jurídicas”.⁵²

Como se não bastassem as variáveis tradicionalmente postas, a consagração da competência criminal da União Europeia – UE, por força do Tratado de Lisboa (2007),⁵³ certamente há de

⁴⁹ As teses doutorais, por exemplo, também servem para manter em evidência o senso crítico sobre um determinado tema específico, aportando interpretações mais densas a respeito do problema enfocado. Em sentido aproximado, veja-se: BYDLINSKI, Franz. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. Wien: Springer, 1982. p. 36.

⁵⁰ PINTO MONTEIRO, António. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Dissertação para exame de pós-graduação em Ciências Jurídico-Civis na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 1985. p. 14.

⁵¹ SAVATIER, René. *L'inflation législative et l'indigestion du corps social*. Paris: Dalloz, 1977. Recomenda-se ainda: SAVATIER, René. *Les Métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'Aujourd'hui*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1964.

⁵² PINTO MONTEIRO, António. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Dissertação para exame de pós-graduação em Ciências Jurídico-Civis na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 1985. p. 14.

⁵³ Recomenda-se a respeito: LOPES PORTO, Manuel; ANASTÁCIO, Gonçalo (coordenadores). *Tratado de Lisboa – anotado e comentado*. Coimbra: Almedina, 2012. É a partir daí que se pode falar em uma competência criminal da União Europeia, em um direito criminal em sentido próprio. A consagração dessa competência é fruto de cobranças pela eficácia do direito europeu que podem, aliás, ser constatadas em julgamentos paradigmáticos no Tribunal de Justiça da União Europeia. A propósito disso, o direito criminal europeu, reconheça-se, tem seu desenvolvimento vinculado às decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia. Vejam-se, por exemplo, os acórdãos do *ambiente*, de 13 de setembro de 2005, e o da *poluição*, de 23 de outubro de 2007, ambos do mencionado tribunal. O debate em torno dessa competência, portanto, não é novo. A esse respeito, recomenda-se ainda: RODRIGUES, Anabela Miranda. “Um sistema sancionatório penal para a União

nos levar, em futuro muito próximo (se é que já não nos levou), a um outro nível na dogmática jurídico-criminal.⁵⁴ José de Faria Costa⁵⁵ argumenta que “a tendência europeia é de, progressivamente, criar um ‘espaço penal europeu’ que assente, através de um processo de harmonização, na existência de um catálogo de ‘crimes europeus’”, e, por consequência, de categorias (e também *narrativas*) dogmáticas cada vez mais comuns.⁵⁶ Um espaço que, ao partirmos da crítica de Jesús-María Silva Sánchez⁵⁷, tem se apresentado como tendencialmente expansivo a pretexto de uma harmonização, o que é, por si, preocupante.

Diante dessa incontornável realidade,⁵⁸ inúmeras são as questões que precisam de uma reanálise crítica aprofundada sobre como haverá de se concretizar esse emergente *direito criminal europeu*⁵⁹. O que será, por exemplo, do princípio da legalidade e de tudo mais que dele deriva?⁶⁰ Pergunta-se, portanto, se “Continuarão a ser princípios fundamentais e inarredáveis do direito penal os axiomas axiológicos da legalidade, da irretroatividade da lei penal e da ofensividade a bens jurídicos, para só anunciarmos alguns dos mais emblemáticos?”⁶¹. Nesse sentido, Manuel Cancio Meliá⁶² argumenta que “existe consenso acerca de que la Parte General deberá ser incluida en la armonización”, sobretudo a tentativa.

Europeia: entre a unidade e a diversidade ou os caminhos da harmonização”. DOLCINI, Emílio; PALIERO, Carlo Enrico (orgs.). *Studi in Onore di Giorgio Marinucci* – v. II. Milano: Giuffrè, 2006. p. 1.213-1.258. Ainda sobre a importância do papel do tribunal mencionado, recomenda-se: RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. “O Tribunal de Justiça das comunidades europeias no espaço de liberdade, de segurança e de justiça – A caminhar se faz o caminho”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 17, n. 3, p. 387-413, jul./set. 2007.

⁵⁴ Voltaremos ao tema no item 2, do Capítulo III, da Parte II.

⁵⁵ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 113. E ainda: FARIA COSTA, José de. A Europa e a narrativa penal. CORREIA, Fernando Alves. MACHADO, Jónatas E. M.. LOUREIRO, João Carlos (orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho* – v. V, Coimbra: Coimbra, 2012. p. 45 ss.

⁵⁶ Mas o autor também chama a atenção para os problemas de um “pensamento único” e para a necessidade de “haver diferenciação” entre as legislações desses países. FARIA COSTA, José de. *Direito penal e liberdade*. Lisboa: Âncora, 2020. p. 160-161.

⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal* – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 97 ss.

⁵⁸ Sobretudo por conta da previsão do artigo 8.º, n.º 1 e 4, da Constituição portuguesa, de que tais normas fazem parte do direito interno.

⁵⁹ Contudo, esse não será propriamente o nosso objetivo principal, mas um aprofundamento sobre a estruturação desse novo direito criminal pode tomar como impulso o seguinte trabalho: RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal Europeu Emergente*. Coimbra: Coimbra, 2008.

⁶⁰ Vejam-se, por exemplo, os desdobramentos do caso *Taricco I e II*, a partir da Itália. Para uma contextualização, recomenda-se: BERNARDI, Alessandro; CUPELLI, Cristiano (editori.). *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti* – L’ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale. Ferrara: Jovene Editore, 2017; RODRIGUES, Anabela Miranda. “A europeização do direito penal económico – os Acórdãos Taricco I e II do Tribunal de Justiça da União Europeia”. *Colóquio “Direito Penal Económico em Mudança”*, Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 20 mar. 2018.

⁶¹ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal e globalização* – reflexões não locais e pouco globais. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 90.

⁶² CANCIO MELIÁ, Manuel. Consideraciones sobre una regulación común europea de la tentativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 51, Nov. – Dez., 2004. p. 191.

Restarão, como indagado por José de Faria Costa⁶³, asseguradas as conquistas obtidas a partir dos iluminismos?

Apesar de Pedro Caeiro⁶⁴ esclarecer que “a UE não goza do poder de emanar normas penais com eficácia imediata, tendo apenas competência para impor aos Estados-Membros deveres de editar normas primárias e respectivas regras de aplicabilidade”, muita coisa há ser rediscutida e adaptada na estrutura tradicionalmente gestada para a infração criminal. Ademais, como não nos deixa esquecer Jorge de Figueiredo Dias⁶⁵, pela prevalência do direito comunitário sobre o nacional, “cf. Art. 8.º-4 da CRP – e face ao atendimento válido do princípio da *unidade da ordem jurídica* contido no art. 31.º [...] –, o legislador nacional não poderá qualificar como penalmente ilícitas condutas exigidas ou autorizadas pelo direito comunitário”. Não obstante esse caráter vinculante, as diretivas da União Europeia, como constatado por José de Faria Costa⁶⁶, por força do artigo 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, “carecem de transposição para o ordenamento jurídico nacional”, mas o mesmo não se poderá dizer dos regulamentos europeus (art. 8.º, n.º 4 da Constituição portuguesa), os quais “são diretamente aplicáveis”.

A doutrina jurídico-criminal tem sido apresentada a uma série de circunstâncias (e outras mais virão, com toda certeza) – quer seja no âmbito do Legislativo, quer seja no do Judiciário –,⁶⁷ que a obriga ao aperfeiçoamento de sua dogmática. Tudo para que se mantenham,

⁶³ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 114. Para o autor, “não houve um só Iluminismo, mas antes vários Iluminismos”. Logo, “não podemos confundir o Iluminismo Alemão com o Italiano ou com o Português ou com o que brotou em França – de certo modo matricial – ou em Inglaterra”. *Op. cit.* p. 376. De nossa parte, concordando com o autor, cumpre esclarecer que, daqui por diante, quando nos referirmos à expressão “Iluminismo”, tal observação crítica deve ser levada em conta.

⁶⁴ CAEIRO, Pedro. “A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho – v. III – direitos e interconstitucionalidade: entre dignidade e cosmopolitismo – stvdia iuridica* 104. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 181-182.

⁶⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 13.

⁶⁶ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 141.

⁶⁷ Sobretudo diante das atuações, cada vez mais protagonistas, do Poder Executivo. Nesse sentido, recomenda-se: KADRI, Omar Francisco do Seixo. *O executivo legislador: o caso brasileiro*. Coimbra: Coimbra, 2004. Para uma crítica muito pontual, embora rigorosa, sobre a *invasão*, mesmo em Portugal, do Poder Executivo se assumindo como “poder legiferante”, veja-se: FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 229. Em Portugal, para uma aproximação, esse fenômeno também pode ser observado, em alguma medida, a partir da opção do legislador português pelas contraordenações. O “pendor crescentemente intervencionista do Estado contemporâneo” nos diversos setores sociais, no contexto das contraordenações, já havia sido constatado por Manuel Cavaleiro de Ferreira em: CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal – parte geral – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982 – II penas e medidas de segurança*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 107. Sobre essas modalidades de transgressões, recomenda-se ainda: BRANDÃO, Nuno. *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*. Coimbra: Coimbra, 2016.

internamente, a coerência e a unidade, o que deve dar base à necessária segurança jurídica. Por isso é que se afirma que “o saber é sempre histórico, contextual e processual, movimentado pelas demandas”⁶⁸. Daí por que revisitar determinados temas de tempos em tempos é um dever de quem lida com o sistema jurídico. Assim, no caso específico do recorte proposto, além da relativa presença do tema nos tribunais, inclusive entre os portugueses, a escassez de fontes doutrinárias dedicadas ao seu específico aprofundamento na atualidade serve de incentivo.

Diante desse *estado de coisas*, em que o debate aqui proposto geralmente se faz (muito superficialmente) no contexto de obras mais gerais (ao nível dos manuais em especial)⁶⁹, a esperança de que possamos de alguma forma arejar o debate sobre a problemática enfocada, ou, no mínimo, despertar o interesse, com ponderações que se pressupõem mais específicas do que aquelas que atualmente se observam, revigora-nos o ânimo e nos impulsiona ao desafio de propor uma mudança paradigmática⁷⁰. Não nos custa recordar que, ainda que não se constitua numa *ideia fixa*, “cada obra científica de direito penal é, no fundo, um projeto de jurisprudência e, por fim, também, um *projeto político*”⁷¹.

⁶⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro. *Revista Sequência*, v. 29, n. 57, p. 237-260, dez., 2008. p. 239. As marcas (ou contingências) do tempo (e lugar) histórico na construção e interpretação do sistema jurídico são, por diversas vezes, lembradas na obra de José da Faria Costa. Veja-se: FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000.

⁶⁹ Concordamos com Enrique Gimbernat Ordeig quando afirma que “em nenhum caso é suficiente a limitação a manuais e comentários”. Segundo o autor, “em qualquer problema, aquele que apenas consulta essa literatura não sabe ainda para onde caminham as coisas”. Logo, “não existe obra geral, por melhor que seja, que nos possa economizar a tarefa de enfrentar por nós mesmos a literatura monográfica”. ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Trad. José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: RT, 2002. p. 108.

⁷⁰ Aqui, e na sequência da investigação, no sentido sustentado em: KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013. Embora José de Faria Costa prefira chamar este fenômeno de “facto civilizacional”. FARIA COSTA, José de. *Direito Penal e liberdade*. Lisboa: Âncora, 2020. p. 14. A propósito, a conclusão a que chegamos aqui, de que é relativamente escassa a produção específica sobre a temática enfocada, muito especialmente em território português, se deve sobretudo às pesquisas que realizamos *in loco* nos catálogos de algumas das universidades mais importantes da Europa, como, por exemplo, nas universidades de Coimbra, em Portugal, e Salamanca, na Espanha, bem como no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht [agora denominado de *Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht*], em Freiburg, na Alemanha, onde estivemos por diversas vezes especificamente para esta investigação.

⁷¹ A afirmação é de Eugenio Raúl Zaffaroni em prefácio da obra: TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 17. Logo na sequência, o autor argentino explica melhor a última parte de sua afirmação: “Se o pedreiro negasse que estivesse construindo, o camponês, semeando ou o pintor, pintando, seriam ridicularizados; mas o penalista que nega estar projetando política não costuma sê-lo, porque, no fundo, é funcional para a criação da falsa imagem de uma jurisprudência sem ideologia, politicamente asséptica, vazia de dados sociais, cega quanto às suas consequências reais na população, ou seja, de um discurso absurdo, mas útil para permitir que os juízes também possam negar a natureza política de sua função e, por fim, refugiar-se sob um telhado aparentemente burocrático de *tecnicismo* protetor (ou encobridor) das tormentas e raios de poder cambiante”.

Os tribunais portugueses têm enfrentado a discussão aqui proposta, embora também nos pareça tratá-la como *superada* em termos dogmáticos,⁷² razão pela qual as menções sobre o tema são quase sempre ao estilo *en passant*. Não há aprofundamento, mas apenas breves menções aos poucos trabalhos de referência existentes em Portugal. Para que se tenha uma breve ideia, em pesquisa – com as expressões “tentativa *and* dolo *and* eventual” – nos sítios virtuais dos próprios tribunais, podem-se encontrar algumas das decisões mais recentes. No Supremo Tribunal de Justiça, por exemplo, destacam-se duas decisões (uma de 2018 e outra de 2016)⁷³, assim também no Tribunal da Relação de Lisboa⁷⁴, no Tribunal da Relação de Coimbra⁷⁵ e no Tribunal da Relação do Porto⁷⁶.

Dessa maneira, são essas algumas das circunstâncias que nos movem, especialmente porque “uma ciência que toma posição em relação ao material jurisprudencial, que aceita, rechaça e discute o que os tribunais dizem, provoca os tribunais a que façam o mesmo com ela”⁷⁷, mantendo-se, com isso, uma constante e necessária aproximação. Até porque, como acentuado, e bem, por José de Faria Costa⁷⁸, “a linha compreensiva do direito penal – aquela que devemos procurar para levar à solução justa –, iluminada pela *recta ratio* e pela *lex*, é circular e evolutiva e, em cada nódulo problemático, recorrentemente apelativa à argumentação já produzida”. Para o autor, isso “possibilita que o pensamento doutrinal e a evocação jurisprudencial se reflectam adequadamente na procura das decisões em que o direito ‘justo’ vai corresponsabilizado, permita-se-nos a transposição, em forma de verdadeira ‘autoria material’”.

⁷² A despeito disso, embora significativa a posição dos tribunais, parece-nos vir bem a calhar a reflexão de Gilda Nicolau, dando conta de que “O direito, assim como a música, não pertence nem ao instrumento nem ao instrumentalista, e seriam quase nada sem o ‘público’ para lhes trazer energia. O direito, assim como a música, ‘é o que existe entre as notas... a maneira como se vai de uma nota a outra’”. NICOLAU, Gilda. Ensinar e pensar o direito com “não juristas” e com juristas que duvidam. *Meritum*: revista de direito da Universidade FUMEC, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 215-256, jul./dez.. 2010. p. 224-225. Articulemos, portanto, as “notas” conceituais aqui enfocadas da maneira que nos parecem mais coerentes com um ambiente que se pretende democrático.

⁷³ Processo sob o n. 138/16.2GFLLE.E1. Acórdão de 27/6/2018. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/eac2a7f1a11549b98025833200367387?OpenDocument>. Acesso em 10 jan. 2019; Processo sob o n. 610/15.1PCLSB.S1. Acórdão de 8/9/2016. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/39aca5a94db10382802580300039bfde?OpenDocument>. Acesso em 10 jan. 2019.

⁷⁴ Processo sob o n. 1129/2006-9. Acórdão de 18/1/2007. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/ad53159c3e0a68508025728e005adedf?OpenDocument&Highlight=0,tentativa,dolo,eventual>. Acesso em 10 jan. 2019.

⁷⁵ Processo sob o n. 1541/06.1PB AVR. Acórdão de 2/4/2008. Disponível em: <https://www.trc.pt/index.php/jurisprudencia/jurisprudencia-do-trc/direito-penal/3700-movimento-judicial-ordinario-julho-2008-sp-28194>. Acesso em 10 jan. 2019.

⁷⁶ Processo sob o n. 267/05.8GBMBR.P2. Acórdão de 12/6/2013. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/e60494379fe240a980257b91003f8146?OpenDocument&Highlight=0,tentativa,dolo,eventual>. Acesso em 10 jan. 2019.

⁷⁷ ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Trad. José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: RT, 2002. p. 110.

⁷⁸ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 402.

Uma deficiência na interação entre uma coisa (doutrina) e outra (jurisprudência) tem sido apontada, por diversos autores, como objeto de destacada preocupação. Enrique Bacigalupo⁷⁹, ao constatar um distanciamento entre a dogmática e as decisões dos tribunais em Espanha, sentencia, categoricamente, pela falta de “un auténtico diálogo”.

Nos dias de hoje, em que os tribunais têm assumido um papel de protagonismo nos embates entre a sociedade e os demais poderes, constata-se, cada vez mais claramente, que a doutrina criminal tem sido construída, como aduz Juarez Tavares⁸⁰, “em torno dos casos decididos pelo Judiciário”. Conseqüentemente, o que se pode observar, ainda com o autor, é que, “se o Judiciário erra, há grupos doutrinários que assimilam o erro e há grupos que o criticam”, sendo comum concluir-se que, na generalidade, “as decisões judiciais constituem a doutrina dominante; o que divirja dessas decisões forma a chamada teoria minoritária”.

Não obstante – atenção! –, por certo que a possibilidade do debate doutrinal ou jurisprudencial, bem como o eventual acerto das conclusões daí obtidas, não há de se constituir em uma questão de cunho pura e simplesmente numérico, embora esse seja exatamente o critério normalmente adotado no âmbito do Legislativo (e mesmo nos tribunais, onde seus integrantes por vezes decidem com base na contagem de votos, também). Nas palavras de José de Faria Costa⁸¹, com amparo em Ulfried Neumann⁸², “a ciência jurídica não é um concurso’ em que só conte o número de vozes”. Conclui-se, ainda com o autor, que “a ‘autoridade da ‘opinião dominante’ só pode ser autoridade de um consenso parcialmente fundamentado””.

1.3. As hipóteses de trabalho: ou a distribuição das “setas indicadoras”

Com o propósito de nos inserirmos adequadamente na dinâmica da pesquisa científica, são as afirmações provenientes da obra de Karl Popper⁸³ que nos servem na busca pela concretização do dever de submeter à prova os enunciados das hipóteses que formulamos.

⁷⁹ BACIGALUPO, Enrique. ¿Qué importancia tiene la discusión dogmática actual respecto de la jurisprudencia? GRECO, Luís. MARTINS, Antonio (orgs.). *Direito Penal como crítica da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 18-19. Em sentido aproximado, recomenda-se ainda: MUÑOZ CONDE, Francisco. Dogmática penal afortunada y sin consecuencias. MUÑOZ CONDE, Francisco (coord.). *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. A mesma crítica tem sido feita quanto ao Brasil, apontando-se o uso demasiado dos princípios pelo Supremo Tribunal Federal de maneira absolutamente desvinculada da dogmática jurídico-criminal. Conforme: GOMES FILHO, Dermeval Farias. *Dogmática penal – fundamentos e limite à construção da jurisprudência penal no Supremo Tribunal Federal*. Salvador: Juspodivm, 2019.

⁸⁰ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 299-300.

⁸¹ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 539.

⁸² NEUMANN, Ulfried. Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung, *GA*, 1985. p. 401.

⁸³ POPPER, Karl R.. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 27-56.

Não é demasiado lembrar que “um cientista, seja teórico ou experimental, formula enunciados ou sistemas de enunciados e verifica-os um a um”. A propósito disso, prossegue o autor, “quem decida, um dia, que os enunciados científicos não mais exigem prova, e podem ser vistos como definitivamente verificados, retira-se do jogo”.

Assim, nossa principal hipótese de trabalho estará baseada na ideia de que a defesa da congruência legítima entre a tentativa e o dolo eventual, e, por consequência, a sua punição, se bem percebidas as articulações no interior do sistema jurídico-criminal em um regime que se pretende como democrático, não tem se sustentado coerentemente. Dentre outras, a tese de que o que vale para um crime consumado também vale para o seu homônimo tentado, pelas razões que serão expostas no curso da investigação, não nos parece válida e tampouco consciente das inúmeras complexidades que a problemática proposta carrega consigo.

Outra ideia a ser submetida à prova é a de que a dúvida que sinceramente permeia o comportamento do agente não se compatibiliza com uma responsabilização criminal tão intensa quanto aquelas provenientes do dolo – sobretudo no que toca ao crime apenas tentado –, e tampouco se coaduna com a previsão do código português em vigência.⁸⁴ O *estado de incerteza* que paira sobre a concretização do resultado proibido previsto, o que é próprio do elemento volitivo constitutivo do dolo eventual, não pode ser a tradução mais exata “de um crime que decidiu cometer”. Assim, da perspectiva de José de Faria Costa⁸⁵, “no crime tentado tem de haver uma irrecusável e inequívoca deliberação no sentido de querer praticar um delito”.

O que nos é possível afirmar preliminarmente é que a posição majoritária e historicamente assumida tem mais razões de política criminal do que propriamente dogmáticas para a conclusão a que chega. Nesse sentido, não há dúvida de que nem sempre há de ser possível compatibilizar tradicionais postulados de política criminal (como a necessidade de se fazer justiça, de estimular o aumento da sensação de segurança, de não se fomentar a impunidade, de atenção ao clamor social na formulação de políticas públicas etc.) com a estrutura da dogmática jurídico-criminal, sendo esta a que há de servir como limitação infranqueável na defesa de direitos e garantias fundamentais vigentes.⁸⁶

⁸⁴ Código Penal: Artigo 22.º Tentativa. 1 - Há tentativa quando o agente praticar actos de execução *de um crime que decidiu cometer*, sem que este chegue a consumir-se. [destaquei]

⁸⁵ FÁRIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 540.

⁸⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCÍA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal*: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 190.

1.4. Os objetivos: ou para que não se perca o foco durante a investigação

Analisar criticamente a relevância jurídico-criminal da tentativa diante da dúvida do agente na concretização do resultado, com ênfase na problemática definição do elemento volitivo no âmbito do dolo eventual, será o nosso objetivo geral. Entretanto, mais especificamente, também se constituem como objetivos da presente investigação: a) contextualizar sucintamente a temática enfocada no âmbito da dogmática jurídico-criminal, apontando para os caminhos que pretendemos percorrer; b) estimular que se rediscuta o tema que se encontra aparentemente pacificado, especialmente no território português;⁸⁷ c) identificar as incoerências existentes nas linhas de raciocínio da corrente majoritária; d) clarificar as consequências dogmáticas e práticas da opção tomada tanto pela congruência quanto pela incongruência entre as categorias enfocadas; e, ainda, e) definir, no contexto enfocado, os contornos de uma dogmática jurídico-criminal consentânea dos valores democráticos.⁸⁸

Importa-nos ainda aproximar, no máximo possível, as discussões aqui propostas daqueles problemas vivenciados pelas pessoas na dinâmica social. Dedicar-se a uma “mera análise de conceitos, sem nenhuma proximidade nem discussão com a realidade”, era um comportamento naturalizado na Idade Média, em especial no âmbito da filosofia, onde se alimentava “um *saber de escola* que não dizia respeito ao homem real, nem iluminava, pelos fundamentos, a realidade em seu todo”⁸⁹, o que, aqui, não nos interessa fomentar, prezando-se pelo estilo formal, como nos exige a academia, mas, tanto quanto nos for possível, acessível à comunidade interessada, com a utilização de uma linguagem simples e concisa, porém sem perder a elegância e a profundidade que uma tese desse porte exige.⁹⁰

⁸⁷ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual revisitados. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 132, n. 3907, 2000. p. 307. Será preciso esquadrihar *novas perspectivas*, vez que, “sabemos que os ‘textos’ doutrinários e didáticos devem ser tudo menos fixos e estáticos”. FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de Direito Penal – fragmenta iuris poenalis*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2015. p. XI. Ainda a partir da perspectiva do autor, recomenda-se, portanto, “repensar, problematizar, repropor a consistência e a legitimidade das doutrinas que acompanham as soluções e os fundamentos do direito penal”. FARIA COSTA, José de. Ilícito-típico, resultado e hermenêutica: ou o retorno à limpidez do essencial. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 12, n. 1, 2002. p. 8. Nesse sentido, vale também a lembrança de Umberto Eco, de que “se minha tese serviu para estimular alguém a começar novos experimentos de contra-informação entre operários (mesmo sendo ingênuas as minhas presunções), obtive qualquer coisa de útil”. ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 15. ed., Trad. Gilson Cesar Cardoso de Sousa. São Paulo: Perspectiva, 1999. p. 24.

⁸⁸ Sobre os aspectos destacados, recomenda-se: ARAGÃO, Alexandra. Breves reflexões em torno da investigação jurídica. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXXXV, 2009. p. 791.

⁸⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e verdade*. 1. *A questão fundamental da filosofia*. 2. *Da essência da verdade*. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 51-52. Segundo o autor, a radical viragem para uma “nova filosofia”, rumo ao antropocentrismo, deveu-se à René Descartes. DESCARTES, René. *O discurso do método*. 4. ed. Trad. Maria Ermantina de Almeida Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

⁹⁰ Nesse contexto, de certo modo, alinhamo-nos à ideia sustentada por Juarez Tavares, que, com base em Wittgenstein, aponta para a necessidade de, mesmo no discurso científico, empregarmos “expressões da linguagem comum”, possibilitando, “com o maior grau de clareza possível, a identificação do objeto que quer

Nessa linha de argumentação, a *leitura dogmática*,⁹¹ cujos métodos serão revelados adiante (item 1.6.), tem sua importância e deve ser estimulada no ambiente acadêmico, notadamente em nível de pós-graduação. Não é nossa intenção, evidentemente, menosprezá-la. Salienta José Joaquim Gomes Canotilho⁹² que esse tipo de leitura auxilia com a entrega de “esquemas de trabalhos, regras técnicas, modos de argumentação e de raciocínio indispensáveis à ‘solução’ ou ‘decisão’, justa e fundamentada, dos ‘casos’ ou ‘problemas’” que nos são apresentados. Para o autor, é certo que a resolução de muitos problemas “carece de um *background* explicativo e justificativo que só pode ser fornecido por uma reflexão teórica”.

Desenhado preliminarmente nosso horizonte investigativo, uma de nossas preocupações será a de não cultivarmos o que se denominou de *l’art pour l’art*,⁹³ ou seja, *sutilezas jurídicas* afastadas do que ocorre no cotidiano, pois “o direito não é um mero jogo de construções na areia”, mas algo que deve implicar “alteração da realidade social”.⁹⁴ Conectar a dogmática com os problemas da dinâmica social, aqueles vivenciados por pessoas de *carne e osso*,⁹⁵ é uma necessidade que se impõe. Afinal, nas palavras de Enrique Gimbernat Ordeig, do que adiantaria “um penalista determinar com método científico o que vigora sobre a base do Direito Criminal, qual é a solução correta para um problema determinado, se a jurisprudência não toma conhecimento do que foi exposto?”⁹⁶.

Importa-nos, dessa maneira, repise-se, fomentar o diálogo entre a dogmática jurídico-criminal e a jurisprudência, alertando para o fato de que “esta justiça do caso concreto” tem de ser

significar”. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 237. E ainda: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. Marcos Montagnoli. Petrópolis: Vozes, 1996.

⁹¹ Fruto de um “saber derivado da interpretação das normas jurídicas”, com “poderes transformadores muito limitados”. TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 12.

⁹² GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 18.

⁹³ HIRSCH, Hans Joachim. *La polémica en torno de la acción y de la teoría del injusto en la ciencia penal alemana*. Trad. Carlos J. Suárez Gonzales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993. p. 9; E ainda: ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Estudios de derecho penal*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990. p. 140.

⁹⁴ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 144.

⁹⁵ “Sabemos que o centro e o fundamento de qualquer relação jurídica, no estágio actual de nossa cultura, passa pelo homem concreto na sua infinita variedade e diferença”. FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 119. São essas mesmas pessoas, do nosso cotidiano, que geralmente estão mais preocupadas com os elementos da parte especial, onde se encontram os tipos penais propriamente ditos. Segundo José de Faria Costa, “o cidadão comum não sabe o que é o dolo eventual, não sabe o que é a teoria do erro sobre a proibição, não sabe o que é preterintencionalidade, mas sabe o que é um homicídio, sabe o que é uma violação, sabe o que é uma injúria, sabe o que é um roubo, etc., etc., etc.”. Para o autor, “a valoração que o cidadão comum faz do direito penal está fundamentalmente centrada na parte especial, e, paradoxalmente, a parte especial é a menos estudada em termos dogmáticos”. FARIA COSTA, José de. *A interpretação da norma penal num sistema jurídico complexo*. Aula em DVD no curso de Pós-graduação sobre a doutrina geral da infração criminal revisitada do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, São Paulo, 19 ago. 2011. Para aprofundar, veja-se ainda: FARIA COSTA, José de. *Direito Penal Especial* – contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial. Coimbra: Coimbra, 2004.

⁹⁶ ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Trad. José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: RT, 2002. p. 109.

“obtida também às custas da clareza, da coerência e, com isso, da igualdade”.⁹⁷ Tudo para que, em Portugal, não precisemos chegar ao estágio constatado por Ingeborg Puppe⁹⁸ quando diante da jurisprudência alemã em matéria criminal. Segundo a autora, há um “casuísmo superficial” e um “medo da chamada ‘dor do limite’”, em situações em que o *Bundesgerichtshof* (BGH) tem simplesmente se negado, de maneira consciente, a cumprir sua tarefa de “definir limites claros, ainda que eles no caso concreto sejam dolorosos”⁹⁹.

Não é por acaso que Luís Greco¹⁰⁰, também a partir do contexto jurídico alemão, constata que “una ciencia del derecho penal que se ocupa tan sólo de si misma, de sus propios conceptos o de sus propias construcciones no existe en lugar alguno, y mucho menos en un país que tiene reputación de ser teórico por excelencia”. Da mesma forma, em reforço ao que já dissemos (item 1.2), uma corrente jurisprudencial ou doutrinária que não se abre, não há de ser encarada como um espaço em que substancial e democraticamente se faz o que se idealiza como justiça em um Estado de Direito Democrático.

1.5. *O referencial teórico de partida: ou o principal guia conceitual*

Em território português, a primeira análise crítica aprofundada sobre algumas das questões abordadas na presente investigação é de 1984, cuja autoria é de José de Faria Costa¹⁰¹. Naquela oportunidade, dedicou-se especificamente à articulação da tentativa com o dolo eventual de maneira a refletir criticamente sobre quais as “razões de ordem dogmática, sistemática e mesmo de política criminal que levam à congruência ou à inconsonância entre”

⁹⁷ PUPPE, Ingeborg. Ciência do direito penal e jurisprudência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 58, Jan-Fev, 2006. p. 4 ss.

⁹⁸ PUPPE, Ingeborg. Ciência do direito penal e jurisprudência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 58, Jan-Fev, 2006. p. 4.

⁹⁹ “Um direito que tenha medo disso, que se adapta de modo maleável a toda decisão de caso concreto espontânea e sentimental, não é mais direito algum. É tarefa da ciência do direito mostrar as possibilidades de tais limites, desenvolver as suas conseqüências e propô-las à jurisprudência. A jurisprudência – pelo menos entre nós – de há muito está decidida a caminhar sem a ajuda da ciência do direito. O resultado disso, como demonstrado a partir dos exemplos da jurisprudência sobre o dolo de homicídio e a desistência da tentativa de homicídio, é insegurança jurídica e arbítrio. Justamente no âmbito dos delitos de homicídio, nos quais se trata das mais severas intervenções nas esferas dos acusados, está manifesto que não conseguiu o BGH garantir segurança jurídica e igualdade, não por não o ter podido, mas por não o ter querido.” PUPPE, Ingeborg. Ciência do direito penal e jurisprudência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 58, Jan.-Fev. 2006. p. 4.

¹⁰⁰ GRECO, Luís. Dos formas de hacer dogmática jurídico-penal. *Revista Discusiones: Dilemas morales y Derecho*, n. 8, 2008. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/dos-formas-de-hacer-dogmtica-juridicopenal-0/>. Acesso em 29 jan. 2019. p. 179.

¹⁰¹ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). *Estudos em homenagem ao prof. Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. I, 1984. Uma melhor contextualização sobre os temas que são muito caros ao mencionado autor na dogmática jurídico-criminal acha-se em: GODINHO, Inês Fernandes. KINDHÄUSER, Urs. VERREL, Torsten (Hrsg.). *Dasein und Gerechtigkeit – Ser-af e Justiça*. Liber amicorum Festgabe für José de Faria Costa zum 70. Geburtstag. Baden-Baden: Nomos, 2020.

ambas as categorias. O tempo passou, mas pouco, muito pouco, na doutrina portuguesa em especial, discutiu-se específica e aprofundadamente sobre o modelo de aceitação ora vigente.

Temos, portanto, um paradigma bem resistente e disseminado, como, aliás, é próprio das “ideologias jurídicas”,¹⁰² e que, para piorar, não se confronta criticamente, não se tem ameaçado, nem sequer, pelo que se percebe, cogitado substituir. Tanto que, mais de uma década depois – entre os anos de 1999 e 2000 –, o autor, diante das conclusões apresentadas pelo Acórdão de 3 de julho de 1991, de autoria do Supremo Tribunal de Justiça, voltou ao tema,¹⁰³ reafirmando mais enfática e decididamente sua posição contrária à congruência. O mais curioso é que, com o julgamento, o referido tribunal despertou questionamentos, inclusive de parte da doutrina majoritária,¹⁰⁴ por conta da *inovação* em termos de fundamentação, sustentando que exista uma espécie de “obrigação de abstenção” do agente diante da previsão do resultado do comportamento. Segundo a decisão, haveria um

específico dever de omissão daquela conduta potencialmente geradora do resultado proibido, que, não obstante se encontrar formulado de uma maneira genérica, não deixa de caber na previsão daquele nº 2 do artigo 10º [o que estabelece o dever de garante], na medida em que resulta de uma concreta previsão legal¹⁰⁵.

O problema é que a questão enfocada tem se apresentado em análises mais curtas, geralmente no bojo de manuais, porque já bem conhecida e sedimentada¹⁰⁶ – embora se percebam frequentes referências a José de Faria Costa como contraponto. Procuraremos, na medida do possível, tendo o mencionado autor como ponto de partida – e, não raramente, o de chegada também –, superar essa superficialidade com o auxílio da doutrina e da jurisprudência estrangeiras, baseadas sobretudo em Espanha, Itália e Alemanha.¹⁰⁷ Forçoso nos alinharmos à

¹⁰² ZAGREBELSKY, Gustavo. *Le droit en douceur*. Paris: Economica, 2000. p. 42.

¹⁰³ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual revisitados. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 132, n. 3903, 1999; FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual revisitados. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 132, n. 3907, 2000.

¹⁰⁴ TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *A legítima defesa*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 225.

¹⁰⁵ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual revisitados. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 132, n. 3.903, 1999. p. 178.

¹⁰⁶ Não percamos de vista a advertência de Hegel, de que “o bem conhecido em geral, justamente por ser bem conhecido, não é reconhecido. É o modo mais habitual de enganar-se e de enganar os outros: pressupor no conhecimento algo como já conhecido e deixá-lo tal como está. Um saber desses com todo o vaivém de palavras, não sai do lugar – sem saber como isso lhe sucede”. HEGEL, George Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do Espírito*. Trad. Paulo Meneses e Karl-Heinz Effen. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 37. E mais ainda: rememore-se Karl Popper, em relação aos temas tradicionalmente sedimentados: “defendo que a ortodoxia é a morte do conhecimento, uma vez que o aumento do conhecimento depende inteiramente da existência da discordância”. POPPER, Karl. *O mito do contexto* – em defesa da ciência e da racionalidade. Lisboa: Edições 70, 2009. p. 68-69.

¹⁰⁷ Em boa medida a partir do inventário feito em: FARRÉ TREPAT, Elena. Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución – comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1982. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, serie 1, número 3, 1986; TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, tomo XLV, 1992.

Enrique Gimbernat Ordeig¹⁰⁸, no sentido de que “na Espanha [e assim também em Portugal] existem problemas jurídico-criminais grandes e importantes sobre os quais há pouca bibliografia”. Por conseguinte, “para ‘pensar’ verdadeiramente o tema, para superar dentro do possível sua ‘subjetividade’ e perceber a ‘resistência da coisa’, o penalista espanhol [bem como o português] tem necessidade de examinar também a bibliografia estrangeira”.

1.6. O método: ou como planejamos superar a problematização proposta

Será utilizado o método *analítico*, com o qual nos é permitido trabalhar “identificando um problema preciso e cujas fontes são raras”, em que se devem “determinar os contornos da questão, construindo pacientemente as bases e dando possíveis soluções ao problema”.¹⁰⁹ Entretanto, o método que se propõe, apesar de necessário para que não nos desviemos do foco principal, não nos serve para eliminar eventualidades. Até mesmo porque, segundo François Ost¹¹⁰, a “rota mais promissora não é, necessariamente, o caminho correto, pois as descobertas mais interessantes se fazem nos desvios”. Para o autor, “a pesquisa comporta uma parte necessária de surpresas, de descobertas”, e, por conseguinte, é de se reconhecer que “uma tese é também uma soma de coincidências, interpelações e imprevistos”. O que não se permitirá, no entanto, agora dizemos nós, é que tudo isso fuja, por completo, ao controle de quem realiza a pesquisa.

A presente investigação se constitui na recolha de informações pertinentes junto à dogmática jurídico-criminal clássica e contemporânea, especialmente em Portugal, articulando-as, sempre que necessário, com referências estrangeiras. Tudo para que possamos compreender melhor a problemática proposta, testar devidamente as hipóteses formuladas e, também, para que alcançássemos a recomendada *intertextualidade*, que, como se sabe, consiste em “tecer um texto (o seu) a partir de fios inúmeras vezes retirados de textos precedentes”¹¹¹. Isso favorece que também utilizemos alguns outros métodos de abordagem ou de procedimento, necessários por conta da extensa revisão bibliográfica realizada.

¹⁰⁸ ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Trad. José Carlos Gobbi Pagliuca. São Paulo: RT, 2002. p. 107. A interpolação é nossa.

¹⁰⁹ OST, François. A tese de doutorado em Direito: do projeto à defesa. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, Rio Grande do Sul, 7(2): 98-116. p. 100. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.01>. Acesso em 23. fev. 2019.

¹¹⁰ OST, François. A tese de doutorado em Direito: do projeto à defesa. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, Rio Grande do Sul, 7(2): 98-116. p. 100. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.01>. Acesso em 23. fev. 2019.

¹¹¹ OST, François. A tese de doutorado em Direito: do projeto à defesa. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, Rio Grande do Sul, 7(2): 98-116. p. 104. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.01>. Acesso em 23. fev. 2019.

A dialética, por exemplo, estará presente, assim como o método histórico tem também, ainda que muito pontualmente, sua participação assegurada nesse processo. Na primeira situação, com uma postura em que se estabeleça o diálogo para que “no ir e vir das opiniões, dos argumentos, das construções”, nos seja permitido “descobrir todos os pontos de vista imagináveis para a solução dos problemas jurídicos”¹¹². Já na segunda, para que haja o aprofundamento recomendado e a contextualização necessária em questões fulcrais de nossa problemática. Como diz Enrique Gimbernat Ordeig¹¹³, para que não tenhamos mera *literatura*, “o estudo do que disseram os demais coloca o investigador diante da ‘realidade’”. Para tanto, e também para que evitemos certos *manualismos*¹¹⁴, as notas de rodapé, por vezes extensas porque necessárias, com esclarecimentos e indicações de fontes para o aprofundamento de temas não exatamente centrais, serão frequentemente utilizadas.

O método comparativo – em especial por conta da necessidade de integração do direito criminal na União Europeia (veja-se o item 1.2.) – nos servirá de suporte. Veja-se que Hans-Heinrich Jescheck¹¹⁵ defende que “é preciso ser capaz de mudar o próprio ponto de partida, logo que se trate de decisões jurídico-políticas, pois a base espiritual para toda comparação está justamente na disposição para se deixar informar melhor”. Segundo o autor, “o estímulo ao trabalho comparativo está justamente na vinculação de modos de pensar e de trabalhar heterogêneos e, até certo grau, opostos”.

No espaço comum europeu, que é aquele com o qual dialogaremos mais intensamente, conquanto nossa base referencial primária esteja em Portugal, importa-nos destacar que Enrique Bacigalupo¹¹⁶ sustenta ser justamente esse tipo de método que “permitió ratificar la existencia de una común cultura penal europea, que se expresa en una serie de principios jurídicos y políticos-criminales comunes”. Relembrando Feuerbach, o autor destaca que “el

¹¹² ENGISCH, Karl. Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken. *Münchener Universitätsreden, Neue Folge*, Vol. 35, München: Hueber, 1963. p. 20. Disponível em: <https://epub.ub.uni-muenchen.de/22479/1/218.pdf>. Acesso em 22 mar. 2019.

¹¹³ ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Trad. José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: RT, 2002. p. 107-108.

¹¹⁴ “ou seja, a tendência a escrever na dissertação ou tese verdadeiros capítulos de manual, explicando redundantemente – pois trata-se de coisas amplamente sabidas por quem já passou por um curso de direito – o significado de princípios e conceitos que são como que o bê-a-bá da disciplina”. OLIVEIRA, Luciano. *Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito*. OLIVEIRA, Luciano. *Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 6.

¹¹⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Desenvolvimento, tarefas e método do Direito Comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006. p. 53-54.

¹¹⁶ BACIGALUPO, Enrique Zapater. El método comparativo en la elaboración del derecho penal europeo. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 83, 2004. p. 5.

derecho penal comparado era tan necesario como la anatomía comparada y la comparación de lenguas”¹¹⁷.

Cumpre-nos ainda alertar que “a simples existência de uma metodologia jurídica não pode fundamentar cientificidade nenhuma”¹¹⁸. Essa é uma das ferramentas necessárias, mas não é o bastante, de modo que se pode simplesmente atribuir o caráter de pesquisa essencialmente *qualitativa*¹¹⁹ para o que se desenvolverá, respeitando as contingências do objeto que se pretende conhecer e articulá-lo coerentemente com o tipo de sistema com o qual se dialoga. Além disso, embora tenhamos nos cercado de todos os cuidados metodológicos recomendáveis no controle da pesquisa, “os juízos de valor estão presentes”. Na esteira do sustentado por Ricardo de Brito Freitas¹²⁰, amparado em Renato Treves¹²¹, “[...] em todas as fases da atividade de investigação, o pesquisador revela uma determinada visão pessoal acerca da sociedade e dele próprio”, concluindo ser “impossível evitar que a hipótese de trabalho se relacione a um procedimento pré-concebido por parte do pesquisador”.

A propósito disso, o interessante estudo de Cynthia Crossen¹²² mostra-nos que, tanto quanto a divulgação do resultado de uma pesquisa, a explicitação do método utilizado pelo pesquisador ou pesquisadora é uma providência fundamental, sobretudo por ser tributária da honestidade intelectual e por permitir às pessoas saberem o que exatamente pesou nas escolhas realizadas durante o percurso. Não somos, portanto, partidários da ideia de que “as metodologias são um universo insondável”¹²³. A falta de explicações sobre o método utilizado no desenvolvimento de uma pesquisa já é bastante reveladora da qualidade e confiabilidade de seu conteúdo.

¹¹⁷ BACIGALUPO, Enrique Zapater. El método comparativo en la elaboración del derecho penal europeo. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 83, 2004. p. 6.

¹¹⁸ ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Trad. José Carlos Gobbi Pagliuca. São Paulo: RT, 2002. p. 95.

¹¹⁹ Como perspectivado por Antonio Vicente Marafioti Garnica, a respeito de tal método, “uma postura qualitativa pode ser caracterizada pela aposta na compreensão a partir dos dados de que dispõe, numa trama indutiva, pela qual o pesquisador responsabiliza-se do começo ao fim (inexistindo entre começo e fim a certeza de pressupostos estáveis, procedimentos lineares, interpretações unívocas ou estratégias infalíveis)”. GARNICA, Antonio Vicente Marafioti. *A experiência do labirinto – metodologia, história oral e educação matemática*. São Paulo: Unesp, 2008. p. 168.

¹²⁰ FREITAS, Ricardo de Brito A. P.. As condições da pesquisa científica em direito penal. *Revista Verba Juris*, ano 6, n. 6, jan./dez. 2007. p. 375-376. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/view/14871/8426>. Acesso em 29 jan. 2019.

¹²¹ TREVES, Renato. *Sociologia do direito: origens, pesquisas e problemas*. 3. ed. Trad. Marcelo Branchini. Barueri: Manole, 2004. p. 238.

¹²² CROSSEN, Cynthia. *O fundo falso das pesquisas – a ciência das verdades torcidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 251. Em linha aproximada, também em: SEIFE, Charles. *Os números (não)mentem – como a matemática pode ser usada para enganar você*. Trad. Ivan Weisz Kuck. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

¹²³ CROSSEN, Cynthia. *O fundo falso das pesquisas – a ciência das verdades torcidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 10.

1.7. Sobre algumas questões terminológicas

Algumas das expressões utilizadas para identificar determinadas categorias jurídicas costumam variar conforme o ambiente no qual se desenvolve a discussão.¹²⁴ A expressão que há de traduzir um determinado evento pode variar, como é evidente, de acordo com a cultura jurídica do espaço em que se desenvolve o debate. Ao conflito com relevância criminal, por exemplo, ora se atribui o título de *crime*, ora de *delito*, ora de *infração*, além de que, muitas vezes, são expressões relacionadas umas como espécies das outras.¹²⁵ Na doutrina jurídico-criminal e (pior ainda) na jurisprudência relacionada à situação, parece-nos uma situação ainda mais confusa.

Diante do elemento central do fato típico, por exemplo, ora se menciona *conduta*, ora *ação* (ativa ou omissiva), ora *ato*, ora *fato*. São expressões tão variadas que, nesse caso em especial, já se chegou a reconhecer a existência de uma terminologia *anárquica*.¹²⁶ Aqui, o que se pode afirmar com alguma segurança é que os termos mencionados estão intimamente vinculados à tradução da expressão alemã *Handlung*, para a qual historicamente “se atribui uma conotação genérica”.¹²⁷ No entanto, é mais comum na doutrina a utilização de *conduta* e *ação* como expressões sinônimas, embora se possa argumentar que a primeira expressão seria a mais adequada por nos permitir abarcar mais nitidamente tanto a *ação* quanto a *omissão*.¹²⁸

Essa variação é também observada, em boa medida, no caso da *ilicitude* ou da *antijuridicidade*. Em diversos momentos, são expressões utilizadas como sinônimas,¹²⁹ preferindo-se, sobretudo na doutrina de língua portuguesa, a primeira.¹³⁰ O que, aliás, vai ao encontro da conhecida perspectiva de Francesco Carnelutti¹³¹. O autor argumenta que os

¹²⁴ Alemanha, Itália, Espanha ou Portugal, por exemplo.

¹²⁵ Nesse último caso, veja-se: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. *La clasificación de los delitos por su gravedad*. Buenos Aires: La Ley, 1949. p. 862.

¹²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. v. 1. Parte geral. 8. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 357.

¹²⁷ EISELE, Andreas. *Direito penal – teoria do crime*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 216. Para se embasar, o autor faz ainda referência ao seguinte trabalho: GRAF ZU DOHNA, Alexandre. *Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. Auflage. Bonn: Röhrscheid, 1950. p. 11 ss.

¹²⁸ MEZGER, Edmund. *Strafrecht – Ein Lehrbuch*. München: Duncker & Humblot, 1931. p. 101-102. Segundo observam Cezar Roberto Bitencourt e Francisco Muñoz Conde, amparados em José Cerezo Mir, teria sido Radbruch, em 1904, “o primeiro a destacar a impossibilidade de se elaborar um *conceito genérico* que englobe ação e omissão”. BITENCOURT, Cezar Roberto. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 32. Parte-se da ideia de que, no exercício da função de elemento básico (e unitário) da teoria do crime, “deriva-se a necessidade de que o conceito de ação seja suficientemente amplo para que compreenda todas as formas de conduta relevantes para o Direito Penal (ação e omissão, condutas dolosas ou culposas)”. CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*. v. I. Madrid: Tecnos, 1985. p. 273.

¹²⁹ “a ilicitude exprime a ideia de contrariedade, de contradição ao Direito, e, por isso, também se usa como sinónimo de ilicitude o termo *antijuridicidade*”. SILVA, Germano Marques da. *Direito penal português – teoria do crime*. Lisboa: Universidade Católica, 2018. p. 17.

¹³⁰ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 175.

¹³¹ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del reato*. Padova: Cedam, 1933. p. 23 ss.

termos antijurídico e antijuridicidade seriam uma duvidosa tradução das expressões alemãs *rechtswidrig* y *Rechtswidrigkeit*, que, tomadas à risca, nos levariam ao paradoxo de encarmos a conduta como algo jurídico e antijurídico ao mesmo tempo. Daí preferir-se *ilicitude*. Entretanto, Karl Binding¹³² argumentou que, no caso da noção de ilícito, o idioma alemão é demasiadamente pobre, utilizando de maneira equivalente *Unrecht*, *Rechtswdrigkeit* e *Rechtsverletzung*.

As reflexões sobre os termos *culpa*, *negligência* e/ou *imprudência*, por vezes utilizados como sinônimos, seguem o mesmo caminho. Na perspectiva de Juarez Tavares¹³³, com amparo em Rodríguez Devesa¹³⁴ e Luís Jiménez de Asúa¹³⁵, “a denominação tradicional ‘culpa’ aparece no Direito Romano para indicar tanto a imputabilidade quanto a negligência ou luxúria”. Para ele, entretanto, no âmbito do direito criminal, era comum, “ao lado de *imprudência* ou *negligência*, o uso da expressão *quase-delito*”, constante das obras de Giovanni Carmignani¹³⁶ e Francesco Carrara¹³⁷, observável ainda hoje, lembra-nos o autor, nos códigos do Chile (arts. 2º e 4º), de Honduras (art. 2º) e da Costa Rica (art. 18, § 2º).

Não obstante as controvérsias, segundo Andreas Eisele¹³⁸, por razões históricas, “tanto nas legislações quanto no âmbito teórico, o termo culpa passou a ser empregado para designar a forma não dolosa de classificação do fato, em decorrência do qual se deveria atribuir responsabilidade penal a um sujeito”. No entanto, a utilização do termo *culpa* “pode caracterizar artificialidade semântica e causar dificuldades comunicativas inadequadas”¹³⁹, razão por que o termo *negligência* – adotado pelos códigos de Portugal e Alemanha –, significando uma espécie de omissão de diligência/cuidado¹⁴⁰, seria o mais adequado.¹⁴¹ Já entre os espanhóis, o termo *imprudência* é o mais utilizado.

¹³² BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung* – I. Leipzig: Felix Meiner, 1922. p. 295-298. O mesmo é observado em: FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 338.

¹³³ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 233.

¹³⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, Jose Maria. *Derecho penal español* – parte general. Madrid: Carasa, 1976. p. 402-403.

¹³⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. *Tratado De derecho penal* – V. Buenos Aires: Losada, 1956. p. 678.

¹³⁶ CARMIGNANI, Giovanni. *Elementos de derecho criminal*. Trad. Antonio Forero Otero. Bogotá: Temis, 1979. p. 47.

¹³⁷ CARRARA, Francesco. *Programa de direito criminal* – parte geral. Trad. J. L. de Azevedo Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 92.

¹³⁸ EISELE, Andreas. *Direito penal* – teoria do crime. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 304.

¹³⁹ EISELE, Andreas. *Direito penal* – teoria do crime. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 304. Segundo o autor, “a utilização da denominação ‘culpa’ no sentido de imprudência é inadequada no âmbito teórico devido à sua imprecisão, artificialidade e ambiguidade e, na prática, a dissociação entre supostas modalidades de ‘culpas’ é inútil, pois todas as formas sugeridas configuram a realização de um comportamento sem a observância do cuidado devido, ou seja, de forma negligente”.

¹⁴⁰ Há divergência quanto à expressão a ser utilizada da maneira mais adequada. Voltaremos ao tema no item 4 do Capítulo I desta mesma Parte I.

Esse processo de transplantação de expressões de um país para o outro (e, por vezes, de uma região para outra, dentro até de um mesmo país – como é o caso de diversos países africanos, onde a presença de *dialeto*s é bastante frequente)¹⁴² possui tantas complexidades que já se erigiu uma espécie de *teoria da tradução* guiada por duas máximas: “uma exige que o autor de uma nação desconhecida seja trazido até nós, de tal maneira que possamos considerá-lo nosso; a outra, ao contrário, exige de nós, que vamos ao encontro do estrangeiro e nos sujeitemos às suas condições, sua maneira de falar, suas particularidades”. Combinar as duas, na direção do meio-termo, seria o ideal.¹⁴³ Há, portanto, nas traduções, um desafio repleto de contingências históricas e culturais que precisam ser cuidadosamente observadas. Logo, é compreensível que existam variações nas expressões e nos sentidos.

A propósito disso, leve-se ainda em consideração que, como sustentado por Karl Popper¹⁴⁴, “pode acontecer que um enunciado numa língua não seja traduzível noutra ou, por outras palavras, que um facto ou estado de coisas se possa descrever numa língua, mas não se o possa em outra”. Popper argumenta que “quem souber falar mais do *que* uma língua sabe, evidentemente, que as traduções perfeitas são muito raras, se é que existem”. Assim, “um enunciado simples, claro e facilmente compreensível em francês ou inglês pode implicar uma

¹⁴¹ Sobre esse aspecto, Juarez Tavares, após passar em revista episódios históricos de contextualização das diversas expressões já utilizadas, conclui que a expressão *negligência* seria a mais adequada, isso porque “modernamente tem ela sua razão de ser no sentido de poder retratar o conteúdo do fato que quer significar”. Segundo ele, “partindo-se da análise de que o cerne dos fatos puníveis que ela caracteriza é constituído pela omissão, por parte do agente, do cuidado objetivamente exigível em face da ação perigosa que empreendera, deve-se, conseqüentemente, concluir que a denominação ‘negligência’ encarna, com clareza, esse conteúdo de sentido da estrutura normativa dessa espécie de fato”. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 234.

¹⁴² DALBY, D. A. Mapa linguístico da África. KI-ZERBO, Joseph (ed.) *História geral da África I – Metodologia e pré-história da África*. 2. ed. Brasília: UNESCO, 2010. p. 337-344.

¹⁴³ HEIDERMAN, Werner (org.). *Antologia Bilingue – Clássicos da Teoria da Tradução*. v. I – Alemão-Português. 2. ed. Florianópolis: UFSC/Núcleo de Pesquisas em Literatura e Tradução, 2010. p. 31. Disponível em:

https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/178909/Werner_Heidermann_%28Org.%29._Classicos_da_Teoria_da_Traducao_-_Alemao-Portugues.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 15 abr. 2019.

¹⁴⁴ POPPER, Karl. *O mito do contexto – em defesa da ciência e da racionalidade*. Lisboa: Edições 70, 2009. p. 92-93. Nesse caso específico, vejam-se, por exemplo, as dificuldades existentes em se encontrar correspondentes em outras línguas para determinadas expressões em português (como no caso de saudade, desbundar e desenrascanço). De maneira mais abrangente, recomenda-se o estudo: LOMAS, Tim. *A positive cross-cultural lexicography – Towards a positive cross-cultural lexicography: Enriching our emotional landscape through 216 ‘untranslatable’ words pertaining to wellbeing*. London: University of East London, 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Tim_Lomas/publication/290929335_Towards_a_positive_cross-cultural_lexicography_Enriching_our_emotional_landscape_through_216_untranslatable_words_pertaining_to_well-being/links/5a829a060f7e9bda869f6a61/Towards-a-positive-cross-cultural-lexicography-Enriching-our-emotional-landscape-through-216-untranslatable-words-pertaining-to-well-being.pdf.

tradução altamente complexa e arresada para alemão, por exemplo”, e vice-versa. São essas as dificuldades enfrentadas.¹⁴⁵

Para que se tenha uma ligeira ideia, veja-se, por exemplo, que as expressões *sachlogische Zusammenhänge o Strukturen* podem vir a ser traduzidas de quatro maneiras: “estruturas lógico-objetivas, ôntico-lógicas, lógico-materiais, lógico-reais”¹⁴⁶. Não por acaso, mesmo Paul Feyerabend¹⁴⁷, um dos mais destacados críticos de Popper,¹⁴⁸ argumenta em sentido aproximado que “Traduzir uma língua em outra língua é, de muitas maneiras, como construir uma teoria científica; nos dois casos precisamos encontrar conceitos adequados à linguagem dos fenômenos”, que seriam “as ideias implícitas em outro língua”.

Não nos esqueçamos, portanto, embora em outro contexto, da constatação de José de Faria Costa¹⁴⁹, de que “a língua introduz termos de ruptura porque nunca há, evidentemente, sinonímia perfeita”. Segundo o autor, para quem “a polissemia é a regra do discurso significativo”,

os sinónimos nunca são perfeitos, isto é, temos sempre que contar com conotações e denotações que o uso traz e faz e cujo sentido só pode ser percebido no contexto, abrindo-se, assim, uma porta para a intertextualidade que não tem que ficar cingida ao «texto» necessariamente escrito ou falado.

Acrescentem-se a tudo isso as dificuldades próprias de uma tradução jurídica que “apresenta uma dificuldade específica, que reside nas diferenças entre os diferentes sistemas jurídicos, que impossibilitam uma transposição directa para a língua de chegada”. Sabe-se que “mesmo dominando os assuntos e a terminologia específica dos textos jurídicos, há pormenores da utilização da linguagem que só a prática da tradução permite descodificar e traduzir adequadamente”.¹⁵⁰ Atente-se, portanto, para o fato de que, “por mais que a tônica da

¹⁴⁵ Sobre as imensas complexidades envolvidas na tradução de um idioma para o outro, como da impossibilidade de dissociar a linguagem de um povo de sua cultura, recomenda-se: HUMBOLDT, Wilhelm von. *Linguistic Variability and Intellectual Development*. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 1972.

¹⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: RT, 2011. p. 108.

¹⁴⁷ FEYERABEND, Paul. *Adeus à razão*. Trad. Vera Joscelyne. São Paulo: Unesp, 2010. p. 317.

¹⁴⁸ Embora as desavenças entre Feyerabend e Popper sejam públicas, com pensamentos tão díspares entre um e outro, aquele foi orientando deste. Segundo argumenta Feyerabend, “Não escolhi Popper para essa tarefa, tinha escolhido Wittgenstein e este tinha aceitado. Mas Wittgenstein morreu e Popper era o próximo candidato em minha lista”. Mas a relação não foi das melhores, tanto que, segundo Feyerabend, “Popper me pediu para ser seu assistente; eu disse não, apesar de estar sem dinheiro e de ter de ser alimentado ora por um, ora por outro de meus amigos mais ricos”. FEYERABEND, Paul. *Adeus à razão*. Trad. Vera Joscelyne. São Paulo: Unesp, 2010. p. 371.

¹⁴⁹ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 231-232. No mesmo sentido: FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 151-155.

¹⁵⁰ BRITO MIRANDA, Ana Marta de Almeida Teixeira de. *Desafios da Tradução Jurídica de Alemão para Português*. Lisboa: Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova Lisboa, 2016. p. 9-17.

tradução seja reproduzir, de forma fiel, a obra de um determinado autor, traduções literais, em alguns casos, acabam por tornar o texto incompreensível”.¹⁵¹

São essas algumas das razões que nos fizeram perceber, no curso da investigação, que seria providência importante explicitar, desde já, as opções terminológicas utilizadas adiante. Há, portanto, um incômodo número de palavras que, em grande medida, empregam-se, muitas vezes até impropriamente, significando as mesmas coisas. Não obstante estejamos diante de questões que provavelmente seriam superadas sem maiores dificuldades, sobretudo por se tratar de uma tese doutoral com destino específico, optamos por trazer à luz os parâmetros que preferimos utilizar ao longo do texto para evitarmos quaisquer eventuais incompreensões.

Dessa maneira, é natural que o Legislativo também faça as suas escolhas. No Código Penal português, em muitos de seus artigos, tem-se, por exemplo, optado pela expressão *crime*, embora em sua parte preambular constem também *delito* e *infracção*. No Código Penal espanhol, por outro lado, a opção foi expressamente pela palavra *delito*, enquanto no código alemão, recorda-nos Juarez Tavares¹⁵², se estabelece uma relação com a intensidade da pena, em que ao crime se denomina “o fato a que se comina, no mínimo, pena de prisão de um ano”, e ao delito o fato “a que se comine no mínimo pena de multa ou de prisão inferior a um ano (§ 12)”.

A opção portuguesa é certamente uma influência de Eduardo Correia¹⁵³, que preferia a designação “‘direito criminal’ que, para além de ser, como vemos, mais exacta, tem por si a

¹⁵¹ Nota do tradutor em: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 9. Por essa razão também, em trechos mais complexos, optamos por manter, sempre que nos foi possível – quando, por exemplo, tínhamos acesso direto às obras –, especialmente no caso das citações diretas, os textos em seus idiomas originais, tanto para preservar, o quanto possível, o sentido dado pelo autor ou autora naquele contexto, quanto para possibilitar que o leitor ou leitora pudesse realizar a sua própria interpretação do sentido da articulação linguística enfocada. Somos, portanto, é bom que se diga logo, gratos às oportunidades que obtivemos junto aos ricos acervos das bibliotecas das universidades de Coimbra, em Portugal, de Salamanca, na Espanha, e do Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht [agora denominado Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht], em Freiburg, na Alemanha, onde por diversas vezes estivemos para a presente pesquisa. Entretanto, como foram muitas as *idas e vindas*, sendo cada uma delas dedicada a uma parte específica da investigação ora apresentada, é de se reconhecer que, por razões variadas (como, por exemplo, porque a obra já havia sido emprestada exatamente no período em que estávamos a pesquisar nos mencionados locais), nem sempre nos foi possível encontrar, em todas as oportunidades, as mesmas edições das obras utilizadas como referências bibliográficas, razão por que é de se constatar certa variação nas citações de obras de determinados autores. Não obstante as dificuldades, sempre nutrimos o cuidado de observar e ponderar se haveria algum prejuízo na utilização de obras que não correspondiam às versões mais atualizadas dos autores pesquisados.

¹⁵² TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 229.

¹⁵³ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015. p. 2. A interpolação é nossa. No mesmo sentido: BELEZA DOS SANTOS, José. *Ensaio sobre a introdução ao direito criminal*. Coimbra: Atlântida, 1968. Em sentido contrário, vejam-se os argumentos de Figueiredo Dias que, “de um ponto de vista formal” prefere a designação de “direito penal”, “quer porque se chama Código Penal o diploma legislativo em que o respectivo direito se contém, quer porque ‘Direito Penal’ é o nome escolar oficial da nossa disciplina”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 4.

tradição dos velhos juristas estrangeiros (Carpzov, Boehmer¹⁵⁴, etc.) e portugueses (Pereira de Sousa, Melo Freire, Sousa Pinto, etc.)”. Para o autor, um dos principais lentes do atual código penal português,¹⁵⁵ a preferência pela expressão utilizada se justificaria pelo fato de ser o *crime* “o elemento central da nossa disciplina, e daí a conveniência de ser ele raiz da sua designação”¹⁵⁶. Santiago Mir Puig¹⁵⁷ argumenta que “la doctrina suele considerar preferible mantener la terminología ‘derecho penal’, por mucho que reconozca su actual inexactitud”.

Será a opção legislativa, entretanto – no que nos for possível –,¹⁵⁸ nosso principal parâmetro, razão pela qual usaremos as expressões mais frequentemente mencionadas naquele diploma legal. Utilizaremos, portanto, tal como disciplina o Código Penal português, as expressões: *crime* (art. 1.º, 3; art. 5.º, 1, a, c, d, entre outros), *conduta* (art. 14.º, 2 e 3; art. 24.º, 2, entre outros), *ilicitude* (art. 16.º, 1 e 2; art. 17.º, entre outros) e *negligência* (art. 13; art. 15, entre outros)¹⁵⁹. Com isso, as mesmas providências serão adotadas quanto às expressões direito penal/direito criminal, sistema jurídico-penal/jurídico-criminal e teoria geral do delito/crime. Em tais casos, nossa opção será, evidentemente, pelas expressões *criminal* e *crime*.

¹⁵⁴ É este um dos principais comentadores da obra de Carpzov. CERQUETTI, Giovanni. *Il dolo*. Torino: Giappichelli, 2010. p. 417.

¹⁵⁵ O atual Código Penal português (de 1982) fundamenta-se nos projetos elaborados em 1963 (Parte geral) e em 1966 (Parte especial), da autoria de Eduardo Correia. FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 177. Segundo Manuel Cavaleiro de Ferreira, o trabalho havia sido encomendado inicialmente a José Beza dos Santos, em 1936, mas este “nunca chegou a apresentar qualquer projecto de Código, ou a dar notícia de trabalhos preparatórios. Em 1960 solicitou Beza dos Santos escusa do encargo que lhe fora cometido, e foi nomeado, para o mesmo fim, Eduardo Correia”. CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal – parte geral – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982 – II penas e medidas de segurança*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 47.

¹⁵⁶ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015. p. 2.

¹⁵⁷ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2 ed. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003. p. 9. O autor faz uma aprofundada análise crítica a respeito da terminologia da matéria.

¹⁵⁸ Sobre os limites da atividade legislativa em face da dogmática correspondente, trataremos mais desenvolvidamente no item 2 do Capítulo III da Parte II.

¹⁵⁹ Nesse caso específico, o que se percebe é que no código civil português há utilização tanto da *culpa* quanto da *negligência*, em situações em que parecem ser usadas como sinônimas, sendo aquela expressão mais frequentemente utilizada como um gênero da falta de cuidado/diligência do sujeito. Vejam-se, por exemplo, entre outros, os artigos 264.º, n.º 3 e 1.435.º, n.º 3. No caso do ordenamento jurídico-criminal, lembra-nos Juarez Tavares, o código português de 1886, em seu art. 2.º, já previa que “A punição da *negligência*, nos casos especiais determinados na lei, funda-se na omissão voluntária de um dever”. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 236 [o destaque, evidentemente, é nosso].

**PARTE I – A ESTRUTURAÇÃO DOGMÁTICA DO CONCEITO DE CRIME: PARA
UMA NECESSÁRIA CONTEXTUALIZAÇÃO¹⁶⁰**

“Sim bem primeiro nasceu Caos, depois também
Terra de amplo seio, de todos sede irresvalável sempre,
dos imortais que têm a cabeça do Olimpo nevado,
e Tártaro nevoento no fundo do chão de amplas vias,
e Eros: o mais belo entre Deuses imortais,
solta membros, dos Deuses todos e dos homens todos
ele doma no peito o espírito e a prudente vontade.”

HESÍODO. *Teogonia*. Trad. Jaa Torrano. São Paulo: Iluminuras,
2003. p. 111

¹⁶⁰ Detenhamo-nos aqui, apenas por um instante, antes de iniciarmos efetivamente essa primeira parte da investigação: a opção por estabelecermos uma contextualização inicial pode até ser criticável – se partirmos da perspectiva *popperiana*, por exemplo –, mas a reputamos como absolutamente necessária. Fazemo-la apenas para justificar as escolhas feitas diante das opções que tínhamos pelo percurso, mas não propriamente para obstaculizar um eventual debate com quem tenha feito escolhas diferentes, e, portanto, haja se valido de um outro tipo de *contexto*. Acreditamos na possibilidade de um diálogo produtivo para que se possa aprimorar o conhecimento sobre a matéria desenvolvida. Com isso, temos como superada a ideia de que só haveria *racionalidade* numa discussão quando as partes partilhassem do mesmo contexto, o que Karl Popper chamou criticamente de o “mito do contexto”. Em suas próprias palavras, isso consistiria no fato de que “a existência de uma discussão racional e produtiva é impossível, a menos que os particulares partilhem um contexto comum de pressupostos básicos ou, pelo menos, tenham acordado em semelhante contexto em vista da discussão”. (POPPER, Karl. *O mito do contexto* – em defesa da ciência e da racionalidade. Lisboa: Edições 70, 2009. p. 69). Para o autor, “os contextos, tal como as línguas, podem ser barreiras. Podem mesmo ser prisões. Mas um contexto conceptual estranho, como por exemplo uma língua estrangeira, não é uma barreira absoluta: podemos superá-la, tal como podemos sair do nosso próprio contexto, da nossa própria prisão”. (p. 112-113)

CAPÍTULO I – O PENSAMENTO SISTEMÁTICO E A NECESSIDADE DE ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO-CRIMINAL: OS PRIMEIROS PASSOS

1. Considerações iniciais

Muito embora não possamos apontar com exatidão para o seu aparecimento,¹⁶¹ no ambiente jurídico-filosófico bastam algumas incursões para percebermos que vem de Immanuel Kant a ideia mais usual de *sistema*. A polissêmica expressão, desenvolvida pelo filósofo a partir das ideias de Christian Wolff,¹⁶² carrega consigo o pressuposto de que, para a existência de um verdadeiro sistema (do tipo científico, portanto) – definido como uma espécie de *unidade arquetônica* em que se observam “afinidade das partes” e “sua derivação de um único fim supremo e interno” –, seria preciso estabelecer uma *ideia fundante* [uma espécie de denominador comum], em torno da qual gravitarão ideias correspondentes (ou subsistemas). Conclusivamente, o autor sustenta que:

Ninguém tenta estabelecer uma ciência sem ter uma idéia por fundamento. Simplesmente, na elaboração dessa ciência, o esquema e mesmo a definição, que inicialmente se dá dessa ciência, raramente correspondem à sua idéia, pois esta reside na razão, como um germen, no qual todas as partes estão ainda muito escondidas, muito envolvidas e dificilmente reconhecíveis à observação microscópica. É por isso que todas as ciências, sendo concebidas do ponto de vista de um certo interesse geral, precisam de ser explicadas e definidas, não segundo a descrição que lhes dá o seu autor, mas segundo a idéia que se encontra fundada na própria razão, a partir da unidade natural das partes que reuniu. Verifica-se então, com efeito, que o autor e muitas vezes ainda os seus sucessores mais tardios se enganam acerca de uma idéia que não conseguiram tornar clara para si mesmos e, por isso, não podem determinar o conteúdo próprio, a articulação (a unidade sistemática) e os limites da ciência.¹⁶³

Nesse passo, fica evidente que não basta que os artífices de um alegado sistema o intitulem de uma específica forma e até o defendam discursivamente (como *democrático*, por exemplo) segundo suas próprias expectativas (ou conveniências), se as práticas que se pretendem ver legitimadas nele não correspondem à sua ideia fundante.¹⁶⁴ O sistema mantém um espaço

¹⁶¹ SILVA DIAS, Augusto. “*Delicta in Se*” e “*Delicta Mere Prohibita*” – uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 426.

¹⁶² KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 57; WOLFF, Christian. *Pensamientos racionales acerca de Dios, el mundo y el alma del hombre, así como sobre todas las cosas em general*. Trad. Agustín Gonzáles Ruiz. Madrid: Ediciones Akal, 2000.

¹⁶³ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 670.

¹⁶⁴ Nesse exato contexto, vale aqui o alerta de Figueiredo Dias: “Sou dos que crêem que os conceitos fundamentais do nosso pensamento e da nossa cultura – posso dizer: da nossa civilização – se empobrecem, se é que não se desnaturam, sempre que adjetivados a esmo. Isto mesmo tem acontecido ao conceito de Estado-de-direito – e ao seu correlativo: o de democracia – quando qualificado, sobretudo para fins utilitaristas de luta política, de democrático, de social, de socialista...”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito penal e estado de

comunicativo em que só se permite que o que esteja dentro dele, em perfeita consonância com sua ideia fundante, seja perspectivado como válido (que interpretamos como *legítimo* ou *lógico*). Em termos bem resumidos, da perspectiva *kantiana*, por sistema entende-se “a unidade de conhecimentos diversos sob uma ideia”¹⁶⁵. Se assim não for, não é propriamente de um sistema do que estaremos a tratar, mas, ainda segundo as ideias de Kant, de uma alegada *unidade meramente técnica*.

Quando se deflagra o processo de dogmatização do conceito de crime, conforme veremos na sequência (item 2), muitos foram os autores que se dispuseram a propor um *modelo ideal* de sistema, vale dizer, um método de organização interna, de conexão lógica entre categorias constitutivas do conceito de crime. No entanto, não percamos de vista que, tudo isso tendo de encarar o enorme desafio de não se erguer uma estrutura que impeça o diálogo coerente com o todo do sistema jurídico. Embora tenham cada qual – direito constitucional, direito civil, direito administrativo, direito processual, entre outros – suas peculiaridades, é ao ramo do direito criminal que se reservou o protagonismo no âmbito da privação da liberdade, impondo-se, assim, certos tipos de *cuidados* em seu desenvolvimento, sejam estes teóricos ou práticos.

Dessa maneira, diante das contingências (econômicas, políticas, culturais etc.) que o tempo histórico lhes permitiam operar, desenvolveram-se movimentos como o causalismo, o neokantismo e o finalismo, por exemplo. Propuseram-se modelos de sistemas que até hoje se encontram em (re)construção. Manuel Cavaleiro de Ferreira¹⁶⁶, a propósito, chega mesmo a afirmar a existência de uma “discussão interminável sobre qual seja o sistema mais correcto”. Segundo o autor, em passagem que nos remete à metáfora labiríntica que utilizamos no início, “são tantos os sistemas que a sua discussão acaba por se tornar confusa”.

No caso de Portugal, assim como no restante da Europa, curiosamente a ideia de sistematização surge inicialmente voltada para o processo criminal. Afinal, “em processo penal é que se realiza o direito penal”.¹⁶⁷ Entre os portugueses, para não nos alargarmos na análise, é com Pascoal José de Mello Freire principalmente, que essa sistematização se densifica, assentando-se na “noção de imputação”, ou seja, no “nexo do agente com a

direito material: sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 31, 1981. p. 38.

¹⁶⁵ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 669.

¹⁶⁶ CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal* – parte geral – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982 – II penas e medidas de segurança. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 26.

¹⁶⁷ CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal* – parte geral – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982 – II penas e medidas de segurança. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 32-33.

violação do dever de agir em conformidade com o direito, igualmente dependente da sua vontade”.¹⁶⁸ O código criminal elaborado por Mello Freire¹⁶⁹, em seu primeiro artigo estabelece que “o que por sua vontade obrar qualquer acção que a lei proíbe, ou deixar geralmente de fazer o que ella manda, commette delicto”. Na sequência, logo em seu primeiro parágrafo, arremata: “sem dolo e malícia, ou culpa não se pôde considerar delicto para effeito da pena”. Não se percebe, do ponto de vista da atualidade, certo refinamento ou preocupação com a sistematização de categorias conceituais, mas uma urgência em pôr fim ao arbítrio das penas infamantes.¹⁷⁰

A observância do pensamento sistemático (seja ele qual for), como método de trabalho, parece-nos providência ínsita à presente investigação.¹⁷¹ A dogmática jurídico-criminal não haverá de prescindir disso, muito embora essa relação (sujeito-objeto-método) não tenha de se desenvolver de maneira tão uniforme e hermética ao ponto de se tornar insuscetível de certos *estranhamentos*. Augusto Silva Dias¹⁷² argumenta, sobre o “sistema dogmático” de “aplicação do Direito Penal”, que, “além das funções de garantia, de controlo, de descarga (*Entlastung*) e de adaptação”, serve ele ainda para assumir duas outras importantes funções: uma de caráter hermenêutico e, “em determinados contextos”, outra de cunho crítico, permanecendo, assim, “receptivo à experiência normativa do mundo da vida e a um discurso de validade jurídico-penal que, em última instância, nela encontra o seu fundamento”.

Nesse sentido, com Thomas Würtenberger¹⁷³, diremos que o nosso papel será o de “apreender conceitualmente o conteúdo e a estrutura dos preceitos penais e de colocar os diferentes conceitos obtidos num sistema científico logicamente incensurável”. É, aliás, em boa medida,

¹⁶⁸ CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal* – parte geral – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982 – II penas e medidas de segurança. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 33.

¹⁶⁹ MELLO FREIRE, Pascoal José de. *Código criminal intentado pela Rainha D. Maria I*. Segunda edição, castigada dos erros / corrector Francisco Freire de Mello. Lisboa: Typographo Simão Thaddeo Ferreira, 1823.

¹⁷⁰ No correspondente à exposição de motivos do referido código, nominada pelo autor de *introdução*, Pascoal José de Mello Freire, que vai se valer de Locke, Montesquieu, Rousseau, Brissot e Beccaria, entre outros que ele intitula de “grandes genios”, revela: “digo que não admitto em caso algum as penas crueis: que quasi nenhum uso das fiscaes: porém admitto e me sirvo das capitaes em todos crimes gravissimos. Creio que todos facilmente convirão comigo na abolição das penas crueis: taes são as de morrer queimado vivo, enterrado, entaipado, despedaçado, e outras que por horror não quero nomear”. MELLO FREIRE, Pascoal José de. *Código criminal intentado pela Rainha D. Maria I*. Segunda edição, castigada dos erros / corrector Francisco Freire de Mello – Em Lisboa: Typographo Simão Thaddeo Ferreira, 1823. p. VI.

¹⁷¹ Juarez Tavares, a propósito, chega mesmo a afirmar que “a única virtude que nela [a dogmática jurídico-criminal] se pode reconhecer é sua sistematização, derivada da tentativa de concretizar seu simbolismo em elementos sensíveis”. TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 12. Veja-se ainda: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: RT, 2011. p. 131.

¹⁷² SILVA DIAS, Augusto. “*Delicta in Se*” e “*D’elicta Mere Prohibita*” – uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 542.

¹⁷³ WÜRTEMBERGER, Thomas. *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*. Freiburg: C. F. Müller, 1957. p. 1. Tradução livre.

segundo Enrique Gimbernat Ordeig¹⁷⁴, o que faz da dogmática um ramo do conhecimento científico.¹⁷⁵ No entanto, será preciso ir além – nisso, portanto, consistirá a necessidade de abertura para o que denominamos *estranhamentos* –, ou seja, para esse autor, entre outras providências irrenunciáveis, deve-se, mais do que considerar o “pensar sistematicamente”, o pensar “também problematicamente”.¹⁷⁶ Não é, portanto, aleatoriamente que José de Faria Costa¹⁷⁷ argumenta que “o direito penal tem, por conseguinte, de postular-se sempre como uma ordem aberta de valores historicamente situados”. Exige-se “efetivamente um *instrumentarium* capaz de captar e compreender as próprias e inevitáveis flutuações que o ordenamento cria no seu seio”.

Sabemos, por exemplo, que “o trabalho com os ‘casos’ jurídico-penais seria sem ele [o sistema] irrealizável”.¹⁷⁸ Segundo Jorge de Figueiredo Dias¹⁷⁹, essa necessidade se impõe não apenas por razões de segurança na efetivação do direito, “mas porque fora do sistema ou independentemente dele não haveria nunca garantia de ser encontrada a solução *justa e adequada* para um caso jurídico-penal”. O catedrático de Coimbra arremata sua ideia, com a qual evidentemente concordamos, sustentando que “o pensamento do problema tem, no âmbito de que se trata, de *coexistir* forçosamente com o pensamento do sistema”, integrando-se, na medida do possível, uma coisa à outra. Parte-se, portanto, tendo em mente que o “pensar problematicamente” não anula o “pensar sistematicamente”.¹⁸⁰ Muito ao contrário.

Assim, às portas dessa estrutura *labiríntica*, um novelo de linha começa a ser desemaranhado, com o seu fio condutor deixado à mostra para que nos sejam permitidas as *idas e vindas* que são próprias desse tipo de investigação. É, portanto, essa perspectiva de sistema [de raiz *kantiana*]¹⁸¹ que nos servirá de ponto de partida, sobretudo porque se acha muito presente no

¹⁷⁴ ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Trad. José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: RT, 2002. p. 94.

¹⁷⁵ Discorreremos mais pormenorizadamente a respeito do papel de fundamentação e de limitação da dogmática, sobretudo no âmbito criminal, mais adiante: item 2, Capítulo III, Parte II.

¹⁷⁶ Há uma série de autores dedicados ao debate acadêmico sobre o encontro dessas duas formas de pensamento. Recomendam-se, por exemplo, como os mais representativos: LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. 2. ed. Trad. Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona-Caracas-México: Ariel, 1980; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

¹⁷⁷ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 284-285.

¹⁷⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 30.

¹⁷⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 30.

¹⁸⁰ Sobre tal perspectiva: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: RT, 2011. p. 137.

¹⁸¹ Estamos cientes da crítica feita por José de Faria Costa a respeito da ideia de sistema, e, por isso, como se explica na sequência, não nos apegamos exclusivamente a ela, como se assumíssemos uma postura de estagnação e clausura, mas trabalhamos o desenvolvimento da tese a partir dela, produzindo as adaptações que se impuserem de acordo com as circunstâncias do caso, com o “real verdadeiro”. Não nos parece viável romper em

contexto inicial do desenvolvimento do tema explorado adiante. Também é com ela que procuraremos articular as ideias inicialmente, mas não exclusivamente com (ou como) ela. Sabemos das contingências que nos perseguirão do início ao final do percurso. Veja-se ainda que José de Faria Costa¹⁸² adverte-nos que mesmo sem uma ideia *forte/dura/hermética* de sistema, “quer na articulação normativa, quer na ponderação de princípios ou regras, quer mesmo na forma de abordar e compreender o jurídico, [isso] não faz com que o intérprete e o aplicador do direito fiquem remetidos à escravatura do reino da arbitrariedade”. Como exemplo disso, o autor menciona os ordenamentos anglo-saxônicos. No entanto, segundo ele, “as comunidades têm os ordenamentos jurídico-penais que têm”, sistemáticos ou não; sendo assim, é “com eles e por eles” que elas “revêem-se e realizam-se”.

Diante desse contexto, não há aqui, como não poderia deixar de ser em uma pesquisa com tantas contingências, uma espécie de dever de fidelidade, de observância cega ao parâmetro destacado, mas de criteriosa abertura metodológica, e até mesmo certa sensibilidade para eventual adaptação, o que nos aproxima da desejada honestidade intelectual e do incontornável respeito às complexidades ínsitas à dinâmica social. A exemplo de Jano, deus da mitologia romana, se nos é permitida a metáfora, se duas faces tivéssemos, haveria de ser uma voltada ao sistema e outra aos problemas da realidade. Somente assim perspectivamos a possibilidade de se alcançar o ideal de justiça em ambiente democrático.

Temos plena consciência das dificuldades inerentes a um tipo de sistema que não nutrirá (nem deveria nutrir) pretensões de *pureza* ou *clausura*. Para nós, é fora de dúvida que é com o instrumental *kantiano* que esse debate sobre sistema ganha relevo e densidade na história humana,¹⁸³ além das inúmeras outras contribuições que o autor oferece ao debate no âmbito da própria dogmática jurídico-criminal.¹⁸⁴ Entretanto, apesar de fundamental, não apenas a perspectiva kantiana haverá de iluminar o percurso à nossa frente.

absoluto com essa perspectiva de *sistema*, daí por que a manteremos por perto, embora adaptada, dotando-a de certa volatilidade, sempre na busca pela proteção da dignidade humana em face do exercício do poder punitivo. Diz o autor: “Querer que o inteligir jurídico se feche, de forma exclusiva e única, em um sistema, mesmo que aberto, ou sequer em plúrimos sistemas de contacto, ao jeito luhmaniano, é pretender amarrar com fios de seda uma entidade movente que, se bem vemos, nunca ninguém conseguiu suster”. FARIA COSTA, José de. *Linhas de direito penal e filosofia – alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 12-13.

¹⁸² FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 103-104.

¹⁸³ Entre outros, podem também ser citadas as contribuições de: BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria Geral dos Sistemas*. Fundamentos, desenvolvimento e aplicações. Trad. Francisco M. Guimarães. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2008; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. António Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996; PARSONS, Talcott. *O Sistema das Sociedades Modernas*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1974; LUHMANN, Niklas. *Teoria de la sociedad*. Trad. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1992.

¹⁸⁴ A contribuição do filósofo é tão significativa, não apenas no direito criminal, que somos daqueles que, como Leandro Konder, concluem que “na geografia da filosofia moderna, existiam muitas ilhas de variados tamanhos,

Dessa maneira, se bem observamos, para concluir essas linhas iniciais de necessária contextualização, não há prejuízo algum em se optar por um sistema do tipo relativamente *aberto*.¹⁸⁵ Como faz questão de destacar Jesús-María Silva Sánchez¹⁸⁶: “Só este, de fato, pode tornar compatível a segurança jurídica, a racionalidade e a coerência característica de todo sistema com a integração de soluções satisfatórias para os problemas que sucessivamente venham a ser suscitados”. Apenas esse tipo de sistema – prossegue o autor – “pode assumir novos conteúdos provenientes dos resultados das investigações das ciências sociais, sem construir obstáculo à evolução social geral”. Não haverá, diga-se enfaticamente, suplantação da necessária busca pela unidade da ordem jurídica, uma vez que, como destacado por José de Faria Costa¹⁸⁷, para que tal unidade seja possível, “mesmo que em um ordenamento que se conceba como aberto, pressupõe uma valência normativa baseada em um denominador comum a que se tem também – como lugar paralelo – de acrescentar um feixe de finalidades convergentes”.

Entendemos, portanto, como José de Faria Costa¹⁸⁸, que “nem o sistema tem forçosamente de ser concebido de forma conclusa, antes se deve perfilar como sistema aberto, nem o mencionado anarquismo metodológico à maneira de Feyerabend terá de ser a única alternativa”. Sobre este último, aliás, incomodava “a idéia de um método estático ou de uma teoria estática de racionalidade”, o que, para o autor, fundava-se “em uma concepção

mas só existiam dois continentes: Kant e Hegel”. KONDER, Leandro. *Hegel: a razão quase enlouquecida*. Rio de Janeiro: Campus, 1991. *Explicação preliminar*. p. 1. Ambos são leitura obrigatória no debate sobre as finalidades da pena. Ainda sobre a importância de ambos, recomenda-se: HENRICH, Dieter. *Between Kant and Hegel: Lectures on German Idealism*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003. Além disso, tendo sido o que chamamos de *iluminismo* uma movimentação paradigmática na estruturação do sistema jurídico-criminal tal como o conhecemos hoje, não se perca de vista ainda que Kant foi um de seus grandes defensores, conforme destacado em: POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações – o progresso do conhecimento científico*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 204. A afirmação toma por base texto que atualmente pode ser encontrado em: KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: o que é o iluminismo. KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1990.

¹⁸⁵ Conchemos a resistência de alguns autores em considerar o Direito como um *sistema*, rejeitando, portanto, a ideia de “sistemismo”. Conquanto, mesmo alguns dos críticos, reconhecem, como nos deixa claro Bruno de Oliveira Moura, a partir da perspectiva do *multiversum*, sua imprescindibilidade como refencial “para o desenvolvimento formal da matéria jurídica e a sua especificação em diferentes ramos de normatividade, cada um deles com a sua relativa autonomia intencional, assegurada por metodologia e objeto com princípios próprios”. Na sequência, o autor argumenta que “que o Direito não *seja* um sistema ainda não significa que ele não *possua* um sistema (ou mesmo vários sistemas)”. FARIA COSTA, José de; MOURA, Bruno de Oliveira. *Filosofia do direito*. Lisboa: Âncora, 2020. p. 133 *ss*. O sistema, portanto, deve, quando muito, guiar, não aprisionar.

¹⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: RT, 2011. p. 231. Uma das grandes dificuldades desse sistema, como nos diz o próprio autor, será “estabelecer o grau de ‘abertura’”, já que esta, evidentemente, não há de ser plena. *Op. cit.* 234-235. Não obstante, ainda assim, nada há que nos faça perspectivar como um sistema menos vantajoso que um sistema do tipo fechado. Veja-se ainda: SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal - cuestiones fundamentales – estudios en honor de Claus Roxin en su 50. aniversario* Madrid: Tecnos, 1991. p. 35 *ss*.

¹⁸⁷ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 303.

¹⁸⁸ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 139.

demasiado ingênua do homem e de sua circunstância social”. Segundo Paul Feyerabend¹⁸⁹, em termos assumidamente irônicos, “ficará claro que há apenas um princípio que pode ser defendido em *todas* as circunstâncias e em todos os estágios do desenvolvimento humano: é o princípio de que *tudo vale*”. O que o autor procura explicar na sequência.¹⁹⁰

Reconheça-se, portanto, novamente com José de Faria Costa¹⁹¹, que “o direito não é só um *uni-versum*, é antes e sobretudo um *multi-versum* que pode ser apreendido de jeito incoincidente com metódicas sistemáticas”, incompatível, assim, com formulações “prontas” ou definitivamente “acabadas”.

¹⁸⁹ FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Trad. Cezar Augusto Mortari. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2011. p. 42. Perceba-se que no prefácio desta segunda edição o autor se diverte com as *pechas* que recebeu da crítica especializada depois da publicação do livro em questão, revelando a opção que fez “ocasionalmente” pelo tom irônico na escrita, além de rememorar sua relação de amizade com Imre Lakatos, com quem, apesar das divergências, planejava a publicação conjunta. Sobre esse contexto, o autor revela que o livro: “Não é um tratado sistemático; é uma carta a um amigo dirigida às suas idiossincrasias. Por exemplo, Imre Lakatos era racionalista; assim, o racionalismo desempenha grande papel neste livro. Ele também admirava Popper; portanto, Popper aparece com muito mais frequência do que justificaria sua ‘importância objetiva’. Imre Lakatos, meio brincando, chamou-me de anarquista, e não tive objeções a vestir a capa do anarquista. Por fim, Imre Lakatos gostava muito de embarçar adversários sérios com gracejos e ironia; assim, também eu, ocasionalmente, escrevi em uma veia um tanto irônica. Um exemplo disso é o final do Capítulo 1: ‘vale tudo’ não é um ‘princípio’ que sustento – não penso que ‘princípios possam ser proveitosamente usados e discutidos fora da situação concreta de pesquisa que supostamente afetam –, mas é a exclamação aterrorizada de um racionalista que examina a história mais de perto”. *Op. cit.* p. 7-8. Para ele, “Um anarquista é como um agente secreto que participa do jogo da Razão de modo que solape a autoridade da Razão (Verdade, Honestidade, Justiça e assim por diante)”. *Op. cit.* p. 47.

¹⁹⁰ Na realidade, a tese defendida pelo autor, explicitada logo no início do livro, é a de que “*os eventos, os procedimentos e os resultados que constituem as ciências não têm uma estrutura comum*”. O que se procura demonstrar no desenvolvimento é que, através de exemplos históricos, “A pesquisa bem-sucedida não obedece a padrões gerais; depende, em um momento, de certo truque e, em outro, de outro”. FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Trad. Cezar Augusto Mortari. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2011. p. 19. Em resposta às críticas desencadeadas pela publicação da mencionada obra, o autor publicou ainda: FEYERABEND, Paul. *A ciência em uma sociedade livre*. Trad. Vera Joscelyne. São Paulo: Unesp, 2011. Quanto a nós, após uma leitura atenta, a sensação é a de que, embora inegavelmente importantes as reflexões, porque estimulam o debate e o senso crítico sempre necessários, algumas das principais descobertas (ditas) científicas, ao longo da história humana, teriam ocorrido seguindo o que Nassim Nicholas Taleb chamaria de “a lógica do cisne negro”, em que se apresenta como característica primordial o fato de ser geralmente imprevisível, além de que, somente após sua ocorrência, é que procuramos “inventar” um meio de torná-lo “explicável”. TALEB, Nassim Nicholas. *A lógica do cisne negro – o impacto do altamente improvável*. Trad. Marcelo Schild. Rio de Janeiro: Best Seller, 2015. A aproximação fica ainda mais evidente na seguinte passagem da já mencionada obra de Feyerabend: “se as avaliações científicas podem ser avaliadas apenas depois do evento ter ocorrido, e se não há uma forma abstrata de garantir de antemão o êxito, então também não existe nenhuma maneira especial de sopesar promessas científicas – os cientistas não são melhores que ninguém nesses assuntos, eles apenas conhecem mais detalhes”. *Op. cit.* p. 21. Em outra oportunidade, Feyerabend, no estilo mais ácido da crítica que o caracteriza, volta ao tema e sentencia: “Quanto ao *slogan* ‘vale tudo’, que certos críticos atribuíram a mim para depois atacá-lo, não é meu e eu não tinha a intenção de resumir os estudos e caso de AM [*Against Method*] e SFS [*Science in a Free Society*] [...]. O conhecimento de que precisamos para entender e fazer progredir as ciências não vem de teorias, ele vem de participação [...]. Os críticos, tendo uma crença que eu explicitamente rejeito (de que pode haver uma teoria da ciência e do conhecimento), só leem parte da minha história e a leem de uma maneira que é contradita pelo resto. Não é de se surpreender que estejam desconcertados com o resultado. Observações semelhantes se aplicam aos leitores que aceitam o *slogan* e o interpretam como se isso tornasse a pesquisa mais fácil e o sucesso mais acessível. Minha objeção a esses ‘anarquistas’ preguiçosos é, uma vez mais, que eles leem mal as minhas intenções: ‘vale tudo’ não é um ‘princípio’ que defendo, é um ‘princípio’ forçado sobre um racionalista que ama princípios, mas que também leva história a sério [...]. Uma ausência de padrões ‘objetivos’ não significa menos trabalho”. FEYERABEND, Paul. *Adeus à razão*. Trad. Vera Joscelyne. São Paulo: Unesp, 2010. p. 337.

¹⁹¹ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 139.

Nessa perspectiva, como assevera Jorge de Figueiredo Dias¹⁹², esse tipo de postura, de *abertura criteriosa*,¹⁹³ atenta às possibilidades de readequação das perspectivas diante de “concretos problemas”, revela um sistema jurídico-criminal que, “antes que cerrado”, deve ser mantido como aberto, praticamente inacabado. Ou seja, a preferência é por um sistema com arguta capacidade para se refazer, especialmente “porque em cada dia a dogmática vai sendo confrontada com novos problemas; ou com problemas velhos, mas que, à luz de uma nova ou mais perfeita compreensão da teleologia, da funcionalidade e da racionalidade do sistema, reclamam novas soluções”. Tal como o defendido pelo catedrático de Coimbra, “não existe aqui qualquer dissonância ou contradição: a dialética já assinalada entre ‘sistema’ e ‘problema’ deve valer completamente para a dogmática jurídico-penal”.

Perspectivamos, portanto, ao arrancarmos da filosofia kantiana, que, repise-se, a necessidade de *ideia fundante* para nortear o funcionamento do sistema proposto leva-nos apenas à observância de *denominadores comuns*, de *parâmetros orientadores*, ou, se quisermos, de *elementos estruturantes*, sendo estes entendidos na mesma linha da argumentação de José de Faria Costa¹⁹⁴, ainda que noutra contexto. O autor, em análise sobre o papel do princípio da igualdade na sua relação com a proporcionalidade no âmbito da proteção dos bens jurídico-criminais, colocando-o como um “dos grandes princípios estruturantes”, conclui que “o princípio da igualdade relativiza-se na aplicação prática, mas perfila-se como absoluto [não podendo ser suprimido, por exemplo], como ideia fundante, para toda a ordem jurídica”.

É a partir da articulação dessas premissas básicas que o presente capítulo se desenvolverá na sequência. Interessa-nos aqui estabelecer, ao menos neste primeiro momento, as bases preliminares da estrutura que nos servirá de suporte ao enfrentamento da problemática proposta. Como são muitas as possibilidades de interpretação,¹⁹⁵ inclusive na (re)avaliação do processo histórico de dogmatização do crime – ou seja, muitos são os caminhos interpretativos à disposição –, cumpre-nos, mesmo que panoramicamente, para que não

¹⁹² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 32-33.

¹⁹³ Que pode até vir, numa visão sistêmica mais radicalizada – como nos pareceu ser a de Mireille Delmas-Marty –, a desnaturar a ideia originalmente kantiana de sistema. Mesmo assim, preferimos tomá-la para que não se pressuponha algum hermetismo/engessamento de nossa parte. DELMAS-MARTY, Mireille. *Le flou du droit*. Paris: PUF, 1986.

¹⁹⁴ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 264. A interpolação é nossa.

¹⁹⁵ Como José de Faria Costa, também perspectivamos que “não há uma única racionalidade”. Para o autor, “Apostar na visão monolítica do racional é favorecer o enquistamento do próprio pensar normativamente relevante e activo”. FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 371. Mais adiante, fazendo menção a Martin Heidegger, o autor acentua os desafios com os quais haveremos de nos deparar. Para ele, “o direito penal só pode ser ‘lido’ se tivermos a perseverança e a paciência lúcidas de o interpretar dentro do horizonte do ser imorredoiamente igual e diferente”. FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 402.

pareçamos um tanto *manualistas*,¹⁹⁶ apresentá-las, ao nosso modo, de maneira preambular. Tudo para que, assentados alguns outros pressupostos, logo em seguida, possamos apontar as razões pelas quais escolhemos aquelas trilhas percorridas como parte legitimamente integrante de nosso itinerário até a chegada às conclusões finais da investigação ora desenvolvida.

2. A dogmatização do conceito de crime: lance de olhos em redor das bases históricas

Desatado nosso primeiro fio condutor – e devidamente fincado no pátio de entrada do anunciado labirinto dogmático –, algumas questões ainda obstaculizam nosso avanço e precisam ser enfrentadas: quando, quem, como, e por que se estruturou uma narrativa dogmática jurídico-criminal? Para que se perceba com alguma clareza de onde partimos, e por onde (ou com quem) amealhamos as opções dogmáticas adotadas, será preciso resolvê-las antes de prosseguirmos. Não nos é dado esquecer que, de acordo com José de Faria Costa¹⁹⁷, “Justamente para se ascender ao problema é que não nos podemos furtar a analisar, com rigor e lucidez, as linhas essenciais que trespassam o nódulo dos elementos que irá eventualmente surgir como nódulo problemático”.

Ressalte-se, porém, que, embora imprescindível, essa não é uma providência que nos permita demora, sob pena de nos desvirtuarmos do enfrentamento da problemática proposta. Assim, embora saibamos dos problemas que podem representar os ligeiros resumos históricos,¹⁹⁸ nosso objetivo com a investigação é o de destacar aquilo que, no sistema da dogmática jurídico-criminal, há de imprescindível para que avancemos com alguma coerência e

¹⁹⁶ Já fizemos esse alerta no item 1.6.

¹⁹⁷ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 301.

¹⁹⁸ MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*. Trad. Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Estampa, 2005. p. 54 ss. Temos a plena consciência de que não há de ser uma tarefa fácil realizar incursões históricas tendo de selecionar o que, quanto a nós, merece destaque, sobretudo em temas cuja *memória histórica* é relativamente vasta e impregnada de complexidades interpretativas, o que, conseqüentemente, há de nos deixar suscetíveis a críticas de toda ordem. Não bastasse a dogmática aqui enfocada, a própria história tem seu labirinto. A propósito disso, vale lembrar a reflexão de Tim Ingold: “O andarilho no labirinto, que se submete ao mundo e responde aos seus acenos, seguindo por onde outros já estiveram, pode seguir adiante, sem começo ou fim, abrindo caminho no fluxo das coisas. Ele está, como diria Masschelein, verdadeiramente *presente* no presente. O preço dessa presença é a vulnerabilidade, mas a recompensa é uma compreensão, fundada na experiência imediata, daquilo que está além do conhecimento”. INGOLD, Tim. O dédalo e o labirinto: caminhar, imaginar e educar a atenção. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 21, n. 44, jul./dez. 2015. p. 34. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ha/v21n44/0104-7183-ha-21-44-0021.pdf>. Acesso em 23 abr. 2020. Nosso papel, no entanto, em uma investigação dessa envergadura, não é o de evitar tais críticas (ou vulnerabilidades), sempre presentes e necessárias, especialmente no ambiente acadêmico, mas o de procurar respondê-las com coerência e honestidade intelectual, corrigindo inclusive a metodologia e, por conseqüência, os rumos do argumento utilizado, caso isso se mostre necessário.

segurança na análise da problemática proposta. Não é, portanto, nossa pretensão, a realização de uma abordagem a partir de uma perspectiva pormenorizadamente histórica.¹⁹⁹

Evidentemente que inúmeros são os movimentos que, direta e indiretamente, influenciaram no desenvolvimento das ciências jurídico-criminais, mas uma dedicada historiografia certamente nos afastaria dos objetivos traçados alhures (veja-se o item 1.4.). Logo, como se anteviu, a opção aqui é por *pontuarmos* apenas alguns episódios históricos de referência – que, embora ligados, não devem ser vistos necessariamente como conseqüências naturais uns dos outros –, providência que nos parece servir adequadamente aos propósitos traçados inicialmente.²⁰⁰ Perspectivar historicamente um tema, fosse esse nosso objetivo, demandaria outra problemática, além de mais tempo, espaço e cuidados para que não se apresentasse uma ideia de linearidade que já não existe em termos históricos.²⁰¹

Não obstante a posição assumida, a de prescindir de uma minuciosa incursão histórica, é de se reconhecer que alguns elementos de tal método não poderiam deixar de estar presentes num trabalho desta natureza. Sobretudo porque, como dirá Francisco Muñoz Conde²⁰², seria muito difícil de admitir que a dogmática jurídico-criminal, em sua estruturação, estivesse *acima de seu tempo e espaço*, desvinculada, portanto, do contexto histórico-político-cultural com o qual seus principais artífices dialogavam.

Nesse passo, para sermos diretos, cumpre não esquecer que Jorge de Figueiredo Dias²⁰³ sustenta que “a doutrina geral do crime constitui sem dúvida um dos mais ingentes esforços de abstracção a que se abalançou o pensamento jurídico”, o que se justifica pelo contexto no qual estavam imersos seus precursores. Como antecedentes das *inovações* que enfocaremos

¹⁹⁹ O uso de tal método, como antevisto (veja-se ainda o item 1.6.), será muito pontual (*um lance de olhos*), fornecendo apenas “algumas pistas históricas referentes à ‘memória’ dos temas e dos problemas”. Na esteira do sustentado, por exemplo, em: GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 19.

²⁰⁰ Veja-se, nesse contexto, o alerta que nos é feito por Gabriel Pérez Barberá: “Toda exposición histórica persigue una meta similar a la taxonomía, este es, obtener ciertas clasificaciones que puedan ser útiles para una mejor comprensión del tema que se trata [...]. Ninguna exposición de la evolución histórica de un determinado concepto jurídico puede llevarse a cabo, entonces, sin un criterio rector conforme al cual se aísle sólo aquello que resulte relevante para la exposición. Toda narración histórica es, en tal sentido, interesada”. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual – hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Dolo como concepto objetivo. Dolo e imprudencia: relación y delimitación. Datos psíquicos: relevancia. Prueba del dolo en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2010. p. 151-152.

²⁰¹ Nesse sentido, os escritos provenientes da *Escola dos Annales* são paradigmáticos, demonstrando uma certa autonomia do presente em relação ao passado. Assim, conhecer o passado não é o suficiente para desvendar o presente ou mesmo eventualmente para predizer um futuro. Por todos, recomenda-se: BLOCH, Marc. *Apologia da história ou o ofício de historiador*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

²⁰² MUÑOZ CONDE, Francisco. *A história política da dogmática jurídico-penal*. Palestra de encerramento do 19º Seminário Internacional de Ciências Criminais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, São Paulo, dez. 2015. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/273-Palestra-de-Encerramento-Historia-Politica-da-dogmatica-juridico-penal. Acesso em 11 abr. 2019.

²⁰³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito penal e estado de direito material: sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 31, 1981. p. 40.

na sequência,²⁰⁴ disseminavam-se características de um autoritário direito criminal do autor, dominado por uma série de postulados canônicos,²⁰⁵ força motriz da inquisitorialidade.²⁰⁶ Como observado por Eduardo Correia²⁰⁷, “o direito penal só se autonomizou do direito canônico e das concepções religiosas que lhe andam ligadas com o *iluminismo*” [séc. XVIII]. É nesse período histórico que os conceitos de *crimen* e *peccatum* começam, enfim, um claro processo de distinção.²⁰⁸

Assim, para que se impulsionasse uma mudança significativa, as ideias *iluministas* tiveram de varrer as estruturas de poder até então timidamente contestadas,²⁰⁹ mas não sem antes se observar uma série de virulentas reações de governantes que temiam a deposição, e de nobres que temiam a perda de seus títulos. Da nossa perspectiva, não deixa, portanto, de ter razão Paul Feyerabend²¹⁰ quando, ao comentar criticamente a repercussão das ideias de Galileu em seu tempo (1564-1642),²¹¹ afirma que “Filósofos que desejam introduzir e testar ideias novas veem-se confrontados não com *argumentos*, aos quais provavelmente poderiam refutar, mas com uma muralha impenetrável de *reações* entrincheiradas”. O gene do *Estado Laico*, para que se desenvolvesse, teve também de ser forjado à custa de muito sangue, suor e lágrimas.

Descobriu-se, sobretudo com Beccaria²¹², que era preciso estabelecer limites aos governantes, impondo-se, entre outros, o critério da legalidade como garantia contra o arbítrio

²⁰⁴ Embora as nossas atenções se concentrem a partir do século XVIII, mudanças significativas já germinavam entre os séculos XVI e XVII, “quando se libertam dos quadros teológicos medievais quer as ciências da natureza (Copernico, Kepler, Galileu, Newton) quer a filosofia geral e a filosofia do direito e do Estado (Maquiavel, Bodin, Descartes, Hobbes, Locke, Espinosa, Leibnitz etc)”. CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015. p. 84. Nota 1. Especificamente sobre o saber penal nesse contexto, recomenda-se, por todos: SCHAFFSTEIN, Friedrich. *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo*. Trad. Jose Maria Rodriguez Devesa. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957.

²⁰⁵ Sobre tal domínio nas diversas áreas do conhecimento, no contexto português, recomenda-se: GAUER, Ruth Maria Chittó. *A modernidade portuguesa e a reforma pombalina de 1772*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.

²⁰⁶ A esse respeito, por todos, recomenda-se: ZIMMERL, Leopold. *Aufbau des Strafrechtssystems*. Tübingen: Mohr, 1930. Para contextualizar as práticas adotadas pelo sistema criminal (umbilicalmente ligado ao eclesiástico) no período focado, recomenda-se ainda: PROSPERI, Adriano. *Tribunali dela Coscienza – Inquisitori, confessori, missionari*. Turim: Eunaidi, 1996. E ainda, de forma mais crítica: BETHENCOURT, Francisco. *A Inquisição revisitada*; GARRIDO, Álvaro; COSTA, Leonor Freire; DUARTE, Luís Miguel (orgs.). *Estudos em homenagem a Joaquim Romero Magalhães – economia, instituições e império*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 146-147.

²⁰⁷ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015. p. 82.

²⁰⁸ SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Die europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus*. Göttingen: Schwartz, 1954.

²⁰⁹ Para contextualizar essa postura de enfrentamento, recomenda-se: FARIA COSTA, José de. *Ler Beccaria hoje*. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. 74, 1998. p. 89-105.

²¹⁰ FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Trad. Cezar Augusto Mortari. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2011. p. 96-97.

²¹¹ Sobre as ideias de Galileu Galilei e sua contribuição ao desenvolvimento da ciência moderna, recomenda-se: NAESS, Atle. *Galileu Galilei: um revolucionário e seu tempo*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

²¹² BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005. Não é à toa que, para Lynn Hunt, “contra o poder absoluto dos governantes, a ortodoxia religiosa e os privilégios da nobreza, Beccaria propunha um padrão democrático de justiça: ‘a maior felicidade do maior número’”. HUNT,

governamental.²¹³ Como pontuado – e bem –, com refinada ironia, por José de Faria Costa²¹⁴, “Os poderes, quaisquer que sejam, parecem gozar, misteriosamente, de uma das qualidades mais características dos gases: a expansibilidade”. Por isso, prossegue o autor, nos deparamos com “a absoluta necessidade de se encontrarem mecanismos, socialmente relevantes, que se oponham legitimamente ao transbordar, dir-se-ia que quase natural, do poder de punir”.

É nesse contexto que a *vontade de Deus* [que, como se sabe, não encontra limites] perde significativo espaço para a ideia de *contrato social* [que impõe limites].²¹⁵ Dessa maneira, não é exagero algum registrar-se que “o iluminismo é, a todos os títulos, um momento de viragem no contexto da história política, económica e cultural do mundo ocidental”²¹⁶. Não há dúvida de que “o ideário filosófico que se desenvolve na época de Setecentos vem originar todo o repensar do significado da relação do cidadão com o Estado e, como decorrência lógica, do próprio *ius puniendi*”²¹⁷. Tão significativas foram essas modificações que é possível constatar “fortes presenças no nosso direito penal actual”, caracterizando-se aquela quadra histórica, consequentemente, “por uma grande elaboração doutrinal e sistemática do direito penal”²¹⁸.

Assim se estrutura uma concepção encarada como *clássica* do sistema jurídico-criminal – que tem como centro de gravidade a elaboração de uma *teoria do crime* –, movida pelo

Lynn. *A invenção dos direitos humanos* – uma história. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Na realidade, a ideia da necessidade de se estabelecer limites e equilibrar o exercício do poder é mais densa e estruturalmente defendida inicialmente por Montesquieu: “mais c’est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu’à ce qu’il trouve des limites. Qui le dirait! La vertu même a besoin de limites”. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *De l’Esprit des lois*. Livre XI, Chapitre IV. t. I. Paris: Garnier Frères, 1973. p. 167. José de Faria Costa, não por acaso, adverte: “é co-natural ao exercício do poder (e já vimos que o poder não pode ser senão exercício de si próprio) a sua expansão. O poder é intrinsecamente expansivo. Dificilmente encontra barreiras em si mesmo à sua expansibilidade”. FARIA COSTA, José de. *Direito Penal e liberdade*. Lisboa: Âncora, 2020. p. 25.

²¹³ Critério posteriormente desenvolvido mais densamente por Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach. Do autor, recomenda-se: FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

²¹⁴ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 74.

²¹⁵ Paradigmáticas nesse sentido, entre os séculos XVII e XVIII, entre outras, são as obras: ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Vom Gesellschaftsvertrag – oder Prinzipien des Staatsrechts*. Berlin: Suhrkamp, 2016; LOCKE, John. *Zweite Abhandlung über die Regierung*. Hans Jörn Hoffmann und Ludwig Siep [Übers.]. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2007; HOBBS, Thomas. *Man and citizen*. Charles T. Wood [Übers.]. Atlantic Highlands: Humanities Pr., 1978.

²¹⁶ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 169. “No que se refere ao iluminismo e à sua importância para o pensamento penal urge que tenhamos consciência do relevo que alguns autores portugueses tiveram na consolidação das grandes traves-mestras da dogmática penal que arrancam precisamente dessa época histórica. Importância, acrescente-se, que um tanto estranhamente, salvo raras exceções, não é normalmente posta em destaque”. FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 183. O autor cita, como exemplo de reconhecimento, sobretudo externo, aos autores portugueses na construção da doutrina jurídico-criminal, nomeadamente Mello Freire e Pereira e Sousa, o seguinte artigo: BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Über das Erfordernis eines Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens, *Archiv des Criminalrechts*, 1834. p. 165 ss. Disponível em: <http://132.248.9.34/hevila/Politicacriminal/2007/no3/11.pdf>. Acesso em 16 out. 2019.

²¹⁷ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 169.

²¹⁸ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 171. No mesmo sentido: CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015. p. 89.

estabelecimento de limites ao exercício do poder punitivo, preparando o terreno para que, no final do século XIX, conseguíssemos ver consolidado o mais importante paradigma metodológico já visto nas ciências criminais: a dogmática.²¹⁹ Essa, aliás, cumpre, segundo Jesús-María Silva Sánchez²²⁰, “uma das mais importantes funções entre aquelas atribuídas à atividade jurídica geral de um Estado de Direito: a de *garantir os direitos fundamentais do indivíduo* perante o poder arbitrário do Estado”. Ainda segundo o mesmo autor, essa é também “uma *conquista irreversível do pensamento democrático*”.

Sob o trauma dos períodos antecedentes, viu-se germinar uma estrutura jurídica sistematizada que contrastava com o ambiente tradicionalmente fértil aos decisionismos, cuja dinâmica de funcionamento estava vinculada aos sentidos de oportunidade e de conveniência dos governantes e representantes divinos. A postura que se assumia a partir dali resultava na disseminação da ideia de que o crime não era algo naturalmente concebido, mas produto de uma construção social, cultural e política que, para gerar consequências no âmbito estatal, dependeria da violação de uma norma legitimamente posta em vigência,²²¹ cuja produção se atribuía ao processo de codificação próprio das influências que ascendiam naquele período.²²²

Desse modo, a partir dos estímulos iluministas, perseguiram-se critérios (vistos então como) mais objetivos para a concepção do crime, consentâneos com uma espécie de cientificidade que também se disseminava em diversos outros ramos no final do século XIX.²²³ Uma postura que vai ao encontro dos critérios idealizados a partir das ciências exatas e da natureza, com vieses descritivos e classificatórios, baseados nas relações de causa e de efeito, características próprias das ciências do *ser* (ditas ontológicas/reais),²²⁴ e que, por sua vez, deveriam guiar

²¹⁹ WELZEL, Hans. A dogmática no direito penal. Trad. Yolanda Catão. *Revista de Direito Penal*, São Paulo, n. 13/14, 1974. p. 7-12.

²²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: RT, 2011. p. 81-82.

²²¹ EISELE, Andreas. *Direito penal – teoria do crime*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 198.

²²² CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal – parte geral – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982 – II penas e medidas de segurança*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 32.

²²³ Partindo-se da perspectiva de que “a característica mais geral de todas as ciências, que as separa das tomadas de posição acientíficas, é sua objetividade”. Tradução livre. BOLLNOW, Otto Friedrich. Die Objektivität der Geisteswissenschaften und die Frage nach dem Wesen der Wahrheit, *Zeitschrift für philosophische Forschung*, Bd. 16, H. 1, Jan. - Mar., 1962. p. 4. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/20481238?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em 22 mar. 2019.

²²⁴ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, n. 32, out.-dez., 2000. p. 122. Eis aqui uma expressão que merece que nos detenhamos um instante, até porque será recorrentemente utilizada adiante. Segundo Juarez Tavares, um conceito ontológico se situa de maneira “anterior a qualquer formulação e cujo elemento essencial – a finalidade [ele se refere ao conceito final de conduta] – fora afinal descoberto como uma verdade incontestável”. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019. p.167. Segundo Arthur Kaufmann, apontando criticamente para uma variação do conceito, a “esfera ôntica (ontológica)”, estaria baseada “na natureza das coisas, nas estruturas lógico-materiais, em instituições pré-existentes, etc. [...] A ideia do ontológico radica na aceitação, mediatizada pela e apoiada na experiência, de que aquilo que se fundamenta no ‘ser’ não é disponível”. KAUFMANN, Arthur. Prolegomenos a uma Lógica Jurídica e a uma Ontologia das Relações: Fundamento de uma Teoria do

todo o sistema criminal a uma espécie de porto seguro, preservando-o – tanto quanto fosse possível no âmbito de uma ciência do *dever ser* (dita axiológica/normativa) – do incômodo *subjetivismo*.

Orientados pela “‘logica’ dello ‘spirito del tempo’”²²⁵ [ou o *Zeitgeist*], os artífices dessa clássica dogmática jurídico-criminal avançam numa espécie de monismo científico,²²⁶ numa busca pelo absoluto *a-histórico*, o que nos leva ao “tempo da inconsonância”, também “tempo da separação”, ou seja, à ideia de que “uma só estrada podia ser seguida, aquela que traçasse dois caminhos distintos, mesmo que paralelos, entre a ética e o direito penal”.²²⁷ Preenche esse espaço, pela alegada necessidade de mudança, o naturalismo/positivismo, caracterizado

Direito Baseada na Pessoa. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. 78, 2002. p. 184-185. Não obstante, convém, desde já, mencionarmos a distinção ressaltada por Bruno de Oliveira Moura, para quem o *ontológico* e o *ôntico* possuem distinções que merecem ser destacadas. Segundo o autor, “O ôntico prende-se com o ‘ente’ ou a ‘entidade’, enquanto dado prévio à investigação filosófica: diz respeito ao fenoménico, àquilo que aparece na superfície e como tal é captado pelos sentidos. Já o ontológico se refere ao «ser» do «ser-aí» enquanto «poder-ser» (abertura ou possibilidade) que não existe antes da investigação filosófica e que está por detrás do fenoménico: é a compreensão que está além daquilo que os sentidos mostram”. MOURA, Bruno de Oliveira. *Ilicitude penal e justificação* – reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 19. O autor desenvolve ainda mais a discussão sobre essas questões terminológicas a partir da página 31. Mais detalhadamente: FARIA COSTA, José de; MOURA, Bruno de Oliveira. *Filosofia do direito*. Lisboa: Âncora, 2021. p. 151 ss. Ademais, dirá José de Faria Costa, que “verdadeiramente hoje, quem pensa em termos ontológicos está muito longe de pensar em termos de uma ontologia do absoluto” Para ele, “hoje é uma ontologia da realidade, é verdadeiramente hoje assim que se pensa em termos ontológicos”, “há uma ontologia do relativo”, ou seja, “eu assumo a minha participação, da minha circunstância, no meu tempo limitado, da minha existência”, o que não há de significar uma espécie de eu solipsista, mas um “eu com o outro”. FARIA COSTA, José de. *Prelúdio e variações sobre o direito penal*. Palestra em DVD no 17º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, 25 ago. 2011. José de Faria Costa faz importantes críticas à perspectiva de conduta final levada a cabo por Hans Welzel e seus partidários, os quais, atencipemo-nos, arrancam de um sentido ontológico. Explicitaremos melhor a perspectiva finalista mais adiante, como sendo uma das mais importantes correntes da dogmática jurídico-criminal, mas, para que não percamos a oportunidade do contexto, vale destacar que, para José de Faria Costa, “a acção final welzeliana não esgota nem se confunde, na totalidade, com as possíveis compreensões ontológicas da acção”. Sendo assim, “a acção final como bem e definitivamente demonstra Kaufmann, é um particular modo de exprimir a dimensão ontológica do direito, fazendo realçar em termos de predomínio absoluto – não sabemos na base de que legitimidade teórica – a camada do ser final”. FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 418. O autor também nos remete a Eduardo Correia, que, em uma de suas duras críticas às ideias de Welzel, conclui que “é pelo menos duvidoso que Welzel tenha determinado correctamente a estrutura ontológica da acção humana, ao se pretender que ela reside numa *finalidade* que, em si, pode ser até em absoluto estranha a significações e a sentidos”. CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015. p. 213.

²²⁵ LALLA, Paolo de. Note sulla coscienza giuridica. *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano XXI, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1978. p. 525. Sobre a ideia de um direito penal fruto de seu próprio meio, recomenda-se ainda a imprescindível leitura de: TAIPA DE CARVALHO, Américo. Condicionalidade sócio-cultural do direito penal – análise histórica. Sentido e limites. *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* – estudos em homenagem aos Profs Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz, Coimbra, 1985. p. 9-12. E ainda, sobre o tema, as advertências de: BYDLINSKI, Franz. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. Wien: Springer, 1982. p.434.

²²⁶ Segundo Miguel Baptista Pereira, partindo da ideia de que “a pluralidade e a diferença surgem da força selectiva da vida”, “o ‘monismo explicativo’ é o mais perigoso de todos os ‘ismos’ e ofende o processo diferenciador e multiplicador inerente à estrutura da vida na produção da sua totalidade”. BAPTISTA PEREIRA, Miguel. *Modernidade e tempo*: para uma leitura do discurso moderno. Coimbra: Livraria Minerva, 1990. p. 186.

²²⁷ FARIA COSTA, José de. *Prelúdio e variações sobre o direito penal*. Palestra em DVD no 17º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, 25 ago. 2011.

“especialmente por aspirar a desterrar de la Ciencia, por no poder tener respuesta, no sólo toda ‘Metafísica’, sino también la cuestión acerca del sentido de la existencia, acerca de ‘valores’”²²⁸. A crescente adesão ao “método empírico, indutivo, experimental e causal-explicativo para a construção do conhecimento” seria prova mais que suficiente da consolidação de uma viragem paradigmática especialmente impulsionada, nas perspectivas sociológica e filosófica, por Auguste Comte²²⁹, e, na perspectiva (bio)evolucionista, por Charles Darwin²³⁰.

Eugenio Raul Zaffaroni²³¹ argumenta que “o método jurídico” desenvolvido “com a mais fina filigrana”, em especial pelos alemães, “adaptava-se aos tempos em que a ciência se glorificava, em especial, a física”. O autor conclui que “Em todos os campos do saber, tentava-se imitar a física – o chamado *fisicalismo* –, e os advogados criminalistas não eram alheios a isto, em seu afã por sair da sombra de caráter científico duvidoso do seu saber e ocupar um lugar acadêmico junto aos cultores das *ciências duras*”.²³² Da perspectiva de Fábio André Guaragni²³³, “o direito penal – ciência do *dever ser* –, para não perder o *status* científico naquele caudal de ideias naturalistas/positivistas que o envolviam ao cabo do século XIX, findou por adaptar-se às regras do jogo”. José de Faria Costa²³⁴, por sua vez, sobre o “radical causalista” que dominava aquele período histórico, faz questão de destacar que “O que era valoração dos factos à luz de uma razão prática, hermeneuticamente fecunda, passou a ser só juízo de causação a querer estender-se a todas as zonas do inteligir humano”. E conclui da seguinte forma: “A esse movimento não fugiu o direito penal”.

O direito criminal, portanto, que – diga-se a traço grosso, mas nem por isso menos rigoroso –, no contexto apresentado, “não é nem nunca foi margem desse rio [da história]”,²³⁵ estrutura-se e densifica-se com uma concepção de crime que toma como parâmetro “o naturalismo

²²⁸ LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. 2. ed. Trad. Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona-Caracas-México: Ariel, 1980. p. 56.

²²⁹ COMTE, Auguste. *Système de politique positive ou traité de Sociologie instituant la Religion de l’Humanité*. 3. ed. Paris: Larousse, 1890.

²³⁰ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 23-24; DARWIN, Charles. *A origem das espécies*. Trad. Auly de Soares. Brasília: UnB, 1981.

²³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doutrina penal nazista – a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945*. Trad. Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 129.

²³² Já havia uma atmosfera de veneração por uma espécie de matematização do mundo, incluindo-se as artes, como a música e a pintura. Para uma contextualização dos antecedentes desse período, recomenda-se: CROSBY, Alfred W. *A mensuração da realidade – a quantificação e a sociedade ocidental – 1250-1600*. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: Unesp/Cambridge, 1999.

²³³ GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal – um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 71.

²³⁴ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 510.

²³⁵ FARIA COSTA, José de. *Reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal hoje*. Palestra em DVD no 15º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, 25 ago. 2009. A interpolação é nossa.

positivista que surgia, então, como paradigma científico”. Entretanto, não deixemos aqui de ressaltar, porque absolutamente correto, seria essa “uma concepção datada e, como tal, historicamente situada em uma ideologia da exactidão científica aplicável a todas as ciências, incluindo o direito (penal), característica da segunda metade do século XIX”²³⁶.

É dessa maneira que a ideia de *sistematização* vai convocar espaços não apenas nas ciências jurídico-criminais, mas nos diversos outros ramos do conhecimento. Tudo na exata medida em que se percebe o descrédito dos métodos utilizados pelo *Ancient Regime*. Segundo Fernando Coutinho Contada²³⁷, “a percepção da existência de relações, de nexos e de interdependências entre os objetos da realidade é a porta de entrada para o uso do termo sistema na modernidade”. É nessa linha que, para o autor, “disciplinas como Biologia, Mecânica e Física irão cada vez mais formular objetos de estudo mediados por um enquadramento sistêmico da realidade, buscando nexos internos e relações de interdependência”. Com isso, essas referências, afirma ele, “influenciarão a forma pela qual os pensadores sociais irão representar a vida social”.

É exatamente nesse período que, em detrimento da até então preponderante influência da perspectiva criminológica²³⁸, uma estrutura jurídico-conceitual sobre o crime se estabelece – ou, se quisermos, dogmatiza-se –, apresentando-se como “um sistema integrado, de modo que a mudança produzida em um elemento provoca uma mudança nos outros elementos”²³⁹. Desse caldo cultural fértil a viragens paradigmáticas surgiram, entre outros, os contributos de Johann Michael Franz Birnbaum²⁴⁰, Karl Binding²⁴¹ e Adolf Merkel²⁴². No entanto, são as

²³⁶ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 210.

²³⁷ CONTADA, Fernando Coutinho. A polissemia dos conceitos e suas implicações para a sociologia: os usos do termo “sistema”, *Revista Educação & Sociedade*, Campinas/SP, v. 35, n. 128, p. 629-996, jul.-set., 2014. p. 831.

²³⁸ “a criminologia etiológica do reducionismo biologista estava engolindo o direito penal”, a classe médica, portanto, segundo Eugenio Raul Zaffaroni, acabava se sobrepondo aos juristas. A dogmática jurídico-criminal seria uma reação “contra esta subordinação do direito penal à criminologia desde o início do século passado”. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doutrina penal nazista – a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945*. Trad. Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 129-130. Mas essa ruptura não é abrupta, tendo em vista que o próprio Franz von Liszt, como veremos, deixa transparecer seu vínculo com essa mesma criminologia.

²³⁹ BASTIDE, Roger. *Usos e sentidos do termo “estrutura” nas ciências humanas e sociais*. Trad. Maria Heloiza Schabs Capellato. São Paulo: Herder & Editôra da Universidade de São Paulo, 1971. p. 9.

²⁴⁰ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de derechos para el concepto de delito*. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2010.

²⁴¹ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretun: Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des delikts*. Leipzig: W Englemann, 1877. Tendo recebido críticas de Eduardo Coreia, contra a ideia de que o direito criminal não criaria quaisquer ilicitudes próprias: CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015. p. 11.

²⁴² MERKEL, Adolf. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Pedro Dorado Montero. Buenos Aires: Montevideo, 2004.

formulações de Franz von Liszt²⁴³ e de Ernst von Beling²⁴⁴, na Alemanha,²⁴⁵ que entram definitivamente para a história como marcos fundacionais da dogmática jurídico-criminal. Pelas mãos pioneiras de ambos, com a intenção de reduzir-se, ao máximo possível, a margem de arbítrio e subjetividade, o crime estava mais densa e analiticamente sistematizado na perspectiva jurídica.²⁴⁶

Em termos mais gerais, para Liszt²⁴⁷, as mudanças propostas vão no sentido de se defender um direito criminal “como ciência eminentemente prática – a serviço da administração da justiça”, que “somente poderia afirmar-se como ciência sistemática”²⁴⁸, necessariamente integrada à criminologia e à política criminal (na expressão em alemão:

²⁴³ LISZT, Franz von. *Das deutsche Reichsstrafrecht*. Berlin: Guttentag, 1881; Em língua portuguesa, recomenda-se: LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia., 1899.

²⁴⁴ BELING, Ernst von. *Grundzüge des Strafrechts*. 11. Auflage. Tübingen: Mohr, 1930; BELING, Ernst von. *Die Lehre vom Tatbestand. Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, 16. August 1930*. Tübingen: Mohr, 1930. Para ambos os textos em língua espanhola, recomenda-se: BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal – la doctrina del delito-tipo*. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.

²⁴⁵ É notável a quantidade de contribuições significativas que autores alemães produziram ao longo da história humana. Alguns dos fatores que podem ter contribuído para que o país se constituísse em um ambiente tão fértil para a produção não apenas jurídica, mas também filosófica e econômica, são aparentemente bem desenvolvidos por Luís Manuel Lloredo Alix, em cuja tese doutoral se contextualiza a vida de um personagem extremamente importante para a história da dogmática jurídico-criminal, sobretudo porque foi professor de Franz von Liszt. Falamos de Rudolf von Ihering. No referido trabalho, o autor argumenta que, naquele contexto histórico: “llama la atención el aparente auge intelectual, empresarial y político que se respiraba en el mundo germánico. Científicos, estadistas, afamados juristas, literatos de renombre... En líneas generales, podría decirse que se vivía un periodo de esplendor. En segundo lugar, y penetrando más allá de esta primera constatación, podría recalcar la presencia de varios factores importantes. Otto von Bismarck representa el valor del Estado, de la nación unificada bajo la batuta de una férrea política militar, la Realpolitik y, pese a todo, de los primeros conatos de política social. Alfred Krupp o Werner Siemens representan el imparable auge de la industria, del gran capitalismo que, aliado con las necesidades estratégicas y militares del país, formaba un todo con la política emprendida por el canciller Bismarck. Y Windscheid o Ihering, entre otros, coadyuvaban a este proceso desde su parcela de conocimiento, el Derecho, sentando las bases de la codificación y desembarazando a la ciencia jurídica de una atención excesiva por la historia”. LLOREDO ALIX, Luís Manuel. *Ideología y filosofía en el positivismo jurídico de Rudolf von Ihering*. Tese apresentada para a obtenção do título de doutor no programa de pós-graduação do Instituto de Direitos Humanos “Bartolomé de las casas” da Universidade de Carlos III de Madrid, 2010. p. 347. Disponível em: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/10726>. Acesso em 11 abr. 2019; Em nota, o autor faz ainda constar como referência: “ESPING-ANDERSEN, Gøsta, *Los tres mundos del Estado del bienestar*, trad. de Begoña Arregui Luco, Alfons el Magnànim, Valencia, 1993, p. 44-45, 63-64 y 85-88; vid. NIPPERDEY, Thomas, *Deutsche Geschichte. 1866-1918* (Bd. 1), cit., p. 335-347”; “WIEACKER, Franz, “*Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution*”, em ID., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Scriptor Verlag, Kronberg, 1974, p. 55-78”.

²⁴⁶ Andreas Eisele recorda-nos que a origem histórica dessa possibilidade de decomposição formal do conceito de crime, mesmo que incipientemente, remonta a Deciani, que, ainda no século XVI, encarava-o como “um fato humano, dito ou escrito, doloso ou culposo, proibido sob pena mediante lei vigente, que nenhuma justa causa possa escusar”. EISELE, Andreas. *Direito penal – teoria do crime*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 201; DECIANI, Tiberii. *Tractatus criminalis*. Veneza: Franciscum de Franciscis Senesem, 1590. p. 19. Cezar Roberto Bitencourt e Francisco Muñoz Conde destacam ainda que “a elaboração do conceito analítico começou com Carmignani (1833), embora encontre antecedentes em Deciano (1551) e Bohemero (1732)”. BITENCOURT, Cezar Roberto. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 22.

²⁴⁷ Que, a propósito, teve acentuada influência em Portugal, sobretudo na formulação do código vigente. Veja-se, por exemplo, o que se constata em: CORREIA, Eduardo. A Influência de Franz v. Liszt sobre a reforma penal portuguesa, Coimbra, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 46, 1970. p. 1-34.

²⁴⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro. *Revista Seqüência*, v. 29, n. 57, p. 237-260, dez., 2008. p. 243.

Gesamtstrafrechtswissenschaft), sendo esta última encarada como uma “reunião ordenada de princípios”²⁴⁹. Já para Beling, da perspectiva de Vera Regina Pereira de Andrade, como uma ciência criminal positivada “especificamente jurídica e liberada de influências jusnaturalistas e sociológicas”²⁵⁰. Embora não propriamente idênticos, vê-se em ambos os autores a defesa de um sistema do tipo causal – em Liszt principalmente, tendo sido bastante influenciado pelo positivismo, seja o naturalista, seja o jurídico –,²⁵¹ com a proposta de uma perspectiva analítica e escalonada.

Dito mais especificamente a partir da gramática da própria dogmática, em Liszt, o crime se constituía pela conduta (vontade exteriorizada em movimento corpóreo com modificação do mundo exterior) ilícita (causação de resultado socialmente danoso), culpável (vínculo psicológico – dolo ou negligência – entre conduta e resultado) e punível (possibilidade de submissão a uma pena).²⁵² Por outro lado, em Beling, apresentava-se a conduta (vontade exteriorizada em movimento corpóreo com modificação no mundo exterior) tipificada (a causação de resultado proibido), ilícita (contradição entre a causação do resultado e o

²⁴⁹ LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Band 2. Berlin: Guttentag, 1905. p. 78.

²⁵⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro. *Revista Seqüência*, v. 29, n. 57, p. 237-260, dez., 2008. p. 242.

²⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: RT, 2011. p. 98; Em sentido aproximado, também: STRATENWERT, Günter. *Derecho Penal: parte general I*. Trad. Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982. p. 51. Influência essa que certamente se devia às lições que recebia de muitos de seus professores, em especial aquelas advindas de Rudolf von Ihering, cujas relações com o positivismo em seu tempo podem ser esmiuçadas, como antevisto, em: LLOREDO ALIX, Luís Manuel. *Ideología y filosofía en el positivismo jurídico de Rudolf von Ihering*. Tese apresentada para a obtenção do título de doutor no programa de pós-graduação do Instituto de Direitos Humanos “Bartolomé de las casas” da Universidade de Carlos III de Madrid, 2010. Disponível em: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/10726>. Acesso em 11 abr. 2019; Sobre a influência do positivismo no contexto português, por todos, recomenda-se: ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *História do direito português*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. Convém destacar como bastante representativo da perspectiva positivista adotada por Liszt o trecho que segue: “Der Gewohnheitsverbrecher (der Begriff ist nicht ganz unser technischer: ich meine den prinzipiellen Gegner der Rechtsordnung muss unschädlich gemacht werden, und zwar auf die unseren. Ihm Nahrung, Luft, Bewegung usw, nach rationellen Grundsätzen zuzumessen, ist Missbrauch der Steuerzahler”. MUÑOZ CONDE, Francisco. Franz von Liszt (1851-1919) als Strafrechtsdogmatiker und Kriminalpolitiker. GRUNDMANN, Stefan. KLOEPFER, Michael. SCHRÖDER, Rainer [et. al.]. *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin*. Berlin: de Gruyter, 2010. p. 446. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?id=eYq4jEFdwmwC&pg=PA439&lpg=PA439&dq=MU%C3%91OZ+CONDE,+Francisco.+Franz+von+Liszt+\(1851-1919\)+als+Strafrechtsdogmatiker+und+Kriminalpolitiker.&source=bl&ots=rF38jy6Ixf&sig=ACfU3U0dQKYxeXHGMZYC93X7AGmVRwwhWw&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwiExufD_oDmAhW4IbkGHWuRB_IQ6AEwAXoECAoQAQ#v=onepage&q=deine%20Bewegung&f=false](https://books.google.com.br/books?id=eYq4jEFdwmwC&pg=PA439&lpg=PA439&dq=MU%C3%91OZ+CONDE,+Francisco.+Franz+von+Liszt+(1851-1919)+als+Strafrechtsdogmatiker+und+Kriminalpolitiker.&source=bl&ots=rF38jy6Ixf&sig=ACfU3U0dQKYxeXHGMZYC93X7AGmVRwwhWw&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwiExufD_oDmAhW4IbkGHWuRB_IQ6AEwAXoECAoQAQ#v=onepage&q=deine%20Bewegung&f=false). Acesso em 23 nov. 2019. Algo como: “o delinquente habitual deve ser inócuo, e, certamente, que a custo seu e não nosso. A sua alimentação, seu ar, seu movimento, entre outros, conforme princípios racionais, é um abuso orçamentário”. A tradução do trecho citado é encontrada em: ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doutrina penal nazista – a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945*. Trad. Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 106.

²⁵² LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia., 1899. p. 183 ss. (No original, base da tradução: LISZT, Franz von. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. 6. Aufl. Berlin: J. Guttentag, 1894. p. 93 ss.).

ordenamento jurídico) e culpável (vínculo psicológico – dolo ou negligência – entre conduta e resultado).²⁵³

Como se sabe, é incontestavelmente a Beling, portanto, a quem se atribui a ideia hoje usual de *tipo*.²⁵⁴ Com ele, a diferença entre “o ilícito penal e os demais ilícitos não mais precisava operar-se com base na punibilidade, ao fim da análise”²⁵⁵, como, por exemplo, no modelo proposto inicialmente por Liszt. Como consequência, “a punibilidade foi descartada como elemento do crime, pois sua função de identificar a ilicitude penal passou a ser realizada pela tipicidade”²⁵⁶. Nesse contexto, constata-se ainda, em ambos, uma estratificação norteada por critérios objetivos de um lado e subjetivos do outro, ou seja, a ação (típica e) ilícita era destituída de elementos subjetivos, enquanto à culpabilidade se reservavam os elementos puramente psicológicos e, evidentemente, encarados como subjetivos (onde se abrigavam o dolo e a negligência).

Na argumentação de Juarez Tavares²⁵⁷, como é próprio dos sistemas dogmáticos no âmbito das teorias do crime, “a análise de seus elementos se processa” em fases distintas ou, se quisermos, “em etapas”. Tal como constatado pelo autor, na primeira fase da análise, “o sistema causal exclui tudo o que for de subjetivo”, o que se justificaria porque “o direito penal se organiza no sentido de evitar, preliminarmente, que efeitos danosos ou perigosos (resultados indesejáveis) de uma atividade se verifiquem concretamente”. Já na segunda fase, a atenção se volta – aí sim – à “vinculação subjetiva entre agente e fato”. Apenas nesse específico momento se debruçariam os intérpretes sobre “o vínculo psicológico, real ou suposto”, entre ambos.

Tínhamos, portanto, “uma bipartição entre a vertente objectiva – constituída pela acção típica e ilícita – e a vertente subjectiva –, encontrando-se, aqui, a acção culposa – procurando-se,

²⁵³ BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal – la doctrina del delito-tipo*. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944. p. 3 ss. Nos originais: BELING, Ernst von. *Grundzüge des Strafrechts*. 11. Auflage. Tübingen: Mohr, 1930; BELING, Ernst von. *Die Lehre vom Tatbestand. Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, 16. August 1930*. Tübingen: Mohr, 1930.

²⁵⁴ Segundo acentuado por Fábio Roberto D’Avila, “antes dele, a noção de tipo (Tatbestand) era já conhecida, mas como conceito muito próximo ao de crime como um todo”. Segundo o autor, Beling “propôs uma concepção bem mais estreita, não mais como sinônimo de crime, mas como fundamental ‘momento do conceito de crime’, a partir do qual a teoria do crime deveria ser construída”. D’AVILA, Fábio Roberto. Tipo, ilícito e valor. Notas conceituais e sistemáticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 121, jul.-ago., 2016. p. 100. O autor baseia-se em: STRATENWERTH, Günter. KUHLEN, Lothar. *Strafrecht: Allgemeiner Teil I*. 5. ed. Köln/Berlin/München: Carl Heymanns Verlag, 2004. p. 74. Além de: KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2008. p. 65.

²⁵⁵ GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal – um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 73.

²⁵⁶ GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal – um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 74.

²⁵⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 55-56.

assim, dotar o crime da exactidão científica prosseguida”²⁵⁸. Sob a égide de um rigoroso *cartesianismo*, partia-se da ideia de que “os aspectos empiricamente aferíveis do comportamento humano poderiam ser dissociados dos psíquicos (ou internos) para fins de abordagem cognitivo-racional”²⁵⁹. Não obstante os esforços para evitar arbitrariedades, essa perspectiva dogmática, que se denominou de *causalismo*, incomodava por não apresentar respostas satisfatórias a determinadas questões, como aquelas relacionadas à *tentativa* e à *omissão*.

Pelas lentes interpretativas do causalismo, se o sujeito agiu querendo matar, por exemplo, tendo conseguido apenas uma lesão corporal, não se concluiria, em princípio, pela tentativa de homicídio, uma vez que, como não se permitiria questionar a vontade (subjetividade) na conduta típica, responderia o sujeito apenas pela lesão corporal. O dado subjetivo, inexistente no início da análise dogmática proposta (na conduta típica), impedia-nos de realizar a adequada subsunção. Para que isso ocorresse, teríamos de descer na culpabilidade e consultar o dado subjetivo (dolo ou negligência), antes mesmo de superarmos a própria conduta típica colocada como categoria inaugural do sistema. Somente no curso desse *ir e vir* conceitual nos seria permitido concluir pela efetiva existência de uma tentativa de homicídio.

Já no caso da omissão, dito de maneira intencionalmente sucinta, caso um banhista morresse, por exemplo, teria sido por causa da água, e não por conta de o salva-vidas não ter agido quando podia e devia. Nesse caso, Liszt é forçado a reconhecer o paradoxo de sua construção e faz uma emenda: diz que conduta é vontade exteriorizada em movimento corpóreo (causa) que provoca *ou não impede* (nexo) uma modificação no mundo exterior (resultado).²⁶⁰ Ocorre que a emenda proposta à fórmula original (vinculada ao mundo do ser) só teria significado no

²⁵⁸ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 210.

²⁵⁹ EISELE, Andreas. *Direito penal – teoria do crime*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 217. Não há como se perspectivar a conduta como uma espécie de *objeto simples*, em que se possa separar cristalinamente, de um lado, seus elementos objetivos e, do outro, os subjetivos. Muito ao contrário. Como argumenta Juarez Tavares, ainda que em outro contexto, a conduta, como elemento central, “não pode[ria] [ser] apreendida pelos métodos tradicionais de investigação”. O exemplo utilizado pelo autor, em debate sobre a elaboração e a aplicação da norma, é também esclarecedor quando transportado para o presente contexto: “Se tenho um copo com água na minha frente, posso verificar, sem dificuldade, que se trata mesmo de um copo com água. Se o copo for transparente, posso ver a água em seu interior e, depois, posso mesmo comprovar que se trata de água, quando provo de seu conteúdo. A verdade como correspondência poderá funcionar nesses casos. Quando, porém, o objeto a ser pesquisado for a conduta humana, a verdade como correspondência não pode seguir um caminho tão simples. Inicialmente, tem-se que considerar que a conduta humana é muito complexa, porque envolve não apenas uma causalidade física ou elementos materiais visíveis, mas também a influência do contexto e das condições psicológicas do sujeito”. Sobre a perspectiva cartesiana e a impossibilidade da separação entre razão e emoção, recomenda-se: DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes – emoção, razão e o cérebro humano*. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

²⁶⁰ A passagem é lembrada por José de Faria Costa: FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 211. O trecho citado é encontrado em: LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. Tomo II. 3. ed. Trad. Quintiliano Saldaña. Madrid: Reus, 1925. p. 314. (No original, base da tradução: LISZT, Franz von. *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*. 20. Aufl. Berlin: J. Guttentag, 1914. p. 137 ss.).

mundo dos deveres. O que se espera que se faça há de ser determinado por uma norma, algo, portanto, inerente ao mundo do dever-ser (o axiológico). Com isso, Liszt teria então sido atraído a uma espécie de *armadilha*, corroendo o próprio discurso da *pureza naturalista*.

O fato é que, apesar de todas as resistências, o causalismo experimentava seu declínio, mas não apenas por questões internas, sobretudo por influências externas. Já com Albert Einstein²⁶¹ e sua teoria da relatividade (1905), esfacelavam-se as bases da física tradicional, ou seja, as linhas de força de uma das ciências naturais de maior prestígio até então, vista como fonte de *verdades inabaláveis* (como as concepções tradicionais de tempo e de espaço). A relativização de seus critérios mais significativos se constituiu num duro golpe aos defensores do causalismo. Com apego ao discurso da pureza e do perfeccionismo metodológico, seus adeptos eram submetidos a críticas de difícil refutação. Suas bases não eram mais tão prontamente confiáveis ou “controláveis” como aparentavam ser quando propostas no início.²⁶²

Dessa maneira, as influências do mundo do *dever ser*, aos poucos, arrebatarem a estrutura causalista do crime. Logo se concluiu que esse “entrecruzamento entre o mundo do ser e o mundo do dever-ser não pode[ria] basear-se em uma lógica formal, alheia a qualquer valoração, como sucede nas ciências exactas”²⁶³. As *frestas* abertas pelas contradições da estrutura proposta inicialmente permitiram a autores como Radbruch²⁶⁴ – que, de maneira pioneira, destacou “que o conceito causal de ação era inaplicável à *omissão*”²⁶⁵ –, Mayer²⁶⁶ –

²⁶¹ EINSTEIN, Albert. *Significado da relatividade: com a teoria relativística do campo não-simétrico*. 2. ed. Trad. Mario Silva. Coimbra: Armenio Amado, 1984.

²⁶² Para contrapor a ideia de Bollnow, de que seriam excluídas da cientificidade “todas as sensações não controláveis”, vale lembrarmos de Ilya Prigogine, laureado com o Nobel de Química em 1977, e que argumenta: “o que é real não pode nunca ser rigorosamente controlado”, tendo o mesmo concluído que “vivemos o fim das certezas”. BOLLNOW, Otto Friedrich. Die Objektivität der Geisteswissenschaften und die Frage nach dem Wesen der Wahrheit, *Zeitschrift für philosophische Forschung*, Bd. 16, H. 1, Jan. - Mar., 1962. p. 5. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/20481238?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em 22 mar. 2019; PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas – tempo, caos e as leis da natureza*. Trad. Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2011. p. 162-163.

²⁶³ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 212-213.

²⁶⁴ RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción y su importancia para el sistema de derecho penal*. Montevideo: BdeF, 2011. Perceba-se que Gustav Radbruch algumas vezes é retratado entre os causalistas, outras entre o neokantistas, o que reforça a ideia de sua importância nesse momento de transição. GOMES, Renato. *Teorias da conduta – antecedentes, tendências e impasses*. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 40. É apontado como causalista em: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal – parte geral*. Florianópolis: Conceito editorial, 2010. p. 82. Como neokantista em: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito penal brasileiro*. v. II. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 93.

²⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito – uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 79.

²⁶⁶ MAYER, Max Ernest. *Derecho penal – parte general*. Trad. Sergio Politoff Lifschitz. Montevideo: BdeF, 2007.

tendo sido “o primeiro a admitir a existência de elementos normativos no tipo”²⁶⁷, Frank²⁶⁸, Mezger²⁶⁹, Freudenthal²⁷⁰, Goldsmith²⁷¹, entre outros, arejar o debate, debruçados especialmente sobre a culpabilidade, demonstrando, cada qual ao seu modo, e estimulados pelas ideias kantianas, a importância da valoração (do axiológico) no desenvolvimento dessa estruturação sistêmica.

Estava, assim, semeado o ambiente para que se permitisse o surgimento de uma concepção encarada como *neoclássica* do crime, incumbida “de afeiçoar o anterior sistema e correlativo conceito de ação, enriquecendo-os com proposições de valor”²⁷². Como não nos permite esquecer Fábio André Guaragni²⁷³, seria preciso “*compreender e valorar* a conduta humana, e não mais observá-la e descrevê-la dentro de uma realidade parcial, apegada à lei da causalidade”. Tal perspectiva frutifica na doutrina jurídico-criminal. É nesse contexto que, com diversas ramificações, estabelecia-se o movimento que ficou conhecido como *neokantismo*, com os *valores* conquistando proeminência no debate sobre a estruturação de uma teoria do crime.

Intensificada a incidência do *dever-ser* na teoria do crime, não apenas a conduta típica se viu impactada, mas a ilicitude e a culpabilidade também. Impuseram-se adaptações no edifício erigido por Liszt-Beling. Como destacado por Cezar Roberto Bitencourt²⁷⁴, a ideia de tipicidade, “com o descobrimento dos *elementos* normativos, que encerram um *conteúdo de valor*, bem como o reconhecimento da existência dos *elementos subjetivos do tipo*, afastou definitivamente uma concepção clássica do tipo”. A ilicitude passou a ser “composta por elementos objectivos e também subjectivos a fim de poder ser aferida a contrariedade do comportamento relativamente a toda ordem jurídica”.²⁷⁵ Esta ganha uma dimensão material, “exigindo-se uma determinada danosidade social”.²⁷⁶ Para a culpabilidade desenvolve-se,

²⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito* – uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira. Coimbra: Almedina, 2007. p. 158.

²⁶⁸ FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Buenos Aires: B de F, 2002.

²⁶⁹ MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal* – tomo I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. Sobre este autor, aliás, é fundamental a contextualização de sua obra a partir da polêmica investigação encontrada em: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger – Beiträge zu einem Juristenleben*. Berlin: Berliner Wiss., 2007.

²⁷⁰ FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad e reproche en el Derecho Penal*. Buenos Aires: B de F, 2003.

²⁷¹ GOLDSCHMIDT, James. *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*. Trad. de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Núñez. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2002.

²⁷² FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 214.

²⁷³ GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal* – um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 105.

²⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito* – uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira. Coimbra: Almedina, 2007. p. 33.

²⁷⁵ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 214-215.

²⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito* – uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira. Coimbra: Almedina, 2007. p. 33.

especialmente com Reinhard Frank²⁷⁷, uma “doutrina normativa”, que passa a se constituir em “um juízo de censura para o qual concorriam diversos elementos, como, por exemplo, a exigibilidade de um comportamento adequado ao direito e a própria imputabilidade”, abandonando-se, assim, “a doutrina [puramente] psicológica da culpa”.²⁷⁸ O neokantismo erige toda a dogmática jurídico-criminal a partir dos “valores dominantes numa cultura concreta”.²⁷⁹

Resumidamente, a ascensão do novo paradigma vinculado ao mundo valorativo proporcionou “a reformulação do velho conceito de ação, atribuindo *nova função* ao tipo penal, além da transformação material da antijuridicidade e a redefinição da culpabilidade, sem alterar, no entanto, o conceito de crime, como a *ação típica, antijurídica e culpável*”.²⁸⁰ É, portanto, nesse contexto, que a tentativa, como categoria dogmática, começa a ganhar espaço e notoriedade no debate,²⁸¹ sobretudo porque sua utilização está intimamente vinculada à alegada necessidade de alargamento do direito criminal, cada vez mais presente, o que se vê intensificar por conta das transformações provenientes da (pós-)modernidade. Ao tempo que se solidifica uma sociedade *hipercomplexa* e repleta de problemas cada vez mais potencialmente graves, porque rapidamente compartilhados, ganha espaço a ideia de que será preciso antecipar o tratamento criminal, sendo, assim, a subjetividade um instrumento valorizado no ideal de se fazer *justiça*.

O neokantismo, diz-nos Eugenio Raul Zaffaroni²⁸², permite “construir a dogmática com bastante soltura, posto que *tudo depende dos valores que se levem em conta como ordenadores do mundo*”. Nesse mesmo período, de ascensão dos valores e da subjetividade no âmbito da teoria do crime, vê-se ainda ascender o nazismo na Alemanha, trazendo consigo a obstaculização da elaboração de críticas ao sistema jurídico, que, a essa altura, já representava a vontade sempre soberana do *Führer*.²⁸³ Aí se estabeleceria a conhecida e

²⁷⁷ FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Buenos Aires: B de F, 2002.

²⁷⁸ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 214.

²⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: RT, 2011. p. 107.

²⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito – uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira*. Coimbra: Almedina, 2007. p.35.

²⁸¹ O próprio Beling, além de Liszt, preocupou-se em procurar encaixar a *tentativa* de uma maneira (que entendia como) adequada na teoria por eles pioneiramente construída. Tanto que no início dos anos trinta (séc. XX), buscando superar algumas das críticas recebidas, algumas das quais por conta da *tentativa*, Beling promoveu uma reformulação em sua teoria do tipo, estabelecendo “a distinção entre o tipo de delito (*Deliktypus*) e *Tatbestand* ou figura reitora (*Leitbild*)”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito – uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 147.

²⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doutrina penal nazista – a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945*. Trad. Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 133.

²⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doutrina penal nazista – a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945*. Trad. Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 134.

controversa *Escola de Kiel*, sob as lideranças de “dois jovens advogados criminalistas nazistas que desafiaram os neokantianos [incluindo os nazistas, em especial os da *Escola de Marburgo*]²⁸⁴, estigmatizando-os como *liberais*”.²⁸⁵ São eles: Georg Dahm²⁸⁶ e Friedrich Schaffstein²⁸⁷, que “negavam diretamente os benefícios da construção estratificada da teoria do delito [seguramente porque os engessava]” e “cancelavam a ideia de bem jurídico [porque o cerne da teoria do crime deveria residir na mera violação de deveres, o que enfraquecia a ideia de ofensividade e, por consequência, de intervenção mínima]”.²⁸⁸

Entretanto, não sustentado o artificialismo conceitual proposto inicialmente pelos *causalistas*²⁸⁹ – sendo esses, como vimos, apegados demasiadamente ao mundo do *ser* –, e diante do incômodo relativismo valorativo dos *neokantistas*²⁹⁰ – já esses apegados demasiadamente ao mundo do *dever ser* –, a teoria do crime, que sangrava com a *pseudocientificidade* defendida pelos criminalistas nazis, experimentava mais uma viragem paradigmática. Para isso, com as contribuições de Hellmuth von Weber²⁹¹, Alexander Graf zu Dohna²⁹² e Hellmuth Mayer²⁹³, mesmo que incipientemente, pavimentava-se a transição. Desse modo, no início de 1939, consolidava-se o *finalismo*, apresentado pelas mãos de Hans Welzel.²⁹⁴

Vale aqui revisitarmos a perspectiva de Eduardo Correia²⁹⁵, porque sucinta e rigorosa, sobre o que constituía o finalismo. Para o catedrático de Coimbra, um proeminente representante do

²⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doutrina penal nazista – a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945*. Trad. Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 148 ss.

²⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doutrina penal nazista – a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945*. Trad. Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 135. A interpolação é nossa.

²⁸⁶ DAHM, Georg. *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*. Berlin: Junker u. Dünhaupt, 1935.

²⁸⁷ SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*. Berlin: Springer, 1930.

²⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doutrina penal nazista – a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945*. Trad. Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 135. As interpolações são nossas. Sobre esse último aspecto, Zaffaroni, com amparo em Giuseppe Bettiol, argumenta que “o conceito de bem jurídico é indispensável para a elaboração de um direito penal enquadrado em um *são jus-humanismo* jurídico, que chamamos de *direito penal humano*, mas por si só não garante este direito, já que, de jeito nenhum, é incompatível com um direito penal autoritário”. *Op. cit.* p. 181. E ainda: BETTIOL, Giuseppe. *Scritti giuridici*, 1966 – 1980. Padova: Cedam, 1980. p. 319.

²⁸⁹ GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal – um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 89.

²⁹⁰ GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal – um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 115.

²⁹¹ WEBER, Hellmuth von. *Lineamientos del derecho penal alemán*. Trad. Leonardo G. Brond. Buenos Aires: Ediar, 2008.

²⁹² DOHNA, Alexander Graf zu. *La estructura de la teoría del delito*. Trad. Carlos Fontan Balestra. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

²⁹³ MAYER, Hellmuth. *Strafrecht, allgemeiner Teil*. Stuttgart: Kohlhammer, 1967.

²⁹⁴ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à dogmática da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. 3. ed. São Paulo: RT, 2011; RODA, Juan Córdoba. *Una nueva concepción del delito – la doctrina finalista*. Barcelona: Ariel, 1963. p. 41-42.

²⁹⁵ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015. p. 211-212.

neokantismo em Portugal,²⁹⁶ na perspectiva da doutrina *welzeliana*, “seria forçoso distinguir a culpa da ilicitude, esta da tipicidade, e colocar, na base de toda a construção do crime, o conceito de acção”. Assim, seria “indispensável reelaborar a teoria da acção, superando a sua compreensão mecânico-causal”, levando-se em conta, sobretudo, “a esfera característica do ser em que o homem prático age, que por ele é funcionalmente determinada, o que conduz a olhar a acção na sua estrutura *ôntica* de facto social”. Conclui o autor que, “no seu carácter *finalista*, residiria assim a *estrutura ontológica da acção*”, o que, na sequência, como antevisto, é por ele contestado.

A ideia de que o elemento nuclear da teoria do crime (a conduta) é necessariamente fruto de um comportamento dotado de finalidade, e não um produto isolado da causalidade, dissemina-se a partir daí. Como destaca Juarez Tavares²⁹⁷, “o finalismo não inclui, na conceituação de conduta, o resultado, estabelecendo que a atividade humana, como tal, necessita unicamente de orientação a um resultado, mas não efetivamente desse resultado”. Nessa ordem de ideias, inevitavelmente, deslocam-se o dolo e a negligência para a conduta típica, dotando-a da subjetividade até então evitada.²⁹⁸ Segundo Hans Welzel²⁹⁹, “a atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido em razão de um fim, mas é a resultante causal da constelação de causas, existente em cada momento”. Por conta disso, o autor conclui, de uma maneira que ficou celebrizada na dogmática, que “a finalidade é [...] ‘vidente’, e a causalidade, ‘cega’”.

Em apertada síntese, como destacado – e bem – por Andreas Eisele³⁰⁰, naquilo que mais há de nos interessar na sequência do desenvolvimento da presente investigação, “a adequação da inclusão da consciência e vontade no âmbito da tipicidade é ilustrada pela análise do instituto da tentativa”.

Segundo o autor,

²⁹⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 242.

²⁹⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 66.

²⁹⁸ A bondade de tal providência é contestada por José de Faria Costa, para quem é preciso questionar a ideia de que isso constituiria a “natureza das coisas”, como defendido pelos finalistas. Para ele, “sem dúvida que com ela se quer dar uma fundamentação ontológica à acção finalisticamente pré-modelada [já discorreremos a esse respeito no item 2, do Capítulo 1, da Parte I], mas quer-se também, argumentativamente, reduzir o espaço da contra-argumentação”. Apontando para um “impacto destruidor” de uma tal ideia, o autor questiona ainda “Onde reside a força de um tal argumento?”. FÁRIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 420. A interpolação, por evidente, é nossa; Nesse contexto, aliás, vale, numa perspectiva mais ampla, o alerta feito pelo autor: “deve também tornar-se claro que o estudo do direito penal sempre tem o dever de questionar a bondade das soluções encontradas, por forma a desenvolver um verdadeiro direito penal de garantia, de modernidade e de justiça”. FÁRIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 225.

²⁹⁹ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à dogmática da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 31-32.

³⁰⁰ EISELE, Andreas. *Direito penal – teoria do crime*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 221.

Se os aspectos subjetivos da conduta conferem o significado indispensável para a definição da situação fática objetivamente aferível como um comportamento orientado à implementação do evento (resultado) típico, não é possível definir a tipicidade subjetiva da conduta da tentativa sem a consideração da finalidade do sujeito ao realizar o comportamento. Dessa forma, se tais aspectos subjetivos integram a conduta no comportamento correspondente à tentativa, não poderiam deixar de integrá-la se o evento (resultado) viesse a se implementar posteriormente (passando a compor a culpabilidade), mesmo porque tal concretização decorre, muitas vezes, de fatores não controláveis mecanicamente pelo sujeito após a realização da conduta.

Nesse contexto, ilicitude e culpabilidade também sofrem alterações, tais como: a primeira, abandona a ideia “de ser compreendida apenas como uma contrariedade à ordem jurídica no seu conjunto, lesiva de bens jurídicos, para ser vista como a apreciação de um comportamento que, enquanto tal, consubstancia uma falta social”³⁰¹. Reflete-se “uma eticidade que se materializa nos conceitos de *desvalor da acção* (juízo de valor ético-social sobre a acção da pessoa) e de *desvalor do resultado* (lesão de bens jurídicos através da acção)”³⁰², nossos objetos de interesse no item seguinte. Já no caso da segunda [a culpabilidade], esta “teria de ser expurgada de quaisquer elementos psicológicos, passando a defender-se uma concepção ultranormativa”³⁰³.

Além de originar diversas variações (“entre as quais se destacam as de ARMIN KAUFMANN, MAURACH, STRATENWERTH, STRUENSEE e ZIELINSKI”) ³⁰⁴, paralelamente ao *finalismo* surge ainda uma teorização que toma por base a significação da conduta a partir do contexto social,³⁰⁵ sendo essa atribuída a Eberhard Schmidt³⁰⁶, em que também se concentram esforços no sentido de afastar a conduta da “excessiva influência do *naturalismo*”³⁰⁷. Estrutura-se outro tipo de perspectiva dogmática, o que se densifica com Hans-Heinrich Jescheck³⁰⁸ e Johannes Wessels³⁰⁹, no que ficou conhecido por *teoria social da conduta*. Não obstante as semelhanças com o causalismo, aproxima-se também da

³⁰¹ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 217.

³⁰² FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 217.

³⁰³ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 217.

³⁰⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 75.

³⁰⁵ MAIHOFER, Werner. *Der soziale Handlungsbegriff*. BOCKELMANN, Paul. GALLAS, Wilhelm. *Festschrift für Eberhard Schmidt*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1961. p.180 ss.

³⁰⁶ SCHMIDT, Eberhard. *Soziale Handlungslehre*. BOCKELMANN, Paul. KAUFMANN, Arthur. KLUG, Ulrich. *Festschrift für Karl Engisch*. Frankfurt: am Main: Klostermann, 1969.

³⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 39.

³⁰⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares Editorial, 2002.

³⁰⁹ WESSELS, Johannes. *Direito Penal: parte general – aspectos fundamentais*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.

estruturação finalista – o que a torna uma teoria do tipo “ecclética”³¹⁰ –, mas, nesse último caso, não se leva em conta uma de suas principais balizas estruturantes, ou seja, a fixação da ideia de conduta a partir de dados pré-jurídicos, perspectivando-a como uma categoria ontológica e neutra, sem aspectos valorativos. Na visão de Paul Bockelmann³¹¹, a alegada bondade dessa perspectiva estaria justamente calcada na ideia de que além de aspectos causais e finais, leva-se em conta também o aspecto social.

Embora existam inúmeras variações no curso da história da estruturação da teoria do crime, como bem sublinha Enrique Gimbernat Ordeig³¹², percebe-se facilmente que não se “abandona la tradicional tripartición: tipicidad, antijuridicidad e culpabilidad”. Segundo o autor, na sequência do sistema Liszt-Beling, “ni siquiera introduce o suprime nuevos datos; mantiene los mismos, pero los separa y los redistribuye de otro modo entre los tres estratos de la teoría del delito”. No mesmo sentido, Cláudio Brandão³¹³ argumenta que, mesmo na movimentação *finalista*, percebem-se “todos os elementos da teoria causalista (manifestação de vontade no mundo exterior e nexos de causalidade) e um elemento a mais: a vontade dirigida a um fim”.

Em resumo, embora não se deva observá-los de maneira tão rigorosa e linear, porque assim não se desenvolve o curso da história, os estágios antevistos, segundo Santiago Mir Puig³¹⁴, têm se situado no desenvolvimento da teoria do crime, da perspectiva temporal, da seguinte maneira: o *causalismo* a partir do último terço do século XIX até o início do século XX; o *neokantismo* a partir do início do século XX até a Segunda Grande Guerra; o *finalismo* a partir da década de 1930 até os anos de 1960.

Na perspectiva de Eugenio Raul Zaffaroni³¹⁵, esse processo evolutivo teria ocorrido da seguinte forma:

Liszt construiu uma teoria do delito que foi mais manipulável que a complicação de Binding; o neokantismo eliminou a culpabilidade psicológica de Liszt e introduziu o verdadeiro conceito de culpabilidade com a versão normativa de Frank; Welzel propôs uma forma coerente de levar o dolo ao tipo e evitar condições inexplicáveis.

³¹⁰ E justamente por isso “sofre as críticas atribuídas às suas antecessoras e ainda mais os reparos específicos, referentes à sua própria natureza”. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 158.

³¹¹ BOCKELMANN, Paul. *Strafrecht*. 2. Aufl. München, Beck, 1975. p. 50.

³¹² ORDEIG, Enrique Gimbernat. El sistema de derecho penal en la actualidad. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1990. p. 164.

³¹³ BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal – parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 41.

³¹⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal – parte general*. 8. ed. Barcelona: Reppertor, 2006. p. 136; Em outro trabalho, o autor faz uma aprofundada análise crítica do desenvolvimento histórico do método dogmático: MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003. p. 153 ss.

³¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doutrina penal nazista – a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945*. Trad. Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 229.

O autor argentino atribui a Hans Welzel o símbolo de “arquiteto da superação construtiva do demolido sistema neokantiano no período pós-guerra”, tendo sido ele quem se “encarregou de resolver as contradições sem esvaziar de culpabilidade o delito e sem cair no direito penal de vontade, embora tenha tido defeitos quanto à delimitação do aspecto objetivo do tipo e alguma exagerada subjetivação”³¹⁶. Daí por diante, desenvolvem-se outras teorias,³¹⁷ novamente sem perder de vista a essência do sistema Liszt-Beling.³¹⁸ Observa-se, a partir desse ponto, um crescente ecletismo, tensionando-se a doutrina entre os que retornam aos movimentos já discutidos e os que propõem novos paradigmas.

É desse tensionamento que surgem teorias encaradas como *funcionalistas*, em especial aquelas impulsionadas pelo trabalho de Claus Roxin³¹⁹, cuja derivação mais extrema tem sido atribuída a Günther Jakobs³²⁰. É com aquele autor que, dito a traço grosso – mas nem por isso menos rigoroso –, abre-se o centro de gravidade da dogmática jurídico-criminal, outrora ocupado de maneira privilegiada pela conduta, para a função (do direito criminal) de proteção de bens considerados como socialmente relevantes,³²¹ consolidando-se uma acentuada (e

³¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doutrina penal nazista – a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945*. Trad. Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 229.

³¹⁷ HIRSCH, Hans Joachim. El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel. *Derecho Penal*. Obras completas. t. I. Trad. Mariano Bacigalupo. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1998. p. 13-36.

³¹⁸ Exatamente nesse sentido, veja-se: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 239.

³¹⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal – fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. Parte general. Tomo I. Trad. Diego Manuel Luzón-Peña, Miguel Dias y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. (no original, base da tradução: ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Band I. 2. Aufl. München: C. H. Beck, 1994). Segundo Juarez Tavares, “A obra de ROXIN é, talvez, a mais profunda que se produziu na teoria do delito, daí por que seja difícil proceder-se a uma classificação metodológica de sua posição. Seu pensamento foi se desenvolvendo ao longo de sua vida até consolidar-se no Tratado, mas ainda, assim, continua em evolução. Sua primeira grande contribuição foi a de romper com a estrutura normativa proposta pelas doutrinas até então dominantes”. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 198-199.

³²⁰ Recomenda-se: JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Ed. RT, 2003; JAKOBS, Günther. ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. JAKOBS, Günther; POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Las condiciones de juridicidad del sistema penal: derecho penal del enemigo y concepto jurídico-penal de acción en una perspectiva funcionalista*. Lima: Grijley, 2007.

³²¹ Para Jakobs, o direito criminal não se presta a proteger bens jurídicos, mas funções, normas e, por consequência, a integridade de seu próprio sistema. Temos, portanto, uma estrutura que se presta a garantir as relações entre as pessoas, com cada um tendo de cumprir o seu papel, evitando-se frustrar a expectativa gerada normativamente. Daí a necessidade de se reafirmar a norma violada – sendo, aliás, esta mesma (a norma), um bem a ser protegido –, o que se faz com a utilização da pena (Hegel). Surge então, em linhas muito sucintas, o direito criminal do inimigo, contrapondo-se ao direito criminal do cidadão. Para melhor contextualização, veja-se: JAKOBS, Günther. *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*. Trad. Manuel CANCIO MELIÁ. JAKOBS, Günther CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Navarra: Civitas, 2006. Assim, questiona o autor: “a guerra contra o terror pode ser conduzida com os meios de um direito penal do Estado de direito?”, ao que responde negativamente, uma vez que seria preciso tratar o seu inimigo como pessoa, não lhe sendo permitido, por esta razão, considerá-lo uma fonte de perigo. JAKOBS, Günther. Terroristen als Personen im Recht? *ZStW*, 117, 2005. p. 851. Uma crítica pontual e rigorosa, encarando-a como uma perspectiva “inadmissível”, pelo risco de desembocarmos “em um ‘direito penal do agente’”, recomenda-se: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 36. Na perspectiva de José de Faria Costa, esse “funcionalismo sistêmico” seria

bastante discutível) aproximação da política criminal junto à dogmática correspondente. Como diz Jesús-María Silva Sánchez³²², esse deslocamento se dá “para o âmbito sempre questionável, variável em função de circunstâncias culturais ou sociais em geral, dos valores e das finalidades político-criminais”. Na visão de Claus Roxin³²³, nesse novo momento da dogmática, de estruturação mais *livre* – para não dizermos *arbitrária* –³²⁴, será necessário “deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal”. A conduta, argumenta Juarez Tavares³²⁵, passa, portanto, “a ter sentido apenas como elemento de um sistema que a orienta em face das expectativas por ele propostas”.

O inventário realizado por Juarez Tavares³²⁶ quanto às variantes do funcionalismo na dogmática jurídico-criminal é bastante elucidativo. O autor enumera pelo menos cinco sistematizações funcionalistas diferentes na teoria do crime. Para ele, enquanto Claus Roxin³²⁷ argumenta ser a conduta “uma manifestação da personalidade, procedida segundo a relevância da norma que a orienta”, e Günther Jakobs³²⁸, que a compreende “segundo o papel social desempenhado pelo sujeito”, nomes como Enrique Bacigalupo³²⁹, Rolf Dietrich Herzberg³³⁰ e Hans-Joachim Behrendt³³¹ perspectivam a conduta como “um simples elemento de um sistema global”. Para Francisco Muñoz Conde³³² e Tomás Salvador Vives Antón³³³, o que mais vale é o significado da conduta, ambos aproximados do agir comunicativo de Jürgen Habermas³³⁴.

“uma versão mais recente e sociologicamente rebuscada do positivismo”. FARIA COSTA, José de; MOURA, Bruno de Oliveira. *Filosofia do direito*. Lisboa: Âncora, 2021. p. 34.

³²² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: RT, 2011. p. 127.

³²³ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 20.

³²⁴ PERRON, Walter. Literaturbericht: Spanien, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbücher und lehrbuchartige Darstellungen. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 99 (1987). p. 642. Também em: NAUCKE, Wolfgang. Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff. Stuttgart: Steiner-Verlag-Wiesbaden-GmbH, 1985. p. 24-25.

³²⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 187.

³²⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 188.

³²⁷ ROXIN, Claus. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, I. 3. Aufl. München: Beck, 1997. p. 202.

³²⁸ JAKOBS, Günther. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. Berlin/N. York: de Gruyter, 1993. p. 125.

³²⁹ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal – parte general*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

³³⁰ HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip*. Berlin/N. York: de Gruyter, 1972.

³³¹ BEHRENDT, Hans-Joachim. *Die Unterlassung im Strafrecht: Entwurf eines negative Handlungsbegriffs auf psychoanalytischer Grundlage*. Baden-Baden: Nomos, 1979.

³³² MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

³³³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

³³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo – 1: racionalidade da ação e racionalização social*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

Já José de Faria Costa³³⁵ argumenta que, de uma maneira geral, os funcionalistas seriam os responsáveis pelo *ápice* do processo de “normatização da culpa”, ou seja, quando da retirada do dolo do plano da culpa pelos finalistas, os funcionalistas,

na tentativa de superar ou mesmo contornar o problema do livre arbítrio, estas últimas formulações apoiam ou integram a culpa no horizonte político-criminal das necessidades preventivas de pena e com isso transformam o juízo de censura em algo completamente alheio a dados estritamente psíquicos [...]. O certo é que a tendência de subjetivação ou pessoalização do ilícito por meio do deslocamento do dolo do plano da culpa para o plano da ilicitude não só ameaça relativizar ou mesmo destruir a clivagem analítica e sistematicamente fundamental entre ilícito e culpa em benefício de uma compreensão do ilícito-típico [na sequência melhor explicitaremos sua composição e importância]³³⁶ bastante próxima a um modelo de direito penal da atitude interna, como não traz nenhuma vantagem heurístico-explicativa considerável.

A corrente capitaneada por Tomás Salvador Vives Antón³³⁷, a partir da Espanha, tem disseminado a ideia de um sistema baseado no conceito significativo da conduta, com a proposta de uma aproximação da dogmática jurídico-criminal junto à filosofia da linguagem (de Wittgenstein³³⁸) e à ideia de “ação comunicativa” (de Habermas³³⁹). Nesse contexto, a conduta “é vista como o sentido que lhe é atribuído, de modo que todas as condutas (ação ou omissão), tipificadas nas diferentes normas penais, possuem um significado, e somente a gramática delimita o que pode ser dito”.³⁴⁰

Para concluirmos, em linha de aproximação, José de Faria Costa³⁴¹, por sua vez, defende que “a acção como pura manifestação ontológica é mera relação comunicacional entre homens” e que ela “vai servir de pressuposto à teoria da infracção, enriquecida pela valoração que a história lhe foi concedendo”. Assim, “a acção está *antes* da normatividade, mas está também *com* a normatividade, já que esta, enquanto expressão de uma concretização do em si dos valores, está imersa no reino axiológico que a história mostrou e mostra valer a pena ser vivido”. Juarez Tavares³⁴², por sua vez, afirma que a “conduta humana é, antes de tudo, uma

³³⁵ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 387-388. A interpolação é nossa.

³³⁶ Cujo desenvolvimento conceitual mais dedicado em terras portuguesas deve-se a Jorge de Figueiredo Dias, tendo o autor explorado o tema em: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. Coimbra: Almedina, 1969.

³³⁷ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

³³⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011; WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

³³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo – I: racionalidade da ação e racionalização social*. São Paulo: Martins Fontes, 2012; HABERMAS, Jürgen. *Fundamentação linguística da sociologia*. Lisboa: Edições 70, 2020. p. 171-210.

³⁴⁰ GOMES FILHO, Dermeval Farias. *Dogmática penal – fundamentos e limite à construção da jurisprudência penal no Supremo Tribunal Federal*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 109.

³⁴¹ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 429.

³⁴² TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019. p. 195.

conduta social, na qual devam estar presentes todos os elementos que congreguem a relação do sujeito com os demais, mediante a elaboração e a consecução de um processo de comunicação”.

Assim, avistadas panoramicamente as principais bases históricas do labirinto a ser explorado adiante, constata-se facilmente que é a partir das proposições de Liszt e de Beling, que “estavam encontradas as bases dogmáticas do direito penal actual”³⁴³. Embora muitas tenham sido as emendas realizadas nesse modelo preambular,³⁴⁴ o que nos resta claro é que, no centro de gravidade desse sistema de natureza criteriosamente aberta, há de ser encontrada, como um de seus principais elementos estruturantes³⁴⁵, a conduta (típica, ilícita e culpável)³⁴⁶. O que, indesmentivelmente, ganha especial relevo com o finalismo, concorde-se ou não com os seus termos.³⁴⁷

³⁴³ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 172.

³⁴⁴ “Versões logicamente perfeitas (se é que tais versões existem) em geral surgem apenas muito depois de as versões imperfeitas terem enriquecido a ciência com suas contribuições”. FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Trad. Cezar Augusto Mortari. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2011. p. 38.

³⁴⁵ No sentido já explicitado no item 1, do Capítulo I, da Parte I.

³⁴⁶ Atente-se para o fato de que, como destaca José de Faria Costa, com amparo em Jorge de Figueiredo Dias, o referente essencialmente vinculado à conduta, o que “detém o primado” sobre o tipo, há de ser a ilicitude. Segundo o autor, “o *prius* deveria estar na ‘acção ilícita’ e não na ‘acção típica’”. Explica-se: “Ao admitir-se que o cerne da construção da doutrina do crime está centrado na ‘acção típica’ parece esquecer-se que o primado ontológico está na ilicitude e que o tipo, tal como já várias vezes dissemos, constitui, neste contexto, um valor instrumental”. Assim, “não basta, quanto a nós, pensar-se – sem dúvida que correctamente – ‘que nem todo o ilícito é penalmente relevante, mas só o que corresponder a uma descrição típica da conduta’, para se inferir a conclusão de que o núcleo está na ‘acção típica’. A formulação eventualmente mais ajustada ao desenvolvimento e finalidades teóricas desta matéria estará naquilo que podemos designar por «acção de ilícito-típico». Por outras palavras: a manifestação comunicacional entre homens, ‘cientemente» destruidora de uma valorada relação de cuidado-de-perigo constitui uma «acção de ilícito-típico’”. FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 428-429. Entretanto – atenção! –, isso não quer dizer que o tipo legal de crime, por sua instrumentalidade, não goze de relevância. É evidente que goza, tendo em vista ser ele “o centro gerador de normatividade mais característico do direito penal, o entreposto da valoração”. *Op. cit.* p. 435. O tipo legal é nada menos do que “uma concretização do princípio da tipicidade que, por seu turno, é um corolário do próprio princípio da legalidade”, sendo a “única forma de tornar penalmente relevante os juízos de valor da comunidade”. *Op. Cit.* p. 440. José de Faria Costa alerta no sentido de que “O tipo não é, não pode ser visto ou valorado como uma qualquer categoria”. O autor sustenta que “Ele corresponde a um instrumento teórico altamente sofisticado que só por si já é expressão de valoração, como demonstrámos, e que, em ordem a abarcar a intencionalidade anteriormente descrita, deve ser compreendido como um instrumentum complexo de análise”. Essa complexidade é, só que, segundo o autor, acrescida, também atribuída à ilicitude. *Op. cit.* p. 433-434. Não é por acaso que o autor assevera que “o chamado tipo legal de crime seja, a nossos olhos, um adquirido civilizacional”. FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 227.

³⁴⁷ Para resumir, da maneira mais rigorosa possível: “A grande conquista da teoria finalista reside na deslocação do dolo para o tipo, enquanto seu elemento subjetivo. Na verdade, a partir do momento em que ação é final, tal significa que a vontade do agente, *rectius*, o dolo – *i.e.*, enquanto conhecimento e vontade do facto – tem de ser considerado não como um momento da culpa, mas antes como um momento da ação. Em suma: o dolo é um elemento subjetivo do tipo legal de crime, ficando, assim, por consequência, lançados os dados para a futura formulação da ideia de ilícito pessoal”, ideia esta, a propósito, que José da Faria Costa confronta, o que comentaremos mais adiante. FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 216-217-286.

Como argumenta Juarez Tavares³⁴⁸, apesar das “falhas sistemáticas”, “não se pode deixar de reconhecer que o finalismo representou, no direito penal, e continua representando e se apresentando como o mais completo e coerente sistema da teoria do delito”.

Entretanto, apesar de importante referente, a conduta não há de ser elemento suficiente para que se possa alcançar uma responsabilização criminal. Não em uma substancial democracia. Será ainda preciso não perder de vista as circunstâncias de sua conexão com o (pôr-em-perigo de)³⁴⁹ dano relevante sobre um bem/valor/interesse com dignidade criminal. O que também se constitui como um imprescindível referente do sistema. Questão fundamental, portanto, é definirmos o que, entre tais referentes, ou seja, entre a conduta e o (pôr-em-perigo de) dano (também encarado como resultado juridicamente relevante), haverá de preponderar na constituição do tipo. Qual, dos dois desvalores existentes, haverá de prevalecer na articulação da problemática proposta (item 3.1., Capítulo I, da Parte I). Não se trata, entretanto, de se levar em consideração uma coisa para anular a outra. Na perspectiva de Juarez Tavares³⁵⁰, “‘ação’ e ‘resultado’ se vinculam, reciprocamente, de maneira que se torna absolutamente impossível dizer-se que este se sobrepõe àquela, ou vice-versa”. É o que vamos explorar mais desenvolvidamente na sequência.

Assim, a deflagração dessa rede discursiva molda um complexo “esquema de círculos concêntricos, do mais abrangente ao mais restrito”³⁵¹, de tal modo conectados por uma espécie de força centrípeta, que, se nos fosse possível uma fotografia atualizada, o resultado certamente nos aproximaria de um dos cenários característicos da obra de Jorge Luis Borges.³⁵² Não seria, portanto, exagero afirmar que estaríamos diante de uma espécie de “jardim de caminhos que se bifurcam”, um dos clássicos da literatura borgiana. Percebe-se, a partir da dogmatização do conceito do crime, uma verdadeira imersão numa espécie de labirinto circular, cujo centro de gravidade é reservado a um feixe de elementos estruturantes, com finalidades convergentes,³⁵³ constituído sobretudo da conduta e do resultado

³⁴⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 110.

³⁴⁹ O que ganha acentuado relevo com os fenômenos produzidos e/ou intensificados pela (pós)modernidade. A expressão utilizada é de José de Faria Costa, para quem “o grande corte que se dá na civilização ocidental opera-se, em nosso entender, com a chamada Revolução Industrial”. Para o autor, “É por meio dela que melhor se compreende, que melhor é captado, o sentido onto-antropológico do perigo”. FÁRIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 295.

³⁵⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 360-361.

³⁵¹ GOMES, Renato. *Teorias da conduta – antecedentes, tendências e impasses*. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 33.

³⁵² Como destacado – e bem – por Antonio Vicente Marafioti Garnica, “Borges tem a capacidade de transformar quase tudo em labirinto: casas, cidades, paisagens, desertos, rios e, sobretudo, ideias e bibliotecas”. GARNICA, Antonio Vicente Marafioti. *A experiência do labirinto – metodologia, história oral e educação matemática*. São Paulo: Unesp, 2008. p. 35.

³⁵³ FÁRIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 303.

(representado, por sua vez, pelo dano ou o “pôr-em-perigo” de dano), conectados por corredores não apenas bifurcados, mas pluridimensionais,³⁵⁴ que, justamente por conta disso, exigem-nos atenção redobrada para que consigamos superar os *Minotauros* que nos atormentam, quais sejam: o arbítrio, a incoerência, a contradição e, especialmente, a insegurança jurídica.³⁵⁵

Diante desse emaranhado de questões apresentadas/caminhos possíveis,³⁵⁶ o que nos diria o mencionado escritor argentino é que precisamos “optar por uma das possibilidades” à nossa frente. Perspectiva-se, desse ponto de vista, que “nesse percurso labiríntico pode haver um paralelo com o próprio ato da criação literária: escolhas que precisam eleger e excluir caminhos que se sucedem no trajeto”.³⁵⁷ Todos os nossos esforços, portanto, diante das escolhas que precisam ser feitas, estarão voltados para que os *monstros* desse labirinto, que atormentam as democracias, e que mantêm em alerta a dogmática jurídico-criminal, não nos levem a caminhos cujo destino seja o soterramento pelas eventuais fragilidades conceituais no enfrentamento da problemática.

3. A teoria do crime e seus principais referentes internos: a conduta e o resultado

Como vimos até aqui, são inúmeras as discussões que constituem o que se denomina de teoria do crime. Diante da *conduta* e do *resultado* então, categorias que ocupam posições de destaque nesse processo discursivo, não poderia ser diferente. A primeira porque, entre outras circunstâncias, é o “ponto de partida de toda elaboração do direito criminal”³⁵⁸, abrangendo “não só a acção em sentido estrito, o ‘facere’, como também o ‘ommittere’, a omissão”³⁵⁹; já a segunda porque também se tem condicionado, na generalidade, a responsabilização em ambiente que se pretende como democrático, a uma espécie de ofensa (ou perigo de ofensa)

³⁵⁴ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 139.

³⁵⁵ Em linha de explicação sobre o princípio da unidade da ordem jurídica (Art. 31.º, n.º 1, do Código Penal), José de Faria Costa constata que “a dogmática assume, precisamente, o papel de aglutinador e de redutor de contradições”. FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 302-303.

³⁵⁶ Na perspectiva de Arthur Kaufmann, para quem, “enquanto graus de imputação”, segundo José de Faria Costa, assiste toda razão quando se pergunta ao “conteúdo da acção, do ilícito e da culpa”: “Pela acção perguntamos de que é o homem capaz. Pelo ilícito perguntamos de que é que o homem é capaz em determinadas situações e desempenhando certos papéis. Pela culpa perguntamos de que é que este homem é capaz”. FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 423. A passagem é encontrada em: KAUFMANN, Arthur. Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht. *Schuld und Strafe*. Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymann, 1966. p. 62.

³⁵⁷ SILVA OLIVEIRA, Lara Emanuella da. Enigmas e labirintos no conto policial “o jardim de caminhos que se bifurcam” de Jorge Luis Borges. *Revista Linguagem*, São Carlos, n. 19, jul.-set., 2012. p. 2.

³⁵⁸ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015. p. 231.

³⁵⁹ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015. p. 231. Sobre nossa opção pelo termo *conduta* no desenvolvimento da presente tese, ver o item 1.7. das considerações introdutórias.

ao bem jurídico tutelado (*nullum crimen sine iniuria*)³⁶⁰, o que é próprio de um *direito criminal do fato*³⁶¹.

Embora ainda existam discussões sobre seu conteúdo, o que já se tem como assentado na doutrina respectiva é que para que se cogite a existência de um crime, um dos pressupostos exigidos, como há de restar evidente, é o de que se tenha um comportamento humano, ou seja, que se esteja diante de uma verdadeira conduta. Nas palavras de Francesco Antolisei³⁶², “Il reato è, prima di ogni altra cosa, ‘azione umana’”. Para o autor, “Fra gli elementi costitutivi generali del reato è indubbiamente l’imputabilità a titolo di dolo o di colpa, ma è fuori di discussione che la presenza dell’azione umana è sempre indispensabile perchè possa parlarsi di reato”. Sem uma conduta, portanto, assevera o autor, “il reato non è concepibile”.

Ademais, observe-se que para Jorge de Figueiredo Dias³⁶³ “foi desejo comum de todas as orientações sistemático-construtivas partirem de um conceito unitário de acção, conduta ou facto, que englobasse tanto a actividade ou acção em sentido estrito (‘facere’) como a omissão”. O autor argumenta que “a acção, conduta ou comportamento, é ‘uma negação de valores ou interesses pelo homem’, que só se torna em acção tipicamente ilícita quando se acrescenta que foram negados os específicos valores jurídico-criminais”. Nesse passo, praticamente todo o acalorado debate existente entre causalistas, neokantistas e finalistas, bem no início, estava vinculado ao modelo conceitual ideal de conduta.

Na perspectiva de Juarez Tavares³⁶⁴, no entanto, com amparo em Wessels/Beulke³⁶⁵ e em Jescheck/Weigend³⁶⁶, desde o início da estruturação da teoria do crime, observa-se uma dificuldade quanto à conceituação da conduta: a de se saber se esta “teria de ser analisada tão-somente segundo o dado normativo-legal, com base no tipo, ou se, muito pelo contrário, e antes disso, deveria ser caracterizada, exclusivamente, segundo componentes gerais, independentemente da noção de delito”. Ainda segundo o autor, tais controvérsias provocaram duas reações encaradas como opostas: “ou de se tomar a ação como elemento básico e de ligação dentro da teoria do delito, ou de se excluir o conceito de ação, para ver, no

³⁶⁰ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 184.

³⁶¹ “tomando por eixo uma ideia de crime incarnada, *não* – subjectivamente – naquilo que o homem ‘*é*’ ou ‘*quer*’, *mas antes* – objectivamente – naquilo que o homem ‘*faz*’”. DOLCINI, Emilio. MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 4, n. 2, p. 151-198., abr./jun. 1994.

³⁶² ANTOLISEI, Francesco. *L’azione e l’evento nel reato*. Milano: Instituto Editoriale Scientifico, 1928. p. 11-12.

³⁶³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Responsabilidade pelo resultado e crimes preterintencionais*. Coimbra: Coimbra, 1961. p. 52.

³⁶⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 110-111.

³⁶⁵ WESSELS/BEULKE. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 32. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2002.

³⁶⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

delito, unidade normativa, integrada pela tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade”. Ocorre que, para ele, a opção pela exclusão, além de “simplista”, “não significa progresso”. Nesse passo, “prescindindo-se do conceito geral de ação, não há como estabelecer um meio de ligação entre as características da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, que poderiam ser tratadas de modo assistemático sem qualquer coerência interna”.³⁶⁷

Diga-se, entretanto, a esta altura do desenvolvimento – indo direto ao ponto –, que, para nós, assim como para José de Faria Costa³⁶⁸, a conduta é *relatio*,³⁶⁹ fruto, portanto, de uma *relação comunicacional*.³⁷⁰ Logo, “estamos a honrar a exigência metodologicamente imperativa, posta em realce por Eduardo Correia, de que o conceito de ação não deve conter ‘em si qualquer valorização *jurídico-criminal*’”³⁷¹. Dessa maneira, ainda com o autor, a conduta é “uma manifestação comunicacional entre homens, mas comunicação destruidora de uma valorada relação de cuidado-de-perigo [da qual trataremos adiante]”, englobando, tal conceito, “o próprio *omittere* e mesmo a negligência consciente, afirmando-se, assim, como proposição defensora de um conceito unitário de ação”.

Entretanto, o pioneirismo na delimitação conceitual da conduta, destinando-lhe funções importantes nessa discussão, segundo observam Cezar Roberto Bitencourt e Francisco Muñoz Conde³⁷², deve ser atribuído a Heinrich Luden³⁷³, mais precisamente em 1840, tendo sido aprimorada, logo na sequência, por Albert Friedrich Berner³⁷⁴. O gérmen da conduta como categoria dogmática estaria aí situado. Naquela altura, vale ressaltar, também já se discutiam, mesmo que incipientemente, a ilicitude e a culpabilidade, “embora sem distinguir claramente uma da outra, o que veio a ocorrer, em 1867, com a definição de Ihering, reconhecendo a antijuridicidade, no Direito Civil, como um elemento objetivo, representando a contrariedade

³⁶⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 124-125.

³⁶⁸ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 422-423.

³⁶⁹ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 207.

³⁷⁰ Excluindo-se, por consequência, os movimentos reflexos, os movimentos praticados em estado de inconsciência e os movimentos praticados por coação física irresistível, pois não há espaço para a liberdade aí. Isso porque “o acto comunicacional, mesmo que se expresse nas suas formas mais primitivas, pressupõe que o ser-pessoa participe na relação comunicacional enquanto unidade de sentido, susceptível de manifestar intencionalidade, que o «outro» reconhece como tal”. FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 421-423. Exatamente no mesmo sentido: FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 209. É inegável que isso nos aproxima da proposta de Tomás Salvador Vives Antón. A interpolação a seguir é nossa.

³⁷¹ Aprofundar a perspectiva do mencionado autor em: CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015. p. 233 ss.

³⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 31.

³⁷³ LUDEN, Heinrich. *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrecht*. 2. Band. Göttingen: Vandenhöck und Ruprecht, 1840.

³⁷⁴ BERNER, Albert Friedrich. *Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa*. Berlin: Heymann, 1847; BERNER, Albert Friedrich. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 18. ed. Leipzig: Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1898.

ao juridicamente desejável”³⁷⁵. Assim, é de se fixar a ideia de que o sistema de Liszt e Beling não partiu propriamente do zero.

Por outro lado, é também necessário deixar registrado que, tal como ocorre com a necessidade de se constatar uma conduta, sem a existência de um resultado juridicamente relevante (com dano ou perigo de dano), a responsabilização criminal não será possível. Como argumenta Francesco Antolisei³⁷⁶, “Noi abbiamo detto che l’azione è un elemento strutturale del reato: è un requisito generale del concetto del reato”, no entanto, “requisito significa elemento necessario, ma non fattore sufficiente”. Será preciso, portanto, identificarmos, na linha do autor, diversos outros elementos, entre os quais, também com destacada influência no desenvolvimento da teoria do crime, o próprio resultado.

A noção de resultado, “enquanto elemento do tipo legal de crime”, evolui “lado a lado com a noção de bem jurídico”³⁷⁷, o que, evidentemente, há de nos remeter às formulações de Johann Michael Franz Birnbaum³⁷⁸, tendo sido disseminadas a partir de 1834. Para Helena Moniz³⁷⁹, “uma clara delimitação do conceito de resultado passa por uma clara distinção entre objecto de acção e objecto de protecção ou bem jurídico”, o que somente seria possível “a partir da evolução da noção de bem jurídico”, cujo pontapé inicial é dado justamente pelo mencionado autor. Eis, assim, a importância da contribuição de Birnbaum para o desenvolvimento da teoria do crime, embora, nesse primeiro momento, não se conseguisse uma conceituação suficientemente clara e acabada do que ele chamou de “bem do direito”.³⁸⁰

Apesar de não se constituir em uma discussão propriamente nova no âmbito da doutrina jurídico-criminal, da perspectiva de Juarez Tavares³⁸¹, a conceituação de resultado – assim

³⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 31.

³⁷⁶ ANTOLISEI, Francesco. *L’azione e l’evento nel reato*. Milano: Instituto Editoriale Scientifico, 1928. p. 12-13.

³⁷⁷ MONIZ, Helena. Aspectos do resultado no direito penal. COSTA ANDRADE, Manuel. FARIA COSTA, José de. RODRIGUES, Anabela Miranda. ANTUNES, Maria João. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 545.

³⁷⁸ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung. *Archiv des Criminalrechts*. Neue Folge Band 15, 1834. p. 149 ss.

³⁷⁹ MONIZ, Helena. *Agravação pelo resultado?* Contributo para uma autonomização dogmática do crime agravado pelo resultado. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 66.

³⁸⁰ Mais desenvolvidamente sobre as influências e o legado do autor, recomenda-se: LOHSE, Eva-Maria. *Johann Michael Franz Birnbaum (1792 - 1877) als Strafrechtslehrer*. Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau, 1966. Também se recomenda: COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 51 ss.

³⁸¹ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 184-185.

como a de bem jurídico –³⁸², mesmo na atualidade, apresenta-se ainda como “controvertida”, sendo, segundo tem sustentado Helena Moniz³⁸³, a sua utilização dotada de “diversos significados”, razão pela qual temos a indicação de que essa é ainda “uma questão em aberto na doutrina”³⁸⁴. Deparando-se com as inúmeras divergências na busca pelo conteúdo mais adequado do termo aqui enfocado, Patricia Laurenzo Copello³⁸⁵, resumidamente, apresenta-nos ao menos três variações usuais sobre a ideia de resultado:

En primer lugar, la doctrina más clásica suele admitir un primer concepto amplio de resultado que se identifica con la acción exterior o, como dicen algunos autores, con la realización del tipo [...].

Un segundo sentido de resultado, y seguramente el que se utiliza con mayor frecuencia en la doctrina y jurisprudencia, es aquél que lo identifica con un efecto separable de la acción y que surge de ella [...].

Por último, también se suele hablar de “resultado” para hacer referencia a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma infringida, criterio que, por esta razón, adquiere un contenido netamente valorativo. Este es el sentido que generalmente sirve de base a la idea de “desvalor de resultado” como elemento fundamentador o cofundamentador de lo injusto.

Pode-se concluir, portanto, que são muitas as possibilidades de conceituação de resultado. É, aliás, o que se pode também, com Francesco Antolisei³⁸⁶, afirmar: “I risultati o effetti dell’azione sono molto numerosi, perchè ognuno di essi, essendo a sua volta forza od energia, cioè materia sottoposta alle leggi del moto, porta con sè altre modificazione del mondo esteriore, altri risultati”. Não obstante as tentativas de delimitação da categoria enfocada, o que se pode observar é que, conforme também constatado por Patricia Laurenzo Copello³⁸⁷, “estamos ante un problema en el que aún no se ha alcanzado una solución lo suficientemente sólida como para considerarlo cerrado y de cuya respuesta dependen, además, numerosas cuestiones relativas a la interpretación y aplicación de las figuras delintivas”.

³⁸² Veja-se o que diz Jorge de Figueiredo Dias a respeito: “A noção de bem jurídico (seja ela embora, como já se vê, uma noção fulcral de toda a nossa disciplina) não pôde, até ao momento presente, ser determinada – e talvez jamais o venha a ser – com uma nitidez e segurança que permita convertê-la em conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar, para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado”. Na sequência, o autor, porém, conclui da seguinte forma: “Há todavia hoje um consenso relativamente largo sobre o seu *núcleo essencial*. Antecipando desde já a conclusão das considerações seguintes, poderá definir-se bem jurídico como a *expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por si juridicamente reconhecido como valioso*”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Temas básicos da doutrina penal – sobre os fundamentos da doutrina penal – sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 43.

³⁸³ MONIZ, Helena. Aspectos do resultado no direito penal. COSTA ANDRADE, Manuel. FARIA COSTA, José de. RODRIGUES, Anabela Miranda. ANTUNES, Maria João. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 541.

³⁸⁴ JOFFILY, Tiago. *O resultado como fundamento do injusto penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 198.

³⁸⁵ COPELLO, Patricia Laurenzo. *El resultado en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992. p. 17-18.

³⁸⁶ ANTOLISEI, Francesco. *L’azione e l’evento nel reato*. Milano: Instituto Editoriale Scientifico, 1928. p. 73-74.

³⁸⁷ COPELLO, Patricia Laurenzo. *El resultado en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992. p. 33.

Em termos legais e doutrinários, a ideia de resultado ora se vincula a uma modificação do mundo dos fatos, ora se vincula a um “pôr-em-perigo” de tal modificação. Como esclarece Helena Moniz³⁸⁸, inclusive com exemplos no Código Penal português, “na primeira situação estamos a utilizar o conceito num sentido naturalístico, e na segunda, num sentido técnico-jurídico”. Assim, enquanto a primeira nos remete à necessidade de identificação de uma espécie de “mutação física”, aquela última leva-nos a uma mera “afecção do bem jurídico”.

Cezar Roberto Bitencourt e Francisco Muñoz Conde³⁸⁹ argumentam que “al realizarse en el exterior la acción siempre modifica algo, produciendo un resultado, pero este resultado ya no es parte integrante de la acción”. Para os autores, “existe una tendencia doctrinal a considerar ya la acción manifestada misma como un resultado, pero con ello se confunde la manifestación de voluntad con las modificaciones que se producen en el mundo exterior a consecuencia de esa manifestación”. Essa diferenciação possui acentuada importância no contexto da dogmática jurídico-criminal, sobretudo no que diz respeito à tentativa, uma vez que, como se sabe, o resultado pretendido pelo sujeito não chega a ser alcançado.

Nesse contexto, “la importancia de diferenciar entre acción y resultado se pone de manifiesto también a la hora de determinar la antijuridicidad del hecho, al distinguirse entre desvalor de acción y desvalor de resultado”.³⁹⁰ Embora nos debrucemos especificamente sobre essa distinção mais adiante, leve-se desde já em consideração que “o desvalor de ação, bem como o desvalor de resultado, porque ofensivos ou lesivos de bens jurídicos-penais, são desvalores com dignidade penal e que carregam ou conduzem, em si mesmos, ao merecimento da pena”³⁹¹. Para Cezar Roberto Bitencourt³⁹², “na ofensa ao bem jurídico reside o *desvalor do resultado*, enquanto na *forma ou modalidade de concretizar a ofensa* situa-se o *desvalor da ação*”. Temos, entretanto, não uma, mas algumas teorias que essencialmente se propõem a estabelecer critérios de legitimação/fundamentação do que se convencionou chamar de *ilícito-típico* [ou *tipo de ilícito*] e de qual seria a melhor maneira de se perspectivá-lo.³⁹³

³⁸⁸ MONIZ, Helena. *Agravação pelo resultado?* Contributo para uma autonomização dogmática do crime agravado pelo resultado. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 63-64.

³⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 69.

³⁹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 70.

³⁹¹ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 282.

³⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito – uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 233.

³⁹³ Sobre o termo utilizado, dirá Jorge de Figueiredo Dias que “num sistema teleológico-funcional da doutrina do crime, não há lugar a uma construção que separa, em categorias autónomas, a tipicidade e a ilicitude”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 270.

Convém, no entanto, explicitarmos preliminarmente que “a ilicitude é uma categoria material que encerra, em si, uma ideia de desvalor, de desaprovação da ordem jurídica, ou, em outra formulação, se mostra como negação de certos valores”³⁹⁴, ou ainda, como destaca Cezar Roberto Bitencourt³⁹⁵, *juízos de desvalor*. Dito resumidamente, com José de Faria Costa, a ilicitude “expressa a qualidade ofensiva do comportamento, enquanto a tipicidade – ou, diversamente, o tipo legal de crime – dá forma à proibição do comportamento ofensivo”. Ainda segundo o autor, “o sentido mais profundo da ilicitude encontra-se matricialmente associado ao princípio da ofensividade”, o que será objeto de nossa dedicada atenção mais adiante.

Não percamos ainda de vista que, na esteira do que observa Hugo Morales Valdes³⁹⁶, “ciertamente la valoración del dolo y la culpa se ajustan al estudio del tipo, pero en la categoría de la antijuridicidad es en donde se estudiaría la lesión del bien jurídico”. Mesmo não propriamente nova, essa é uma questão que, embora nos exija uma tomada de posição (o que faremos oportunamente), conforme constatado Marcelo Sancinetti³⁹⁷, é de se supor que esse é um debate “que no acabará nunca, porque en ella están comprometidos los límites más aguzados de los fundamentos de la teoría de la imputación, y de la filosofía de la acción”.

Apesar das dificuldades em encontrar algum consenso nessa temática, o que fica evidente é o fato de que “o tipo não deve, todavia, confundir-se com o ilícito”³⁹⁸. Este “constitui o conteúdo material do tipo”, de modo que “não está fora do tipo, mas sempre se expressa dentro dos contornos dogmáticos definidos pelo tipo”.³⁹⁹ Assim, como dito – e bem – por Jorge de Figueiredo Dias⁴⁰⁰, sobre a contraposição dos desvalores que adiante nos interessam, com o advento da doutrina finalista, “tornou-se corrente a distinção, relevante em sede de ilícito típico”. Com amparo na doutrina de Wilhelm Gallas⁴⁰¹, conclui o catedrático de Coimbra que “consoante se tome um ou outro como ponto de arranque da dogmática do facto

³⁹⁴ FÁRIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 281-282.

³⁹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito – uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 233.

³⁹⁶ MORALES VALDES, Hugo. *Desvalor de acción y desvalor de resultado – análisis en torno a su ubicación dogmático-penal*. Bogotá: Leyer, 2009. p. 67.

³⁹⁷ SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción – una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991. p. 2.

³⁹⁸ FÁRIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 241.

³⁹⁹ FÁRIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 242.

⁴⁰⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 285.

⁴⁰¹ GALLAS, Wilhelm. Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs. KAUFMANN, Arthur. BEMMANN, Günter. KRAUSS, Detlef. VOLK, Klaus. *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*. München: Beck, 1979. p. 155 ss.

punível, assim se empresta carácter à construção geral”. É, portanto, na busca por assentar de maneira coerente essa preponderância que a presente parte da investigação estará dedicada.

Autores como Armin Kaufmann e Diethart Zielinski argumentam favoravelmente pela preponderância do desvalor da conduta, o que nos leva a uma inevitável equiparação do crime consumado com o tentado, enquanto Hans-Heinrich Jescheck e Gonzalo Rodriguez Mourullo advogam a preponderância do desvalor do resultado, “embora admitam a relevância do desvalor da ação”⁴⁰². Helena Moniz⁴⁰³, por sua vez, destaca que “existem alguns Autores que, apesar de considerarem que a ilicitude penal deve ser avaliada pelos dois factores, dão primazia a um deles”, sendo essa, aliás, uma discussão que se arrasta até os dias de hoje na história da teoria do crime.

Segundo Marcelo A. Sancinetti⁴⁰⁴, “particularmente, durante el tiempo que fue desde los años 20 a los 70, ha habido innumerables discusiones acerca de la tensión entre *disvalor de acción* y *disvalor de resultado* en el concepto de ilícito”. Não obstante o persistente debate, o fato é que hoje nos é permitido afirmar que, bem ou mal, “o ordenamento jurídico *valora* os dois aspectos”, quer estabelecendo determinados comportamentos como jurídico-criminalmente intoleráveis, quer considerando como relevantes determinadas ofensas a bens jurídicos.⁴⁰⁵

Não é por acaso que Tiago Joffily⁴⁰⁶ sustenta que essas duas categorias dogmáticas (conduta e resultado) servem como pano de fundo para “um dos embates mais antigos e problemáticos travados entre estudiosos do direito penal”. Para ele, “desde os primeiros esboços da dogmática jurídico-penal, os autores contrapõem modelos objetivistas a modelos subjetivistas, causando repercussão em quase todos os institutos relacionados à teoria do delito”. Enquanto para os primeiros haverá de ser o *resultado* a categoria dogmática determinante, para os que se contrapõem, haverá essa preponderância a ser necessariamente atribuída à *conduta*. Na linha perspectivada por José de Faria Costa⁴⁰⁷, há aqui “duas diferentes formas de perceber o direito penal”. Se, por um lado, temos, ainda com o autor, “a corrente de todos os que deslocam o centro de gravidade da construção do ilícito-típico para um marcado momento

⁴⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito* – uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira. Coimbra: Almedina, 2007. p. 234.

⁴⁰³ MONIZ, Helena. Aspectos do resultado no direito penal. COSTA ANDRADE, Manuel. FARIA COSTA, José de. RODRIGUES, Anabela Miranda. ANTUNES, Maria João. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 548.

⁴⁰⁴ SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción* – una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción. Buenos Aires: Hammurabi, 1991. p. 2.

⁴⁰⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito* – uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira. Coimbra: Almedina, 2007. p. 235.

⁴⁰⁶ JOFFILY, Tiago. *O resultado como fundamento do injusto penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 25.

⁴⁰⁷ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 607.

subjectivo”, por outro lado, temos “todos os que continuam a pensar que o ilícito-típico é fundamentalmente um momento objectivo de uma histórica valoração do nosso modo de ser comunitário”.

Giuseppe Bettiol⁴⁰⁸ não deixa qualquer dúvida ao afirmar categoricamente que “come tutta la dogmatica degli ultimi ottant’anni (tanto d’origine classica come di impronta positivista) per quanto riguarda il reato nei suoi elementi materiali sia polarizzata attorno alla contrapposizione ‘elemento oggettivo’ ed ‘elemento soggettivo’”. A ideia central a ser desenvolvida e explorada adiante (item 3.1.) está vinculada à contraposição existente entre os desvalores já enfocados. A partir da perspectiva apresentada por Nicola Mazzacuva⁴⁰⁹, “La contrapposizione tra ‘disvalore dell’azione’ e ‘disvalore dell’evento’ si fa risalire – como è noto – a Welzel [...] e fu adottata proprio per contrassegnare i termini essenziali di riferimento per la determinazione del disvalore complessivo del fatto”.

Embora relativamente antigo, é somente a partir das ideias de Hans Welzel⁴¹⁰ que “esse debate ganhou uma nomenclatura própria, expressa no binômio: desvalor da ação/desvalor do resultado”⁴¹¹. Segundo Fábio Roberto D’Avila⁴¹², “a passagem do dolo e da culpa [ou

⁴⁰⁸ BETTIOL, Giuseppe. *Scritti giuridici*. t. II. Padova: CEDAM, 1966. p. 990.

⁴⁰⁹ MAZZACUVA, Nicola. *Il disvalore di evento nell’illecito penale – l’illecito commissivo doloso e colposo*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1983. p. 7. Veja-se ainda, para aprofundar: ALEO, Salvatore. *Il disvalore e le forme generali della responsabilità penale – prospettive di teoria e riforma del diritto penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1989. p. 103 ss; CECCHI, Orfeo. *L’evento nel reato – primo contributo allo studio sistematico dell’argomento*. Napoli: Edizioni Del Giornale “La Toga”, 1931.

⁴¹⁰ WELZEL, Hans. *Naturalismus und Wertphilosophie in Strafrecht*. Mannheim-Berlin-Mainz: Deut. Druck- u. Verl., 1935.

⁴¹¹ JOFFILY, Tiago. O resultado como fundamento do injusto penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 119, mar.-abr., 2016. p. 19.

⁴¹² D’AVILA, Fábio Roberto. Tipo, ilícito e valor. Notas conceituais e sistemáticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 121, jul.-ago., 2016. p. 116 ss. A interpolação é nossa. A propósito, para José de Faria Costa, “a estrada aberta pelo verdadeiramente ímpar e marcante vulto de Welzel ao chamado ‘ilícito pessoal’ não é mais do que uma decorrência que a *Naur der Sache*, envolvida pelos ventos da história, deixava adivinhar”. Para o autor, “Ao contrário do que se costuma sugerir, esta doutrina assume diversas roupagens, não se reduzindo ao império da teoria finalista da ação”. FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 201. José de Faria Costa rejeita, em princípio, uma doutrina do ilícito pessoal, pois “esta teorização incorre em dificuldades de base que desaconselham a sua assunção como alicerce globalmente condicionante da construção do pesado edifício da teoria geral da infração, de tal modo que, para efeitos de compreensão sistemática, o dolo deve ser colocado, normalmente, no campo da culpa”. Na sequência, o autor faz questão de explicar, o que adiante se vai assumir aqui também como postura nossa: “a nossa crítica ao dogma do ilícito pessoal – em especial no que diz respeito à sua pretensão de extrapolação para toda e qualquer espécie de delito – não nos impede de admitir, em particular quando postulamos a autonomia dogmática do delito tentado perante o delito consumado, que, ao menos nesta específica franja normativa e apenas para efeitos de arranjo didático-explicativo, que, no tipo penal da tentativa, o dolo extraordinariamente figure como elemento subjetivo do ilícito que vem substituir a específica e adensada modalidade de desvalor de resultado inicialmente considerada pelo legislador”. FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 532. No que toca à posição sistemática do dolo na estrutura da teoria do crime, recomenda-se, por todos, em linhas de resumo, a leitura de Diego-Manuel Luzón Peña. Segundo o autor: “Enquanto a doutrina tradicional entendia o dolo como forma ou grau de culpabilidade, a doutrina atualmente majoritária sustenta, com razão, que o dolo se localiza sistematicamente no tipo de injusto (ainda que permaneça a concepção tradicional – predominante sobretudo na jurisprudência espanhola e também existente hoje em um setor minoritário da literatura científica –,

negligência], antes na culpabilidade, para a tipicidade inaugura uma nova forma de ver o ilícito penal”, e assim “o ilícito torna-se *ilícito pessoal*”.⁴¹³ Friedrich Dencker⁴¹⁴, no entanto, argumenta que são exatamente os esforços de Armin Kaufmann,⁴¹⁵ no sentido de lapidar um conceito de ilícito estritamente pessoal e de uma teoria da culpabilidade, o que “han contribuído, en cierto modo, a revitalizar la discusión acerca de la significación del resultado del delito para el derecho penal”.

Não apenas a ilicitude, mas o próprio injusto⁴¹⁶ acabou encarado como estritamente pessoal. Como destacado por Juarez Tavares⁴¹⁷, com Hans Welzel compreendeu-se tal categoria como *injusto pessoal*, “isto é, referente especificamente a determinado autor, em que se dá atenção ao fim que este autor persegue, à sua atitude, aos deveres que lhes são impostos, aos seus motivos e demais circunstâncias pessoais”. Segundo o autor, “com a adoção da teoria do injusto pessoal transporta-se o conteúdo do ilícito penal, com base na lesão objetiva a bens jurídicos, para o desvalor pessoal da ação”, o que, no sistema finalista, levaria “o padrão comum do desvalor geral de todos os delitos”. E prossegue, “A dificuldade dessa teoria está

a qual sustenta a dupla posição sistemática do dolo: no tipo de injusto e na culpabilidade)”. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Reflexões sobre o dolo e o dolo eventual. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 77, abr.-mai., 2020. p. 38.

⁴¹³ No mesmo sentido, embora mais desenvolvidamente, veja-se: ALMEIDA COSTA, António Manuel de. *Ilícito pessoal, imputação objectiva e participação em Direito Penal*. t. II. Coimbra: Almedina, 2017. p. 571 ss. Recomenda-se ainda, no que se destaca a seguinte passagem: “El ‘ilícito personal’, con la ponderación del disvalor de acto, junto al de resultado, es un concepto común tanto a los autores que provienen de la escuela de Welzel, como Günther Stratenwert y Günther Jakobs, cuanto a quienes no se formaron en sus aulas, como Hans-Heinrich Jescheck o Wilhelm Gallas, o incluso lo combatieron áspidamente, como Claus Roxin”. SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción – una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991. p. 6.

⁴¹⁴ DENCKER, Friedrich. El resultado y la idea de culpabilidad – acerca de la discusión sobre la significación sistemática y material del resultado en el derecho penal. *Doctrina penal – teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, ano 13, n. 49-52, 1990. p. 115.

⁴¹⁵ Segundo argumenta Helena Moniz, Armin Kaufmann teria sido quem, pela primeira vez, mencionou o aspecto de que “o resultado também constitui um elemento do tipo legal de crime decisivo ao nível do processo penal [...] uma vez que todo o procedimento penal está influenciado pelo resultado”. A obra citada é: KAUFMANN, Armin. *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*. Köln: Carl Heymanns, 1982. p. 274 ss.

⁴¹⁶ Nunca é demais destacar que “crime não se confunde com *injusto*, embora ambos tenham caráter substantivo”. Assim, “injusto é toda e qualquer conduta típica e antijurídica, mesmo que não seja culpável”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito – uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 150. O autor lembra-nos ainda a perspectiva de Hans Welzel, de que “não há tipos antijurídicos, mas somente realizações antijurídicas do tipo”. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yañes Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 76. Assim, Juarez Tavares conclui que o injusto “englobaria todos os elementos da conduta típica e antijurídica, em contraste com a culpabilidade, que trataria especificamente da relação entre o injusto e o autor”. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019. p. 134. Francisco de Assis Toledo, por sua vez, com base no alerta que faz Jescheck, argumenta que se deve evitar qualquer confusão entre “ilicitude” (*Rechtswidrigkeit*) e “injusto” (*Unrecht*), uma vez que a primeira representa “a contradição que se estabelece entre a conduta e uma norma jurídica, ao passo que o *injusto* é a própria conduta valorada como antijurídica”. ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 119. Também: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrecht*. 2. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1972. p. 176.

⁴¹⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019. p. 158.

em harmonizar essa tese com os delitos culposos que, fundamentalmente, são delitos de resultado”. O autor argumenta que essa perspectiva, embora ajude em alguns casos, é “incompatível com o direito liberal”, além de “possibilitar que determinadas causas relativas à punibilidade, como os motivos do agir, que normalmente são objeto da culpabilidade, tenham seu tratamento dentro do tipo de injusto, o que acentua mais sua subjetivação e fá-lo perder seu sentido de segurança”.

Fábio Roberto D’Avila⁴¹⁸ sustenta que “ao lado da eventual lesão ao bem jurídico na constituição do injusto”, destaca-se ainda “a importância da finalidade que preside a conduta, como também da atitude (*Einstellung*) por meio da qual ela é cometida e dos deveres que incidem sobre o autor”. Para ele, esse é o momento em que muito claramente “o conteúdo material do ilícito penal é constituído por dois centros de desvalor indispensáveis e insubstituíveis: o desvalor de ação e o desvalor de resultado”. O autor conclui – e bem – que ambos os desvalores constituem uma espécie de “unidade de sentido que, conquanto tenha no desvalor de resultado o seu núcleo fundamental, na medida em que consubstancia o referencial teleológico da norma, somente na presença e convergência de ambos (desvalor de ação e de resultado) pode alcançar dignidade penal e, assim, fundar o ilícito-típico”.

Dito isso, não esqueçamos que por desvalor da conduta entende-se “o conjunto de elementos subjectivos que conformam o tipo de ilícito (subjectivo) e o tipo de culpa, nomeadamente a finalidade delituosa, a atitude interna do agente que ao facto preside e a parte do comportamento que exprime fartamente este conjunto de elementos”⁴¹⁹. Por outro lado, o desvalor de resultado se constitui na “criação de um estado juridicamente desaprovado e, assim, o conjunto de elementos objectivos do tipo de ilícito (eventualmente também do tipo de culpa) que perfeccionam a figura do delito”⁴²⁰. É com o desvalor da conduta que há de se possibilitar a punibilidade da tentativa, sendo nesta que, segundo Maria Fernanda Palma⁴²¹, se “revela sempre um desvalor da decisão que ultrapassa o desvalor da acção prática”; já com o desvalor do resultado, tem-se mais do que justificada a punição do crime em sua forma consumada.⁴²²

⁴¹⁸ D’AVILA, Fábio Roberto. Tipo, ilícito e valor. Notas conceituais e sistemáticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 121, jul.-ago., 2016. p. 116 ss.

⁴¹⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 285-286.

⁴²⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 285-286.

⁴²¹ PALMA, Maria Fernanda. *Da “tentativa possível” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 77.

⁴²² Desenvolvidamente em: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 285-286.

Vistas as coisas desse modo, diversos são os questionamentos que as categorias enfocadas (conduta e resultado – tipicidade e ilicitude) têm provocado, o que nos permite antever caminhos variados no curso da análise crítica pretendida, sobretudo no âmbito de uma teoria que se preste a explicar coerentemente em que consiste exatamente a infração de uma norma, o que Marcelo A. Sancinetti⁴²³ denomina de *teoria do ilícito*. Daí por que nos é exigido decidir qual desses caminhos possíveis iremos explorar e, na sequência, sustentar como mais adequado o caminho escolhido. Isso, evidentemente, há de impactar no resultado da investigação. Tais providências requerem que deixemos de lado algumas ideias e que avancemos mais comprometidamente junto a outras.

O que se quer assentar, nesta altura da investigação, é que são duas as possibilidades de explorarmos o labirinto dogmático no qual estamos imersos: ou privilegiamos o caminho do *desvalor da conduta* ou, ao contrário, embora não tenhamos de eliminar aquele, o do *desvalor do resultado*. Segundo José de Faria Costa⁴²⁴, “a consabida e constantemente empregue dicotomia entre desvalor de ação e desvalor de resultado tem-se mostrado como uma das explicações teóricas mais operatórias quanto à capacidade de composição e de decomposição dogmática no campo do direito penal”.

É com base nessas escolhas que as nossas hipóteses (item 1.3.) podem ficar mais (ou menos) fortes, bem como os nossos objetivos (item 1.4.) podem se tornar mais (ou menos) viáveis, e as soluções ao final apresentadas tornar-se-ão mais (ou menos) coerentes. Vamos, então, às necessárias escolhas.

3.1. O que fazer preponderar, afinal: o desvalor da conduta ou o desvalor do resultado?

Repise-se que, segundo José de Faria Costa⁴²⁵, temos como pressuposto que “ninguém desconhece que a ordem jurídico-penal – como, aliás, qualquer outra ordem jurídica – pode ser fundamentada a partir de duas posições ou perspectivas bem diferentes”. Para o autor, “ou se arranca das consequências da norma, isto é, neste sentido, da pena, ou, de modo diverso, apoiamos a nossa atenção crítica no objecto da norma, vale por dizer, no ilícito”. Temos, assim, “duas formas diferentes de perceber, olhar e legitimar dogmaticamente o próprio

⁴²³ SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción* – una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción. Buenos Aires: Hammurabi, 1991. p. 2.

⁴²⁴ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 203.

⁴²⁵ FARIA COSTA, José de. Ilícito-típico, resultado e hermenêutica: ou o retorno à limpidez do essencial. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 12, n. 1. p. 9; Assim também em: FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 200-201.

direito penal”. Sustenta o autor ainda que “uma construção possível da doutrina geral da infracção” haverá de se “estruturar dentro de dois conceitos absolutamente essenciais: ilícito-típico e culpa”⁴²⁶. Eis aqui um de nossos principais pontos de partida.

Antes, porém, de enfrentarmos as questões mais fulcrais adiante perspectivadas, vale destacar que, segundo José de Faria Costa⁴²⁷, ao menos até a 1ª Revolução Industrial, ocorrida na Inglaterra (século XVIII), “na estrita dimensão intestina o que relevava era a produção do dano”. Para o autor, “assumia-se o desvalor do resultado em toda sua plenitude” e desenvolvia-se um direito criminal lastreado “exclusivamente no resultado”. Assim, “o cuidado que o ser-aí-diferente tinha de desenvolver regulava-se, em definitivo e sem resto, pelo registo do dano real e efectivo”. Diante daquelas circunstâncias, “só o desvalor do resultado consubstanciado na violação efectiva do bem jurídico, traduzível em dano, podia ser imputado a alguém para que, dessa forma, a reponsabilidade (no caso penal) desempenhasse a sua função agregadora”.

Essa era, portanto, ainda com amparo em José de Faria Costa⁴²⁸, “uma comunidade de cuidado-de-perigo”, na qual a preocupação se voltava cada vez mais para os perigos externos (guerras, doenças, calamidades provocadas por eventos da natureza, etc.). Dava-se conta de que o simples fato de “estar no mundo” possuía “a marca ontológica do cuidado”.⁴²⁹ Nela, na comunidade, “seria”, nas palavras do autor, “de todo em todo impossível conceber o cuidado-de-perigo, o perigo, como um centro de imputação de responsabilidade jurídico-penal”. É nesse contexto que o dano ostenta *status* de requisito indispensável, caso contrário, “o dano não acontecia e tudo era visto como se nada tivesse passado, porque nada ficaria inscrito, a não ser uma mais ou menos intensa sensação de desconforto, na tábua dos acontecimentos mundanais”. No entanto, outras revoluções industriais vieram e mudaram o contexto, admitindo-se, para além do desvalor do resultado danoso, o do *perigo de dano* como um dos elementos essenciais na articulação jurídico-dogmática.⁴³⁰

⁴²⁶ FÁRIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 221-222. O autor defende que “a conceção de conduta punível é, pois, uma conceção bipartida, integrando, por um lado, o ilícito-típico – enquanto unidade de sentido em primeira linha objetivamente desvalioso – e, por outro lado, a culpa”. E conclui: “a toda a pena criminalmente relevante tem de corresponder, em conjugação dogmaticamente sustentada, um ilícito-típico que leve consigo uma culpa criminal”. (*Op. cit.* 202).

⁴²⁷ FÁRIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 322-323.

⁴²⁸ FÁRIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 328-330.

⁴²⁹ HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. 18. Aufl. Tübingen: Max Niemeyer, 2001. p. 198. A tradução é livre.

⁴³⁰ É, portanto, a partir da 1ª Revolução Industrial, que se vai “constituir o ponto de viragem que vem a ‘introduzir’ o perigo como categoria e centro proposicional normativo no seio do pensamento jurídico-penal”. FÁRIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 338. O autor explica, mais adiante, o porquê de eleger como marco importante do pensamento jurídico-criminal a 1ª Revolução Industrial, isso no contexto de sua tese sobre o perigo. Diz que isso “não quer significar nem de perto nem de longe, que nos afastemos da ideia nuclear de que a grande referência deve continuar a ser o Iluminismo em todas as suas

É claramente perceptível que, a partir daqui – preparado dedicadamente o terreno metodológico –, começamos uma aproximação ainda mais enfática ao núcleo principal de nossa problemática (centrada na análise crítica da relevância jurídico-criminal da tentativa em razão da dúvida do agente na ocorrência do resultado – veja-se o item 1.1.). Isso porque, ou se adota, como providência inicial, o desvalor do resultado, ou, por outro lado, se admite que o ponto de partida há de ser mais especificamente o desvalor da conduta. Em outros termos: ou se dá preferência a um ou a outro. A punibilidade de um crime tentado, por exemplo, só há de ser encarada como legitimamente possível se levarmos em consideração o desvalor da conduta, sendo essa “a melhor demonstração da importância do desvalor da ação no ordenamento jurídico-penal”.⁴³¹ Disso não duvidamos. O que nos interessa destacar é o que há de preponderar num eventual conflito [ou dúvida] entre os desvalores.

Assim, o fato de ser considerado como importante – como verdadeiramente o é –, não significa necessariamente dizer que há de ser o desvalor da conduta o que deve preponderar ante o desvalor do resultado, ou, o que é ainda pior, que a consideração de uma das circunstâncias deva necessariamente anular a importância da outra no momento da configuração do crime, como defendem alguns autores. No entanto, deixemos claro, desde já, que uma posição do tipo radical, excluindo-se um ou outro tipo de desvalor, ao menos no que toca ao ordenamento jurídico português, não nos seria permitida. Veja-se que o próprio Código Penal, em seu art. 71.º, estabelece que sejam levados em consideração, na determinação da medida da pena, elementos vinculados tanto ao resultado (como a gravidade das consequências do fato, na alínea “a”, do item 2) quanto à conduta (como a “intensidade do dolo ou da negligência”, na alínea “b”, do mesmo item).⁴³² A propósito disso, a menção inaugural ao resultado, nesse rol extenso da nossa perspectiva, não há de ser qualquer coisa, como um mero acidente ou fruto de uma aleatoriedade legislativa, senão um forte indício de sua preponderância nesse processo discursivo.

vertentes ou intencionalidades estruturantes enquanto momento de ruptura com o pensamento anterior”. Até mesmo porque aquela [a Revolução Industrial] está “dentro do grande movimento do Iluminismo”. FÁRIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 352-353. A interpolação é nossa.

⁴³¹ FÁRIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 283.

⁴³² Código penal: Artigo 71.º Determinação da medida da pena

1 - A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção. 2 - Na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente: a) O grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente; b) A intensidade do dolo ou da negligência; c) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram; d) As condições pessoais do agente e a sua situação económica; e) A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime; f) A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena. 3 - Na sentença são expressamente referidos os fundamentos da medida da pena.

Nesse contexto, sobre a preponderância de um ou de outro tipo de desvalor, ressalta Hugo Morales Valdes⁴³³, que, com o advento do finalismo, “se debe aser que el dolo y la culpa son elementos subjetivos del tipo, u en esa precisa medida configuran el injusto, pero ello no implica que sólo la acción deba ser valorada a efecto de agotar el injusto”. Apesar da ressalva, tal entendimento não é propriamente um consenso, razão pela qual variadas correntes doutrinárias se disseminaram, contrapondo-se. Nesse particular, muito bem inventariadas e sintetizadas por Tiago Joffily⁴³⁴, ao menos três perspectivas podem ser prontamente destacadas, senão vejamos.

Inicialmente, viu-se formular um entendimento denominado de *monismo-subjetivo*, cuja defesa da retirada do desvalor do resultado do conceito de injusto se destacava. Com isso, privilegiava-se radicalmente o desvalor da conduta em detrimento do desvalor do resultado. Defendia-se, portanto, a ideia de que “só se pode atribuir ao agente, como obra sua, aquilo que ele efetivamente domina (princípio da culpabilidade)”⁴³⁵, ou seja, o seu próprio comportamento, não se condicionando a punição ao grau de ofensa do resultado. Ao partirmos desse pressuposto, a punição do crime tentado terá de ser a mesma do consumado, o que nos parece desconcertar as ideias de proporcionalidade e ofensividade. Partilham desse entendimento, segundo pensamos, entre outros: Armin Kaufmann⁴³⁶, Diethart Zielinski⁴³⁷, Marcelo Sancinetti⁴³⁸ e Friedrich Schaffstein⁴³⁹.

Na sequência, desenvolve-se o entendimento *dualista moderado*, responsável por uma numerosa corrente doutrinária, em que “o injusto pode ser formado exclusivamente pelo

⁴³³ MORALES VALDES, Hugo. *Desvalor de acción y desvalor de resultado* – análisis en torno a su ubicación dogmático-penal. Bogotá: Leyer, 2009. p. 66-67.

⁴³⁴ JOFFILY, Tiago. O resultado como fundamento do injusto penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 119, mar.-abr., 2016. p. 20-21. Recomenda-se ainda a elaboração encontrada em: HERRERA, Maria Rosa Moreno-Torres. *Tentativa de delito y delito irreal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 51 ss.

⁴³⁵ JOFFILY, Tiago. O resultado como fundamento do injusto penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 119, mar.-abr., 2016. p. 20.

⁴³⁶ KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*. Buenos Aires: Depalma, 1977.

⁴³⁷ “El disvalor de resultado no puede fundamentar el ilícito; en todo caso, puede elevarlo. Podría hacerlo, sea por la elevación del disvalor de acción constitutivo del ilícito, sea por una función propia junto a la del disvalor de acción, pero no independientemente de éste”. ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito* – análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito. Buenos Aires: Hammurabi, 1990. p. 144.

⁴³⁸ SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción* – una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción. Buenos Aires: Hammurabi, 1991.

⁴³⁹ SCHAFFSTEIN, Friedrich. Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtsfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten. STRATENWERTH, Günter (Hrsg.). *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*. Berlin: De Gruyter, 1974. Esse autor e Georg Dahm, como antevisto, lente da “Escola de Kiel”, foram os responsáveis por terem dado algum lastro acadêmico aos delírios fomentados pelo regime nazista. Para o aprofundamento desse contexto, recomenda-se: ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doutrina penal nazista – a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945*. Trad. Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 155 ss.

desvalor da ação (v.g., os crimes tentados e os crimes de mera conduta) ou pela conjugação deste com o desvalor do resultado (crimes de resultado danoso ou perigoso consumado)”, o que, ainda com Tiago Joffily⁴⁴⁰, fica na pendência do que se estipular em cada *tipo legal de crime*⁴⁴¹. Assim, não apenas a conduta, mas o resultado inclusive, há de “ser atribuído ao agente como *obra sua*”. Partilha do cerne desse entendimento, em especial, Hans Joachim Hirsch⁴⁴², na companhia de Hans-Joachim Rudolphi⁴⁴³, Bockelmann/Volk⁴⁴⁴, Maurach/Zipf/Gösse⁴⁴⁵, Schönke/Schröder/Lenckner⁴⁴⁶, Stratenwerth⁴⁴⁷ e Frisch⁴⁴⁸.

Por fim, um terceiro entendimento se estabelece, intitulado de *dualismo rigoroso*, a partir do qual “a existência do injusto pressupõe sempre, em qualquer circunstância, a combinação do desvalor da ação com o desvalor do resultado”⁴⁴⁹. Nesses casos, o que se tem sustentado é que, sem o desvalor da conduta, comprometido estaria o princípio da culpabilidade, sendo impossível atribuir ao sujeito o resultado produzido; já sem o desvalor do resultado, não seria legítimo responsabilizar o sujeito, caso contrário, comprometido estaria o princípio da legalidade. Partilham desse entendimento autores como Carlos Santiago Nino⁴⁵⁰, Juan Bustos Ramírez e Hernán Hormozábal Malarée⁴⁵¹ e Eugenio Raúl Zaffaroni⁴⁵².

⁴⁴⁰ JOFFILY, Tiago. O resultado como fundamento do injusto penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 119, mar.-abr., 2016. p. 20-21.

⁴⁴¹ Não é à toa que José de Faria Costa alerta para o fato de que o tipo legal de crime desempenha funções importantes, instrumentais, tais como as de garantia, apelativa e mediadora, constituindo-se em “ponto de partida e simultaneamente de chegada e de encontro dos múltiplos segmentos argumentativos e dogmáticos do discurso jurídico-penal relevante”. FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 385-386. Mais adiante, o autor explica que o tipo é “a expressão histórica mais relevante e singular que a comunidade encontrou para preservar a relação de cuidado-de-perigo”. *Op. cit.* p. 417.

⁴⁴² HIRSCH, Hans Joachim. Los conceptos de “desvalor de acción” y “desvalor de resultado o sobre el estado de cosas”. *Derecho Penal*. Obras completas. t. III. Trad. Eduardo Demetrio Crespo. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007. p. 233-258.

⁴⁴³ RUDOLPHI, Hans-Joachim. Inhalt und funktion des Handlungsunwertes im rahmen der personalen Unrechtslehre. *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*. Karlsruhe: Müller, 1972. p. 51-74.

⁴⁴⁴ BOCKELMANN, Paul. VOLK, Klaus. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 4. Aufl. München: C. H. Beck, 1987.

⁴⁴⁵ MAURACH, Reinhart. GÖSSEL, Karl Heinz. ZIPF, Heinz. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. B. 2. 7. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1989.

⁴⁴⁶ SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst; LENCKNER, Theodor. *Strafgesetzbuch*. München: Beck, 2006.

⁴⁴⁷ STRATENWERTH, Günter. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

⁴⁴⁸ FRISCH, Wolfgang. *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*. Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg: Müller, 2012.

⁴⁴⁹ JOFFILY, Tiago. O resultado como fundamento do injusto penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 119, mar.-abr., 2016. p. 20-21.

⁴⁵⁰ SANTIAGO NINO, Carlos. *Los limites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea, 2006.

⁴⁵¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. MALARÉE, Hernán Hormozábal. *Lecciones de derecho penal: parte general*. Madrid: Trotta, 2006.

⁴⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl (et al). *Direito penal brasileiro*. v. 2. t. I. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

Particularmente na doutrina portuguesa, o inventário realizado por Helena Moniz⁴⁵³ mostra-nos o desenvolvimento desse debate. Para a autora, três são as referências principais: Américo A. Taipa de Carvalho, José de Faria Costa e Jorge de Figueiredo Dias. O primeiro se posiciona “considerando como fundamental o desvalor de acção/conducta”⁴⁵⁴; o segundo “parece considerar como paradigma da conduta criminosa o desvalor de resultado, assente num ‘desvalor de cuidado’”⁴⁵⁵, e que, por sua vez, se desdobrará em duas vertentes: no desvalor de resultado de dano/violação e no desvalor de resultado de pôr-em-perigo⁴⁵⁶; já o terceiro “considera que o carácter ilícito de uma conduta não se determina apenas em função do desvalor de acção ou do desvalor do resultado, mas em função de ambos”⁴⁵⁷.

A despeito dos variados entendimentos possíveis, o fato é que, com o finalismo de Hans Welzel, a preponderância do desvalor da conduta acabou por assumir um protagonismo dificilmente contido no desenvolvimento da teoria do crime, o que teria mesmo “desestimado cualquier discusión sobre el ‘resultado’ y el ‘desvalor de resultado’, conculcando así el principio de ofensividad”⁴⁵⁸. Essa proeminência atribuída à conduta, diz-nos Hugo Morales Valdés, com quem não concordamos, “no necesariamente debe contrastar con el principio mencionado”⁴⁵⁹ [sobre a ofensividade, e sua influência no debate, discorreremos no capítulo III, item 4, desta Parte I].

⁴⁵³ MONIZ, Helena. Aspectos do resultado no direito penal. COSTA ANDRADE, Manuel. FARIA COSTA, José de. RODRIGUES, Anabela Miranda. ANTUNES, Maria João. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 548 ss.

⁴⁵⁴ O autor conclui que “sem desvalor de ação não há ilícito, embora possa haver ilícito sem haver desvalor de resultado”. TAIPA DE CARVALHO, Américo. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – teoria geral do crime*. 3. ed. Porto: Universidade Católica do Porto, 2016. p. 270.

⁴⁵⁵ Para o autor, “a comunidade humana realiza-se e forma-se por meio de uma teia de cuidados, em que o cuidado individual, isto é, o cuidado do «eu» sobre si mesmo, só tem sentido se se abrir aos cuidados para com os outros, porque também unicamente desse jeito, unicamente nessa reciprocidade, se encontra a segurança, a ausência de cuidado, a carência de perigo”. E arremata argumentando que “as comunidades dos homens sempre se desenvolveram no seio de perigos”. Assim, “o cuidado se reflecte, fundamentando-a, na realidade social”, sendo, portanto, esta determinada pelo próprio cuidado. FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 319. Mais adiante, José de Faria Costa reforça a ideia concluindo que “o perigo e o cuidado são duas projecções de uma mesma realidade”, não sendo “possível conceber o perigo sem o cuidado, da mesma forma que ao cuidado anda sempre associado um qualquer perigo”. Há, portanto, uma “relação mútua de dependência”. *Op. cit.* p. 327.

⁴⁵⁶ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 606.

⁴⁵⁷ Segundo o autor: “A conclusão deve pois ser a seguinte: a constituição de um tipo de ilícito exige, por regra, tanto um desvalor de acção, como um desvalor de resultado; sem prejuízo de casos haver em que o desvalor de resultado de uma certa forma predomina sobre o desvalor de acção (máxime, nos crimes de *negligência*), ou em que inversamente o desvalor da acção predomina sobre o desvalor de resultado (máxime, nos casos de *tentativa*)”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 288.

⁴⁵⁸ MORALES VALDES, Hugo. *Desvalor de acción y desvalor de resultado – análisis en torno a su ubicación dogmático-penal*. Bogotá: Leyer, 2009. p. 47. A interpolação, evidentemente, é nossa.

⁴⁵⁹ MORALES VALDES, Hugo. *Desvalor de acción y desvalor de resultado – análisis en torno a su ubicación dogmático-penal*. Bogotá: Leyer, 2009. p. 48.

Para não nos alongarmos mais do que o necessário diante da necessária tomada de posição – encarada aqui como imprescindível, a essa altura da investigação –, é de se destacar exatamente como a nossa aquela assumida por José de Faria Costa⁴⁶⁰. Assim, para se justificar, o autor argumenta – e bem – que “o desvalor de resultado de dano-violação traduz a alteração do real-verdadeiro que causa a lesão de bens jurídicos ou, por outras palavras, a concretização dos elementos objetivos do tipo”. A partir dessa linha de raciocínio, conclui-se que “a prioridade na compreensão da atividade criminalizadora tem, assim, de arrancar de uma ideia de desvalor de resultado”. E, mais adiante, arremata a ideia de modo esclarecedor:

Estamos, com isto, a querer significar que o ordenamento penal partilha de uma dimensão objetiva. O que quer traduzir que a norma penal é fundamentalmente uma norma de valoração e que, por conseguinte, o ilícito deve ser olhado pela ótica objetiva, porquanto ele também se postula na dimensão objetiva.

Há ainda o posicionamento de Reinhart Maurach⁴⁶¹, no sentido de que “jedes Strafrecht ging ursprünglich vom Erfolg aus”, o que, segundo o próprio autor, se justificaria porque o injusto objetivo, unindo a manifestação da vontade e o resultado, apresentaria um fator mais estável e claro. No entanto, o autor alerta que este tipo de vantagem não impediria de todo que esta fusão, em um conceito geral de “ação”, fosse arbitrária e contrária ao sistema legal.

Esses são, pois, os parâmetros que nos servirão de guia na experimentação das hipóteses já propostas (item 1.3.), bem como na consecução dos objetivos inicialmente traçados (item 1.4.). Nessa ordem de ideias, para nós, o mais adequado será enfrentar o núcleo de nossa problemática arrancando-se do desvalor do resultado, como defendido por José de Faria Costa⁴⁶², cujo argumento preponderante de justificação vai ao encontro da própria fundamentação do direito criminal,⁴⁶³ ou seja, vai no sentido de que, uma vez lastreado numa relação de cuidado-de-perigo, é de se perceber que o conteúdo da ilicitude se articule e se manifeste numa eventual ruptura com aquela.

Nas palavras do autor, melhor explicando, o argumento é o de que

a comunidade politicamente organizada só se sente na necessidade de intervir penalmente quando a repercussão socialmente relevante – que varia, é óbvio, conforme os momentos históricos – do rompimento da relação de cuidado-de-perigo é tida como insustentável. Para além de que, aquele desvalor só é apreendido socialmente, em linha de máxima, se se refletir ou consubstanciar em um desvalor de resultado. Repare-se que, quando assim se pensa, não estamos a fazer qualquer

⁴⁶⁰ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 284-285. Exatamente nos mesmos termos: FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 409.

⁴⁶¹ MAURACH, Reinhart. *Deutsches Strafrecht – Allgemeiner Teil*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1958. p. 146 ss.

⁴⁶² FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 203.

⁴⁶³ “O fundamento do direito penal encontra-se na primeira relação comunicacional de raiz onto-antropológica, na relação de cuidado-de-perigo”. FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 18. Assim é que, “os diferentes ilícitos típicos consubstanciam, directa ou indirectamente, especiais cuidados-de-perigo”. FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 388.

desfocagem no sentido de uma hipervalorização do desvalor do resultado. Bem ao contrário. Julgamos estar a valorar, com minuciosa ponderação, o eixo que perpassa o desvalor de intenção e o desvalor de resultado.

Com isso, José de Faria Costa está muito longe de qualquer radicalização conceitual ao assumir a defesa de uma posição que, do nosso modo de ver, é de natureza basicamente conciliatória, partindo, a propósito disso, de uma estrutura ontológica relacional de cuidado-de-perigo,⁴⁶⁴ em que tanto o desvalor da conduta quanto o do resultado são levados em consideração, estabelecendo-se, no entanto, como nódulo de *preponderância* ou *preferência* o desvalor do resultado, sobretudo porque mais consentâneo com a observância do princípio da ofensividade,⁴⁶⁵ sendo a presente elaboração, como já se disse, uma das questões desenvolvidas na presente investigação. Veja-se que, para o autor, “o ilícito-típico que assenta no desvalor do resultado corresponde ao lado objetivo da teoria geral da infração”, no entanto, “como o direito penal, por uma questão de princípio, não pode ser um direito da responsabilidade objetiva, o estudo da estrutura analítica do crime postula ainda um lado subjetivo, também ele eticamente fundado”⁴⁶⁶.

Nesse contexto, pode-se ainda trazer à baila o argumento de Juarez Tavares⁴⁶⁷, no sentido de que, apesar de a moderna doutrina inclinar-se para uma maior atenção ao desvalor da conduta – dedicando-se a classificar o resultado ora como “momento fortuito”⁴⁶⁸ ora como “condição objetiva de punibilidade”⁴⁶⁹ –, “será mais correto proceder-se a uma avaliação do fato em face do dano ou do perigo concreto ao bem jurídico”. Segundo o autor, “o correto será, pois, fundar-se o tipo tanto na infração à norma de cuidado quanto na imputação do resultado”, isso porque, na linha do que desenvolveremos mais adiante (item 4, Capítulo III, Parte I), “a necessidade da determinação de uma medida de imputação, aferida objetivamente, corresponde ao princípio da lesividade [ofensividade], como condição essencial do direito penal de um Estado democrático”.

⁴⁶⁴ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 283.

⁴⁶⁵ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 284.

⁴⁶⁶ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 347-348.

⁴⁶⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 360-361. A interpolação é nossa.

⁴⁶⁸ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yañes Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 184; BINAVINCE, Emilio. *Die vier Moment der Fahrlässigkeitsdelikte*. Bielefeld: Gieseking, 1969. p. 222.

⁴⁶⁹ ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Berlin: de Gruyter, 1930. p. 341; KAUFMANN, Armin. Das fahrlässige Delikt, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, Wien, 1964. p. 41; MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. 2. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1941. p. 606; VANNINI, Ottorino. *Le condizioni estrinseche di punibilità nella struttura del reato: a proposito degli art. 47 e 158 del progetto preliminare*. Siena: Circolo Giuridico, 1929; ZIELINSKI, Diethart. *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff - Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*. Berlin: Duncker & Humblot, 1973. p. 128.

Helena Moniz⁴⁷⁰ apresenta-nos uma síntese daquilo que nos interessa mais diretamente na obra de referência de José da Faria Costa sobre “o perigo em Direito Penal”. Tal como constatado, o catedrático de Coimbra, repise-se, “entende a norma penal primariamente como norma de valoração (*O Perigo...*, p. 409, nota 105, e p. 444, nota 178); daí o primado do desvalor do resultado enquanto ‘desvalor de cuidado’”. Entretanto, prossegue a autora, isso “não significa um total abandono do desvalor de acção, ou um entendimento da norma penal exclusivamente como norma de determinação que tem como destinatários os homens (*O Perigo...*, p. 275)”.

Alfonso Cadavid Quintero⁴⁷¹, por sua vez, considera como evidente que as normas emitem mensagens (ou simplesmente comunicam) às pessoas, ora determinando a realização de comportamentos, ora determinando que deles se abstenham. Essas normas são “portadoras de un determinado contenido de desvalor”. O autor sustenta que “constituye el desvalor que se predica de la conducta al tipificarla, un requisito lógico imprescindible para la creación de la norma por parte del legislador, dado el carácter sancionador del derecho penal, de conductas caracterizadas por su dañosidad social”.

A partir da ideia de necessária valoração sobre o comportamento humano – esse, como vimos, estruturado como relação comunicacional –, em especial da valoração que o ilícito-típico “encerra sobre os comportamentos (as relações comunicacionais) que ascenderam à dignidade penal e que são merecedores de pena”, José de Faria Costa⁴⁷² argumenta que a observância do ordenamento jurídico-criminal serviria ainda para constatar que se “valora mais intensamente o desvalor de resultado danoso que o desvalor de (resultado) perigoso”, o que ajuda a compreender que “não é a mesma coisa matar ou tentar matar”.

Ainda segundo José de Faria Costa⁴⁷³, “a ideia de resultado aqui avançada não é a pura factualidade, independente de qualquer pré-compreensão, pois que *no há factos puros*”, que seriam aqueles desligados dos agentes⁴⁷⁴. Para ele, “O resultado que se convoca não se confunde com a grotesca empiria. É outra coisa. É um resultado normativo que não abandona o sentido mais imediato, quando isso for possível, do real-verdadeiro”.

⁴⁷⁰ MONIZ, Helena. *Agravação pelo resultado?* Contributo para uma autonomização dogmática do crime agravado pelo resultado. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 69.

⁴⁷¹ QUINTERO, Alfonso Cadavid. *Introducción a la teoría del delito* – especial consideración a los fundamentos del delito imprudente. Medellín: Dike, 1998. p. 194.

⁴⁷² FARIA COSTA, José de. *O perigo em Direito Penal* (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas). Coimbra: Coimbra, 1992. p. 408. Exatamente nos mesmos termos: FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 195. O autor, mais adiante, argumenta que “Isso fica evidente quando observamos, por exemplo, a moldura penal do homicídio (artigo 131.º do CP) e o regime da punibilidade da tentativa (n.º 2 do artigo 23 do CP)”. *Op. cit.* p. 552.

⁴⁷³ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 202.

⁴⁷⁴ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 207.

Algumas das evidências do acerto do argumento de José de Faria Costa⁴⁷⁵ estariam espalhadas pelo ordenamento português. O autor sustenta que ao se admitir o ilícito-típico como um dos conceitos essenciais da teoria do crime, vê-se, como consequência principal, a preponderância do desvalor do resultado em detrimento do desvalor da conduta. Para ele, “o ilícito-típico não pode ser um deserto normativo”, logo, “a estabilização de fronteiras normativas entre o ilícito-típico e a culpa não é expressão de atavismo dogmático, mas antes assunção de clareza conceitual”, o que encontraria arrimo no mundo prático, com previsões no próprio Código Penal português, quer seja na parte geral (arts. 32.º; 33.º; 34.º; 35.º; entre outros), quer seja na parte especial (arts. 154.º, n.º 3, alínea *b*; e 368.º). Tais previsões fortaleceriam a tese de que o legislador teria dado preponderância ao desvalor do resultado,⁴⁷⁶ desvalor esse “que é a não-evitação (causação) de resultados desvaliosos, que se sustenta na categoria onto-antropológica do ‘desvalor de cuidado’”⁴⁷⁷.

José de Faria Costa⁴⁷⁸ afirma ainda que “o cuidado do ‘eu’ para com o ‘outro’, que a relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo expressa e envolve, pode suscitar, fundamentalmente, três específicas formas de desvalor: o desvalor de dano/violação, o desvalor de perigo e o desvalor de cuidado-de-perigo”. No primeiro (o de dano/violação), tem-se a possibilidade de fundamentação para os chamados crimes de resultado, ou crimes materiais; no segundo (o de perigo), vê-se a mesma possibilidade para os chamados crimes de perigo concreto, ou de “resultado (jurídico) de perigo”; no terceiro (o de cuidado-de-perigo), e último, possibilitam-se os chamados crimes de perigo abstrato.⁴⁷⁹ Nesse último caso, a

⁴⁷⁵ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 222-223.

⁴⁷⁶ O argumento é lembrado em: MONIZ, Helena. *Agravação pelo resultado?* Contributo para uma autonomização dogmática do crime agravado pelo resultado. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 70. José de Faria Costa, em análise sobre os “crimes agravados pelo evento”, conclui que, nesses casos, “fica evidente um outro nóculo problemático onde de maneira clara e inequívoca o legislador dá relevo substancial ao desvalor do resultado, sem, todavia, incorrer na incongruência de uma responsabilidade objetiva baseada no *versari in re illicita*”. FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 436. Nesse contexto, recomenda-se ainda, segundo o autor: DORNSEIFER, Gerhard. Unrechtsqualifizierung durch den Erfolg. Ein Relikt der Verdachtsstrafe? DORNSEIFER, Gerhard [et. al.] (Hrsg.). *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. Köln: Heymanns, 1989. p. 427. Mais adiante, José de Faria Costa, no âmbito da discussão sobre os crimes omissivos, arremata que “ao direito penal que se ocupa da proteção de bens jurídicos tanto monta a conduta que produz o resultado proibido como a omissão que o deixa ter lugar. O que, tudo somado e se bem virmos, se afigura interessante, já que é uma confirmação de que o desvalor do resultado, que não o de ação e muito menos o de intenção, é a pedra-de-toque, o ponto nevrálgico, do sentido último que procuramos para o juízo de ilicitude”. *Op. cit.* p. 511.

⁴⁷⁷ FARIA COSTA, José de. Ilícito-típico, resultado e hermenêutica: ou o retorno à limpidez do essencial. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 12, n. 1, 2002. p. 22.

⁴⁷⁸ FARIA COSTA, José de. *O perigo em Direito Penal* (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas). Coimbra: Coimbra, 1992. p. 634.

⁴⁷⁹ MONIZ, Helena. *Agravação pelo resultado?* Contributo para uma autonomização dogmática do crime agravado pelo resultado. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 70.

validade de sua utilização, cada vez mais frequente em ambiente democrático, tem sido bastante contestada.⁴⁸⁰

É a partir dessa perspectiva sobre o direito criminal, essencialmente de raiz ontoantropológica, que, como vimos, para José de Faria Costa se concebe – e bem –, nas palavras de Fábio Roberto D’Avila⁴⁸¹, o ilícito com preponderância na ideia de *ofensividade*, ou seja, no “desvalor que expressa [mais significativamente] a lesão ou pôr-em-perigo a bens juridicamente protegidos e, portanto, em clara oposição à simples violação subjetiva do dever e às mais variadas acepções do denominado *Willensstrfrecht* (direito penal da vontade)”, o que, se assim fosse, seria muito próximo do finalismo.

Tanto é assim que, ante os argumentos que sustentam a preponderância de um desvalor da conduta, José da Faria Costa⁴⁸², muito assertivamente, defende que os pressupostos adotados pelos adeptos da “escola de Bona”, que arrancam do desvalor da conduta, são “erróneos”, uma vez que consideram o resultado como “uma mera condição objectiva de punibilidade”. Para o autor, na medida em que “o resultado é totalmente irrelevante para a determinação do conteúdo do ilícito-típico, fácil é de perceber que tanto monta estarmos perante um resultado

⁴⁸⁰ Para Juarez Tavares, “na ordem jurídica democrática, não cabe lugar a delitos nos quais o legislador presuma a produção de uma lesão ou perigo”. O autor argumenta ainda, fazendo menção a Eckhard Horn, Bernd Schünemann e Wolfgang Frisch, que é insustentável “a posição da doutrina que, para salvar de inconstitucionalidade os tipos de perigo abstrato, conduzem-nos no sentido de caracterizá-los ora como delitos culposos sem resultado, ora como delitos culposos tentados ou como delitos de aptidão”. TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 186-187; HORN, Eckhard. *Konkrete Gefährungsdelikte*. Köln: Schmidt, 1973. p. 28; SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits und Gefährungsdelikte*, JA, 1975. p. 798; FRISCH, Wolfgang. *An den Grenzen des Strafrechts. Beiträge zur Rechtswissenschaft – Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: Müller, 1993. p. 93. Veja-se ainda, sobre a incompatibilidade: SCHRÖDER, Horst. *Die Gefährungsdelikte im Strafrecht*. ZStW, 81, 1969. p. 15. Conquanto, na defesa da possibilidade de uma “recuperação hermenêutica” de tais crimes, “não constitui uma categoria necessariamente desprovida de ofensividade”, D’AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra, 2005. p. 78. Na perspectiva de José de Faria Costa, “os crimes de perigo abstrato, em princípio, enquanto terceiro grau de ofensividade [no primeiro teríamos o total aniquilamento do bem jurídico, como a vida no homicídio, por exemplo; já no segundo, no fato de se colocar concretamente o bem jurídico em perigo], não enfermam de qualquer vício de inconstitucionalidade”, desde que, segundo o autor, “se possa ainda encontrar um qualquer nexo entre os seus elementos típicos e a defesa ou tutela – implícita mas inequívoca ou manifesta – de um bem jurídico”. FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 185-186. Segundo o autor, quando volta ao tema mais adiante, tais crimes “só podem, verdadeiramente, justificar quando, se bem que unicamente através de um cuidado-de-perigo, estiver em causa um bem jurídico com dignidade penal”, ou seja, “não basta o legislador definir com exatidão a conduta ou condutas proibidas, é preciso ainda e sempre, através da categoria de mediação do cuidado-de-perigo, ver se aquela conduta proibida visa proteger, se bem que por meio da mais avançada das defesas jurídico-constitucionalmente permitidas, um concreto e determinado bem jurídico com dignidade constitucional ou, talvez ainda de maneira mais rigorosa, um bem jurídico-penal. Quando assim, seja respeitado se encontra o princípio da ofensividade, podemos, *rectius*, devemos considerar o crime de perigo abstrato como conforme à Lei Fundamental”. *Op. cit.* p. 273.

⁴⁸¹ D’AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal – escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 46.

⁴⁸² FARIA COSTA, José de. *O perigo em Direito Penal* (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas). Coimbra: Coimbra, 1992. p. 408-409.

danoso como perante um perigoso: ambos serão ou desempenharão uma função de condição objectiva de punibilidade”, o que seria uma ideia “totalmente infundada, não só porque não corresponde ao valor ou verdade ontológica que diz carregar como, para além disso, não tem correspondência ou aderência às expressões normativas do ordenamento penal vigente”.

Não nos é permitido negligenciar que Eduardo Correia⁴⁸³, um dos mais destacados lentes do Código Penal português em vigência,⁴⁸⁴ tinha sérias restrições aos argumentos que partiam do desvalor da conduta. Suas críticas a algumas das ideias de Hans Welzel são bastante conhecidas. O catedrático de Coimbra critica a tentativa de Welzel de encontrar “base mais segura à estrutura finalista da acção negligente”. O lente da escola de Bonn defendia a ideia de que preponderasse a conduta e que o resultado tivesse “uma função puramente limitativa, apenas se exigindo, quanto a ele, que esteja em conexão *específica* com a acção que, causando-o, violou o cuidado objectivo que se impunha”, no que Eduardo Correia se insurgia crítica e interrogativamente: “Ora – o que dizer de tudo isso?”. Na perspectiva dele, que também abarca os crimes dolosos, a crítica vai no seguinte sentido:

Já procurámos mostrar que a função que compete ao resultado dos crimes negligentes não pode de nenhum modo limitar-se a ser aquela que Welzel lhe atribui: aquilo que ele chama o desvalor do resultado é o elemento mais importante – quando não mesmo o único – da ilicitude, quer nas acções negligentes quer nas dolosas. O direito só se interessa pelos deveres de prudência na medida em que sua violação ou omissão pode conduzir a uma ameaça ou a uma lesão de bens jurídicos. É pois desta – e por conseguinte do resultado – que o direito criminal tem de necessariamente partir.

⁴⁸³ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015. p. 265.

⁴⁸⁴ Não custa recordar que “O CP de 1982 resulta, em larga medida, do Projeto de Eduardo Correia, apresentado em 1963 (Parte Geral) e em 1966 (Parte Especial). [...] Devemos, contudo, salientar que a estrutura e traços principais do Código correspondem às orientações de Eduardo Correia”. FÁRIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 177. Para Jorge de Figueiredo Dias, “O Projecto da Parte Geral de um novo CP, elaborado por Eduardo Correia em 1963, era, neste tema [o da fundamentação e das finalidades das penas] como em outros, o espelho fiel e expressivo do pensamento político-criminal e dogmático do seu Autor”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 75. Assim também reconhecido em: MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes. A última revisão no projecto de Código Penal. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Estudos em homenagem ao Prof. Eduardo Correia, v. III, 1984. p. 93 ss. Entretanto, vale aqui uma observação de Manuel Cavaleiro de Ferreira, com a qual, em parte, até concordamos: “O sistema dogmático não é forçosamente e nem mesmo normalmente criado pela lei”. O autor arremata citando dispositivos do Código Penal (arts. 10.º a 39.º) e explicando que “não significam necessariamente a legalização de qualquer sistema doutrinário”. CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal – parte geral – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982 – II penas e medidas de segurança*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 88-89. De fato, a conclusão a que chega o autor tende mesmo a ser encarada como verdadeira, pois um código, sobretudo um que versa sobre crimes, há sempre de se constituir da convergência de esforços de juristas e legisladores das mais variadas matizes doutrinárias e ideológicas. Este, portanto, será um instrumento com variados traços, nos quais variadas doutrinas e ideologias poderão eventualmente se sentir contempladas em determinadas passagens. Daí por que nos predispomos a concordar com o autor, mas apenas para fixar a ideia de que, embora não se tenha, de fato, a legalização de uma específica doutrina, tem-se, sem dúvida, sempre a oportunidade de se observar a *inclinação* (ou a preponderância) acentuada para uma ou outra perspectiva doutrinária no produto final. É nisso, portanto, que consistirá a ideia, não raramente utilizada pela doutrina, de “espírito” do código, de que apesar da pluralidade de doutrinas e ideologias, há nele uma espécie de guia prevalente que serviu de guia.

No entanto, a desavença entre os adeptos do finalismo de Hans Welzel, então avassalador,⁴⁸⁵ e os seus críticos mais resistentes parece-nos não ter se restringido apenas ao campo doutrinário. À frente dos trabalhos de elaboração do atual Código Penal português, Eduardo Correia, indagado sobre a ausência de menção ao elemento subjetivo – como é, evidentemente, o caso da intenção –, na sua proposta de artigo sobre a punibilidade do crime tentado,⁴⁸⁶ deixa claro que não o fez de maneira proposital. O tema era bastante controverso e, segundo o autor, uma opção expressa e bem definida por parte do Código podia engessar desnecessariamente o intérprete.⁴⁸⁷ Na ata da 10ª sessão da comissão, datada de 31 de janeiro de 1964, explica o autor, em resposta aos questionamentos que recebeu dos colegas, que:

É sabido que na dogmática penal actual se debatem duas teses: a tese finalista – de Welzel e seus adeptos – e a não finalista, querendo aquela ver todos os actos humanos e, portanto, também os actos criminosos, com recurso à ideia da finalidade, que sem mais se identifica com o dolo. Ninguém desconhece também as severas críticas que hoje se dirigem à tese finalista e a reacção geral que contra ela, na Alemanha e, de modo especial, em outros países, se desenha. Ora é ainda do conhecimento geral que um dos mais valiosos argumentos a seu favor, foi a tese finalista buscá-lo à definição da tentativa oferecida por muitos códigos, onde se revelava um recurso à finalidade do acto ou à intenção. De sorte que já por isto deveria pôr em guarda o legislador contra um recurso deste tipo. E neste preciso sentido: se for possível definir a tentativa sem recorrer a este elemento isso será preferível, uma vez que deixa mais liberta a questão doutrinária. E, na verdade, uma definição como a do Projecto, sem deixar de ser exacta, permite que a tentativa se construa ou subjectivamente, com recurso à intenção, ou objectivamente, como crime de perigo concreto. O Projecto não toma pois posição contra a doutrina finalista ou contra qualquer outra, mas, bem ao contrário, deixa ao terreno livre para qualquer delas.⁴⁸⁸

O autor tentou, ao máximo, deixar o dispositivo enfocado livre de menção à intenção; caso ocorresse, “a referência do preceito à intenção ou a outro elemento análogo não tem qualquer conteúdo útil e só prejudica a liberdade doutrinária”⁴⁸⁹. Ora, se bem avaliadas as coisas, se, como se disse, a menção ao termo não teria nenhum “conteúdo útil” no dispositivo legal, ao que nos parece, não haveria de prejudicar a “liberdade doutrinária” citada. Teria sim alguma utilidade. O que o trecho nos parece evidenciar é que, na realidade, não queria o autor

⁴⁸⁵ Que contou inclusive com incursões junto ao Direito Civil. Veja-se, por exemplo: ASCENSÃO, Oliveira. A teoria finalista e o direito civil, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, n. XXVII, 1986.

⁴⁸⁶ “Há tentativa quando o agente pratica actos de execução de um crime que, todavia, não vem a consumir-se”. CORREIA, Eduardo. Código Penal – projecto da parte geral. *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, 1963, p. 80.

⁴⁸⁷ Mais a respeito, desenvolveremos no item 2 do Capítulo II, dessa mesma Parte I.

⁴⁸⁸ “PORTUGAL. Actas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal – parte geral. v. I. *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa: Ministério da Justiça, 1965. p. 168. Apesar de muito úteis, é forçoso reconhecer, tal como Manuel Cavaleiro de Ferreira o fez – e bem –, que as atas das sessões por nós consultadas “constituem elemento valioso, embora bastante pobre se comparadas com os trabalhos preparatórios e revisão do Projecto de Código Civil, que se encontrava também em elaboração”. CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal – parte geral – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982 – II penas e medidas de segurança*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 48.

⁴⁸⁹ PORTUGAL. Actas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal – parte geral. v. I. *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa: Ministério da Justiça, 1965. p. 169-170.

permitir uma clara inclinação do código português ao finalismo e, portanto, dar espaço para que se disseminasse a ideia de maior preponderância ao desvalor da conduta, com o que ele seguramente não concordava. A impressão que temos é a de que o autor parece ter optado por uma espécie de *política de redução de danos* na condução dos trabalhos, ou seja, se ele não conseguiria imprimir de maneira mais explícita as teses objetivistas, que lhe pareciam mais adequadas, que seus esforços, diante das resistências dos partidários do festejado finalismo, fossem no sentido de que ao menos não se vinculasse expressamente o Código Penal às teses subjetivistas. Daí nos parece ter surgido a ideia de deixar o intérprete “livre” para escolher.

Na defesa de seu viés predominantemente objetivista⁴⁹⁰, na sequência, nos debates sobre o mesmo artigo que entabula a tentativa, registrados na ata da 11ª sessão, aquela do dia 1º de fevereiro de 1964, Eduardo Correia nutre preocupação em justificar a utilização da ideia de tentativa impossível,⁴⁹¹ de matiz claramente subjetivista, justamente porque nela prepondera a conduta no seu elemento intencional. O autor argumenta da seguinte maneira:

Não se julgue, todavia, que por isso deixa de existir, no § único do artigo 22.º, algo de objectivo: do que se trata é que os actos de execução praticados, em vez de conterem em si um perigo real, contêm um perigo meramente aparente. Assim, se A pratica manobras abortivas em B, que tem toda a aparência de estar grávida, embora efectivamente o não esteja: o perigo existe, se bem que ele não seja construído sobre a realidade, mas sim sobre a aparência. E perigo este, note-se, que cria ou pode criar uma efectiva intranquilidade, e que pode resultar não só da carência do objecto mas também, igualmente, da inidoneidade dos meios, v.g., quando para se matar um homem se recorre a uma pistola que afinal estava descarregada. É este perigo objectivo – embora aparente – que, repete-se, pode causar alarme e intranquilidade social e que, assim, está apto a fundamentar a punição do agente.⁴⁹²

No fim dos debates, depois de insistir com mais alguns exemplos, Eduardo Correia conclui que “parece ser esta uma concessão – dentro de limites razoáveis – à tese subjetivista”. Fosse essa, portanto, a regra prevalente no código, não haveria necessidade de uma “concessão” para que fosse levada em consideração uma ideia muito mais adequada e cara ao finalismo

⁴⁹⁰ Prevalente, portanto, nesse particular, no Código Penal, sobretudo quando se faz a leitura do seu art. 22.º. PALMA, Maria Fernanda. *Da “tentativa possível” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 65.

⁴⁹¹ Que não há de ser confundida com o que se considera como *crime impossível* ou *putativo*, em que “o agente representa o facto como ilícito, quando ele, na verdade, não é ilícito”. Não há, portanto, um tipo legal de crime. FARIA COSTA, José de. *A interpretação da norma penal num sistema jurídico complexo*. Aula em DVD no curso de Pós-graduação sobre a doutrina geral da infração criminal revisitada do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, São Paulo, 19 ago. 2011. O autor explica que “enquanto a tentativa impossível corresponderá, ponto por ponto, ao reverso do erro sobre a factualidade típica, o delito putativo corresponderá, também ponto por ponto, ao reverso do erro sobre a proibição”. FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 554. Maria Fernanda Palma, por sua vez, conceitua o crime impossível ou putativo como aquele em que “todos os actos necessários à violação da lei, segundo o agente, foram executados. Apenas não existe qualquer hipótese de a lei vir a ser violada porque a conduta não é, em abstracto ou em concreto, proibida”. PALMA, Maria Fernanda. *Da “tentativa possível” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 63.

⁴⁹² PORTUGAL. Actas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal – parte geral. v. I. *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa: Ministério da Justiça, 1965. p. 177.

welzeliano. Veja-se, por exemplo, o que diz Manuel Cavaleiro de Ferreira⁴⁹³ sobre o episódio. O autor assevera que Eduardo Correia “manifestou-se sempre partidário da tese objectivista, notoriamente assumida pelo anterior Código Penal, mas ‘pretendia fazer uma concessão – dentro de limites razoáveis à tese subjectivista’”, o que se limitava, como antevisto, a nada menos que admitir a punição da tentativa impossível, embora se constituísse o tema como uma espécie de “‘cabo das Tormentas’ do novo Código Penal”⁴⁹⁴. Isso justificava plenamente alguma resistência de sua parte. Esse foi o único desvio, segundo Manuel Cavaleiro de Ferreira, “à doutrina que aceitara e defendera em 1953, afastando-se da opinião [subjectivista] defendida por Beleza dos Santos”.

O fato é que o finalismo, quando surgiu, não conheceu fronteiras capazes de conter suas influências, configurando-se a possibilidade de criminalização da tentativa impossível, ao que nos parece, um de seus mais extremados exemplos. Como lembrado por Manuel Cavaleiro de Ferreira⁴⁹⁵, “Do Código Penal alemão a incriminação passou para várias legislações estrangeiras”. Segundo o autor, “Uma incriminação que assenta meramente na comprovação da intenção criminoso, sem que se verifique a ofensa de qualquer bem jurídico, só é possível no critério do denominado *direito penal da vontade*, que teve, por algum tempo, ressonância na doutrina alemã”, justificando-se uma punição, segundo seus defensores, “em razão de alarme e apreensão suscitados no público”, o que se convencionou chamar posteriormente de *teoria da impressão*. Ocorre que, para Manuel Cavaleiro de Ferreira⁴⁹⁶, “a impressão ou opinião, ou alarme, de um mais ou menos reduzido público não pode ser tutelada penalmente”.

Não fosse a “exceção” admitida por Eduardo Correia, muito provavelmente não se alcançaria a responsabilização desse tipo de tentativa, que, a propósito, somente há de ser admitida quando a “inaptidão ou inexistência não sejam ‘manifestas’”. Adotasse o autor uma concepção puramente objetiva, não se permitiria justificar coerentemente a responsabilização desse tipo de tentativa. Nesses termos, a tentativa impossível restou prevista no art. 23.º, 3, do Código Penal português, e só não se permitirá sua punição quando se considerar manifesta a inaptidão do meio ou a inexistência do objeto.⁴⁹⁷ Não é por acaso que Maria Fernanda

⁴⁹³ CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal – parte geral – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982 – II penas e medidas de segurança*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 402.

⁴⁹⁴ CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal – parte geral – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982 – II penas e medidas de segurança*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 436.

⁴⁹⁵ CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal – parte geral – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982 – II penas e medidas de segurança*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 437.

⁴⁹⁶ CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal – parte geral – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982 – II penas e medidas de segurança*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 438.

⁴⁹⁷ Voltaremos ao tema no item 2, do Capítulo 2, dessa mesma Parte I.

Palma⁴⁹⁸ constata que “existem, tradicionalmente, duas razões para punir a tentativa impossível: a perigosidade revelada pelo agente e a impressão de perigo causada na sociedade pela conduta em questão”. Mas, convém perguntar, como isso seria mensurado? Por certo que há aqui ainda um grau considerável de subjetividade.

Não obstante as resistências expressas de Eduardo Correia quanto ao elemento subjetivo explicitado no dispositivo do Código Penal, vê-se que o projeto da parte geral divulgado na primeira revisão ministerial, em 1966, na parte das “formas do crime”, consta como concepção, no seu art. 26.º, que “há tentativa quando o agente dolosamente pratica actos de execução do empreendimento criminoso que, todavia, não chega a ser consumado”⁴⁹⁹. Atualmente, no art. 22.º, a redação é: “Há tentativa quando o agente praticar actos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se”. Vê-se que a resistência de Eduardo Correia, em não permitir o elemento subjetivo expressamente no dispositivo presente, foi, ao final, vencida pelo colegiado.

Ademais, repise-se, ainda assim, José de Faria Costa⁵⁰⁰ argumenta que o ordenamento português em evidência “partilha de uma dimensão objectiva”, com “exemplos sintomáticos”⁵⁰¹, o que significa dizer – de novo – que “a norma penal é fundamentalmente uma norma de valoração e que, portanto, o ilícito deve ser olhado pela óptica objectiva, porquanto ele também se postula na dimensão objectiva”. Explica-se: “não é pelo facto de o direito ordenar que se pode dizer que o direito se constrói a partir ou sobre normas de determinação”. Dessa maneira, “se o direito ordena um determinado comportamento e proíbe um outro, isso implica, necessariamente e a todas as luzes, que houve uma valoração anterior no sentido de se expressar que o valor da acção acompanha ou cobre a conduta imposta e que o desvalor acompanha a conduta proibida”.

O mencionado autor, portanto, para concluirmos o presente capítulo, circunscreve sua argumentação com base na ideia de um *desvalor de cuidado*; esta, além de muito própria, é bastante coerente não apenas com a estruturação das categorias dogmáticas no contexto aqui

⁴⁹⁸ PALMA, Maria Fernanda. *Da “tentativa possível” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 56.

⁴⁹⁹ PORTUGAL. Ministério da Justiça. *Projecto de Código Penal – parte geral*. 1ª revisão ministerial. Lisboa: Ministério da Justiça, 1966. p. 14.

⁵⁰⁰ FÁRIA COSTA, José de. *O perigo em Direito Penal* (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas). Coimbra: Coimbra, 1992. p. 409. Nota 105.

⁵⁰¹ “olhando mesmo de uma maneira que valore tão-só o plano descritivo, não vemos forma de se poder perceber diferentemente quando observamos, por exemplo, a moldura penal do homicídio (art. 131.º CP), o regime da punibilidade da tentativa (art. 23.º, n.º 2) e mesmo, desde que descontadas as especificidades, a moldura penal abstracta que é contemplada no art. 144.º CP”. Dessa maneira, arrancar do desvalor da conduta, “sendo o resultado (o desvalor do resultado) uma mera condição objectiva de punibilidade”, seria “totalmente infundamentado, não só porque não corresponde ao valor ou verdade ontológicos que diz carregar, como, para além disso, não tem correspondência ou aderência às expressões normativas do ordenamento penal vigente”. FÁRIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 408-409.

trabalhado, mas sobretudo com a principiologia que rege o direito penal (do fato) em uma pretensa democracia (veja-se, adiante, o Capítulo III desta Parte I). Para o autor, o desvalor de cuidado, uma vez que é desvalor do resultado, “na compreensão tradicional, só tem sentido porque empobrecedor do ‘eu’ e do ‘outro’, constrói-se o tipo legal de crime, segundo as regras constitucionais, com elementos que traduzem sempre – e bem – limites claros e precisos aos comportamentos proibidos”⁵⁰².

Adotamos, portanto, em apertado resumo, a perspectiva de preponderância do desvalor do resultado porque nos parece ser aquela mais próxima e eficiente da possibilidade de contenção do poder punitivo. Aquela, portanto, mais intimamente ligada à ideia de ofensividade. Por consequência, aquela que nos parece mais consentânea de um Estado de Direito Democrático, caracterizado especialmente pelo esforço de ver respeitada a estrutura jurídica garantidora da dignidade da pessoa humana. O que não deve significar, repise-se, desprezo ao desvalor da conduta.⁵⁰³ Longe disso. Este é sim necessário e fundamental – sob pena de um autoritário direito penal puramente objetivo (*versari in re illicita*) –, embora não deva ser encarado como suficiente para justificar uma responsabilização criminal. Concordamos, nesse aspecto, com a ideia explicitada por Juarez Tavares⁵⁰⁴, de que entre ambos os desvalores “opera-se uma relação dialética”, mas, agora dizemos nós, com clara preponderância do desvalor do resultado.

Dáí por que é de se analisar toda a cadeia de desenvolvimento do fato (intencional – exteriorizar – produzir consequências graves intoleráveis e transcendentais), dando preponderância, no entanto, sempre que houver confrontação, ao desvalor do resultado, pois somente assim nos parece mais seguramente observado o princípio da ofensividade, que deve, como é evidente, subordinar o exercício do poder punitivo em ambiente que se pretende democrático.

⁵⁰² FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 204.

⁵⁰³ Veja-se o alerta feito por Fábio Roberto D’Avila, com quem concordamos: “Ao falar em um ilícito estabelecido a partir do resultado não estamos, em momento algum, negando outros níveis de valoração indispensáveis, como, v.g., o correspondente ao próprio desvalor da ação. Apenas buscamos salientar que é o desvalor de resultado como negação da intencionalidade normativa de um ilícito penal teleologicamente voltado à tutela de bens jurídicos, a pedra angular do ilícito e, se assim é, somente na sua presença é que falaremos em desvalor da ação, ou seja, uma coexistência necessária, mas que só se torna possível diante da preexistência do primeiro”. Só se deveria permitir falar, portanto, em desvalor da ação se o desvalor do resultado estivesse presente. D’AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal* – escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 77.

⁵⁰⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019. p. 312.

Não corroboramos a ideia de que o debate é irrelevante porque o que se deve buscar é um equilíbrio, como o fazem, por exemplo, Cezar Roberto Bitencourt⁵⁰⁵ e Francisco Muñoz Conde⁵⁰⁶. Embora concordemos com a necessidade de um equilíbrio na articulação entre ambos os desvalores possíveis, haverá sempre a possibilidade de uma dúvida entre a preponderância de um ou de outro em determinadas circunstâncias. Isso não nos parece, como querem ambos os autores, algo “supérfluo”. É aí que as coisas devem ficar bem claras: deve haver sim uma hierarquia, em que prepondere, não apenas por conta do *in dubio pro reo* [liberdade]⁵⁰⁷, mas em atenção à intervenção mínima e à ofensividade, o desvalor do resultado.

Para concluirmos a presente tomada de posição de uma outra maneira, o que nos parece é que será mais fácil e perigosamente manipulável a ideia de ofensividade quando se partir do desvalor da conduta. Para nós, portanto, não partir do desvalor do resultado seria prescindir de um requisito que nos obriga a esperar um pouco mais para se pensar na responsabilização criminal de alguém, o que deveria ser observado no exercício do poder punitivo, a ser pautado pela intervenção mínima, carente hoje de mecanismos de contenção. O expansionismo historicamente observado reforça tal ideia.

Assim, se as coisas já são por demais imprecisas e bastante controversas na tarefa de identificação da intenção no âmbito da conduta, imagine-se então se não dermos preponderância ao desvalor do resultado, sobretudo em situações duvidosas. Não nos parece que um *direito criminal da conduta* seja o modo mais adequado e seguro de enfrentar os problemas advindos da complexa dinâmica de um ambiente que se apresenta como democrático, ainda que se alegasse a necessidade de proteção das “gerações futuras”,⁵⁰⁸ como

⁵⁰⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito* – uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira. Coimbra: Almedina, 2007. p. 237.

⁵⁰⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985. p. 322.

⁵⁰⁷ Observem-se, no entanto, as reservas que Eduardo Correia nutre contra tal princípio. Para o autor, é de se repudiar, na generalidade, a ideia de que cabe sua utilização ao intérprete no caso de dúvida, devendo-se buscar a “verdadeira vontade do legislador”. CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015. p. 150. Entretanto, nossa perspectiva é aquela mais próxima da encontrada em José de Faria Costa, que denomina de “*in dubio pro libertate*”. Logo, partindo-se da ideia de que o direito penal, em democracia, é, na realidade, uma “ordem de [otimização da] liberdade”, “toda interpretação que se faça do tipo legal de crime deve ser levada a cabo no sentido de favorecer a liberdade”. FÁRIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 247. A interpolação é nossa.

⁵⁰⁸ José de Faria Costa, a propósito, chama-nos a atenção para o fato de que “o direito penal parece já nada querer com o desvalor dos resultados do presente, quer olhar exclusivamente para o desvalor dos resultados que irão acontecer no futuro”, “quer ser preventivo”, e arremata na sequência: “proteger as gerações futuras a custo de quê?” [...] “Se pretende proteger o futuro futuramente, o direito penal tem, então, de deixar de querer ser uma *ultima ratio*”. FÁRIA COSTA, José de. *Direito penal e liberdade*. Lisboa: Âncora, 2020. p. 138-139. Assim também em: FÁRIA COSTA, José de. *Direito penal e globalização*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 11.

propôs Günter Stratenwerth⁵⁰⁹, o que nos afastaria (perigosa e indevidamente, em nossa perspectiva) da ideia fundamental de dano ou perigo de dano.

4. O dolo e a negligência

Até aqui, reforce-se, nossa preocupação tem sido a de procurar justificar coerentemente as trilhas escolhidas no complexo labirinto dogmático no qual se insere a presente investigação. Já alertamos sobre essa providência em nossas coordenadas iniciais. A partir de agora, vamos experimentar um terreno que, para além de repleto de bifurcações, apresenta-se também como deveras pantanoso, onde dificilmente há de nos ser apresentado uma espécie de solo firme, sobretudo porque haveremos de nos ocupar daquilo que se passa especificamente na mente humana, onde residem os aspectos do dolo e da negligência. Nesse ambiente discursivo, as teorias abundam e a doutrina a respeito mais se assemelha a uma espécie de *loja de conveniências* em que nas inúmeras prateleiras espalha-se todo tipo de produto à disposição das necessidades de seus frequentadores.

Mesmo com todo esse interesse da comunidade jurídico-criminal, que tem, evidentemente, se debruçado sobre essa parte específica da teoria do crime, não nos é possível afirmar que, hoje, as discussões se encontrem, de alguma maneira, arrefecidas, sobretudo no que toca à conceituação e à delimitação das mencionadas categorias dogmáticas. Não será preciso, portanto, destacar a relevância do tema, tanto para a dogmática quanto para a própria jurisprudência. É justamente a diferença entre o dolo e a negligência que definirá, em sendo o caso, o tempo de prisão ou até mesmo a impunibilidade do sujeito submetido a julgamento.⁵¹⁰ Para nos filiarmos à observação de Paulo César Busato⁵¹¹, isso sem termos de mencionar os nossos legisladores, que, a despeito das controvérsias ainda acesas, simplesmente se dispõem a dizer o que *é* exatamente cada uma dessas categorias.

Saliente-se que, para que não nos dispersemos pelo caminho, diante da variedade de opções à disposição, o foco será na fundamentação de nossa opção dogmática sobre o dolo e a negligência, sem necessariamente termos de refutar todas as outras existentes. O que nos

⁵⁰⁹ STRATENWERTH, Günter. *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft* - Rektoratsrede, gehalten an der Jahresfeier der Universität Basel am 26. November 1993. Basel: Helbing und Lichtenhahn, 1993. O autor e a obra são também lembrados em: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 140.

⁵¹⁰ DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização. BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e direito penal – modernas tendências*. 3. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019. p. 16.

⁵¹¹ BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e direito penal – modernas tendências*. 3. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019. p. 9.

interessa, afinal, é dotar nossa posição da coerência exigida para que nossas conclusões não se percam sob os escombros produzidos por eventuais críticas. Assim, procuraremos deixar evidentes as razões pelas quais as perspectivas acolhidas nos parecem as mais adequadas em um ambiente que se pretende democrático.

Estamos, portanto, diante de duas categorias também encaradas como elementos centrais na estruturação da dogmática jurídico-criminal, cujo debate tem servido de parâmetro para diversas modificações no desenvolvimento do conceito jurídico de crime. Colocadas inicialmente no âmbito da culpabilidade pelos causalistas, e, logo depois, redirecionadas para o fato típico pelos finalistas, o dolo e a negligência, onde quer que estejam,⁵¹² são formas importantes de atribuição da responsabilização criminal, cujos desenvolvimentos teóricos ocorrem, principalmente, a partir da ideia de dolo, atribuindo-se aos romanos a origem do debate jurídico-criminal, “donde se lo concibió con perfiles muy nítidos y definidos, identificándolo con la intención o, mejor aún, con la ‘mala intención’ o malicia en la realización del hecho ilícito”.⁵¹³

Nesse passo, assegura-nos Gian Paolo Demuro⁵¹⁴ que essa noção de dolo transmitida inicialmente pelo direito romano “costituisce la base nobile, spesso mitizzata, per gli svolgimenti storici del concetto”. Com isso, ainda segundo o autor, “sovente in passato per riaffermare la necessità di una stretta appartenenza psichica del fatto al soggetto si è proposto il ritorno alle origini, al *dolus malus* romanistico”. Entretanto, não há como negar a contribuição da filosofia grega nessa construção teórica. Tanto é assim que o autor pontua que “il *dolus malus* romanistico ha le proprie radici nella civiltà greca: assai più delle poche norme giuridiche, è la filosofia che influisce sul concreto di responsabilità penale nel mondo romano”.

⁵¹² Sobre essa “localização sistemática”, segundo aduz Jorge de Figueiredo Dias, “dolo e negligência têm de ser considerados como entidades que em si e por si mesmas exprimem ou revelam diferentes conteúdos materiais de culpa, cada um com o seu significado e os seus critérios próprios [...]. Pode nomeadamente defender-se que o dolo e a negligência constituem primariamente elementos do tipo de ilícito subjectivo, que mediatamente relevam também como graus de culpa; e nesta acepção se fala hoje na doutrina alemã, cada vez com maior insistência, de uma localização, de uma função e de uma valoração duplas, sobretudo do dolo (mas também da negligência) no sistema. Como se pode sustentar que dolo e negligência são entidades complexas, englobando um conjunto de elementos constitutivos dos quais uns relevam ao nível do tipo de ilícito subjectivo, outros ao nível do tipo de culpa”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal* – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 272-273.

⁵¹³ COPELLO, Patricia Laurenzo. *Dolo y conocimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 27.

⁵¹⁴ DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo – svolgimento storico del concetto*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2007. p. 1.

Andreas Eisele⁵¹⁵ aduz que a origem do debate, especialmente sobre o dolo, remonta a textos tanto da mitologia romana quanto da grega. Para o mencionado autor, será possível encontrarmos pistas em Homero, com a *Odisseia*, e em Virgílio, com a *Eneida* – mas de maneira ainda muito embrionária pelo contexto cultural influenciado pela “vontade dos deuses”, conforme trataremos mais adiante (especificamente no item 4, Capítulo I da Parte II) –, o que ainda nos levaria à expressão *dolus malus* no próprio Digesto de Justiniano.

Em Portugal, dito mais contemporaneamente, como constata Manuel Cavaleiro de Ferreira⁵¹⁶, ao contrário do código em vigência (arts. 13.º e 14.º, por exemplo), nem o código de 1852 nem o de 1886 “usaram a palavra ‘dolo’, embora de boa raiz latina e tradicional, mas a de intenção – ‘intenção criminosa’”. Eduardo Correia⁵¹⁷, sobre o Código de 1886, argumentava que “não existe qualquer definição geral sobre o dolo e os seus limites”. Segundo ele, “apenas se pode indicar o n.º 7 do art. 44.º, que diz que ‘justificam o facto, em geral, os que tiverem procedido sem a intenção criminosa e sem culpa’”. A conclusão a que chega o autor é a de que “antes de tudo, não existiu no pensamento do legislador qualquer posição no problema dos limites do dolo, ou das suas relações com a negligência”, portanto, “o que estava no seu espírito era o problema dos limites subjectivos da imputação do facto”. Mesmo com a atual previsão sobre o dolo, é ainda a questão bastante problemática, como já nos é permitido perceber.

Também a negligência tem sido situada, como objeto de dedicada preocupação, a partir dos romanos, embora se reconheça que sua elaboração doutrinária, na perspectiva de Edgard Magalhães Noronha⁵¹⁸, tenha sido mais lenta do que aquela levada a cabo para o dolo. Em Portugal, como não nos deixa esquecer Manuel Cavaleiro de Ferreira⁵¹⁹, isso fica patente quando nos deparamos com o fato de que a negligência para o homicídio era impunível até o reinado de D. João I (1385 a 1433). O autor constata que no Código Visigótico, válido no

⁵¹⁵ EISELE, Andreas. *Direito penal – teoria do crime*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 250. Em linha aproximada, desenvolve historicamente o tema: COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 46 ss.

⁵¹⁶ CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal – parte geral – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982 – II penas e medidas de segurança*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 283. O que também é observado em: FÁRIA COSTA, José de. As definições legais de dolo e de negligência enquanto problema de aplicação e interpretação das normas definitórias em Direito Penal. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 69, 1993. p. 371.

⁵¹⁷ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015. p. 387.

⁵¹⁸ MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Do crime culposos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. XII-XIII.

⁵¹⁹ CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal – parte geral – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982 – II penas e medidas de segurança*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 44. Mais adiante o autor repisa que “Nos primórdios da história portuguesa não havia mesmo crimes culposos. O primeiro crime culposos foi o crime de homicídio e só paulatinamente se estendeu a punição a alguns outros”. *Op. cit.* 308.

direito português naquela época, se exigia “a intenção criminosa como requisito indispensável para a existência do crime (*Lex Visigothorum*, VIII, 3, 6)”.

Recebia, portanto, a negligência, sobretudo como categoria dogmática, uma importância “lateral”, dependente, sobretudo, “da doutrina e da elaboração do direito civil”.⁵²⁰ Uma das principais críticas é a de que a dogmática do crime negligente se viu, por um bom tempo, à sombra do desenvolvimento da dogmática do crime doloso. Donato Castronuovo⁵²¹ chega a argumentar que é fora de dúvida que “la progressiva emersione dogmatica del reato colposo sia passata attraverso un tormentato – e forse non ancora del tutto concluso – processo di *affrancazione* dal reato doloso”. Segundo ele, “una vicenda, come ricordato [...], talvolta raffigurata in dottrina quasi mediante immagini da romanzo d’appendice”.

Na perspectiva de José de Faria Costa⁵²², “uma das primeiras grandes reflexões sobre a negligência sem sentido estritamente penal, se bem que salutarmente marcada pela óptica historiográfica, devemos-la a Binding”. Segundo o mencionado autor, Karl Binding⁵²³ queria, “por certo, preencher uma lacuna de investigação no mundo germânico, na medida em que assevera, claramente, que ‘falta uma boa história dos crimes negligentes’”. Ainda com o autor, “é o pensamento italiano o que mais contributos trouxe à clarificação e exacto recorte dogmáticos da negligência”. Além disso, “alguns autores ligam o aprofundamento do estudo da negligência e da ideia de perigo que lhe vai conexas ao trânsito automóvel”. Entretanto, se quiséssemos identificar tal origem, como rapidamente se percebe, não se encontrará consenso na doutrina. Para Hans Welzel⁵²⁴, deve-se a Karl Engisch⁵²⁵ o pioneirismo da elaboração das mais importantes teorias modernas sobre a negligência. Emilio Binavince⁵²⁶, por sua vez, atribui tal feito a Gustav Radbruch⁵²⁷.

Não obstante as controvérsias, o que é certo é que a negligência tem sido, mais constantemente, apresentada de maneira a ostentar, nas palavras de José de Faria Costa⁵²⁸, com o amparo em Franz Exner⁵²⁹, “como primeiro elemento nominal”, “a ideia de um não

⁵²⁰ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 344-345.

⁵²¹ CASTRONUOVO, Donato. *La colpa penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2009. p. 20.

⁵²² FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 344.

⁵²³ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung – IV*. Leipzig: Felix Meiner, 1919. p. 9.

⁵²⁴ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yañes Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 183.

⁵²⁵ ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Berlin: de Gruyter, 1930. p. 277.

⁵²⁶ BINAVINCE, Emilio. *Die vier Moment der Fahrlässigkeitsdelikte*. Bielefeld: Gieseking, 1969. p. 37.

⁵²⁷ RADBRUCH, Gustav. Über den Schuldbegriff, *ZStW*, n. 24, 1904. p. 344.

⁵²⁸ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 471-473.

⁵²⁹ EXNER, Franz. *Das Wesen der Fahrlässigkeit*. Leipzig/Wien: Franz Deuticke, 1910. p. 207 ss.

proceder com cuidado”. Termo, aliás, que é o utilizado pelo Código Penal português.⁵³⁰ Entretanto, como observa o catedrático de Coimbra, nesse contexto, “já as coisas não são pacíficas ou pelo menos incontroversas”. Será preciso enfrentar questão sobre as noções de *cuidado* e de *diligência*, necessariamente articuladas nesse debate. Haveria diferença substancial entre elas? Para José da Faria Costa⁵³¹, “a noção jurídico-penal de cuidado é mais densa, não só enquanto refração normativa da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo, mas fundamentalmente porque o universo dos seus destinatários é, quanto a nós, mais extenso”, pois engloba “não só o cuidado activo, mas também o cuidado passivo”. Já no caso da diligência, esta “aponta para o empenhamento activo, não imprudente, na realização do facto”.

Embora exista a possibilidade de diferenciação entre uma coisa (*cuidado*) e outra (*diligência*), o próprio José de Faria Costa⁵³² admite, logo na sequência, “que se pode, em princípio, permitir que se continue talvez a empregar indistintamente os conceitos de cuidado e de diligência, desde que estejamos atentos à possibilidade de, no caso concreto, termos de reflectir sobre essa área inconsistente”. O autor nos lembra ainda da conceituação que emprega Eduardo Correia⁵³³ nesses casos, para quem “*a negligência é omissão de um dever objectivo de cuidado ou de diligência*”. Não obstante as existentes controvérsias, ainda segundo o autor, é de se observar “que a incriminação das condutas negligentes se manifesta, como não podia deixar de ser, na área da relação comunicacional, cujo traço dominante se pode surpreender na imprevidência, exagero e excesso desse preciso agir”.⁵³⁴

Na perspectiva de Juarez Tavares⁵³⁵, em linha de corroboração com o que já foi dito, o delito culposo se estrutura “sob a relação comunicativa entre norma e realidade social, em que os princípios gerais da ordem jurídica não estejam subordinados ao critério da ponderação”. Para esse autor, “toda conduta deve ser vista a partir de seus elementos comunicativos, como expressão da pessoa, mas fixados na norma como condição de garantia”⁵³⁶. Nesse passo, “enquanto no crime doloso a imputação tem por base a realização de uma ação com consciência e vontade de violar os limites típicos das zonas do lícito e produzir lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico”, na negligência “a imputação pela realização do tipo tem por

⁵³⁰ Código Penal - Artigo 15.º Negligência - Age com negligência quem, por não proceder com o *cuidado* a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz: a) Representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas actuar sem se conformar com essa realização; ou b) Não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto. [o destaque é nosso]

⁵³¹ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 471-473.

⁵³² FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 473.

⁵³³ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015. p. 421.

⁵³⁴ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 474.

⁵³⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 11.

⁵³⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 31.

base uma ação que excede os limites dos riscos autorizados na relação jurídico-social e com isso vem lesar ou a por em perigo um bem jurídico-penalmente relevante”.⁵³⁷

José de Faria Costa⁵³⁸ avança no argumento sustentando ainda que “O agir negligente, tal como o agir doloso, conquanto estruturalmente ligados ao agir engastado na relação ontoantropológica do cuidado-de-perigo, só tem relevância dentro do campo da normatividade penal”. Se na conduta dolosa o sujeito “leva a cabo uma perversão que se expressa no doloso agere”, na negligência tal não ocorre, pois nela o sujeito “não mantém a relação de cuidado-de-perigo ao nível tensional que a ordem jurídica lhe exigia para aquele específico caso”. Assim, “a actuação passa a negligente quando é inconteste, isto é, quando não respeita aqueles parâmetros de força tensional exigidos por lei ou impostos pelas *leges artis*”.

O fato é que, na linha perspectivada por Juarez Tavares⁵³⁹, “Há algum tempo, [o injusto penal] era matéria de indagação exclusiva dos delitos dolosos que, por serem mais importantes e numerosos, abarcavam praticamente todo o direito penal”. Segundo o autor, a negligência passou muito tempo sendo tratada de maneira lateral, como que a exercer um papel subalterno, em comparação com o dolo, no sistema jurídico-criminal que ia sendo moldado ao longo dos tempos, até que “A prevalência do delito doloso e de seu estudo foi sendo, porém, substancialmente comprometida em face de novos e complexos conflitos sociais”, sobretudo por conta do modo de ser capitalista, desencadeado pelas revoluções industriais.

O autor constata ainda que, muito especialmente no caso do crime negligente, “a dogmática foi sendo elaborada, em certa medida, também segundo formas determinadas de imputação, quase todas elas, porém, vinculadas aos elementos do conceito de ação”, ignorando-se, segundo ele, “sua vinculação com a política criminal, ao tratar seus elementos de modo neutro e, por outro lado, sem subordinar a análise desses elementos aos fins de política criminal por ela assentados”.⁵⁴⁰

Com o finalismo, constrói-se uma espécie de estrutura teórica que permitiria a flutuação do desvalor entre a ação e o resultado. Tema, aliás, anteriormente desenvolvido. Nas palavras de Juarez Tavares⁵⁴¹, com a disseminação das ideias de Hans Welzel⁵⁴², no caso do crime doloso,

⁵³⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 33.

⁵³⁸ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 476-477.

⁵³⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 35. A interpolação é nossa.

⁵⁴⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 40-41.

⁵⁴¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 67-68.

em regra, “o juízo de valor recairia sobre o resultado (desvalor de resultado) danoso consciente e volitivamente produzido ao bem jurídico”, enquanto no crime negligente “o que efetivamente vigora é o desvalor da própria ação, segundo a forma de sua execução”. A partir dessa perspectiva, ainda segundo o autor, o crime negligente “não se subordina aos mesmos princípios do tipo doloso, nem deve ser tratado como forma de culpabilidade, como acontece na teoria causal-naturalista”.

Apesar do evidente descompasso, em termos teóricos e evolutivos, tanto o dolo quanto a negligência se estruturam a partir de argumentos que, não raramente, impõem variações conceituais relevantes que precisam ser levadas em consideração, sobretudo porque importam demasiadamente no enfrentamento da problemática proposta. Patricia Laurenzo Copello⁵⁴³ observa que “toda la problemática que acerca los fundamentos del dolo puede sintetizarse en la pregunta: ¿Qué tiene un comportamiento doloso que lo hace relevante para el Derecho penal?”. Como antevisto, o recorte de nossa investigação (item 1.1.), no entanto, contempla a análise crítica de uma das específicas formas de dolo (o eventual, que, segundo a autora, “está en el limite de lo no *doloso*”⁵⁴⁴) cujo limite conceitual é tênue quando confrontado com uma das formas de negligência (a consciente).

Vejamos, então, a partir da perspectiva legal e doutrinária, quantas e quais são as possibilidades de classificação da conduta a partir da perspectiva do dolo e da negligência, e de que maneira isso impacta no curso da presente investigação.

4.1. As modalidades de dolo e de negligência

Embora tenhamos de conviver com as controvérsias legais e doutrinárias ainda existentes, é possível afirmar que o dolo e a negligência possuem estruturas básicas rapidamente identificadas, sendo necessário observar que “el comportamiento doloso es el comportamiento más perturbador para el Derecho penal, por eso es que éste se dirige preferentemente contra las conductas dolosas y las castiga con mayor pena”⁵⁴⁵.

⁵⁴² WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yañes Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 184.

⁵⁴³ COPELLO, Patricia Laurenzo. El estado actual de las teorías del dolo y su reflejo en el derecho penal positivo. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, 7/8, n. 12, 2002. p. 514.

⁵⁴⁴ Assim também, em linha muito próxima: “El último grado del dolo es el dolo eventual; más allá de él, empieza la imprudencia”. ORDEIG, Enrique Gimbernat. Acerca del dolo eventual. *Nuevo pensamiento penal: revista de derecho y ciencias penales: revista de derecho y ciencias penales*, Buenos Aires, v. 1, n. 3, 1972. p. 360.

⁵⁴⁵ COPELLO, Patricia Laurenzo. El estado actual de las teorías del dolo y su reflejo en el derecho penal positivo. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, 7/8, n. 12, 2002. p. 514.

Especificamente no caso do dolo, dito simplificada, esse “nada mais é do que o conhecer e o querer a realização do facto descrito no tipo legal de crime”⁵⁴⁶, o que, segundo José de Faria Costa, reflete os ingredientes psíquicos da cognoscibilidade e vontade. Entretanto, já no caso da estrutura dogmática da negligência, nas palavras do mesmo autor, “emerge precisamente nos antípodas da voluntariedade”, a partir de dois elementos: “Primeiramente, com a violação de um dever objetivo de cuidado. Em segundo lugar, exige-se que a produção do evento não querido pela lei seja previsto ou ao menos previsível”.⁵⁴⁷

Logo, enquanto o *conhecer* e o *querer* são, na generalidade, elementos estruturantes do dolo,⁵⁴⁸ a *previsibilidade*, ainda segundo José de Faria Costa⁵⁴⁹, coloca-se como “elemento essencial à imputação por negligência”, pois “O domínio em termos de ‘obra’ humana só tem sentido se o agente tiver previsto ou, se, o não tiver feito, tiver tido pelo menos a possibilidade de o fazer”. Ocorre que, nesse último caso, segundo Juarez Tavares⁵⁵⁰, “a negligência sempre esteve assentada na previsibilidade do resultado, que constituiria sua própria essência. Isto valia tanto para o direito civil quanto para o direito penal”. Até que com o § 276 do código civil alemão, nas palavras do autor, “o critério da previsibilidade passou a ser focado sob duas orientações básicas: no âmbito do injusto, tratou-se da previsibilidade objetiva, na culpabilidade, da previsibilidade subjetiva”, sendo este o sistema ainda dominante.

Aceitando-se essa dominância quanto à necessidade de observância da previsibilidade para a caracterização da negligência, o problema estaria, segundo argumenta Juarez Tavares⁵⁵¹, “em, primeiramente, decifrar o que se deva entender por previsibilidade; depois determinar o parâmetro de sua aferição”. Nesses casos, diz o autor, o limite conceitual “é bastante controvertido, porquanto não existem elementos que possam informá-lo com absoluta precisão”. Com o “sentido de um determinado *prognóstico* que se faz acerca da possibilidade de realização de um certo evento”, diante das variações da previsibilidade (estatística, taxonômica, estrutural, fenomenológica – estas consideradas como objetivas – e temporal – esta vinculada à “capacidade do agente de antever as consequências de sua ação no contexto de sua realização”), nas palavras do autor, “não subsiste unidade”, sendo, portanto, um critério “flexível e incerto para determinar, com segurança, os limites da responsabilidade”.

⁵⁴⁶ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 403.

⁵⁴⁷ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 411-413.

⁵⁴⁸ ORDEIG, Enrique Gimbernat. Acerca del dolo eventual. *Nuevo pensamiento penal: revista de derecho y ciencias penales*, Buenos Aires, v. 1, n. 3, 1972. p. 356.

⁵⁴⁹ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 495.

⁵⁵⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 389.

⁵⁵¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 389-394.

O dolo, contudo, como dito, ostenta, de maneira majoritária, dois aspectos fundamentais na sua estrutura básica, que são as ideias de *intelecto/cognição* e de *volição*. Enquanto o primeiro aponta para “o conhecer ou o representar que se projeta sobre todos os elementos do comportamento típico”, o segundo, na generalidade, está associado à vontade, o que, nesse caso, apresenta-se como marcadamente problemático por conta de sua falta de clareza.⁵⁵² Na perspectiva (significativa) de Carlos Martínez-Buján Pérez⁵⁵³, “o elemento cognitivo proporciona a bagagem intelectual, prévia e imprescindível, com que conta o sujeito e lhe proporciona os dados necessários para a adoção de uma determinada decisão”. Já no que toca à volição, ainda nas palavras do mencionado autor, deve-se perspectivá-la “também em um sentido normativo”, já que, “desde uma perspectiva psicológica, nos resulta inacessível”. Para Jorge de Figueiredo Dias, “de um ponto de vista funcional os dois elementos se não situam ao mesmo nível”. E esclarece:

o chamado elemento intelectual do dolo do tipo não pode, por si mesmo, considerar-se decisivo da distinção dos tipos de ilícito dolosos e dos negligentes, uma vez que também estes últimos podem conter a representação pela agente de um facto que preenche um tipo de ilícito (a chamada *negligência consciente*, cf. Art. 15.º/a)). É pois o elemento volitivo, quando ligado ao elemento intelectual requerido, que verdadeiramente serve para *indicar* (embora ainda não para fundamentar) uma posição ou atitude do agente contrária ou indiferente à norma de comportamento, numa palavra, uma *culpa dolosa* e a consequente possibilidade de o agente ser punido a título de dolo.

Justo por isso focaremos nesse último quando nos debruçarmos sobre o dolo eventual adiante (Capítulo II, subitem 3.1. desta Parte I); antes, porém, vale assinalar que José de Faria Costa⁵⁵⁴ aponta para a existência de quatro problemas na dogmática de estruturação do dolo. Concentra-se, portanto, um na fundamentação, outro na definição, um terceiro no que diz respeito à prova e um último relacionado à complexidade do objeto. Não passaremos em revista minuciosamente cada um dos alegados problemas, pois isso fugiria dos propósitos da presente investigação. Suas menções, apesar de pontuais, apresentam-se como essencialmente rigorosas e servem para que se reforce a ideia de que tudo beira a inacessibilidade quando o assunto é “plano volitivo”⁵⁵⁵, o que nos prenderá a atenção mais adiante.

⁵⁵² FÁRIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 402 ss.

⁵⁵³ PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. O conceito “significativo” de dolo: um conceito volitivo normativo. Trad. Paulo César Busato. BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e Direito Penal – modernas tendências*. 3. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019. p.46-47.

⁵⁵⁴ FÁRIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 402 ss.

⁵⁵⁵ FÁRIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 405.

Esse tipo de elemento, da perspectiva de Jorge de Figueiredo Dias⁵⁵⁶, “pode assumir matizes diversos, permitindo a formação de diferentes classes de dolo”. Tal como cristalinamente exposto pelo autor:

Se por vezes uma tal direcção da vontade é claramente manifestada, configurando os casos chamados de dolo directo, outras vezes ela é menos clara e suscita dificuldades apreciáveis, quando o agente parte para a realização de facto tendo-o representado coo meramente *possível*. Aqui sobem de ponto as dificuldades de distinção, a nível dos tipos de ilícito, entre dolo e negligência, na medida em que também a negligência consciente supõe a representação da realização do facto como possível. Para além disto, a distinção entre dolo directo e dolo eventual possui o maior relevo, na medida em que casos existem na lei – e outros são acrescentados pela doutrina: cf. *Infra*, § 51 – em que o facto só é punível a título de dolo directo, não de dolo eventual.

Na linha dos termos expostos acima, comecemos então a enumerar, de maneira intencionalmente sucinta, as modalidades de dolo e de negligência mais usuais na doutrina e na legislação criminal contemporaneamente, a começar pelo dolo, sem esquecer que tanto o dolo quanto a negligência já foram categorias consideradas “apenas *graus de culpa* relativamente a um tipo de ilícito comum”, o que cessa “no preciso momento” “em que se compreendeu que o facto doloso e o facto negligente têm, cada um, o seu tipo de ilícito e o seu tipo de culpa *próprios e distintos*”.⁵⁵⁷ Como dissemos, apesar da raiz aparentemente comum, o desenvolvimento em nível jurídico-criminal de ambas as categorias dogmáticas não seguiu o mesmo nível de interesse legal e doutrinal ao longo dos tempos.

Não obstante as dificuldades encontradas, vejamos então, a partir do Código Penal português, como o dolo e a negligência estão disponíveis. Inicialmente, como destacado por José de Faria Costa⁵⁵⁸, “em termos fenomenológicos e dogmáticos, a qualidade do dolo pode encontrar três formas ou modos de expressão”, a saber: “(i) o dolo direto ou dolo de primeiro grau (artigo 14.º, n.º 1), (ii) o dolo necessário ou dolo de segundo grau (artigo 14.º, n.º 2) e (iii) o dolo eventual (artigo 14.º, n.º 3)”. Entretanto, advertindo para a existência de discrepâncias terminológicas na doutrina, segundo Gimbernat Ordeig⁵⁵⁹, “lo de menos es la terminologia; lo que importa es el contenido de los conceptos”.

⁵⁵⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 366. Sobre o esforço na tentativa de se estabelecer diferenças relativamente claras entre uma coisa e outra, recomenda-se: LORENZO, Antimo Di. *I limiti tra dolo e colpa*. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1955.

⁵⁵⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 860-861. O autor destaca que, para um aprofundamento sobre o tema, é imprescindível a obra de Franz Exner e Karl Engisch. EXNER, Franz. *Das Wesen der Fahrlässigkeit: Eine strafrechtliche Untersuchung*. Leipzig: Deuticke, 1910; ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Berlin: Scientia, 1930.

⁵⁵⁸ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 409.

⁵⁵⁹ ORDEIG, Enrique Gimbernat. Acerca del dolo eventual. *Nuevo pensamiento penal: revista de derecho y ciencias penales*, Buenos Aires, v. 1, n. 3, 1972. p. 358.

Veja-se que no caso específico do dolo, tem-se ainda o que se convencionou chamar de dolo geral (*dolus generalis*), em que o sujeito tem um objetivo que é criminalizado e o atinge, mas não da maneira imaginada. Pelo exemplo de Jorge de Figueiredo Dias⁵⁶⁰, o sujeito atua com dolo correspondente, pois acredita ter matado com uma pancada a vítima e, depois, para simular um suicídio, enforca-a; a morte, sem que ele soubesse, acaba por ser provocada pelo enforcamento. Nesses casos, “uma parte significativa da doutrina vê aqui só uma tentativa em concurso eventual com o cometimento *negligente* do facto”. A outra, majoritária, “embora sob diferentes pressupostos, se pronuncia pela aceitação de um crime consumado”. Para o autor, no entanto, a solução se deve dar pela via da imputação objetiva.

Assim, não se perca de vista que o dolo direto é apontado como “a forma mais clara e terminante – e por isso também a que dá lugar a menos dúvidas doutrinárias e de aplicação”⁵⁶¹, logo, “é indubitavelmente a mais sólida, mais simples e mais direta manifestação da qualidade inerente ao dolo”⁵⁶². O dolo necessário, por sua vez, “possui uma dupla roupagem”⁵⁶³: “o agente quer o resultado de forma direta, mas não se importa com a ocorrência de um outro resultado que está escondido necessariamente no primeiro”⁵⁶⁴. E, por último, sem o prejuízo de termos que voltar a essa questão (veja-se o item 3 do Capítulo II da Parte I), o dolo eventual, em que se “assumem contornos ainda mais instáveis e frágeis”⁵⁶⁵, caracterizando-se pela “realização do tipo objectivo de ilícito ser representada pelo agente apenas ‘como consequência possível da conduta’”⁵⁶⁶, conforme a previsão do art. 14.º-3 do Código Penal português. É sobretudo no espaço discursivo aberto por essa última que as teorias abundam.

Uma das pernas do problema fulcral de nossa investigação (que é especialmente sustentado por questionamentos direcionados a duas categorias dogmáticas: a tentativa e o dolo eventual), como é de se pressupor, reside justamente nessa derradeira forma de dolo (o eventual), que, conforme destacado por José de Faria Costa⁵⁶⁷, “supõe um alargamento das margens de punibilidade e vive paredes-meias com a categoria da negligência consciente”. Aqui também se vê mais uma espécie de resistência de Eduardo Correia que restou ultrapassada pelo colegiado ao final dos debates sobre o projeto do atual Código Penal

⁵⁶⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 360.

⁵⁶¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 366.

⁵⁶² FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 409.

⁵⁶³ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 409.

⁵⁶⁴ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 410.

⁵⁶⁵ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 410.

⁵⁶⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 368.

⁵⁶⁷ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 410.

português. A definição de dolo eventual (como espécie de *conformação*) não constava do art. 14.º (3). No projeto, constava uma definição mais larga.⁵⁶⁸ Nele constava apenas o que José de Faria Costa⁵⁶⁹ chama de doutrina da “dupla negativa”, ou seja, “age com dolo aquele que não acredita que o resultado se não produza”. Como se sabe, tal não prevaleceu na redação final do Código Penal.

A definição que restou aprovada, ainda segundo José de Faria Costa nos escritos mencionados, possibilita situações menos alargadas do que a proposta por Eduardo Correia. Pela adoção da perspectiva da “doutrina da conformação”, em que “há dolo se o agente actuar conformando-se com aquela realização” (art. 14.º, 3), “o conjunto de candidatos positivos a serem considerados como agentes com dolo eventual ficou diminuído”. Logo, atua-se com dolo eventual quando se representa o resultado como *possível* e com ele se *conforma*. Embora o “conjunto de candidatos” ao patamar do dolo eventual haja diminuído, não se pode dizer o mesmo da carga de complexidade presente na fórmula empregada. Dessa maneira, seria preciso sabermos no que consiste exatamente essa conformação?⁵⁷⁰

Segundo Guilherme Brenner Lucchesi⁵⁷¹, com amparo nos inventários de Juarez Tavares⁵⁷² e Juarez Cirino dos Santos⁵⁷³, as teorias vinculadas ao dolo podem ainda ser classificadas “em teorias volitivas e teorias cognitivas, baseadas na ênfase dada por cada uma aos elementos do dolo”. Para o autor, no âmbito das teorias volitivas, “a ênfase está na vontade do autor, havendo duas explicações para identificá-la no dolo eventual”. No primeiro caso, com base na teoria do consentimento, “o autor age com vontade no dolo eventual em razão de uma vinculação emocional com o resultado, pois, além de o representar como possível, também se

⁵⁶⁸ A observação é feita em: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal* – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 372.

⁵⁶⁹ FARIA COSTA, José de. *A interpretação da norma penal num sistema jurídico complexo*. Aula em DVD no curso de Pós-graduação sobre a doutrina geral da infração criminal revisitada do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, São Paulo, 19 ago. 2011. Assim também em: FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 428. E em: FARIA COSTA, José de. As definições legais de dolo e de negligência enquanto problema de aplicação e interpretação das normas definitórias em Direito Penal. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 69, 1993. p. 382.

⁵⁷⁰ Voltaremos ao tema mais dedicadamente no Capítulo II, item 3, dessa mesma Parte I.

⁵⁷¹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo* – o problema da chamada “cegueira deliberada”. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito, com área de concentração: Direito do Estado. p. 194. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/49523/R%20-%20T%20-%20GUILHERME%20BRENNER%20LUCCHESI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 11 out. 2019. Recomenda-se ainda, o inventário de teorias, com a ênfase no dolo eventual, e a análise, em: DÍAZ-ARANDA, Enrique. Teorías del dolo eventual. *Criminalia*, México, v. 63, n. 2, mai./ago., 1997. p. 47; STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal* – parte general I. El hecho punible. 4. ed. Trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 194 ss.

⁵⁷² TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4. ed. São Paulo: Tiran lo blanch, 2019.

⁵⁷³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 5.ed. Florianópolis: Conceito, 2012.

conforma com ele ou aceita a sua produção”. Já no segundo caso, com base na teoria da indiferença,⁵⁷⁴ “o componente adicional da indiferença permite o reconhecimento de dolo até mesmo quando não houver representação consciente do risco de ofensa ao bem jurídico”.

Entretanto, diante das dificuldades de se encontrar critérios claros, Juarez Tavares⁵⁷⁵ adverte que é questionável “a legitimidade de uma imputação por dolo eventual como forma de imputação dolosa, uma vez que o conformar-se com o resultado não implicaria atuar com vontade de produzir o evento”, o que não se coadunaria com um Estado de Direito Democrático. É justamente a partir desse contexto que Maria Laura Manrique Pérez⁵⁷⁶ se dedica a analisar “si la progresiva expansión de la atribución de responsabilidad penal a título de dolo eventual es compatible con las exigencias, propias de un Estado liberal, de suprimir las formas objetivas de reproche penal”. Para a autora, são desafiadoras as teorias contemporâneas sobre o dolo eventual, já que “asumir que el factor relevante para reconstruir la conducta del agente en un cierto delito es un elemento epistémico o, lo que es lo mismo, es el conocimiento que el sujeto posee del riesgo que provoca su conducta”. Ainda com a autora, deve-se questionar: “¿puede sólo el conocimiento explicar la acción? ¿Puede sólo el factor epistémico ponernos en movimiento?”.

As teorias cognitivas, em boa medida, foram desenvolvidas para justificar o dolo eventual, tendo sido “fundadas no conhecimento do autor acerca dos elementos do tipo objetivo”. Ainda segundo Guilherme Brenner Lucchesi⁵⁷⁷, nesse contexto de variações sobre o elemento intelectual do dolo, “para a teoria da representação, sempre que o autor representa o resultado como possível e prossegue na realização da conduta, age com dolo eventual”, enquanto para “a teoria da probabilidade, há dolo quando o autor representa a ofensa ao bem jurídico como provável, todavia não há critérios claros para distinguir o que é provável daquilo que é apenas possível ou certo”. Mas há também, como lembra o autor, a ideia proposta por Ingeborg

⁵⁷⁴ Entre os franceses, por exemplo, a partir de uma espécie de “presunção de dolo”, segundo Juarez Tavares, “a adoção de fórmula semelhante à teoria da indiferença tem causado sérios transtornos, a ponto de se fazer do dolo eventual modalidade especial ou mais grave de culpa, ou seja, como circunstância agravante de forma culposa, ou como expressão de dolo de perigo resultante de infração a medidas legais ou regulamentares de segurança”. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019. p. 354; CEDRAS, Jean. L’actualité pénale en France depuis de 1994. *Revue Internationale de Droit Penal*, Toulouse, v. 67, 1996. p. 744.

⁵⁷⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 303.

⁵⁷⁶ MANRIQUE PÉREZ. María Laura. *Acción, dolo eventual y doble efecto - un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2012. p. 24.

⁵⁷⁷ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo - o problema da chamada “cegueira deliberada”*. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito, com área de concentração: Direito do Estado. p. 194. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/49523/R%20-%20T%20-%20GUILHERME%20BRENNER%20LUCCHESI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 11 out. 2019.

Puppe⁵⁷⁸, uma “teoria da representação de um perigo qualificado”, em que “há dolo quando o perigo criado pelo autor é de tal qualidade e quantidade que uma pessoa sensata somente agiria em tais condições se aceitasse o resultado lesivo como certo”.

O fato é que, conforme Manuel Cavaleiro de Ferreira⁵⁷⁹, dado o problema que se alastra no caso de outras categorias dogmáticas, no confronto entre teorias volitivas e da representação, é forçoso reconhecer que “Representação foi vocábulo que se vulgarizou em razão da longa disputa, que mais modernamente ainda subsiste, entre duas concepções opostas sobre definição do dolo”. A dificuldade se agrava (ainda mais) diante da necessidade de se delimitar, com alguma segurança, até aonde vai a negligência consciente e onde exatamente começa o dolo eventual, o que se observa tanto no debate sobre o elemento cognoscitivo quanto no que toca ao elemento volitivo, como adiante veremos.

Será possível identificarmos, ainda, uma “teoria do risco”, em que, como identificado por Guilherme Brenner Lucchesi⁵⁸⁰, haverá dolo “quando o autor tem conhecimento do risco indevido criado por uma conduta penalmente tipificada – isto é, se sabe que pratica uma conduta tipificada como crime, age com dolo; se decide subjetivamente por uma conduta não perigosa, age com culpa”. E uma “teoria do perigo desprotegido ou a descoberto”, em que “há dolo quando a ocorrência do resultado lesivo decorre de uma situação de sorte ou acaso (perigo desprotegido) e há culpa quando o resultado pode ser evitado a partir de cuidados tomados pelo autor ou por terceiros (perigo protegido)”. Logo, “há dolo quando se reconhece um perigo que deve ser levado a sério”.

Há, ainda mais contemporaneamente, a proposição de uma espécie de dolo sem vontade, que busca certa objetividade, em que os olhos do intérprete se voltam exclusivamente ao elemento intelectual, que, embora seja uma proposta argumentativa sedutora, porque parece eliminar um requisito problemático na tarefa de ser identificado e provado, parece-nos se inclinar para uma postura do tipo “se a categoria dogmática nos incomoda pela imprecisão, que a descartemos”, o que, evidentemente, não é consentâneo com um Estado de Direito Democrático, porquanto tal providência se presta a retirar um filtro que se havia colocado entre a investigação do fato e a possibilidade de responsabilização do investigado. O

⁵⁷⁸ PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p. 79 ss.

⁵⁷⁹ CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal – parte geral – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982 – II penas e medidas de segurança*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 286.

⁵⁸⁰ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo – o problema da chamada “cegueira deliberada”*. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito, com área de concentração: Direito do Estado. p. 194-195. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/49523/R%20-%20T%20-%20GUILHERME%20BRENNER%20LUCCHESI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 11 out. 2019.

ingrediente volitivo, segundo nos parece, no contexto da teoria do crime, assume caráter de garantia, que, mesmo difícil de ser enfrentado do ponto de vista conceitual e mesmo comprovatório, não justifica o seu descarte.⁵⁸¹ Abundam, portanto, como vimos sucintamente, as teorias sobre o dolo.⁵⁸²

Já no que toca à negligência (veja-se o art. 15.º do Código Penal), agora de maneira mais desenvolvida, como observado por Eduardo Correia⁵⁸³, a censura que se faz a ela tem dois tipos de elementos: “*uma não representação ou uma representação inexacta do resultado; uma omissão concreta da vontade*, um não ter querido levar a cabo a diligência que permitia representá-lo”. No direito português, dizia ele, com base no Código Penal de 1886, não há “qualquer definição geral de negligência”. Segundo o autor, “apenas nos arts. 2.º e 43.º § único se afirma que a sua punição tem fundamento na omissão voluntária de um dever”. Reforce-se, portanto, que, como nos casos da tentativa e do dolo eventual, assim como nos crimes omissivos e nos de perigo abstrato⁵⁸⁴, a negligência também se constitui em uma forma alargada de responsabilização criminal.⁵⁸⁵

Juarez Tavares⁵⁸⁶ aduz que “convém observar, ademais, que a admissão da responsabilidade por modalidades culposas de conduta, além daquelas realizadas por dolo, é uma decorrência da estrutura da sociedade industrial”. Interessante constatar que, segundo o autor, a razão para que se legitimasse “que a análise do injusto penal do delito doloso se estendesse ao delito culposos teve, na sua origem, o objetivo de obter uma estabilidade do conjunto normativo correspondente à formação social capitalista, mediante o recurso simbólico à suposta finalidade protetiva da norma”. Em apertado resumo, o autor conclui que “a incriminação de

⁵⁸¹ Defendendo a presença imprescindível do elemento volitivo no dolo, “permitindo diferenciar uma intervenção comprometida de um simples erro ou acidente”, apontando, entretanto, para “a necessidade de uma depuração de tal componente”: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Dolo e linguagem – rumo a uma nova gramática do dolo a partir da filosofia da linguagem*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020. p. 208-209.

⁵⁸² Pedro Jorge Costa enumera, por exemplo: as teorias da probabilidade e da diferença de Karl Engisch; as teorias da vontade de evitação de Armin Kaufmann e psicologista de Walter Kargl; a teoria do tomar a sério o risco de Günter Stratenwerth; as teorias da representação, da probabilidade ou da possibilidade e normativista do perigo em autores como Hellmuth Mayer, Hans Welzel, Ingeborg Puppe, Wolfgang Frisch, Adolf Schönke, Horst Schröder, Eberhard Schmidhäuser e Günther Jakobs; as teorias da decisão contra o bem jurídico de Claus Roxin; e as teorias com ênfase no aspecto processual em autores como Winfried Hassemer, Joachim Hruschka e Ragués i Vallès. O campo de discussão, como rapidamente se percebe, parece infundável. COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 97 ss.

⁵⁸³ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015. p. 433-434.

⁵⁸⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits und Gefährungsdelikte*, JA, 7, 1975. p. 793.

⁵⁸⁵ “a forma de combater certo tipo de acções objectivamente perigosas passou, não só pelo aprofundamento doutrinário da negligência penal, mas também pela introdução criativa de outras categorias dogmáticas”. FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 345. Mas isso, entretanto, é bom que se diga, não significa dizer necessariamente que esse “alargamento” da punibilidade – as palavras são de José de Faria Costa, no contexto dos crimes de perigo – signifique “aumento de prevenção”. Assim, dirá o autor: “É isso que muitas vezes não é compreendido ou, pelo menos, não é correctamente compreendido”. *Op. cit.* p. 575.

⁵⁸⁶ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 383.

factos culposos só passa a adquirir sentido quando puder incrementar ou solidificar o processo de uso e, conseqüentemente, de troca de mercadorias”.

Nesse passo, no âmbito da negligência, diz-nos Jorge de Figueiredo Dias⁵⁸⁷, “a decisão político-criminal, comum à generalidade das legislações”, de puni-la “relativamente a um determinado número de tipos de crime, é inquestionavelmente justificada”. Para o autor, duas são as razões preponderantes para isso: a “*dignidade penal*, sempre que estão em causa bens jurídicos, individuais ou colectivos, que se contem entre os mais importantes da ordem legal dos bens jurídicos”, e a “*carência de pena*, sobretudo quando se trata da contenção de fontes de perigo grave para a existência das pessoas em comunidade, ainda mais se for frequente que delas derivem resultados lesivos por falta de cuidado na sua manipulação”. O autor acrescenta: “por isso também o relevo e o significado dos crimes negligentes encontram-se em rápida expansão nos quadros da chamada ‘sociedade do risco’”. Dirá, aliás, José de Faria Costa⁵⁸⁸, o que é bastante significativo na análise sobre a expansão do direito criminal, que “Vivemos em risco”, que “os riscos aumentaram exponencialmente”, e assim também, seguramente, as *incertezas*.⁵⁸⁹

Na negligência observa-se “incontensão, imprevidência, exagero, e excesso” no agir da pessoa enfocada. Nesse tipo de comportamento, “o dever objetivo de cuidado é uma peça que substitui a vontade na engrenagem do esquema de imputação da responsabilidade por culpa”. No entanto, ela “só pode ser afirmada quando o agente prevê ou pode prever, segundo as circunstâncias do caso e as suas capacidades pessoais, a realização do tipo legal de crime”.⁵⁹⁰ Nesse passo, debruçada sobre tais características, a doutrina tem reconhecido basicamente duas modalidades de negligência possíveis.

⁵⁸⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 860.

⁵⁸⁸ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 292. Para contextualizar, o autor faz menção à obra de Ulrich Beck, cuja versão em português pode ser lida em: BECK, Ulrich. *Sociedade de risco – rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2011. Jorge de Figueiredo Dias, por exemplo, no contexto da análise sobre as formas básicas do crime, aduz que “Tudo isso se diz, de resto, sem perder a consciência de que um *direito penal adequado à sociedade do risco* requer, cada vez mais vivamente, uma punição mais larga e intensificada de condutas omissivas e negligentes”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 262.

⁵⁸⁹ Perceba-se, entretanto, que: “Mesmo a melhor avaliação de risco não consegue considerar todas as possibilidades. O risco estima tudo o que supomos que possa acontecer, mas também o que nunca imaginamos que possa ocorrer – essa é a diferença entre risco (o que pode ser estimado) e incerteza (o que nunca prevemos)”. SCHRAGER, Allison. *Viver com risco – como enfrentar as situações incertas da vida cotidiana*. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2021. p. 23.

⁵⁹⁰ Todo o parágrafo foi construído com base em: FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 413. Para uma análise dedicadamente aprofundada sobre o tema da negligência, recomendam-se, por todos, ao menos dois trabalhos de vulto, cujas referências seguem: MACHADO, Raul. *A culpa no Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Universal, 1943; ALTAVILLA, Enrico. *La colpa*. Torino: Torinese, 1957.

Em termos classificatórios, será possível mencionar a negligência consciente – em que há representação do resultado – e a negligência inconsciente – em que, embora representável, o resultado não passa pela cabeça do sujeito. Nesses casos, alerta-nos Jorge de Figueiredo Dias⁵⁹¹, “a questão é saber se, perante esta definição”, ambas as modalidades assumiriam “um significado político-criminal e dogmático de grande relevo”. Para ele, parece exato que a diferenciação “visa tão-só estabelecer os requisitos puramente *psicológicos* – positivos ou negativos – que pode assumir a negligência no seu conjunto”, ou seja, “a *representação* do resultado típico na negligência consciente, a *ausência dessa representação* na inconsciente”, mencionando ainda que isso reafirma o critério constante no art. 14 (3) do Código Penal português, que serviria para distinguir a negligência consciente do dolo eventual.

Na linha argumentativa de Juarez Tavares⁵⁹², haverá negligência consciente “não apenas quando o agente prevê o resultado e espera que ele não ocorra, mas, sobretudo e basicamente, quando o agente está ciente de que, com sua atividade, lesa um dever de cuidado”. Para o autor, tal se justificaria porque “no processo de imputação o resultado não vale por si mesmo, mas unicamente como concreção de uma atividade que tenha violado a norma de cuidado”. Já na culpa inconsciente, nas palavras do autor, a situação é a seguinte: “o agente não pensa poder realizar o tipo mediante a lesão ao dever de cuidado, pois isto lhe é desconhecido concretamente, apesar de conhecível”. Ainda segundo o autor, a diferenciação entre ambas as modalidades de negligência “parece remontar a Feuerbach, que substitui a antiga classificação dos ‘graus de culpa’ pelo critério da relação subjetiva entre agente e resultado”.

O que, entretanto, é de se questionar nesse contexto de contraposição entre as negligências possíveis, ainda com a perspectiva adotada por Juarez Tavares⁵⁹³, é se “implica necessariamente reconhecer-se uma escala quantitativa e qualitativa entre elas, de tal sorte que a culpa consciente representasse a mais grave e a inconsciente a menos grave das duas”. Por um lado, acham-se aqueles para quem a “culpa consciente é sempre mais grave ou pode ser no caso concreto”. É, por exemplo, o caso de Francesco Carrara⁵⁹⁴, Roger Garraud⁵⁹⁵, Jacques Joseph Haus⁵⁹⁶ e Stefano Riccio⁵⁹⁷. Por outro lado, há aqueles para quem “as duas formas propostas não têm importância no sentido de aumentar ou diminuir o juízo de

⁵⁹¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 861-862.

⁵⁹² TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 455-456

⁵⁹³ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 456.

⁵⁹⁴ CARRARA, Francesco. *Programa de direito criminal – parte geral*. Trad. J. L. de Azevedo Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 93.

⁵⁹⁵ GARRAUD, Roger. *Traité theorique et pratique du droit penal français*. Paris: Larose et Forcel, 1888. p. 381.

⁵⁹⁶ HAUS, Jacques Joseph. *Principes généraux de droit penal belge*. Paris: Ernst Thorin, 1879. p. 236.

⁵⁹⁷ RICCIO, Stefano. *Il reato colposo*. Milano: Giuffrè, 1952. p. 319.

culpabilidade”. É, na generalidade, o caso de Claus Roxin⁵⁹⁸, que chega a reconhecer exceção (no caso de grosseira desatenção do agente), de Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend⁵⁹⁹, que encontram utilidade apenas “para determinar as fronteiras com o dolo eventual”, assim como também Emilio Binavince⁶⁰⁰ e Reinhart Maurach⁶⁰¹.

Diante da controvérsia, Juarez Tavares⁶⁰² conclui, apesar de preferir situar a negligência inconsciente “no âmbito da responsabilidade civil”, que, “ainda que se afirme a relevância penal da culpa inconsciente, a razão deve ser dada, aqui, em parte às ponderações de Roxin”, segundo o qual a negligência consciente é “uma forma mais grave do que a negligência inconsciente, porque nela há a presença de elementos empíricos mais claros, de modo a proporcionar ao agente uma eleição acerca da continuidade ou não de sua conduta”.

Jorge de Figueiredo Dias⁶⁰³, por sua vez, avaliando criticamente as considerações de Claus Roxin sobre o tema, aduz que “em matéria de gravidade do ilícito não vemos que a representação da violação como possível indicie sempre uma maior gravidade da negligência consciente face à inconsciente”. O autor argumenta que tal distinção “visa tão-só estabelecer os requisitos puramente *psicológicos* – positivos ou negativos – que pode assumir a negligência no seu conjunto”, quais sejam: “*representação* do resultado típico na negligência consciente, *ausência dessa representação* na inconsciente; bem como reafirmar o critério, já constante do art. 14.º, nomeadamente do seu n.º 3, de distinção entre dolo (eventual) e negligência (consciente)”.

Nesse particular, entretanto, o Código Penal português não nos parece deixar margem para dúvida quanto à diferença. No artigo 71.º, ao disciplinar a medida da pena, no n.º 2, prescreveu-se claramente que “Na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente: [...] b) A intensidade do dolo ou da negligência”. Assim, tanto a negligência consciente quanto a inconsciente devem ser valoradas de maneira diversa, existindo diferença, portanto, de intensidade/relevo. Além disso, convém mencionar que, no mesmo código, o legislador previu, espalhada na parte especial, uma modalidade de

⁵⁹⁸ ROXIN, Claus. *Strafrecht* – Allgemeiner Teil, I. 3. Aufl. München: Beck, 1997. p. 940.

⁵⁹⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 568.

⁶⁰⁰ BINAVINCE, Emilio. *Die vier Moment der Fahrlässigkeitsdelikte*. Bielefeld: Giesecking, 1969. p. 142.

⁶⁰¹ MAURACH, Reinhart. *Deutsches Strafrecht* – Allgemeiner Teil. 4. Aufl. Karlsruhe: C. F. Müller, 1971. p. 534.

⁶⁰² TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 459-461. O autor reconhece mudança de posição quanto ao tema, quando, na primeira edição de sua obra, defendia a irrelevância na diferenciação entre as negligências aqui enfocadas.

⁶⁰³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal* – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 862.

negligência chamada de *grosseira* (arts. 136.º, n.º 2, e 391.º),⁶⁰⁴ em que se encontra dificuldade para determiná-la. Para Jorge de Figueiredo Dias⁶⁰⁵, que reflete sobre as dificuldades dessa conceituação, essa constituiria “um grau essencialmente aumentado ou intensificado de negligência”.

Ademais, é de se observar ainda em parte da doutrina um certo esforço em diferenciar a negligência consciente e o dolo de perigo, o que, segundo Juarez Tavares⁶⁰⁶, ocorre muito por conta dos “crimes de perigo abstrato, que estão cada vez mais inflacionando a legislação penal. Principalmente em delitos ambientais ou contra o consumidor, a culpa consciente se confunde, na prática, com o dolo de perigo”. Para além desse aspecto, Pierpaolo Cruz Bottini⁶⁰⁷ reconhece que “A proliferação de tipos penais de perigo abstrato exige um esforço reflexivo do pensamento penal para buscar sua legitimação e materialidade”. Para ele, esse tipo de crime tem “potencial para aplicação arbitrária do direito penal”. Nesse contexto, Fernando Molina Fernandez⁶⁰⁸ lembra-nos ainda “o fato de que na lei se tipifiquem como delitos de perigo autônomos comportamentos que, segundo a doutrina, não são mais que tentativas com dolo eventual – assim, o art. 384 do Código penal espanhol”, que é a “condução temerária com consciente desprezo pela vida dos demais”.

Para Manuel Cavaleiro de Ferreira⁶⁰⁹, “No dolo de perigo há consciência ou previsão, mas não há intenção de cometer o dano”; se esta houver, “verificar-se-á tentativa ou crime de dano consumado”. O que se pretende é a criação do perigo pura e simplesmente. O autor conclui que “Relativamente ao resultado danoso, o dolo de perigo é portanto equivalente a culpa ou negligência temerária”. Não obstante as controvérsias existentes, Jorge de Figueiredo Dias⁶¹⁰ assevera que o debate sobre a negligência consciente e o dolo de perigo é antigo, e questiona se há alguma identificação entre ambas as categorias dogmáticas. O autor conclui que “uma tal identificação não existe”, sobretudo porque “a necessária consideração de elementos não

⁶⁰⁴ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 401. Para o autor, essa é uma “forma qualificada do agir negligente”. *Op. cit.* 423-424.

⁶⁰⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 903.

⁶⁰⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 436-437. Sobre as nuances do dolo de perigo, é particularmente interessante o trabalho: PEREIRA, Rui Carlos. *O dolo de perigo – contribuição para a dogmática da imputação subjectiva nos crimes de perigo concreto*. Lisboa: Lex, 1995.

⁶⁰⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 107.

⁶⁰⁸ FERNÁNDEZ, Fernando Molina. A quadratura do dolo: problemas insolúveis, sorites e Direito penal. BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e Direito penal – modernas tendências*. 3. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019. p. 207.

⁶⁰⁹ CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal – parte geral – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982 – II penas e medidas de segurança*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 322-323.

⁶¹⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 863.

puramente intelectuais logo no dolo do tipo e na negligência típica obsta àquela identificação”.

Apesar de tais esforços em estabelecer critérios mais claros para uma diferenciação entre as categorias enfocadas, não haverá certeza, e muito menos segurança jurídica, que nos permita estabelecer, de uma vez por todas, até aonde vai a negligência consciente e onde exatamente começa o dolo eventual. Para José de Faria Costa, é “de certo modo compreensível que o alcance dogmático do dolo eventual seja percebido e tematizado como uma *zona cinzenta* ou como um espaço de dúvida situado entre o dolo e a negligência”⁶¹¹. É justamente por isso que vamos dedicar um de nossos capítulos (o Capítulo II, especialmente no item 3 desta Parte I) ao debate sobre as teorias definidoras do dolo eventual, tentando retirá-lo da penumbra em que se encontra (se é que isso é possível).

Seja como for, pressupondo que aceitemos a existência válida de um dolo do tipo eventual, o certo é que, sobretudo em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo* [ou *pro liberdade*], muito caro ao Estado de Direito Democrático, o fato é que, como Cezar Roberto Bitencourt⁶¹² argumenta: “Persistindo a dúvida entre um [o dolo eventual] e outra [a negligência consciente], dever-se-á concluir pela solução menos grave: pela *culpa consciente*”. Não custa lembrar, assim como o faz Juarez Tavares⁶¹³, que o *in dubio pro reo* não há de ser utilizado apenas como um critério processual “diante da incerteza ou dubiedade das provas que foram colhidas na instrução”, mas deve ser considerado “antes de tudo [como] uma consequência do princípio da presunção de inocência e deve ser utilizado como instrumento delimitador da incidência normativa”. E, portanto, também no processo interpretativo.⁶¹⁴

Como se anteviu, o rol de teorias existentes, seja sobre o dolo, seja sobre a negligência, é demasiadamente extenso, não sendo nosso objetivo esmiuçá-las ou apontar os seus defeitos, mas tão somente, quando se fizer necessário, justificar a opção que fizermos por uma ou por outra. No próximo capítulo, discorreremos especificamente sobre o dolo eventual, que constitui um dos elementos centrais da problemática da nossa presente investigação.

⁶¹¹ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 410.

⁶¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito – uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 213.

⁶¹³ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019. p. 267. O autor se baseia em: STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*. Berlin-N. York: de Gruyter, 1998.

⁶¹⁴ Acentuando a ligação entre a presunção de inocência e o *in dubio pro libertate* para além do processo penal propriamente dito, veja-se: FARIA COSTA, José de. *Direito Penal e liberdade*. Lisboa: Ancora, 2020. p. 51.

5. Referências conclusivas

Com o presente capítulo pretendíamos deixar absolutamente às claras as opções que entendíamos como as mais adequadas para uma dogmática jurídico-criminal no contexto democrático. E assim o fizemos, como quando afirmamos, por exemplo, que, sem a necessidade de extremismos, nos serviríamos do pensamento sistemático, sobretudo porque é dele que tem se valido a dogmática com a qual agora dialogamos, razão pela qual seria preciso dele nos servirmos mais dedicadamente. Entretanto, ao partirmos desse tipo de pensamento, isso não significa estarmos sempre com ele ou cegamente com ele. Como vimos, mais do que a ideia de sistematização, importa-nos a de problematização, o que, por vezes, impõe-nos uma criteriosa abertura, mas que, por outro lado, mantêm-nos atentos aos “novos problemas”⁶¹⁵.

Na sequência, procuramos deixar à mostra a estrutura delineada como guia conceitual do itinerário labiríntico que anunciamos. A intenção, sobretudo nesses primeiros passos da investigação, foi a de identificar muito sucintamente as opções disponíveis e, conseqüentemente, apontar para os caminhos percorridos legal e doutrinariamente no processo de dogmatização do conceito de crime. Delineamos o estado da arte para que, a partir daí, pudéssemos situar melhor nossa problemática. Como não nos seria possível uma incursão histórica pormenorizada, pelas razões já explicitadas,⁶¹⁶ optamos por uma análise panorâmica, mais atenta apenas aos principais referentes históricos do tema enfocado, sem, no entanto, nos descuidarmos do rigor normalmente exigido nesse tipo de percurso investigativo.

Os movimentos causalistas, neokantistas, finalistas, e tantos quantos forem os demais “istas” nesse processo discursivo, deixam-nos com a certeza de que não haverá uma doutrina definitiva sobre o tema enfocado.⁶¹⁷ As complexidades da dinâmica social não nos permitiriam tal feito. Assim, como destacado por José de Faria Costa⁶¹⁸, para o desenvolvimento do próprio direito criminal, discussões sobre o crime e a pena sempre estarão presentes no nosso cotidiano, embora os debates estejam marcados pelas contingências do tempo vivido.⁶¹⁹ Daí se compreender por que Karl Larenz⁶²⁰ nos questiona

⁶¹⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 32-33.

⁶¹⁶ Discorremos a esse respeito no item 1.6. de nossas considerações iniciais, bem como no início do item 2 do Capítulo I desta Parte I.

⁶¹⁷ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 218.

⁶¹⁸ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 14.

⁶¹⁹ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 218.

⁶²⁰ LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. 2. ed. Trad. Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona-Caracas-México: Ariel, 1980. p. 26.

em que outro ramo seria possível “que una determinada respuesta a una pregunta determinada no pudiera calificarse inequívocamente de ‘verdadera’ o ‘falsa’, sino sólo de ‘defendible’”?

Ao localizarmos e justificarmos a estrutura básica que nos serviria de suporte, enfocamos algumas das principais categorias da dogmática jurídico-criminal, muito especialmente duas das que sempre assumiram a centralidade na sistematização de uma teoria do crime: a conduta e o resultado. É justamente no interior (e no entorno) delas que as articulações legais e doutrinárias provocaram o aparecimento de perspectivas cada vez mais variadas e complexas sobre a matéria. Com impulso em ambas é que se desenvolveram os debates sobre a importância de nos decidirmos entre a preponderância de uma em face da outra. Por isso surgiram modelos objetivistas, que partem do resultado, e subjetivistas, que privilegiam a conduta.

Na linha do que constatou José de Faria Costa⁶²¹, “o primeiro aspecto que urge compreender, ao estudarmos o conceito de crime e a própria construção do facto punível, pode e deve ser surpreendido na variação das diferentes doutrinas da imputação”. Ainda segundo o mencionado autor, a imputação pode vir a variar conforme o tipo de doutrina adotada na base. Essa pode ser a diferença entre punir ou não punir, portanto.

É nessa altura que nos deparamos com a necessidade de tomar uma posição. Afinal, o que teríamos de fazer preponderar: o desvalor da conduta ou o desvalor do resultado? Seríamos partidários das concepções objetivistas ou das subjetivistas? Pelas razões já expostas (item 3.1.), optamos pela preponderância do desvalor do resultado, alinhando-nos, portanto, a uma concepção mais objetiva do conceito de crime, mais direcionado a uma espécie de “ética da responsabilidade”⁶²². Com isso, colocamos em relevo a necessidade da observância de um resultado efetivo na dinâmica da responsabilização criminal, o que também se coaduna com a ideia de desvalor de cuidado, elaborada por José de Faria Costa⁶²³.

Buscamos ainda apresentar as características do dolo (direto, necessário e eventual) e da negligência (consciente e inconsciente), revelando, por consequência, as complexidades inerentes ao tema enfocado. Assim o fizemos apenas para preparar o terreno ao que se desenvolve mais adiante, quando nos debruçarmos sobre as teorias definidoras do dolo eventual e, muito especialmente, sobre o seu elemento volitivo (item 3 do Capítulo II desta Parte I). Como dissemos, não nos interessa elaborar crítica individualizada sobre cada uma

⁶²¹ FÁRIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 207.

⁶²² Como destacado – e bem – por Bruno de Oliveira Moura em: FÁRIA COSTA, José de; MOURA, Bruno de Oliveira. *Filosofia do direito*. Lisboa: Âncora, 2021. p. 147.

⁶²³ Mais desenvolvidamente em: FÁRIA COSTA, José de. *O perigo em Direito Penal* (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas). Coimbra: Coimbra, 1992.

das teorias, mas justificar coerentemente aquela escolhida.⁶²⁴ Resta evidente que estaremos longe da pretensão de “exatidão”. A propósito disso, segundo Enrique Gimbernat Ordeig⁶²⁵, nossa pretensão deve se voltar para “a característica da ‘objetividade’”, o que “não equivale a exatidão, a ‘verdade’; é mais: diante de qualquer problema jurídico um pouco complicado costuma haver mais de uma solução ‘objetiva’”. Estaríamos, portanto, no âmbito de uma preocupação com a “exclusão da arbitrariedade, do subjetivismo”.

São essas algumas das dificuldades que têm feito da dogmática jurídica – a criminal em especial – um “saber de tipo diferente”⁶²⁶. É natural que, como destacado por Enrique Gimbernat Ordeig⁶²⁷, existam “dúvidas e mais dúvidas sobre o que diz o Direito Penal”. Segundo o autor, “algumas delas têm sido resolvidas – ou ao menos é o que parece – pela dogmática penal. Outras talvez não se resolvam nunca. De qualquer maneira, à dogmática do Direito Penal não falta matéria sobre que trabalhar”. Juarez Tavares⁶²⁸, por sua vez, diz que “a evolução do conceito doutrinário de delito não parou nem mesmo com a estrutura finalista ou as modernas teorias funcionais, nem deve estancar nos próximos anos, como se poderia acreditar dogmaticamente”. Estamos, portanto, debruçados sobre uma temática que se acha sempre em movimentação.

A partir dessa intrincada perspectiva, nossa pretensão é a de que os capítulos do presente trabalho investigativo estejam agrupados como engrenagens encaixadas coerentemente no *produto* a ser apresentado ao final, cujos encaixes permitam um funcionamento sem severos ruídos⁶²⁹ e o mais aproximadamente possível do respeito à dignidade humana, sendo esta, como se sabe, (são como o alfa e o ômega) o núcleo intangível de um substancial Estado Democrático de Direito.⁶³⁰

⁶²⁴ Sobre *prós e contras* de determinadas teorias, em especial a respeito do dolo eventual, recomenda-se: ORDEIG, Enrique Gimbernat. Acerca del dolo eventual. *Nuevo pensamiento penal: revista de derecho y ciencias penales*, Buenos Aires, v. 1, n. 3, 1972. p. 370.

⁶²⁵ ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Trad. José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: RT, 2002. p. 102.

⁶²⁶ FREITAS, Ricardo de Brito A. P.. As condições da pesquisa científica em direito penal. *Revista Verba Juris*, ano 6, n. 6, jan./dez. 2007. p. 372. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/view/14871/8426>. Acesso em 29 jan. 2019.

⁶²⁷ ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Trad. José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: RT, 2002. p. 36.

⁶²⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 226.

⁶²⁹ No sentido utilizado por Daniel Kahnemam, Olivier Sibony e Cass R. Sunstein. A expressão *ruído*, portanto, será o indicativo de que há certa interferência externa no processo de tomada de decisões. Para os autores, “onde quer que haja elaboração de julgamento, há ruído”. KAHNEMAM, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R.. *Ruído – uma falha no julgamento humano*. Trad. Cássio de Arantes Leite. São Paulo: Objetiva, 2021. p. 23.

⁶³⁰ Conforme o compromisso assumido solenemente pelo Estado Português em sua atual Constituição Republicana (art. 1.).

CAPÍTULO II – A TENTATIVA E O DOLO EVENTUAL: MAIS ALGUNS PASSOS

1. Considerações iniciais

Como perspectivado – e bem – por Sergio Seminara⁶³¹, particularmente no que toca à figura do crime tentado, no final do século XIX “la scienza penalistica aveva raggiunto un livello tale di approfondimento, che ogni teoria successivamente formulata si pone al più come un aggiustamento di idee precedenti o come un loro assestamento su differenti presupposti, quasi all’insegna di una ciclica continuità”. Partindo do desenvolvimento do pensamento jurídico tributário da ideia de codificação iluminista,⁶³² deflagrada, como vimos, no final do século XVIII, o autor afirma que é nesse contexto que a tentativa “inizia ad assumere i suoi tratti più caratteristici”. É dessa maneira que a tentativa assume contornos mais nítidos e também preocupantes.

Embora a preocupação com o delineamento jurídico-dogmático da figura do crime tentado não seja propriamente nova, é ainda hoje muito difícil encontrarmos chão absolutamente firme nesse debate. Tanto é assim que Jorge de Figueiredo Dias⁶³³ o considera como um daqueles temas dos mais complicados da dogmática jurídico-criminal. Não é por acaso que Maria Rosa Moreno-Torres Herrera⁶³⁴ assim conclui: “el primer problema con el que nos encontramos al adentrarnos en el estudio de la tentativa de delito es el de la diversidad conceptual que rodea a dicho término”.

Para além das preocupações sobre os limites e as controvérsias terminológicas (possível/impossível; idónea/inidónea etc.), Elena Farré Trepát⁶³⁵ aduz que “la primera cuestión que se plantea en torno a la tentativa de delito es el fundamento de su punición”. Nessa perspectiva, avalia a autora, sobretudo “porque afecta profundamente al núcleo de la teoría del injusto”, “el porqué se castigan conductas que no han conducido a la lesión de

⁶³¹ SEMINARA, Sergio. *Il delitto tentato*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2012. p. XXIII-XXV. É ainda particularmente interessante, e concisa, a abordagem histórica encontrada em: LIGUORI, Umberto. L'evoluzione storica del delitto tentato e i reati di mera condotta. *L'indice penale*, Padova, v. 5, n. 2, p. 485-519., mai./ago. 2002.

⁶³² Particularmente importante, no contexto de nossa investigação: CAVANNA, Adriano. *La codificazione penale in Italia*. Milano: Giuffrè, 1975. p. 133 ss.

⁶³³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 688.

⁶³⁴ HERRERA, Maria Rosa Moreno-Torres. *Tentativa de delito y delito irreal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 198.

⁶³⁵ FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito – doctrina y jurisprudencia*. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2011. p. 3. No mesmo sentido: NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *El delito intentado – fundamento de su punición*. Concepto, naturaleza y elementos. La llamada tentativa inidónea. El desistimiento en la tentativa. Madrid: Colex, 2003. p. 23.

ningún bien jurídico constituye sin duda uno de los problemas más debatidos de Derecho Penal”, o que, ainda segundo a autora, de maneira mais clara e profunda, tem origem nas lições de Feuerbach⁶³⁶. Para ela, “este autor, al advertir por primera vez la problemática inherente a la tentativa inidónea, cuestionó el fundamento de la punición de la tentativa en general”.

Como é próprio do ambiente acadêmico, os debates serviram para alimentar o desenvolvimento de perspectivas variadas sobre a figura da tentativa. Ao menos duas delas disputam até hoje espaço e notoriedade, quer seja na dogmática jurídico-criminal, quer seja nos tribunais superiores. Por um lado, estabeleceu-se uma visão do tipo objetiva, “que se centraba en la posibilidad de lesión, y por lo tanto en la importancia de la lesión, de un derecho subjetivo y más tarde del bien jurídico”; por outro, a estruturação de uma visão do tipo subjetiva, “que fundamentaba la punición en la voluntad delictiva manifestada”.⁶³⁷ Diante de mais um embate entre teorias ditas objetivistas e subjetivistas, haveremos de fixar posição.

É a partir da articulação entre ambas as teorias mencionadas que discorreremos mais dedicadamente na sequência (no item 2), mantendo, no entanto, o foco na relação de (in)dependência que se pode argumentar existir entre a tentativa e a consumação. A questão, nesta altura da investigação, será saber se aquilo que vale como argumento para a consumação valerá necessariamente também para a tentativa, o que, mais uma vez, exigirá uma tomada de posição, já que a doutrina (e mesmo a jurisprudência) se apresenta de maneira sutilmente (sendo a opção majoritária pelo tratamento igualitário) divergente.

No tocante ao dolo eventual, como já se deixou antever nos últimos itens do capítulo anterior, os problemas não são menos preocupantes. Muito pelo contrário. É essa, sem dúvida, a parte mais controvertida da dogmática jurídico-criminal na atualidade, razão pela qual nos pareceu mais do que apropriado direcionar a presente investigação, na sua segunda parte, a uma tentativa de compreensão e, em especial, ao descortinamento de uma de suas principais características: a dúvida do agente na concretização do resultado. Isso não sem antes nos debruçarmos aqui sobre suas mais destacadas teorias, com especial interesse em seu elemento volitivo, onde está situada a dúvida mencionada.

⁶³⁶ FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 4. Aufl. Giefesen: George Friederich Heyer, 1808. É precisamente nesta quarta edição que, segundo Elena Farré Trepát, o autor propõe uma fundamentação que “significó una ruptura con la concepción que de la tentativa se había mantenido hasta aquel momento”. FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito – doctrina y jurisprudencia*. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2011. p. 3.

⁶³⁷ FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito – doctrina y jurisprudencia*. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2011. p. 5.

Neste Capítulo II, além das articulações anunciadas, ao final, resumiremos esquematicamente as opções até o presente momento assumidas (o que também contemplará as questões já decididas no Capítulo I), para que possamos, logo na sequência, concluir a primeira parte de nossa investigação, demonstrando, no Capítulo III, o último, portanto, dessa primeira parte, a crucial importância de alguns dos princípios jurídico-criminais mais relevantes no âmbito do desenvolvimento da problematização proposta.

2. Sobre as teorias definidoras da estrutura do crime tentado

Vimos em um lance de olhos que, desde o início, no debate sobre a fundamentação do crime tentado, tem prevalecido a contraposição entre objetivistas (aqueles que focam no perigo de lesão ao bem/valor/interesse) e subjetivistas (aqueles que focam na vontade de lesão ao bem/valor/interesse).⁶³⁸ Basta consultar minimamente a doutrina especializada para percebermos que esse tem sido um debate rico na formulação de justificativas para a punibilidade da tentativa. Como destacado por José Ramón Serrano-Piedecasas⁶³⁹, “Da solução adotada se deduzirão as condições que permitam fixar os limites dentro dos quais a tentativa exerce seus efeitos”. Em ambos os lados há sempre um esforço no sentido de legitimar essa que é uma forma alargada da responsabilização criminal. Repise-se, agora com a perspectiva de Paulo César Busato⁶⁴⁰, que essa não há de ser uma questão meramente secundária, pois “casi todos los sistemas dogmáticos y políticocriminales, desde tempos muy lejanos, se han ocupado de la fundamentación teórica de la tentativa”.

Entretanto, a tentativa assume uma posição de garantido destaque na dogmática jurídico-criminal apenas quando o próprio perigo (ou “pôr-em-perigo”) é assim alçado a uma posição claramente nuclear.⁶⁴¹ Não é por acaso que Manuel Cavaleiro de Ferreira⁶⁴² faz questão de

⁶³⁸ Roberto Bartoli resume da seguinte maneira: “occorre notare che la non pericolosità del delitto tentato può essere apprezzata o sotto il profilo oggettivo oppure in ordine al profilo soggettivo. Da un lato, infatti, esiste una tendenza secondo cui il delitto tentato deve essere punito in quanto e allorquando crea un pericolo oggettivo e concreto per il bene tutelato. Dall'altro lato, esiste una prospettiva soggettivistica secondo cui il delitto tentato deve essere punito perché e allorché costituisce manifestazione di una volontà criminosa”. BARTOLI, Roberto. Brevi considerazioni sull'elemento oggettivo del delitto tentato in una prospettiva de lege ferenda. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 45, p. 915-933., 2002. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=54775. Acesso em: 6 abr. 2020. p. 924.

⁶³⁹ SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón. Fundamento da punibilidade da tentativa. *Ciências Penais*, Jan. – Jun., 2004. p. 51.

⁶⁴⁰ BUSATO, Paulo César. *La tentativa del delito – análisis a partir del concepto significativo de la acción*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 121.

⁶⁴¹ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 350-351. Aliás, como já foi dito, na esteira do argumento do próprio autor, fenômeno que ocorre a partir da 1ª Revolução Industrial. No entanto, “a fenomenalidade jurídica expressa pelo perigo, fundamentalmente a partir do séc. XVIII, não é fruto de uma relação linear, directa e única que tenha como centro a chamada 1ª Revolução Industrial”. Como esclarece – e bem – o autor: “Os fenômenos sociais revelam-se sempre inapelavelmente interactivos”.

inaugurar sua análise sobre o tema argumentando que “É impressionante a disputa teórica sobre o que deve entender-se por tentativa, a qual surge e se desenvolve à margem ou mesmo contra o direito positivo”. E conclui: “Para além da estupefacção que a polémica doutrinária suscita, é assinalar a enorme confusão a que deu origem; não há uma única teoria objectiva da tentativa e uma única teoria subjectiva, mas múltiplas teorias subjectivas e objectivas” ou mesmo teorias encaradas como mistas. Temos aqui, portanto, o que Eberhard Struensee⁶⁴³ reputa de maneira crítica como um “niño problemático”.

Segundo Maria Fernanda Palma⁶⁴⁴, com amparo – entre outros – nas pesquisas de Kirsten Malitz⁶⁴⁵, Rainer Zaczyk⁶⁴⁶, Friedrich Schaffstein⁶⁴⁷ e Isidor Baumgarten⁶⁴⁸, “A tentativa foi sempre, desde o Direito Romano [⁶⁴⁹], entendida como um caso especial e diluída em tipos de crimes concretos”. A autora argumenta ainda que “só tardiamente, e pela inspiração da jurisprudência, a pena dos crimes tentados foi encarada como distinta da pena dos crimes consumados”, tudo isso muito por conta das preocupações (sobretudo mercadológicas) que moviam o aparecimento de uma sociedade de risco. É dessa maneira que, ainda com a autora, “O conceito de tentativa alia-se à própria compreensão e à justificação do ilícito criminal no nosso tempo”, já que somos obrigados a analisar partes específicas do que se convencionou denominar de *iter criminis*, o que, no caso da tentativa, haverá de ser constituído pelo seguinte tripé: decisão de realizar o tipo legal de crime (como um elemento subjetivo) – início da

⁶⁴² CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal* – parte geral – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982 – II penas e medidas de segurança. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 397.

⁶⁴³ STRUENSEE, Eberhard. *Dolo, tentativa y delito putativo*. Trad. Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1992. p. 15.

⁶⁴⁴ PALMA, Maria Fernanda. *Da “tentativa possível” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 23-24. A interpolação com a nota de rodapé adiante é nossa.

⁶⁴⁵ MALITZ, Kirsten. *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt – zum Strafgrund des Versuchs*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 132.

⁶⁴⁶ ZACZYK, Rainer. *Das Unrecht der versuchten Tat*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989. p. 20.

⁶⁴⁷ SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts* – Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina bis Carpzov. Aalen: Scientia, 1986. p. 15.

⁶⁴⁸ BAUMGARTEN, Isidor. *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen* – criminalistische Studie. Stuttgart: Enke, 1888.

⁶⁴⁹ Por outro lado, Levy Maria Jordão argumenta que os romanos não tiveram relevo nessa construção teórica. JORDÃO, Levy Maria. *Commentário ao Código Penal Portuguez*. Lisboa: Typographia de José Baptista Morando, 1853. p. 15. Na mesma linha, vê-se: MAGALHÃES, Lúcia Helena. FURTADO, Marcelo Gasque. Da tentativa. *Revista dos Tribunais*, v. 705, Jul., 1994. p. 436. Marina Becker defende que “Aos glosadores e práticos, italianos especialmente, do século XIV a XVI, coube a tarefa de construir, em bases teóricas precisas, a figura jurídica da tentativa criminosa, que é concebida a partir do conceito de crime imperfeito (*flagitium imperfectum*)”. BECKER, Marina. *Tentativa Criminosa*. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p.42. Sobre a dualidade perfeição/imperfeição, associada respectivamente à consumação/tentativa, trataremos desenvolvidamente na seqüência (item 2.1.).

execução (como um elemento objetivo) – e não consumação por motivos que são alheios à vontade do sujeito (como um fator negativo).⁶⁵⁰

Como salientado por José de Faria Costa⁶⁵¹, embora a preocupação primária da teoria do crime tenha sido com a consumação e a efetiva lesão do bem/valor/interesse, com o passar dos anos, resolveu-se também evitar que o bem jurídico fosse colocado em um grau de perigo não tolerado.⁶⁵² Para o autor, “o comportamento determinante da tentativa é, essencialmente, um comportamento perigoso”. Mas esse perigo, diante do anseio por antecipação punitiva, tem sido um elemento peculiarmente presente e bastante discutido tanto da perspectiva da tentativa quanto da consumação. Entretanto, dirá ele, “não podemos deixar de ver o comportamento que mata – ainda que perigoso, e tão perigoso que desencadeou o próprio dano – como uma relação comportamental que tem de ser compreendida com um *plus* de qualificação”. E arremata: “o legislador não pode proibir todas as condutas tidas como perigosas”.⁶⁵³

Dito simplificado, segundo Paulo César Busato⁶⁵⁴, “en el delito intentado, el sujeto quiere algo, la producción de un resultado, que no es, al final, alcanzado, pero aún así, el derecho le reprocha el intento y le atribuye responsabilidad penal”. O autor justifica que “el reproche penal lanzado contra el autor del delito intentado parte de la consideración del modelo de tipo consumado, pero fundamentado no ya en una realidad (lo que se há alcanzado con la realización del ilícito), sino en una pretensión (lo que se quiso realizar)”, e ainda na ideia de que “los elementos objetivos (que son, además, incompletos con relación al modelo típico) del delito intentado tienen como principal función demostrar la presencia del elemento subjetivo”.

É de se observar que não é só da elaboração teórica do crime consumado que a dogmática jurídico-criminal tem se estruturado. Se assim fosse, dirá José de Faria Costa⁶⁵⁵, teríamos de

⁶⁵⁰ CALLEGARI, André Luís. A tentativa e o crime impossível no código penal brasileiro, *Revista dos Tribunais*, v. 755, 1998, Set., 1998. p. 488. O autor se ampara em: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*, parte general. 4. ed. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993. p. 466.

⁶⁵¹ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v. I, 1984. p. 690.

⁶⁵² “Daí que a violação dessa zona antecipada, desse halo, dessa periferia, seja o fundamento material da punibilidade”. FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v. I, 1984. p. 721-722.

⁶⁵³ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 405-406.

⁶⁵⁴ BUSATO, Paulo César. *La tentativa del delito – análisis a partir del concepto significativo de la acción*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 121.

⁶⁵⁵ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 194-195.

deixar de fora “todas as formas comportamentais que se prendessem com o pôr-em-perigo, com a negligência, e com todas as que extravasassem a realização vinculada que o tipo legal de crime, por hipótese, também impusesse”. Ainda na esteira do autor, a proteção jurídico-criminal pretendida aos bens considerados imprescindíveis ao regular desenvolvimento da dinâmica social, como é o caso da vida humana, haveria de ser encarada como deficiente. A tentativa, portanto, estaria perfeitamente situada nesse contexto, de alegada necessidade de efetiva atuação por parte do direito criminal, com expressa prescrição e desenvolvimento no direito português.

O fato é que, segundo constatado por Maria Fernanda Palma⁶⁵⁶, essa zona antecipada de preocupação mantida pelo direito criminal (pós)moderno só haverá de ser criada com base numa espécie de processo de ponderação, tal como argumenta a autora. A manutenção dessa “antecipação da tutela ainda na lógica de uma restrição mínima da liberdade, é preciso justificá-la por uma ponderação entre liberdade e risco de dano, em que o risco de dano, dada a sua gravidade ou iminência, justifica a intervenção penal imediata”. As regras gerais sobre a possibilidade de punição, como já deixamos antever (item 1.1. de nossas Considerações Introdutórias), estão prescritas no Código Penal português em vigência. Especificamente nos artigos 22.º e 23.º, as prescrições legais são:

Art. 22.º 1 - Há tentativa quando o agente praticar actos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se. 2 - São actos de execução: a) Os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime; b) Os que forem idóneos a produzir o resultado típico; ou c) Os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos das espécies indicadas nas alíneas anteriores.

Art. 23.º 1 - Salvo disposição em contrário, a tentativa só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão. 2 - A tentativa é punível com a pena aplicável ao crime consumado, especialmente atenuada. 3 - A tentativa não é punível quando for manifesta a inaptidão do meio empregado pelo agente ou a inexistência do objecto essencial à consumação do crime.

Diante desse quadro, segundo Maria Fernanda Palma⁶⁵⁷, “A conclusão a retirar é que o artigo 22.º, n.º 2, define em geral a tentativa, e o artigo 23.º, n.º 3, do Código Penal delimita a sua punibilidade”. Embora sejam essas as regras gerais, claramente limitativas da utilização da tentativa, há casos em que ela haverá de ser considerada sem tais amarras. Na elucidativa constatação de José de Faria Costa⁶⁵⁸, na legislação portuguesa, “se estamos perante infrações puníveis com pena superior a três anos, a tentativa é sempre punível”, mas “se as infrações forem puníveis com pena inferior a três anos, vale o princípio da enunciação taxativa e

⁶⁵⁶ PALMA, Maria Fernanda. *Da “tentativa possível” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 126.

⁶⁵⁷ PALMA, Maria Fernanda. *Da “tentativa possível” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 66.

⁶⁵⁸ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 43.

formal”, o que significa que “a tentativa, nessas circunstâncias, só é punível quando a lei expressamente o determinar, surgindo assim, neste contexto, um afloramento do princípio do *numerus clausus*”. São os casos dos artigos 203.º, n.º 2; 205.º, n.º 2; 208.º 2; 212, n.º 2, entre outros, além do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro, que trata do regime das infrações antieconômicas e contra a saúde pública, em que no seu art. 4.º, estabeleceu o legislador que “nos crimes previstos no presente diploma a tentativa é sempre punível”. Segundo José de Faria Costa⁶⁵⁹, isso se dá por uma “intencionalidade político-criminal, cuja sede se pode buscar na necessidade” de difundir uma acalentada ideia de prevenção geral “capaz de combater eficazmente aquelas actividades delituosas”. Ocorre que essa alegada eficácia da lei criminal como instrumento prevencionista tem sido cada vez mais contestada, espraiando-se esse prevencionismo com alguma facilidade muito mais no campo simbólico do que no prático.

Como constatado por Maria Fernanda Palma⁶⁶⁰, “não sendo um dogma, e muito menos uma irreversível aquisição histórica, a distinção entre crime tentado e consumado é consagrada pelo Direito português, à imagem do que sucede em outras ordens jurídicas”. A autora questiona a razão da punição de quem tenta o crime se nada vier a acontecer. Para José de Faria Costa⁶⁶¹, a criminalização desse tipo de situação deve ser observada como uma espécie de ampliação da possibilidade de responsabilização, a projetar, na sequência, a tentativa como uma categoria dogmática autônoma.

É, portanto, nesse processo discursivo de fundamentação (teorias objetivas *versus* teorias subjetivas), e também entre aqueles que advogam a dependência da tentativa diante das características do crime consumado e os que não a defendem nesses termos, que se estabeleceu a contraposição doutrinária (mencionada inicialmente) sobre a natureza jurídica do crime tentado. Na perspectiva de Sergio Seminara⁶⁶², “In linea meramente teorica, tale contrapposizione parrebbe risolversi nell’alternativa tra la volontà criminosa e il fatto”. O autor destaca, em apertado resumo, que

A contrapposizione fra soggettivismo e oggettivismo nel tentativo parrebbe dunque più corretta se istaurata per un verso fra le teorie che considerano la condotta esclusivamente come mezzo di prova dell’intenzione criminosa, così da negare ogni distinzione tra atti preparatori ed esecutivi, e quelle che invece richiudono la parziale tipicità della condotta o almeno la sua immediata prossimità all’esecuzione del fatto descritto dalla fattispecie incriminatrice; per altro verso, fra le teorie che

⁶⁵⁹ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 205.

⁶⁶⁰ PALMA, Maria Fernanda. *Da “tentativa possível” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 15-16.

⁶⁶¹ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984. p. 690.

⁶⁶² SEMINARA, Sergio. *Il delitto tentato*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2012. p. 311-312.

rispettivamente affermano o negano l'esigenza di un'idoneità degli atti alla consumazione del reato.

Para os autores alinhados com essa ideia, a tentativa dependeria da proximidade da concretização do fato típico, ou seja, de um “perigo próximo de consumação”⁶⁶³, sendo necessário, assim, distinguir os atos preparatórios dos executórios, defendendo-se que somente esses (e não aqueles) são passíveis de configurar um crime tentado. Ocorre que essa distinção tem sido extremamente problemática porque não há um limite claramente delineado, dependendo sempre a resposta do caso em apreço. Daí que nos indaga Manuel Cavaleiro de Ferreira⁶⁶⁴: “Quando é que se inicia a execução no crime de homicídio?”⁶⁶⁵. E prossegue: “Será indispensável, por exemplo, puxar o gatilho da arma de fogo apontada em direcção à vítima, ou bastará já sacar da arma, ou ainda dirigir-se agressivamente ao encontro da vítima, ou colocar-se de emboscada em lugar por onde passará pouco depois a vítima?”. Esse é o mote principal no qual se debruçam objetivistas e subjetivistas. Segundo o autor, “Grande êxito obteve depois a fórmula de Frank”, para quem o começo da execução se daria “com a prática de acto ou actos que, pela sua necessária conexão com a acção típica, se mostram, segundo uma concepção natural, como suas partes integrantes”. Essa perspectiva foi utilizada por ambos os lados, embora seja, nas palavras do autor, “proposta com base numa orientação objectiva”.

Não percamos de vista, no entanto, que uma teoria tradicionalmente objetiva, nas exatas palavras de um de seus principais referentes, Paul Johann Anselm Feuerbach⁶⁶⁶ – influenciado pela filosofia *kantiana*, em que se “nega legitimidade à utilização do direito penal como instrumento de persecução de finalidades transcendentais”⁶⁶⁷ –, está basicamente consubstanciada nas seguintes características:

Eine bestimmte Übertretung ist erst dann vollständig, *wenn alles geschehen und alles bewirkt worden ist, was zum Begriff des Verbrechens gehört.* (Vollendetes Verbrechen, *del. consummatum.*) Doch ist *eine auf Hervorbringung des vollständigen Verbrechens absichtlichen gerichtete äussere Handlung* (unternommenes Verbrechen, *conatus delinquendi im weitern Sinn*) für sich selbst

⁶⁶³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 369.

⁶⁶⁴ CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal – parte geral – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982 – II penas e medidas de segurança*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 411-412.

⁶⁶⁵ Sobre tal aspecto, para se aprofundar o debate, recomenda-se ainda: GIULIANI-BALESTRINO, Ubaldo. Sull'inizio della punibilità a titolo di delitto tentato. *L'indice penale*, Padova, v. 3, n. 2, p. 487-500., mai./ago. 2000.

⁶⁶⁶ FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 4. ed. Giefesen: George Friederich Heyer, 1808. p. 43.

⁶⁶⁷ D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal – escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 62. O autor se baseia em: COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra, 1991.

schon Übertretung und wird bestraft 1) wenn die Vollendung bloß wegen äußerer Hindernisse, nicht aus freyer Willensänderung, unterblieben ist a), 2) wenn die Handlung selbst, nach ihrer äusseren Beschaffenheit (mittelbar oder unmittelbar, wenig oder viel) mit dem beabsichtigten Verbrechen im Causalszusammenhange steht – objective gefährlich ist.

Elena Farré Trepát⁶⁶⁸, por sua vez, argumenta que há, nessas formulações iniciais, como não poderia deixar de ser, uma flagrante influência dos ideais liberais e iluministas – da qual, aliás, já tratamos (no item 2, Capítulo I, Parte I) –, apegando-se a doutrina jurídico-criminal à ideia de ocorrência do resultado por entendê-la, naquele contexto, como o critério mais claro e seguro diante da necessidade de contenção do exercício do poder punitivo, utilizado, até então, demasiadamente subjetiva e arbitrariamente. A partir daí, a intervenção estatal, com a utilização de uma sanção, deveria estar condicionada, constata a autora, a uma “lesión objetiva de uno de los intereses o derechos subjetivos que pertenecen al individuo”.

Apesar do vigor dos argumentos e do entusiasmo inicial, as críticas não demoraram a aparecer. Peter Albrecht⁶⁶⁹, por exemplo, ressalta que “Die Besprechung der objektiven Versuchstheorien hat aufgezeigt, daß deren Hauptmängel in den zum Teil kriminalpolitisch unerwünschten und ungerechten Ergebnissen liegt”. O autor ainda registra que “Dazu kommt noch die praktische Schwierigkeit, zwischen objektiv gefährlichen und ungefährlichen Tathandlungen eine scharfe Grenze zu ziehen, was zu einer Unsicherheit in der Rechtsanwendung führen muß”.

Também nessa linha de entendimento, Günther Jakobs⁶⁷⁰ chega mesmo a afirmar que “Die Abgrenzungsschwierigkeiten dieser Lehre haben sich schon bald als unbehebbar erwiesen”, e ainda exemplifica interrogativamente: “Arsen in ubiquitären Mengen als Tötungsmittel oder Kochsalz beim Nierenkranken?”. No entendimento de Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel e Heinz Zipf⁶⁷¹, com o estabelecimento de tais critérios, uma teoria objetiva não tinha como se sustentar, uma vez que, segundo eles, “Diese Theorie erlaubt indessen keine brauchbare Abgrenzung der strafbaren Versuchszone von der Zone vorhergehender Straflosigkeit: letztlich enthält schon der bloße innersubjektive Entschluß eine Rechtsgutsgefährdung”.

Tais críticas abriram espaços importantes para que se estabelecessem teorias com um viés subjetivo, nas quais a fundamentação para a punibilidade da tentativa não estaria vinculada ao (perigo de) resultado, mas à vontade criminosa do sujeito que, por sua vez, precisaria ser ao

⁶⁶⁸ FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito – doctrina y jurisprudencia*. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2011. p. 5-6.

⁶⁶⁹ ALBRECHT, Peter. *Der untaugliche Versuch*. Basel-Stuttgart: Helbing & Lichtenhahn, 1973. p. 21.

⁶⁷⁰ JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. Auf. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1993. p. 709.

⁶⁷¹ MAURACH, Reinhart. GÖSSEL, Karl Heinz. ZIPF, Heinz. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. B. 2. 7. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1989. p. 19.

menos externada (*cogitationis poenam nemo patitur*). Não há, ao menos a partir daqui, a exigência de uma lesão ou perigo concreto de lesão ao bem/valor/interesse jurídico para que ocorra responsabilização. O cerne é a própria violação da norma imposta. Diz Jorge de Figueiredo Dias⁶⁷²: “não existe nenhuma razão de princípio para tratar diversamente o delito tentado e o consumado ou para tornar a punibilidade da tentativa dependente da sua perigosidade real”.

São diversas as ideias localizadas no espectro desse tipo de teoria subjetivista. Entretanto, para os que se contrapunham, essas formulações se constituíam como uma espécie de aberração, “a través de la cual el Derecho Penal atribuye al Estado una misión que va más allá de la función que le corresponde”, ou seja, “La distinción entre la Moral y el Derecho – afirman estos autores – desaparece si este último, en lugar de ocuparse de la regulación de la vida en comunidad de los ciudadanos, se ocupan de las resoluciones de voluntad de éstos contrarias a las normas”,⁶⁷³ o que nos aproxima de um autoritário direito penal do autor.

Em resposta às críticas, eis o que observa Jürgen Baumann⁶⁷⁴: mesmo no âmbito das ideias subjetivas, a expressão *cogitationis poenam nemo patitur* há de ser encarada como necessariamente norteadora, ou seja, “auch nach der subjektiven Versuchslehre muss der Täter objektive etwas getan haben, muss eine äussere Handlung zur Tatbegehung vorliegen”.

É desse denso processo intelectual que, na articulação crítica das teorias (objetivas e subjetivas) sucintamente enfocadas, a tentativa se vê estabelecida, de variadas formas, inclusive com diversas denominações (possível/idônea, impossível/inidônea, acabada, inacabada, etc.) e possibilidades de fundamentação ao longo do desenvolvimento da teoria do crime no contexto da sociedade do risco. Jorge de Figueiredo Dias⁶⁷⁵, a propósito, sobre a proteção do bem/valor/interesse jurídico nesse tipo de sociedade, argumenta que a tentativa, seja ela qual for, inclusive a impossível, assim como também os crimes de perigo, embora exijam maior esforço argumentativo, não necessariamente contradizem a função de proteção do direito criminal, pois o legislador se antecipa nessa tutela, não aguardando o dano.⁶⁷⁶

⁶⁷² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 390.

⁶⁷³ FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito – doctrina y jurisprudencia*. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2011. p. 24.

⁶⁷⁴ BAUMANN, Jürgen. *Grundbegriffe und System des Strafrecht - eine Einführung in die Systematik an Hand von Fällen*. 5. Aufl. Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz: W. Kohlhammer, 1979. p. 191.

⁶⁷⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 144-145.

⁶⁷⁶ O autor cita ainda o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 20, de 1991, que considerou legítima a antecipação da tutela criminal.

Observe-se, porém, que, para Maria Fernanda Palma⁶⁷⁷, “a distinção entre tentativas ditas possíveis e impossíveis é, deste modo, relativa”; “Todas podem, a uma certa luz, ser impossíveis e todas serão possíveis numa perspectiva de ‘mundo alternativo’”. São tantas e tão complexas as questões que se põem (como, por exemplo, onde termina o ato preparatório e onde começa exatamente a execução) que, não à toa, a autora aduz que a tentativa “tem o seu mistério”. E acresce: “Nunca saberemos se a acção poderia consumir-se”⁶⁷⁸.

Eis algumas das complexidades ainda insuperáveis que nos fazem ter sérias reservas quanto à admissão de responsabilização criminal da tentativa com o dolo eventual, que é, como veremos mais adiante, também uma categoria dogmática de delimitação e fundamentação inevitavelmente *frágil*, em que se exige um maior esforço argumentativo e que dificilmente permitirá, como evidenciado na tentativa, uma fundamentação baseada numa teoria “pura”. Diante da obrigação de se justificar, o que é próprio de um ambiente democrático, nunca nos parecerá ser possível a utilização de uma única teoria (seja ela objetiva ou subjetiva), senão de um feixe delas, o que nos faz perceber que ambas as categorias (tentativa e dolo eventual) são ainda um labirinto à parte.

No que toca novamente ao Código Penal português, já tratado anteriormente (no item 3.1. do Capítulo I), sobre as opções entre o desvalor da conduta e do resultado, não se deve esquecer que, segundo Manuel Cavaleiro de Ferreira⁶⁷⁹, “Não parece duvidoso saber qual a origem da definição de tentativa”, pois “consiste na reprodução do § 43 do Código Penal alemão de 1871 vigente em 1963 quando foi apresentado o projecto do novo Código Penal português”. O problema é que o mencionado dispositivo, que amparava o principal espectro da teoria subjetiva, ou seja, a intencionalidade, já se encontrava “revogado e substituído pelo § 22 do Código Penal alemão de 1975”, o que levou o autor a concluir que “o legislador português conscientemente ignorou o novo § 22 do Código Penal alemão e lhe preferiu a definição do § 43 do Código Penal alemão na sua versão originária de 1871”.

Não era essa, porém, ainda nas palavras do Manuel Cavaleiro de Ferreira⁶⁸⁰, “o teor do projecto de Código Penal (Parte Geral) subscrito por Eduardo Correia”. Na linha do que já comentamos (item 3.1. do Capítulo I), o autor destaca que “As razões invocadas por Eduardo Correia para dar uma definição imprecisa de tentativa no seu projecto constam da acta da 10ª

⁶⁷⁷ PALMA, Maria Fernanda. *Da “tentativa possível” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 61.

⁶⁷⁸ PALMA, Maria Fernanda. *Da “tentativa possível” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 27.

⁶⁷⁹ CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal – parte geral – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982 – II penas e medidas de segurança*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 397-398.

⁶⁸⁰ CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal – parte geral – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982 – II penas e medidas de segurança*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 398-401.

sessão da Comissão Revisora”. Segundo ele, quanto às críticas sobre a ausência da intenção na redação original do projeto de redação do dispositivo da tentativa, Eduardo Correia “retorquiu que a não referência da tentativa à intenção havia sido intencional, por isso que se debatiam na ‘dogmática penal actual’ duas teses”, entendendo-se que não era conveniente se intrometer para não se engessar o intérprete desnecessariamente, deixando-se um espaço para o debate.

O Código, no entanto, dadas as divergências presentes no colegiado que o formulou, não haveria de adotar, como, aliás, já alertamos, uma teoria pura, ou seja, completamente objetiva ou completamente subjetiva. Daquela primeira visão, de Eduardo Correia, que se fundamenta no perigo de lesão ao bem/valor/interesse juridicamente relevante, uma apreciação crítica nos impediria de levar em consideração a previsão do art. 22.º, já que este também inclui um elemento subjetivo (“de um crime que decidiu cometer”). Também não se permitiria a punição pela tentativa impossível (art. 23, 3), que para Eduardo Correia, como já dissemos, se constitui num tipo de “concessão” ou “desvio”. Por outro lado, partindo-se de uma visão subjetiva, que se fundamenta na mera vontade de violar a norma, uma apreciação crítica nos impediria de concluir que nem toda tentativa impossível merece uma punição, sob pena de vermos ignorado o bem/valor/interesse jurídico.

Na atualidade, entretanto, tem-se como dominante a chamada de *teoria da impressão*,⁶⁸¹ que combina o elemento objetivo com o elemento subjetivo, para a qual a punição da tentativa fundamenta-se numa vontade (elemento subjetivo) exteriormente manifestada (elemento objetivo) de violar a norma. Só se pune a tentativa, portanto, se e quando a atuação do agente for adequada a pôr em causa a “consciência jurídica da comunidade”.⁶⁸² Assim, dirá Maria Fernanda Palma⁶⁸³, “é aceitável que sejam puníveis todas as situações de tentativa impossível em que o curso do processo causal não foi em concreto viável, mas se gerou uma ameaça para os bens do agente, apenas frustrada por factores imprevisíveis”. Nesses casos, no entanto, não há propriamente um bem jurídico, mas uma “aparência de bem jurídico”.⁶⁸⁴

Exemplificando: digamos que *A* quer muito ofender a integridade física de *B*. Ocorre que, para isso, *A* arranhou um boneco à imagem e semelhança de *B* e passa a espetá-lo com uma vontade intensa de lhe produzir lesões no mundo fático. Isso seria crível? Assim, o que se perspectiva é que esse não é um crime de ofensa à integridade física, nem mesmo uma tentativa, pois seria manifestamente impossível qualquer ofensa a *B* nesses casos, já que o

⁶⁸¹ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 550.

⁶⁸² FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 550.

⁶⁸³ PALMA, Maria Fernanda. *Da “tentativa possível” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 58.

⁶⁸⁴ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 556.

meio (espetar uma agulha num boneco, mesmo que à imagem e semelhança de *B*) não se apresenta como apto, na realidade, a ofender a integridade física de uma pessoa.⁶⁸⁵ Seria este ato suscetível de abalar a confiança da comunidade na vigência da norma? A resposta é definitivamente não, porquanto configurar uma tentativa *supersticiosa* ou *irreal*, “em que a tipicidade é insustentável”⁶⁸⁶. O que a mencionada *teoria da impressão* procura pôr em evidência é a ideia de causar a impressão de perigo na comunidade com um abalo relevante ao regular desenvolvimento da dinâmica social. Nesse contexto, a aplicação de uma pena serviria justamente para reafirmar junto à comunidade a vigência da norma, o que só faz sentido quando a confiança da comunidade foi realmente abalada.

Pune-se, portanto, o sujeito que, pretendendo matar, dispara sua arma sem se aperceber de que o outro já se encontrava morto. Se já não existia o objeto de proteção (vida), por que, ainda assim, isso há de ser punível? Porque o comportamento perpetrado, naquela circunstância, atinge um *espectro* de representação da vida do outro que subsiste mesmo depois da morte.⁶⁸⁷ Logo, ainda que o resultado não tenha sido alcançado pelo comportamento de quem disparou, há uma representatividade no comportamento que, segundo o legislador, merece reprovação (desvalor). Isso nos mostra, na perspectiva de José de Faria Costa⁶⁸⁸, a “dupla intencionalidade” de que se vale o direito criminal português, ou seja, de que não só lhe interessa a ideia de proteção (direta) dos bens jurídicos mais importantes para o regular desenvolvimento da dinâmica social, mas também os “comportamentos ético-socialmente desvaliosos” (com uma proteção indireta), mesmo que esses não atinjam (quer por inexistência do bem, quer por insuficiência do meio eleito para atingi-lo) efetivamente bem algum.

Essa é a teoria defendida por Jorge de Figueiredo Dias⁶⁸⁹. Para ele, “a teoria da impressão é a que melhor se compatibiliza com o regime conferido aos actos de execução, à atenuação especial obrigatória da pena da tentativa e à tentativa impossível”. Como não poderia aderir a uma teoria puramente objetiva ou puramente subjetiva, parece ter sido esse o caminho

⁶⁸⁵ O exemplo é da Professora Doutora Susana Aires de Sousa, em aula de Direito Penal no Mestrado em Direito: Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses (2015/2106), na Universidade de Coimbra.

⁶⁸⁶ PALMA, Maria Fernanda. *Da “tentativa possível” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 56.

⁶⁸⁷ FARIA COSTA, José de. *A interpretação da norma penal num sistema jurídico complexo*. Aula em DVD no curso de Pós-graduação sobre a doutrina geral da infração criminal revisitada do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, São Paulo, 19 ago. 2011. A ideia, como se desenvolverá mais adiante (no capítulo seguinte), é a de que a proteção aos bens não se dá apenas de maneira direta, mas também indireta, com a reprovação (e sanção) de comportamentos que não atingem tais bens, mas se inserem em seu *halo* de preocupação. Veja-se: FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 40-42.

⁶⁸⁸ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 40. O autor demonstra, na sequência, as controvérsias a respeito dessa perspectiva.

⁶⁸⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 691.

trilhado pelo legislador português ao definir a tentativa (arts. 22º e 23.º). Seja como for, dirá José de Faria Costa⁶⁹⁰, mesmo essa teoria “tem sido progressivamente posta em causa, na justa medida em que uma impressão indeterminada de presumível antijuridicidade de um facto não pode servir de fundamento para a sua punibilidade, antes constitui consequência da ilicitude penal”. Estamos, pois, como se percebe, distante de um consenso.

A propósito disso, observe-se que, da ideia de que, em regra, a perfectibilidade do preenchimento da norma corresponderia apenas ao crime consumado e doloso (somente este corresponderia à ideia de perfeição), é Günther Jakobs quem, da perspectiva de José de Faria Costa⁶⁹¹, contrapondo-se ao pensamento alemão, elabora o que se denomina de *teoria da impressão*, o que deve passar pela defesa de que a tentativa

é [também] uma violação perfeita da norma e que o fundamento da punibilidade da tentativa encontra-se no dever expressivo de uma violação da norma, ou seja, na tentativa, em um sentido material, em um comportamento externo, e na tentativa, em sentido formal, num comportamento juridicamente declarado como externo.

Mesmo com todo o esforço argumentativo, o caso da tentativa impossível é certamente o traço mais impressionante das criminalizações existentes, além de ser bastante curioso (para dizermos o mínimo) sob o prisma da ofensividade, sobretudo porque não há nenhum potencial de dano, e tampouco dano efetivo ao objeto juridicamente tutelado. Pune-se o fato de o sujeito ter tido a coragem de, contrariando a normatização posta, levar a cabo sua intenção. Imagine-se, então, essas questões vinculadas ao dolo eventual. Eis aqui um dos pontos de charneira da problemática que norteia nossa investigação. Esse seria o lugar mais extremo das possibilidades de tentativa e, se quiséssemos, certamente o mais fácil de, ao ser articulado com o dolo eventual, pelas fragilidades (e controvérsias) de ambos, ser explorado com o intuito de concluirmos pela não possibilidade de sua punição.

Para concluirmos esse específico ponto das teorias definidoras da estrutura do crime tentado, como haveria de se esperar, o embate entre objetivistas e subjetivistas, para além da teoria da impressão, impulsionaria espaços para o desenvolvimento de mais perspectivas do tipo conciliador, encaradas também como *mistas*, como desenvolve Miguel Ángel Nuñez Paz⁶⁹².

⁶⁹⁰ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 550.

⁶⁹¹ FARIA COSTA, José de. *A análise das formas (ou a análise das “formas do crime”: em especial, a tentativa)*. Palestra em DVD no 16º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, 24 ago. 2010.

⁶⁹² NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *El delito intentado – fundamento de su punición*. Concepto, naturaleza y elementos. La llamada tentativa inidónea. El desistimiento en la tentativa. Madrid: Colex, 2003. p. 33 ss. Também: FARRE TREPAT, Elena. *La tentativa del delito – doctrina y jurisprudencia*. Madrid, Montevideo y Buenos Aires: BdeF, 2011. Vale ainda a pena uma leitura que, apesar de ser relativamente antiga, aborda o tema de uma maneira muito particular, a nos fazer perceber as complexidades e variações existentes nesse debate: VANNINI, Ottorino. *Il tentativo nella dottrina e nel codice penale italiano*. Torino: UTET, 1913.

Andreas Eisele⁶⁹³ adverte-nos que autores como “Maurach, Gössel, Zipf, Jescheck e Weigend propõem a adoção de uma concepção mista para orientar a punibilidade da tentativa”, o que, segundo ele, “abrange tanto o fundamento objetivo (perigo para o bem jurídico implementado pela conduta), quanto uma justificação subjetiva (especificando o propósito do sujeito como um dos fundamentos da punibilidade de tal fato)”.

A esse respeito, não desenvolveremos mais porque isso extrapolaria nossa pretensão de, como já frisamos, não ter de pormenorizar todas as teorias possíveis, apontando o porquê de suas inconveniências. O que nos interessa é mostrar que a opção que escolhemos, das inúmeras possíveis, é a que melhor se parece adequar ao esquema dogmático que temos aqui desenhado.

Daí por que, segundo pensamos, a tentativa, na mesma linha da opção que fizemos anteriormente pela preponderância do desvalor do resultado, na esteira do que defende José de Faria Costa⁶⁹⁴, haverá de ser perspectivada *preponderantemente* pelo aspecto objetivo (não se descartando, repise-se, o aspecto subjetivo), ou seja, “a tentativa apresenta um específico desvalor de resultado de perigo”, logo, “estamos a pressupor que pode verificar-se a violação do bem jurídico e, todavia, não se cair no preciso âmbito da consumação”. É a partir dessa perspectiva, *mais objetiva*, que nos parece acertado conceber o crime na modalidade tentada, como importante categoria dogmática, com um grau de autonomia que não nos permitirá colocá-la como absolutamente dependente das questões inerentes ao crime na sua modalidade consumada. Não nos será permitido concluir, como se tem concluído com bastante frequência na doutrina e na jurisprudência a respeito, que “aquilo que cabe ao crime consumado caberá necessariamente também ao crime tentado”, o que se verá a partir do item que segue.

2.1. A tentativa como uma categoria dogmática (in)dependente da consumação

É fácil de perceber que a tentativa já esteve no centro de todas as atenções da doutrina jurídico-criminal, sobretudo quando deflagrado o debate relacionado aos fundamentos de sua punibilidade. Não é, entretanto, o que se observa na atualidade, encontrando-se ela, na imensa maioria dos casos, a reboque da discussão sobre os crimes consumados. Sergio Semnara⁶⁹⁵ argumenta que “Intorno alla fine del secolo, la diffusione degli orientamenti ispirati alla difesa sociale e alla pericolosità individuale porta però a una deflagrazione concettuale del delitto tentato”. No entanto, reconhece panoramicamente o autor que “La problematica del tentativo

⁶⁹³ EISELE, Andreas. *Direito penal – teoria do crime*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 415.

⁶⁹⁴ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 551.

⁶⁹⁵ SEMINARA, Sergio. *Il delitto tentato*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2012. p. 388-389.

appare destinata ad annegare all'interno del reato in generale, sortendo due antitetici effetti”,
quais sejam:

Il primo consiste nella perdita di autonomia: se in precedenza l'istituto del tentativo aveva svolto un ruolo di traino dell'elaborazione dogmatica, ora invece esso risulta plasmato da più generali concezioni politico-criminali o – come dimostra l'esperienza tedesca sotto il nazionalsocialismo – travolto dagli sconvolgimenti operati sulle teorie del bene giuridico, della colpevolezza e dell'antigiuridicità.

Il secondo effetto è che il tentativo diventa il prototipo del reato, con una degradazione dell'evento, al più, al ruolo di condizione di maggiore punibilità. Nella prospettiva della pericolosità, infatti, perdono fondamento sia la distinzione sanzionatoria fra reato tentato e consumato – salvo il riconoscimento di una pena ridotta legata alla minore capacità criminosa –, sia la contrapposizione tra inidoneità assoluta e relativa, con la conseguente punibilità anche del tentativo impossibile. L'intera tematica del tentativo appare dunque riducibile alla manifestazione esterna della volontà criminosa, posta come sintomo della temibilità dell'autore.

José de Faria Costa⁶⁹⁶, por sua vez, prepara o argumento, que é contrário à dependência da tentativa em relação à consumação, e sustenta que “a doutrina da infracção penal utiliza regras e princípios cujo âmbito de aplicação deve levar em linha de conta a multiplicidade de situações que essa mesma doutrina valora como jurídico-penalmente relevante”. Para o autor, “a teoria geral da infracção penal pretende abarcar e abarca seguramente, não situações-desvio, mas antes uma pluralidade de situações-padrão”. Nos exemplos em que uma pessoa tenta matar a outra e uma pessoa mata efetivamente a outra, o autor questiona: “Que relação, em termos de desvio ou de anormalidade, pode interceder entre estas duas situações?”. A conclusão a que chega é a de que “nem a consumação é um desvio à tentativa nem esta o é relativamente àquela”. Assim, ainda com o autor, enfaticamente, “a tentativa nunca seria um desvio, quando muito uma *imperfeição*, relativamente à própria consumação”. E é justamente por isso que “a dogmática penal fez um tratamento autónomo da situação-padrão que a tentativa expressa e pela qual ela mesma também se *expressa* dogmaticamente”.⁶⁹⁷

Com uma naturalização do alargamento da responsabilização criminal através da previsão legal e doutrinal de punibilidade da tentativa, em que pesem os debates, repise-se, sobre sua fundamentação, outrora mais entusiasmados, mas que ainda permaneçam vivos, disseminou-se uma espécie de necessária vinculação para com a consumação, razão pela qual se observa que José de Faria Costa⁶⁹⁸ indaga se há realmente alguma espécie de dependência entre ambas as categorias dogmáticas enfocadas. Seria possível que aquilo que é perspectivado para o crime consumado não o seja necessariamente para o tentado?

⁶⁹⁶ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 382.

⁶⁹⁷ Na doutrina italiana, p. ex., um panorama favorável à tal conclusão, veja-se: DOLCINI, Emilio. MARINUCCI, Giorgio. *Codice penale* – commentato. 2. ed. Vicenza: IPSOA, 2006. p. 684 ss.

⁶⁹⁸ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 529.

Questiona-se ainda, na linha da dualidade abordada, como o faz Cándido Conde-Pumpido Ferreiro⁶⁹⁹, se a tentativa há ser considerada como uma imperfeição “del tipo base que se pretendía consumir” ou como uma *especialidade típica*? Esse tipo de abordagem, como constatado por Elena Ferrá Trepát⁷⁰⁰, que está relacionada à natureza jurídica da tentativa, “se extiende, sin embargo, mucho más allá del ámbito terminológico”. Segundo a autora, a questão será a de “precisar si corresponde incluir a esta figura delictiva dentro de la tipicidad, ya sea como una simple extensión del tipo del delito consumado, ya sea como un tipo de delito independiente de aquél, o si, por el contrario, constituye una institución atípica”.

Ainda nessa linha de relação de perfeição/imperfeição entre consumação e tentativa, Juan Pablo Mañalich R.⁷⁰¹, valendo-se de Ernst von Beling⁷⁰², na sequência de sua argumentação, chega mesmo a afirmar ser a tentativa uma espécie de “anomalia”, porquanto se afastaria da ideia de *antinormatividade* ínsita à consumação. O autor explica que

las normas de prohibición o de requerimiento cuyo quebrantamiento resulta potencialmente delictivo hayan de ser, en palabras de Binding, “reconstruidas” a través de su inferencia pragmática a partir de algún conjunto de normas de sanción que –en tal medida– las refuerzan²⁷, significa que el correspondiente tipo-de-delito solo se ve realizado por un comportamiento que exhiba las propiedades respectivamente fundantes-de-antinormatividad. Lo distintivo de toda tentativa de delito radica, desde este punto de vista, en que el comportamiento que se imputa a su autor es uno que precisamente no exhibe esas propiedades.

Assim colocadas as coisas, considerando a tentativa como figura típica, se partirmos da esquematização proposta por Maria Rosa Moreno-Torres Herrera⁷⁰³, ao menos dois grandes grupos doutrinários podem ser prontamente identificados. Por um lado, diz a autora, que faz referência a Elena Ferrá Trepát⁷⁰⁴, a tentativa seria “una extensión o ampliación de la tipicidad básica y que suponen incluso una modificación de la misma, pero en ningún caso constituyen un tipo distinto al recogido en la parte especial del Código Penal”. Por outro, tem-se a ideia de que “la tentativa de delito no ha de concebirse como un estadio (defectuoso [imperfeito]) previo al de consumación, sino como un modelo delictivo distinto al de delito consumado”.

⁶⁹⁹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. *Derecho Penal*. Parte general. 2. ed. Madrid: Colex, 1990. p. 409.

⁷⁰⁰ FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito – doctrina y jurisprudencia*. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2011. p. 48.

⁷⁰¹ MAÑALICH R., Juan Pablo. La tentativa de delito como hecho punible - una aproximación analítica. *Revista Chilena de Derecho*, v. 44, n. 2, 2017. p. 467. “En lo que aquí interesa, el hallazgo de la falta de adecuación-al-tipo de la tentativa llevó a Beling a redefinir completamente la relación en que se encontrarían el concepto de tentativa y la categoría de la así llamada ‘falta de tipo’ (*Mangel am Tatbestand*)”. *Op. cit.* p. 468.

⁷⁰² BELING, Ernst von. *Die Lehre vom Tatbestand*. Tübingen: Mohr, 1930. p. 17 ss.

⁷⁰³ HERRERA, Maria Rosa Moreno-Torres. *Tentativa de delito y delito irreal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 198.

⁷⁰⁴ FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito – doctrina y jurisprudencia*. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2011. p. 47 ss. A interpolação é nossa.

De maneira prevalente, o que se tem defendido na doutrina é o que argumenta Inês Almeida Costa⁷⁰⁵: que a tentativa é um *minus* diante da consumação. A autora esclarece que a tentativa só é punida pela utilização da norma advinda da parte especial, justo aquela que descreve o crime que o agente pretendia. Desse modo, observa-se uma falta de autonomia da tentativa, justamente porque, para vermos sua utilização, será sempre necessário nos deslocarmos ao rol de tipificação da parte especial. Embora reconheça controvérsias sobre o tema,⁷⁰⁶ a autora assevera que não deve ser surpresa alguma que a tentativa seja perspectivada como uma espécie de *tipo dependente*.

Na ata dos debates da Comissão Revisora do vigente Código Penal, é curioso percebermos que Eduardo Correia, um de seus principais lentes, em resposta sobre a melhor forma de designar o Capítulo II, que o autor havia intitulado de “das formas de aparecimento do crime”, tendo sido ao final aprovado como “das formas do crime” – do qual a tentativa é a *pedra-de-toque*⁷⁰⁷ –, salientou que “Quanto ao artigo 20.º [o correspondente à tentativa no referido projeto], para justificar na forma que o Projecto assume, urge ponderar: por um lado, que todas as disposições que mandam punir actos anteriores à consumação do crime são extensões, verdadeiros *alargamentos* do direito penal, e, por isso mesmo, *tipo dependente*”⁷⁰⁸. Interessante o debate porque não se distancia daquilo que a doutrina alemã também perspectivava havia tempos.⁷⁰⁹

Na mesma linha, veem-se ainda em destaque autores como Hans-Heinrich Jescheck⁷¹⁰, que, sobre a tentativa no contexto alemão, defende a ideia do *tipo dependente* porque “sus elementos no han de entenderse en sí mismos, sino que deben referirse al tipo de una

⁷⁰⁵ ALMEIDA COSTA, Inês. *A chamada tentativa inidónea por inaptidão do sujeito no contexto global do problema da tentativa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 91-93.

⁷⁰⁶ “Decorre do exposto que consideramos a tentativa um *modelo distinto* do delito consumado. Concebemos o tipo da tentativa como um ‘*tipo complexo*’ e um ‘*tipo de integração*’, na esteira de autores como H.-H. JESCHECK/T. WEIGEND, MIR PUIG, CEREZO MIR, SOLA RECHE, G. MARQUES DA SILVA, ALCÁCER GUIRAO e M. FERNANDA PALMA. No entanto, cumpre destacar que não é esta questão isenta de debates. Por um lado, FERRER SAMA, embora também considerando a tentativa como um tipo distinto, furta-se à conjugação de normas avançada em texto e alicerça a tentativa apenas no preceito da PG que prevê a sua punibilidade. Ainda considerando a tentativa como uma figura típica, mas diferentemente, vendo-a como uma extensão da tipicidade básica (e não como um tipo distinto), BELING, M. E. MAYER, ZIMMERI, MAURACH, entre outros. Mais distante das posições descritas é aquela que concebe a tentativa como uma figura atípica (RODRÍGUEZ DEVESA)”. ALMEIDA COSTA, Inês. *A chamada tentativa inidónea por inaptidão do sujeito no contexto global do problema da tentativa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 91.

⁷⁰⁷ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 520.

⁷⁰⁸ PORTUGAL. Actas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal – parte geral. v. I. *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa: Ministério da Justiça, 1965. p. 165. Os destaques são do original, mas a interpolação é nossa.

⁷⁰⁹ MAÑALICH R., Juan Pablo. La tentativa de delito como hecho punible - una aproximación analítica. *Revista Chilena de Derecho*, v. 44, n. 2, 2017. p. 467 ss.

⁷¹⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Direito Penal – parte general*. Trad. José Luis Manzaneres Samaniego. 4. ed. Granada: Comares, 1993. p. 466. Vê-se ainda em: JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 515.

determinada classe de delito (no existe ninguna “tentativa en sí”, sino sólo, por ejemplo, tentativa de asesinato, de hurto o de estafa)”. Segundo Juan Carlos Ferré Olivé⁷¹¹, “em princípio, não parece lógico negar à tentativa o caráter de figura típica, limitando-a somente às tipologias descritas na parte especial do Código Penal”. Para ele, o legislador poderia “ter estabelecido junto à figura típica” uma outra análoga à tentativa, “como na Alemanha, §§ 216 e 218 do StGB”, explicitando-a em um parágrafo: “o que seria uma inútil repetição”. Segundo o autor, isso não passaria de “um problema de técnica legislativa”, no que nega que exista uma tentativa em si.

Em Portugal, a ideia de um *tipo dependente* sobre a tentativa parece ser também o entendimento de Jorge de Figueiredo Dias⁷¹². Em linha de contraponto, Germano Marques da Silva⁷¹³ aceita que, ao menos em termos normativos, a tentativa se constitua em “um título autónomo de crime, caracterizado por um evento ofensivo que lhe é próprio (perigo), embora conservando o mesmo *nomem iuris* do crime consumado a que se refere e de que constitui execução completa”. O que se observa historicamente é que enquanto a consumação é percebida como uma categoria tributária da ideia de *perfeição*, a tentativa é vista como o *imperfecto*, tendo em vista não ter o sujeito que iniciou o *iter criminis* obtido aquilo pretendido como objetivo principal. Como constatado por José de Faria Costa⁷¹⁴, “O crime consumado é visto como expressão de uma *lex perfecta* e a tentativa é valorada como manifestação de uma *lex imperfecta*”.

O Tribunal da Relação de Coimbra⁷¹⁵, debruçado sobre questões relativas ao início da execução de um crime, ao se deparar com o trecho de Rafael Alcácer Guirao⁷¹⁶, fez constar que a figura da tentativa “no debe entenderse – o no solo – en el sentido de una imperfecta realización de un tipo (el del delito consumado), sino ‘también de que la misma realiza a su vez otros tipos legales’ (13/2) distintos del tipo legal de la consumación del respectivo delito”, e pontuou a questão da seguinte maneira:

⁷¹¹ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. OLIVEIRA, William Terra de. BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal brasileiro – parte geral: princípios fundamentais e sistema. Apresentação e prólogo de Claus Roxin*. São Paulo: RT, 2011. p. 577.

⁷¹² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 695.

⁷¹³ MARQUES DA SILVA, Germano. *Direito Penal Português – parte geral II – teoria do crime*. 2. ed. Lisboa: Editorial Verbo, 2005. p. 257 ss.

⁷¹⁴ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 520.

⁷¹⁵ Processo n. 702/06.8GBCNT-A.C1, de 12-09-2007. Disponível em: <http://www.gde.mj.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/a4733a80777fb11c802573560037b45e?OpenDocument>. Acesso em 7 abr. 2020.

⁷¹⁶ GUIRAO, Rafael Alcácer. *Tentativa y Formas de Autoria*. Madrid: Edisofer Libros Jurídicos, 2001. p. 21.

(Mir Puig, diversamente do que acontece com outros autores, por ex. Rodriguez Devesa/Serrano Gómez, na linha de Jescheck/Weigend, que situam a tentativa como uma forma de aparição do delito, ou seja que a tentativa e o delito consumado são diversas formas de aparição de um só delito, ou seja que a tentativa é um tipo dependente, posto que deve sempre referir-se a um tipo de um determinada classe de delito, sustenta que a tentativa é um delito distinto do delito consumado, o que vale por dizer que a tentativa possui um tipo de injusto próprio diverso do tipo de injusto do delito consumado).

Antes, porém, de desenvolvermos melhor essa dualidade (consumação/tentativa = perfeição/imperfeição), veja-se que José de Faria Costa⁷¹⁷, com quem concordamos, argumenta que “todo comportamento é realidade que só pode ser percebida quando completa, a que acresce que, por este prisma, não são concebíveis actos inconsumados”. Segundo ele, “O mais anódino acto preparatório ou mesmo a mais inconsequente tentativa são formas completas de se ter expressado a relação comunicacional”. Assim, “O que torna aqueles actos anteriormente referidos como configurações de inconsumação é justamente a valoração que sobre eles recai através do ordenamento jurídico-penal”. Logo, urge não esquecer “que o real é em qualquer circunstância expressão de consumação: nele não há vazios nem hiatos. O presente realiza-se sempre, mesmo quando essa realização tem lugar exclusivamente através, por exemplo, da forma tentada, jurídico-penalmente relevante”. Por fim, “querido ou não, o desvalor do resultado danoso penalmente relevante, e só desse agora curamos, aí se mantém em toda a plenitude e acabada expressão da sua existência, a atestar que a multiplicidade de factores causais se conjugaram harmonicamente para produzir aquele mesmo resultado”.

Assim, José de Faria Costa⁷¹⁸ elabora mais aprofundadamente seu argumento de certa autonomia da tentativa [o que, evidentemente, não há de significar qualquer *isolamento*, pois nenhuma categoria dogmática poderia assim ser perspectivada – logo, não deve existir *ilhas* no sistema] se debruçando sobre as ideias de perfeição e imperfeição atribuídas respectivamente à consumação e à tentativa. O catedrático de Coimbra, para quem a dogmática jurídico-criminal “emprega uma linguagem que muitas vezes tem referentes de ordem moral, sendo a ‘perfeição’ precisamente um daqueles conceitos originalmente morais que facilmente contaminam outras linguagens”, defende sua posição – e bem – da seguinte maneira:

§ 8. Associado a este cânone da perfeição está um esquema de temporalidade linear que, ainda nos quadros do entendimento corrente na literatura, define a estrutura lógica do crime tentado: o chamado caminho ou percurso da infração. De acordo com o modelo do chamado *iter criminis*, todo o facto doloso punível cumpre um trajeto ou itinerário que pode ir, na sua forma pura e canónica, desde a mera cogitação (*nuda cogitatio*) até a consumação do tipo legal e seu eventual exaurimento, passando pela prática de atos de preparação (*conatus remotus*) e pela

⁷¹⁷ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 411-412.

⁷¹⁸ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 521 ss.

tentativa (*conatus proximus*). Embora elaborada para comportamentos que evidenciam a complexidade dinâmica e a recorrência de motivações do agir humano, aquela imagem valeria – agora na velocidade de um raio – mesmo para as situações nas quais o delito é cometido de *impromptu*, ou seja, ali onde o concreto acontecer parece não transpor toda aquele diagrama de fases, etapas ou graus de realização.

[...]

§ 10. Não duvidamos nem colocamos em questão uma tal apreciação cronológica ou linear do crime tentado. Permitimo-nos é ver as coisas de um modo diferente, não tanto para infirmar que a tentativa é um ponto nevrálgico destes problemas mas antes, e por sobre tudo, para questionar ou problematizar o modo como é valorada dentro da lógica que joga com o “perfeito” e o “imperfeito”. Abandonando, para as consequências que aqui relevam, o sentido estritamente moral da expressão, ninguém desconhecerá, especialmente neste campo, que sempre podemos descortinar várias “perfeições”. Assim, aquilo que inicialmente se mostra como imperfeição pode tornar-se em perfeição, Basta mudar o referencial.

Não haverá, portanto, incoerência ou incompatibilidade lógica em se afirmar que, nessa perspectiva de “perfeição”, se é isso o que se atribui à consumação como uma de suas principais características, a tentativa goza também de certa autonomia no âmbito da dogmática jurídico-criminal. E mais ainda, assim se pode entender, segundo as pistas encontradas no âmbito do Código Penal português, como observado por José de Faria Costa⁷¹⁹, quando nos deparamos com o art. 38.º, em que se vê que (4) “Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa”. Isso, segundo pensamos, na esteira do defendido por José Faria Costa, constitui um emblemático exemplo de que a tentativa tem sim sua autonomia, servindo como parâmetro para casos em que ela não existe efetivamente. Tal dispositivo, segundo Jorge de Figueiredo Dias⁷²⁰, consagrou “uma doutrina que a generalidade dos códigos estrangeiros, mesmo os mais modernos, não regula de forma explícita, mas se encontrava vertida no § único do art. 40.º do ProjPG de Eduardo Correia”.

Assim também no âmbito da desistência (art. 24.º)⁷²¹ ou ainda no debate sobre as causas de justificação, notadamente nos casos de consentimento, em que, segundo José de Faria Costa⁷²², vemos o “afastamento do desvalor de resultado e a existência do desvalor de ação”, impõe-se como solução legal a “aplicação analógica do regime da tentativa”. Esse, não percamos de vista, é “um caso de punibilidade da designada tentativa impossível”⁷²³. Eis aí, nas palavras do autor, uma “clara autonomização” da tentativa, em que ela serve como “referente para o castigo” de “atos consumados imperfeitos”.⁷²⁴ Uma categoria dependente,

⁷¹⁹ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 533.

⁷²⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 394.

⁷²¹ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 534.

⁷²² FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 306.

⁷²³ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 334.

⁷²⁴ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 533.

como se advoga majoritariamente, não se prestaria a tal função. Além disso, não se percam de vista os artigos 288.º, 290.º, 308.º, 325.º, 327.º, entre outros,⁷²⁵ em que se percebe a punição de um comportamento que se constituiria numa tentativa de ofensa ao bem/valor/interesse, sendo punida como se um crime consumado fosse. Pode ocorrer, inclusive, o inverso: um evento consumado punido como se fosse um crime tentado, na situação “em que A e B, sem saber um do outro, atiram simultaneamente contra C, o qual vem a falecer em consequência de um dos tiros, embora não se possa comprovar de qual carabina partira o tiro mortal”⁷²⁶, assim como uma decorrência lógica do *in dubio pro reo* e da prevalência da presunção de inocência.

Interessante é a objeção apresentada por Manuel Cavaleiro de Ferreira⁷²⁷ ao art. 38.º, n. 4, do Código Penal, que apresentamos como pista da autonomia da tentativa no contexto do ordenamento português. Segundo o autor, tal dispositivo seria como “um corpo estranho no sistema do Código, dificilmente compreensível e dificilmente aplicável”. O problema por ele identificado é que “o facto, a ser punível, não tem a forma de tentativa”, embora por ela seja o sujeito punido, o que deveria, nas palavras dele, ser encarado como um “equivoco”. Não nos parece que assim o seja, uma vez que o que faz o legislador português nesse exato contexto é apenas tomar de empréstimo a pena correspondente à tentativa, e não desconfigurar a essência do crime consumado em apreço.

Josep-Maria Tamarit Sumalla⁷²⁸ alerta para o fato de que a ideia de que o que vale para a consumação vale também para a tentativa, obviamente, não é compatível com a ideia de que a tentativa seja um tipo que tenha certa independência. Mas isso – prossegue no raciocínio – não pode querer dizer que o silogismo, um ato mecânico puro e simples, seja o mais adequado para resolver a questão.⁷²⁹ E conclui, associando o tema ao dolo eventual, que mais adiante abordaremos, da seguinte forma:

⁷²⁵ Naqueles dois primeiros casos (288.º e 290.º), pune-se, inclusive, com negligência. Jorge de Figueiredo Dias, nesse contexto, fala de “crimes de empreendimento” ou de “atentado”, “aqueles em que se verifica uma equiparação típica entre tentativa e consumação; em que, por conseguinte, a tentativa de cometimento do facto é equiparada à consumação e é como tal jurídico-penalmente tratada”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 315. Para nós, aliás, tal reforça ainda mais o argumento de autonomização da tentativa frente a consumação, e enfraquece o argumento de quem sustenta que “não há uma tentativa em si” ou de que “ninguém tenta um crime”.

⁷²⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019. p. 266-267.

⁷²⁷ CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal – parte geral – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982 – II penas e medidas de segurança*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 441-442.

⁷²⁸ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992. p. 547.

⁷²⁹ Para Miguel Reale, por exemplo, essa é uma “tendência muito nossa de simplificar e empobrecer a vida jurídica, para torná-la uma fria sucessão de silogismos”, que “esbarra diante de fatos e atos que são de evidência

La concepción de los tipos de imperfecta ejecución como tipos de delito dotados de autonomía y sustantividad propia, obliga a fundamentar la decisión a partir de una profundización en la naturaleza y estructura típica de la tentativa, y, previa consideración de grupos de casos, valorar si la punibilidad de la tentativa con dolo eventual puede ser mantenida en todos ellos sin llegar a soluciones sistemáticamente incongruentes o político-criminalmente inconvenientes.

O argumento defendido a partir da proposta de José de Faria Costa, como vimos, não nos parece incoerente, muito menos indefensável do ponto de vista dogmático (basta ajustar as perspectivas sobre os pressupostos: perfeição/imperfeição), sobretudo quando o tipo de sistema com o qual trabalhamos é aquele criteriosamente aberto. É essa, a propósito, não só uma perspectiva coerente sistemicamente, como também recomendável. A tentativa, portanto, ainda com o autor, haverá de ter “o mesmo estatuto normativo que é atribuído aos comportamentos consumados”, no que se explica: “Em sítios diferentes, porque reveladores de intensidades também diferentes, mas estão ambos dentro daquela primeira moldura abstrata de soma não aritmética entre desvalor de intenção e desvalor de resultado”.⁷³⁰

Resta claro que o que não se deve admitir é uma fundamentação baseada pura e simplesmente numa lógica formal,⁷³¹ do tipo matemático, como se o direito, em especial o criminal, pudesse ser espartilhado por regras cegas do *silogismo*. Otto Friedrich Bollnow, a propósito, aduz que “Sempre que uma coisa pareça confirmar outra, que o ponto de partida encontrado com base em um exemplo possa ser transferido sem maior reflexão a outro, onde nossas esperanças pareçam ser por demais confirmadas, aí devemos ficar atentos”⁷³². Segundo o autor, com quem concordamos, a desconfiança é um critério que deve ser cultuado, o que, na problemática aqui enfocada, parece-nos soterrado há muito por um clima de aceitação silogística (meramente dedutiva). José de Faria Costa⁷³³, em linha crítica, ainda que noutro contexto, aduz que, uma vez encarada como científica, o que, evidentemente, não está “na ‘natureza das coisas’”, uma determinada “lei” “antes deriva de uma teia complexa de que faz parte um processo em que se testa a sua falsibilidade e em que se movem ‘escolas’ e

irrecusável, o que não quer dizer que para nós possa o Direito prescindir de estruturas racionais”. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 136.

⁷³⁰ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 527. Sobre o contexto da ideia de *soma*, o autor explica: “Em primeiro lugar, urge repisar que não se compagina aqui qualquer ideia de soma aritmética. Não é uma adição que está em causa. É uma unidade holística. Depois, em segundo lugar, este *soma* também se não deve confundir com aquele outro *soma* enquanto parte percível, apresentando-se, antes, como um parâmetro de sentido normativo que abarca – enquanto moldura geral abstrata que nada tem a ver, frise-se, a traço grosso, com as diferenças molduras penais abstratas de cada um dos tipos legais de crime em espécie que se preveem nos códigos – o desvalor de intenção e o desvalor de resultado que os diversos momentos históricos considerem suficientes para punir um determinado comportamento”. *Op. cit.* p. 528.

⁷³¹ A esse respeito, mais desenvolvidamente, veja-se o item 4 do Capítulo I na Parte II.

⁷³² BOLLNOW, Otto Friedrich. Die Objektivität der Geisteswissenschaften und die Frage nach dem Wesen der Wahrheit, *Zeitschrift für philosophische Forschung*, Bd. 16, H. 1, Jan.-Mär., 1962. p. 15. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/20481238?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em 22 mar. 2019. A tradução é livre.

⁷³³ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 562.

tendências científicas, imputa-se-lhe, de imediato, a validade acrescida, indemonstrada e injustificada, da prerrogativa da insindicabilidade”.

3. Sobre as teorias definidoras da estrutura do dolo eventual

Diga-se, desde logo, que admitir o dolo eventual como uma categoria dogmática legitimamente integrante da teoria do crime impõe problemas e complexidades variadas,⁷³⁴ sobretudo quando se tem de diferenciá-lo da negligência consciente. É nesse espaço discursivo que ele se situa, na fronteira entre uma coisa (dolo) e outra (negligência). É justo aí que as teorias abundam de maneira “infundável”⁷³⁵. Disso, aliás, de uma maneira mais geral, já demos algumas pistas no curso da presente investigação (sobretudo no Capítulo I, item 4, subitem 4.1). Já mencionamos algumas perspectivas teóricas a respeito do tema, mas é aqui que surge, de maneira ainda mais intensa, a necessidade de aprofundar e de deixar claramente fundamentada a opção acolhida na sequência do item que agora se inaugura.

Há quem sustente – da nossa perspectiva, de maneira aparentemente coerente – que uma tal modalidade de dolo, ao menos em ambiente que se pretende democrático, é insustentável. Nessa linha de argumentação, conforme não nos deixa esquecer José de Faria Costa⁷³⁶, podem-se identificar, por exemplo, Carl Ludwig von Bar⁷³⁷ e Carl Stooss⁷³⁸. Sobre o primeiro, um dos mais ferrenhos opositores da existência de um dolo eventual, segundo Ingeborg Puppe⁷³⁹, “más bien hay que concordar con el juicio que emitió von Bar hace más de 100 años, sobre la concepción del *dolus eventualis* como sustituto de la voluntad”. O autor sustenta que tal categoria era “só um fantasma que induz a erros e, por isso, desconcertante, apropriada para fazer cair em descrédito a justiça penal perante o povo”⁷⁴⁰.

Na Argentina, com base na prescrição do Código Penal (art. 42), há sérias dúvidas sobre a possibilidade de utilização do dolo eventual para efeito de responsabilização criminal.

⁷³⁴ TENCA, Adrián Marcelo. *Dolo eventual* – viabilidad de su aplicación a los delitos en particular. Diferencias con la culpa. Política criminal. Autoría. Participación. Tentativa. Crisis de la figura jurisprudencia aplicable. Buenos Aires: Astrea, 2010. p. 35 ss.

⁷³⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal* – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 368.

⁷³⁶ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 427.

⁷³⁷ BAR, Carl Ludwig von. *Gesetz und Schuld im Strafrecht*. Band II. Berlin: J. Guttentag, 1907. p. 304.

⁷³⁸ STOOSS, Carl. Dolus eventualis und Gefährdung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 15, 1895. p. 200.

⁷³⁹ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia* – comentario al §15 del código penal alemán. Trad. Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2009. p. 132.

⁷⁴⁰ BAR, Carl Ludwig von. Dolus eventualis? *ZStW*, 18, 1898. p. 534. A tradução é livre. Veja-se ainda: BAR, Carl Ludwig von. *Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte*. Leipzig: Tauchnitz, 1871. p. 35 ss.

Mariano Hernán Gutiérrez⁷⁴¹ defende que “la categoría dogmática que se conoce como dolo eventual no se encuentra justificada en una teoría del delito garantista o constitucionalmente estricta que puede surgir del análisis de la ley argentina”. Para o autor, em interpretação sobre a expressão “fin”, utilizada pelo legislador argentino, por não ser o mesmo que “voluntad”, o dolo eventual não tem previsão no ordenamento argentino.⁷⁴² Segundo ele, “Una interpretación natural de la palabra *fin* nos llevaría a concluir que del *fin* al *dolo* como ‘voluntad’ o como ‘consentimiento’, hay un salto interpretativo nada claro ni mucho menos estricto”.⁷⁴³ Interpretar a existência de um dolo eventual no ordenamento argentino, segundo o autor, seria uma expansão antigarantista.⁷⁴⁴ Para Mariano Hernán Gutiérrez, com quem concordamos, “Así como con muchos conceptos en la teoría del delito, con El llamado ‘dolo eventual’ se suele olvidar que solo debe ser un instrumento útil que debe permitir una mejor y más coherente comprensión de las limitaciones del poder penal”.⁷⁴⁵

A perspectiva de Franz von Liszt⁷⁴⁶, por sua vez, se analisada isoladamente, com base em apenas um dos seus muitos escritos, pode nos levar a concluir equivocadamente que ele não admitia a figura do dolo eventual. Apesar da crítica que faz à mencionada categoria dogmática, em que chega a atribuir ao dolo eventual o rótulo de “uma invenção de juristas doutrinadores reaccionários”⁷⁴⁷, o autor a admite como forma de se alcançar o crime tentado, o que, para nós, como já se antecipou, é bastante controverso. A crítica, num primeiro momento, nos levaria a acreditar que a utilização do dolo eventual, se admitida como legítima, se restringiria a casos muito graves e pontuais, dada a mencionada ideia de *invenção*, o que também nos levaria a associá-lo a uma certa *artificialidade*. Mas isso não é o que se dá na sequência do raciocínio do autor. Segundo o jurista alemão, embora ele mesmo admita certo tipo de confusão, para o crime tentado seria suficiente o dolo eventual.

⁷⁴¹ GUTIERRÉZ, Mariano Hernán. Contra el dolo eventual. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal: criminología, teoría y praxis*, Buenos Aires, v. 1, n. 1, 2002. p. 235.

⁷⁴² GUTIERRÉZ, Mariano Hernán. Contra el dolo eventual. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal: criminología, teoría y praxis*, Buenos Aires, v. 1, n. 1, 2002. p. 238.

⁷⁴³ GUTIERRÉZ, Mariano Hernán. Contra el dolo eventual. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal: criminología, teoría y praxis*, Buenos Aires, v. 1, n. 1, 2002. p. 242.

⁷⁴⁴ GUTIERRÉZ, Mariano Hernán. Contra el dolo eventual. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal: criminología, teoría y praxis*, Buenos Aires, v. 1, n. 1, 2002. p. 247.

⁷⁴⁵ GUTIERRÉZ, Mariano Hernán. Contra el dolo eventual. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal: criminología, teoría y praxis*, Buenos Aires, v. 1, n. 1, 2002. p. 258.

⁷⁴⁶ LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal* – tomo III. 3. ed. Trad. Luis Jiménez de Asua. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1987. p. 4.

⁷⁴⁷ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v. I, 1984. p. 699. No mesmo sentido, também em: FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 427. A obra de referência é: LISZT, Franz von. *Die Behandlung des dolus eventualis im Strafrecht und StrafprozeD. Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Band II. Berlin: J. Guttentag, 1905. p. 281.

Também José Beleza dos Santos⁷⁴⁸, pioneiro nesse tipo de debate em Portugal, explora as controvérsias existentes sobre o dolo eventual, o que serve também para demonstrar que não é pacífica a legitimidade dessa categoria dogmática na estrutura da teoria do crime⁷⁴⁹. Em reflexão crítica, o autor, que relembra René Griffon⁷⁵⁰, adverte que o dolo não poderia “ser constituído pela *previsão* de um possível resultado a que não tendia o esforço do agente”. E ainda, “referindo-se àqueles que querem ver uma modalidade de *dolo* nos casos em que o agente, prevendo o facto como *possível*, se *conforma* com sua produção, isto é, o *aceita*”, argumenta “que esta doutrina leva ao absurdo de fazer dizer ao agente do facto: ‘eu não quero produzir um resultado, mas, se êle acontecer, então tê-lo-ei querido’”, o que seria “logicamente inadmissível”. E arremata: “segundo esta corrente doutrinal, só pode haver *dolo directo* e fora dele, existe unicamente a *simples culpa*”.

O catedrático de Coimbra segue sua reflexão chamando a atenção para o fato de que o nóculo problemático reside “essencialmente sôbre a qualificação do elemento *subjectivo* nestes casos duvidosos”. E aponta para os seguintes cenários racionalmente possíveis: “a) há sempre dolo; b) há sempre culpa; c) há uma terceira modalidade do elemento subjectivo que não é dolo nem culpa; d) em certos casos há dolo e noutros simples culpa”⁷⁵¹. O arremate é que “Por isso, posta a questão no terreno da pura noção psicológica da vontade, têm razão os que condenam em nome dela o *dolo eventual* e só admitem o *dolo directo*”⁷⁵². No entanto, “Numa palavra, deve reputar-se doloso não só o que foi *querido* na accepção restritiva da palavra, mas aquilo que *juridicamente* deve tratar-se *como se fosse querido*”, no que conclui: “Como sucede com outros conceitos, este é o dever ser essencialmente jurídico, isto é, elaborado segundo as exigências do direito e não segundo noções preconcebidas de outras ciências”⁷⁵³.

Ainda na linha crítica de análise da legitimidade de um dolo do tipo eventual, Otto Liepmann⁷⁵⁴ chegou mesmo a afirmar que “no era sino una expresión de la justicia de clases, pues en definitiva toda decisión al respecto llevaba siempre a concluir que era el pobre diablo

⁷⁴⁸ BELEZA DOS SANTOS, José. Crimes de moeda falsa (continuado do n. 2.402, p. 306). *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 66, n. 2.503, 1934. p. 321.

⁷⁴⁹ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984. p. 700.

⁷⁵⁰ GRIFFON, René. *De l'intention en droit penal*. Paris: Sirey, 1911.

⁷⁵¹ BELEZA DOS SANTOS, José. Crimes de moeda falsa (continuado do n. 2.505, p. 355). *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 66, n. 2.506, 1934. p. 369.

⁷⁵² BELEZA DOS SANTOS, José. Crimes de moeda falsa (continuado do n. 2.507, p. 387). *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 66, n. 2.508, 1934. p. 404.

⁷⁵³ BELEZA DOS SANTOS, José. Crimes de moeda falsa (continuado do n. 2.508, p. 404). *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 67, n. 2.509, 1934. p. 3.

⁷⁵⁴ LIEPMANN, Otto. *Apud* BUSTOS RAMIREZ, Juan. Política criminal y dolo eventual. *Revista Jurídica da Catalunya*, II, 1984. p. 29.

el que actuaba com dolo eventual”. Juan Bustos Ramírez⁷⁵⁵, ao associar tal categoria conceitual a uma perspectiva de viés autoritário, argumenta que no dolo eventual há a substituição de um processo real por outro “totalmente hipotético”, e que uma explicação dogmática teria de dar lugar a um “argumento de carácter exclusivamente político-criminal”.

Não é à toa que Mariano H. Silvestroni⁷⁵⁶ tem defendido que o dolo eventual “Es, ni más ni menos que aplicación analógica del concepto de dolo a un caso donde existe una culpa que, por su gravedad o dañosidad, no se quiere considerar como tal”. O autor ainda adverte claramente que “Si bien esto no se quiere reconocer, el dolo eventual no es dolo. El dolo eventual no existe. Es una culpa muy grave que se trata como si fuera dolo”.

Patricia Laurenzo Copello⁷⁵⁷ diz, por sua vez, que “El *dolo eventual* es una forma de dolo donde tanto el conocimiento y la voluntad están debilitados”. Segundo explica: “En el dolo eventual el sujeto tiene conocimiento que es posible el resultado pero no está seguro, además no lo quiere como fin de su acción”. E acresce: “Existe una tendencia mayoritaria que coloca al dolo eventual en el limite com la culpa, en este sentido, no se puede inferir nada respecto del dolo”. Para a autora, “En este punto se debe tener presente que la definición del dolo eventual es un problema independiente al del dolo”. Não há, portanto, como rapidamente se percebe, quem duvide na doutrina jurídico-criminal das enormes dificuldades em se considerar um dolo do tipo eventual como forma de responsabilização legítima.

Não obstante as conhecidas críticas, Patricia Laurenzo Copello⁷⁵⁸, em outro momento, recorda-nos ainda que tanto Wolfgang Frisch⁷⁵⁹ quanto Rolf-Dietrich Herzberg⁷⁶⁰ advertem “que es innecesario y al mismo tiempo peligroso, mantener al dolo eventual como una forma especial de conducta dolosa, porque de ahí proviene el frecuente equívoco de considerarlo

⁷⁵⁵ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Política criminal y dolo eventual. *Revista Jurídica da Catalunya*, II, 1984. p. 33.

⁷⁵⁶ SILVESTRONI, Mariano. H., *Teoría constitucional del delito*. Buenos Aires: del Puerto, 2007. p. 264-265.

⁷⁵⁷ COPELLO, Patricia Laurenzo. El estado actual de las teorías del dolo y su reflejo en el derecho penal positivo. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, 7/8, n. 12, p. 509-519., 2002. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=41943. Acesso em: 17 abr. 2020. p. 513.

⁷⁵⁸ COPELLO, Patricia Laurenzo. Algunas reflexiones críticas sobre la tradicional división tripartita del dolo. CERESO MIR, José [et al]. *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos: libro homenaje al professor doctor Don Ángel Torío López*. Granada: Comares, 1999. (Estudios de derecho penal). p. 134.

⁷⁵⁹ FRISCH, Wolfgang. Vorsatz und Risiko – Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes; zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen. Köln/Berlin/Bonn/München: Heymann, 1983. p. 496. Na interpretação de Pedro Jorge Costa, ao partirmos do mencionado autor na obra indicada, “o componente mínimo do dolo é o conhecimento”, bastando esse, no entanto, “sem nenhuma exigência adicional, o dolo seria único, perdendo a razão de ser o dolo eventual”. O autor advoga que “para o conhecimento, é necessária a percepção não só do objeto como tal, mas dele como portador de dimensão de desvalor que o faz tipicamente relevante. Por essa via o autor alemão liga o conhecimento e a razão da maior punição para o crime doloso”. COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 122 ss.

⁷⁶⁰ HERZBERG, Rolf-Dietrich. Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung von bewusst fahrlässigen Verhalten. *JZ*, 1988. p. 575.

como un tipo ‘debilitado’ de dolo”. Para a autora, admitir diversas formas de dolo se constitui num “serio obstáculo que acaba por atomizar el concepto, impidiendo que despliegue la función que le es propia”. Ainda com a autora, as modernas “teorias puras do conhecimento” têm deixado num plano secundário elementos diferenciadores (como aqueles atrelados à *vontade*) para focar “en aquellos elementos mínimos necesarios para fundamentar el juicio de desvaloración preferente propio del delito doloso”.

São essas, apenas para ilustrar, algumas das diversas perspectivas críticas existentes na construção e na aceitação que se alega como legítima do dolo eventual. Não é por acaso que Juarez Tavares⁷⁶¹, diante das sentidas incertezas, reconhece que “A preocupação da doutrina, no entanto, foi sempre no sentido de legitimar a figura do dolo eventual, como espécie de dolo”, o que leva o autor a concluir que não se nutre apenas um esforço em distinguir essa modalidade de dolo da culpa consciente, mas sobretudo em se mostrar que é ela uma legítima categoria dogmática em ambiente democrático. O fato é que, apesar das resistências, o dolo eventual tem sido aceito e previsto na generalidade dos ordenamentos jurídicos espalhados pelo mundo, cujas primeiras teorias, segundo Pedro Jorge Costa⁷⁶², mais contemporaneamente, remontam às formulações de autores como Benedict Carpzov⁷⁶³ (*dolus indirectus*)⁷⁶⁴ e Christian Wolff⁷⁶⁵ (*dolus eventualis*).

Entretanto, esse ponto de viragem, de um *dolus indirectus* (mais objetivo) para um *dolus eventualis* (mais subjetivo), dirá Pedro Jorge Costa⁷⁶⁶, é de origem ainda bastante controvertida na doutrina.⁷⁶⁷ Enquanto uns advogam a importância de Carl Joseph Anton Mittermaier⁷⁶⁸, outros apontam para a fundamental contribuição de Ludwig Harscher von

⁷⁶¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019. p. 347.

⁷⁶² COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 79.

⁷⁶³ CARPZOV, Benedict. *Practicae novae imperialis Saxonicae rerum criminalium*. Wittebergae: T. Mevius & E. Schumacher, 1677.

⁷⁶⁴ Atribuído sobretudo aos esforços de Covarrubias, para quem o querer da conduta alcançaria também os resultados advindos dela. Mais desenvolvidamente em: RONCO, Mauro. *Le Radici Metagiuridiche del Dolo Eventuale*. Studi in onore Mario Romano. V. 2. Napoli: Jovene, 2011. p. 1180. E ainda vale a leitura de: PEREDA, Julian. *Covarrubias penalista*. Barcelona: Bosch, 1959; GARCÍA SÁNCHEZ, Justo; GARCÍA FUEYO, Beatriz; COVARRUBIAS Y LEYVA, Diego de. *Diego de Covarrubias y Leyva: Summa de delictis et eorum poenis*. Año 1540 (primer tratado de derecho penal, parte especial, en Europa). Oviedo: Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, 2018.

⁷⁶⁵ WOLFF, Christian. *Philosophia Pratica Universalis Methodo Scientifica Pertractata* – part. 1 (1739). Whitefish: Kessinger Publishing, LLC, 2010.

⁷⁶⁶ COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 79.

⁷⁶⁷ DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo: svolgimento storico del concetto* – v. I. Milano: Giuffrè, 2007. p. 143 ss.

⁷⁶⁸ PUPPE, Ingeborg. Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin: B 103, 1991. p. 28-29. Recomenda-se: MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse* – nach der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und deutsche Gesetzbücher in Vergleichung mit den Ansichten des englischen und französischen Strafverfahrens. Darmstadt: Heyer, 1834.

Almendingen⁷⁶⁹ como o precursor moderno dessa categoria dogmática. Ainda segundo Pedro Jorge Costa⁷⁷⁰, “As teorias mais relevantes nessa evolução do *dolus indirectus* ao *dolus eventualis* foram a do *animus eventualis* de Böhmer e a da *volitio indirecta* de Gläntzer”⁷⁷¹, que, como se percebe, enfocam mais dedicadamente o elemento volitivo, o que, a partir da ideia do “agir apesar”, tendo a discussão passado por nomes como Graf Soden e Wilhelm Ernst Christiani, nos levará mais recentemente à contribuição de Reinhard Frank⁷⁷².

O fato é que essa categoria dogmática sempre enfrentou, desde o nascimento, inúmeras dificuldades (e reservas) conceituais para se encaixar adequadamente na teoria do crime em ambiente democrático. Não é por acaso, repise-se, que Pedro Jorge Costa⁷⁷³ nos lembra que Christoph Carl Stübel⁷⁷⁴ em 1795 já se insurgia contra um dolo de categoria eventual, sob o argumento de que “punir ações pela mera possibilidade de delas derivar conduta proibida paralisaria a sociedade, tornando os homens ‘criaturas inertes e inúteis’”. Em termos aproximados, segundo sustenta Gabriel Pérez Barberá⁷⁷⁵, Karl Ludwig Wilhelm von Grolmann⁷⁷⁶, resistindo a uma tal modalidade de dolo, também se posicionava. Na mesma linha argumentativa de resistência se posicionava Carl Stooss⁷⁷⁷, para quem o dolo eventual era insuficiente para os crimes de lesão, uma vez que não se poderia querer o resultado.

Nesse passo, assim como no caso da tentativa, perspectiva-se, com José de Faria Costa⁷⁷⁸, que “a aceitação da ideia de dolo eventual implica também, se bem que por razões diferentes das de BINDING, um alargamento [nesse caso, para nós, demasiadamente perigoso e indevido] das condutas jurídico-penalmente puníveis”. Arremata o autor: “O sancionar como dolosa a

⁷⁶⁹ LACMANN, W. Willen und Wollen in ihrer Bedeutung für das Vorsatzproblem. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin: B 30, 1910. p. 794. Recomenda-se: ALMENDINGEN, Ludwig Harscher von. *Darstellung der rechtlichen Imputation*. Giesen: Tasché und Müller, 1803.

⁷⁷⁰ COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 80.

⁷⁷¹ O autor ressalta as controvérsias ainda existentes e a leitura que lhe permitiu a interpretação do trecho enfocado: SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts: Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina bis Carpzov*. Aalen: Scientia, 1986. p. 126-127.

⁷⁷² FRANK, Reinhard. Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, B. 10, 1890. p. 173.

⁷⁷³ COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 83. Toda a construção do parágrafo é feita tomando por base essa referência.

⁷⁷⁴ STÜBEL, Christoph Carl. *System des allgemeinen peinlichen Rechts – mit Anwendung auf d. in Chursachsen geltenden Gesetze besonders zum Gebrauche für academ. Vorlesungen*. Leipzig: Sommer, 1795. p. 79. A tradução é retirada do próprio Pedro Jorge Costa.

⁷⁷⁵ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual – hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 171 ss.

⁷⁷⁶ GROLMANN, Karl Ludwig Wilhelm von. *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft – nebst einer systematischen Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetze*. Giessen: Heyer, 1798.

⁷⁷⁷ STOOSS, Carl. Dolus eventualis und Gefährdung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, B. 15, 1895. p. 200.

⁷⁷⁸ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v. I, 1984. p. 700. A interpolação é nossa.

conduta em que o agente prevê o resultado como possível e em que ‘se acomoda no seu foro íntimo aquela consequência’ não pode deixar de constituir uma extensão da punibilidade a título de dolo”. Também para nós (embora não pelas mesmas razões), esse pretendido *alargamento* punitivo em termos dolosos, tal como observado por Tomás Salvador Vives Antón⁷⁷⁹, parece tradicionalmente moldado “sobre a base de uma *gramática* defeituosa”.

O tema, portanto, para o início da explanação, além de bastante controverso, é árido, com fundamentação, delimitação e (especialmente) prova extremamente complicadas e imprecisas – isso para dizermos o mínimo –,⁷⁸⁰ o que tem dificultado sua estruturação em níveis aceitáveis de coerência e segurança jurídica num ambiente democrático. Para piorar esse cenário de pulverização doutrinária, a produção acadêmica específica a respeito do tema, ao que nos parece, não tem correspondido às suas necessidades de aprofundamento – sobretudo pelas consequências mais gravosas que a utilização do dolo eventual impinge à liberdade alheia, uma vez que um crime doloso, como se sabe, implica uma punição/privação da liberdade mais intensa do que aquele negligente, quando possível, para o mesmo crime –, embora sua utilização prática seja relativamente frequente, sendo, portanto, raro nos depararmos com um código que, como dissemos, não preveja a responsabilização criminal por dolo eventual.

É evidente que existem muitas pesquisas dedicadas ao dolo nas ciências jurídico-criminais, mas especificamente sobre o dolo eventual e seus elementos, ao menos em língua portuguesa, o que se observa é que o assunto tem sido tratado, na generalidade, como parte de uma análise mais ampla (em manuais, por exemplo), em paralelo, portanto, com outras questões. Será ainda possível encontrarmos artigos científicos a respeito, que abordam a temática não propriamente ao estilo *en passant* (como no bojo de um manual); eles são o que são: espaços pouco demorados, que servem mais para inaugurar um debate, apresentar pistas e apontar caminhos, mas não propriamente para a defesa de uma *tese*. O que nos parece é que o interesse especificamente pelo dolo eventual e suas dificuldades de legitimação e, em

⁷⁷⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Reexame do dolo. BUSATO, Paulo (Coord.). *Dolo e Direito Penal – modernas tendências*. 3. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019. p. 103.

⁷⁸⁰ A defesa da necessidade de um debate processual sobre o dolo eventual pode ser encontrada em: PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko – Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1993. p. 359. Além disso, sobre “fórmulas práticas” elaboradas por parte da doutrina para distinguir o dolo eventual da negligência consciente, Juarez Tavares, observando-se que uma delas [a de Frank] utiliza um critério unicamente processual, argumenta que “fica na dependência do juiz, o qual a decidirá então com base em uma formulação psicológica hipotética, que normalmente está vinculada à personalidade do sujeito”, o que gera uma “total instabilidade no âmbito do injusto, porque a imputação deixa de seguir caminhos objetivos e demarcados para submeter-se a caprichos ou pré-compreensões de quem irá decidir”, consagrando-se um repudiável “direito penal do autor”. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019. p. 355.

especial, de delimitação não tem se constituído no foco principal de uma investigação mais pormenorizada e demorada, como no caso de uma *tese doutoral*.⁷⁸¹

A questão abordada tem sido apresentada no contexto de livros, manuais, ensaios e artigos que enfocam também outras questões, ou, quando se debruçam sobre o dolo eventual, o fazem de maneira relativamente sucinta. Essa é a impressão que tivemos quando da pesquisa, *in loco*, a partir da utilização das expressões “dolo eventual” e “*dolus eventualis*”, esta última comum entre os autores alemães,⁷⁸² no banco de dados das universidades de Coimbra, em Portugal, de Salamanca, na Espanha, bem como no *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*,⁷⁸³ em Freiburg, na Alemanha. Além das mais variadas instituições no Brasil, com garantido destaque para a biblioteca do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, seguramente um dos acervos mais robustos da América Latina. Não fosse pela riqueza de informações constantes nas poucas obras dedicadas especificamente ao tema – sendo a maior parte delas datadas do século passado, embora saibamos o quão rápido esses debates evoluem –, teríamos sérias dificuldades em avançar nos argumentos aqui expostos.

Mesmo a despeito de todas as dificuldades dispostas pelo caminho nesse debate, absolutamente nada se compara aos percalços encontrados na análise dos critérios de sua delimitação e, por consequência, de sua diferenciação diante da negligência consciente. Ingeborg Puppe⁷⁸⁴ chega mesmo a afirmar que, nessa área, é tudo muito *impreciso* e *vago*. Tanto é assim que Claus Roxin⁷⁸⁵ sustenta que a assertiva “constituye uno de los problemas más importantes y difíciles de la teoría general del derecho penal”. Importa porque, nas

⁷⁸¹ Em língua espanhola, no bojo de teses doutorais, destacam-se merecidamente: PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual* – hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Dolo como concepto objetivo. Dolo e imprudencia: relación y delimitación. Datos psíquicos: relevancia. Prueba del dolo en el proceso penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2010; DÍAZ PITA, Maria del Mar. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo blanch, 1994; Além disso, veja-se ainda: FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Dolo eventual*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2018. Em Itália, por exemplo, tem-se: PAONE, Nicola Erminio. *Dolo eventuale ed imputazione soggettiva dell'evento del reato. Tesi di Dottorato di ricerca in “sistema penale integrato e processo” XXV ciclo*, Università Degli Studi di Napoli “FEDERICO II”, 2013.

⁷⁸² É também comum a utilização da expressão “*Eventualvorsatz*”, para a qual, na base de dados da mencionada biblioteca do Max-Planck-Institut, em Freiburg, são encontradas três obras apenas. Disponível em: https://aleph.mpg.de/F/A7N2VXNL7QAD6ARNCDLXPRHGNT32P35X42EFP8S2D23177YHI-04569?func=find-b&request=Eventualvorsatz&x=0&y=0&find_code=WRD. Acesso em 05.02.2022.

⁷⁸³ Cujo nome atual é *Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht*.

⁷⁸⁴ PUPPE, Ingeborg. A determinação do conceito do dolo eventual e sua prova em juízo. *24º Seminário Internacional de Ciência Criminais*, São Paulo, 31. ago. 2018. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/951-24o-edicao-do-Seminario-Internacional-de-Ciencias-Criminais. Acesso em 10. jul. 2019.

⁷⁸⁵ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual* – hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Dolo como concepto objetivo. Dolo e imprudencia: relación y delimitación. Datos psíquicos: relevancia. Prueba del dolo en el proceso penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2010. p. 31. Prólogo. Da mesma forma em: ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Band I. 2. Aufl. München: C. H. Beck, 1994. p. 356.

palavras dele, “de dicha distinción depende o bien la punibilidad misma del hecho, como sucede en la mayoría de los casos a raíz de la ausencia de una conminación penal para el delito imprudente, o bien, por lo menos, la intensidad de la pena”. Nesse contexto, José de Faria Costa⁷⁸⁶, resumidamente (e com amparo naquilo argumentado por Edmund Mezger/Hermann Blei⁷⁸⁷), arremata que “o dolo eventual é o âmbito da dúvida”, esse é o seu “símbolo”, arrastando consigo “toda uma conjuntura de representação simbólica e de ciência nada propícia a uma definição legal”.⁷⁸⁸ Segundo Diethart Zielinski⁷⁸⁹, o dolo eventual ou *dolus eventualis* estaria caracterizado com “El actuar con inseguridad – el autor no está seguro de la realización del tipo, solamente la considera posible”.

A temática proposta, de preocupação mais incisiva com a limitação/definição conceitual do dolo eventual, para nós, goza de importância acrescida pela seguinte razão: o Código Penal português, como a maioria dos códigos, conforme destacado por Claus Roxin⁷⁹⁰, é um daqueles que estabelece como regra a punibilidade pela prática de um crime pela via dolosa, obrigando-se o legislador a impor textualmente, em cada caso que lhe convier,⁷⁹¹ a punição para um crime pela via negligente.⁷⁹² Se estivermos diante de um crime cuja responsabilização somente se daria por sua realização na modalidade dolosa – como ocorre, repise-se, na maioria dos casos –, a constatação de que, ao invés de um dolo eventual, na realidade, temos uma negligência consciente, isso nada mais seria do que o passaporte para o gozo desembaraçado da liberdade ambulatorial. Não haveria responsabilização, portanto. Por isso nos parece imprescindível jogar luz sobre essa região fronteira um tanto quanto obscura, em que se representa, em última instância, a diferença entre a prisão e a liberdade.

Por outro lado, se chegássemos a identificar o dolo eventual no comportamento do sujeito e não nos fosse possível advogar a impunibilidade do fato, tal como nas circunstâncias acima dispostas, ainda na esteira da reflexão de Claus Roxin, a punição imposta haveria de ser necessariamente condizente com o tipo de dolo identificado, ou seja, na exata medida de sua

⁷⁸⁶ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 426. Sobre a ideia de que o dolo eventual é “o símbolo da própria dúvida”: *Op. cit.* p. 541.

⁷⁸⁷ MEZGER, Edmund. BLEI, Hermann. *Strafrecht* – 1. 18. Aufl. München: C. H. Beck, 1983. p. 115. E ainda: GEPPERT, Klaus. Zur Abgrenzung von bedingter Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit. *JURA* 11, 1986. p. 610.

⁷⁸⁸ Assim também: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Jurisprudência criminal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. Trecho especificamente sobre o dolo eventual e a dúvida disponível em: http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171003004319-dolo_eventual.pdf. Acesso em 9.6.2021.

⁷⁸⁹ ZIELINSKI, Diethart. *Dolo e imprudencia* – comentario a los §§15 y 16 del Código Penal alemán. Trad. Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2003. p. 83.

⁷⁹⁰ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Band I. 2. Aufl. München: C. H. Beck, 1994. p. 356.

⁷⁹¹ Desenvolveremos melhor sobre a atuação e as conveniências do legislador em matéria criminal no item 2, do Capítulo III, da Parte II.

⁷⁹² Artigo 13.º Só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência.

intensidade, tendo em vista que esse tipo de dolo, na generalidade, tem sido encarado como uma forma *mais leve* do que aquela presente no dolo direto. Providência essa que, aliás, vem determinada explicitamente no artigo 71.º, 2, b, do próprio Código Penal Português.⁷⁹³ Conforme destacado por Hans-Heinrich Jescheck⁷⁹⁴, “Der Unrechts-und Schuldgehalt des bedingten Vorsatzes ist geringer als der beiden anderen Vorsatzarten, weil der Erfolg hier weder angestrebt wird noch sicher ist, sondern dem Lauf der Dinge überlassen bleibt”.

Manuel Cavaleiro de Ferreira⁷⁹⁵, ao provocar o debate sobre a previsão do código português (art. 14.º-3), aduz que “No dolo eventual há um enfraquecimento até ao limite que a lei pretende indicar mediante um critério que servirá como critério orientador”. Segundo ele constata, “o enfraquecimento que se verifica tem lugar tanto na consciência ou elemento cognoscitivo como na vontade ou elemento volitivo”. No primeiro caso, “entre conhecer e prever e não conhecer e não prever (representar-se ou não se representar) o facto ilícito, há inúmeras posições intermédias”. Para o autor, “Não há uma rígida dicotomia entre previsão do facto como certo ou como impossível. Pode prever-se também como muito provável ou provável, ou como possível em grau diverso”. Quanto ao elemento volitivo, “o seu enfraquecimento é também progressivo de maneira a tornar difícil a própria indicação de um critério genérico”. Mais adiante, num tom provocativo sobre a ideia de representação, questiona: “no dolo eventual faz uma prognose, uma previsão dubitativa dessa realização [do crime]. Nisso consiste o grau inferior, a degradação relativa do elemento cognoscitivo. Até onde?”. Esse é o problema: encontrar limites relativamente claros nesse cenário obscurecido.

Não custa lembrar que sobre as modalidades de dolo e de negligência, com um sucinto inventário teórico, já discorremos (item 4.1. do Capítulo I da Parte I), mas tudo na exata medida que nos pareceu adequada para uma contextualização do que nesse momento se desenvolveria. Como logo se vê, o que aqui há de nos interessar mais propriamente é a discussão existente sobre essa específica forma de dolo: o eventual. O que nos permitiria diferenciá-lo da negligência consciente? O problema é que inúmeras são as teorias possíveis e, com isso, inúmeras são as possibilidades de responsabilização com base em um critério demasiadamente controvertido, o que, segundo pensamos, deveria inibir sua utilização. Mas

⁷⁹³ Artigo 71.º Determinação da medida da pena - [...] 2 - Na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente: [...] b) A intensidade do dolo ou da negligência; A presente constatação pode ser encontrada em: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 377-378.

⁷⁹⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humblot, 1978. p. 240.

⁷⁹⁵ CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal – parte geral – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982 – II penas e medidas de segurança*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 295-296. A interpolação é nossa.

não é o que parece acontecer. Seja como for, por maior que seja o esforço, por mais elaborada que seja a solução legal ou doutrinária nesse aspecto da teoria do crime, em que se discutem elementos psíquicos, fazemos coro com Manuel Cavaleiro de Ferreira⁷⁹⁶, para quem acertadamente “Nenhuma fórmula suprime as dificuldades da sua aplicação”.

Embora se perspectivem enormes dificuldades para se encaixar adequadamente essas definições no âmbito do sistema da teoria do crime em ambiente democrático, há, evidentemente, quem se debruce sobre o tema e proponha respostas. Nesse contexto, um dos trabalhos mais lembrados, sobretudo porque fruto de sua tese de doutoramento, é o de Maria del Mar Díaz Pita⁷⁹⁷. A autora estabelece uma metodologia que, além de dividir o desenvolvimento de sua investigação em critérios de delimitação, dissecar o dolo eventual a partir de níveis diferentes de elementos: o cognitivo e o volitivo. Na sequência, debruçamo-nos sobre a ideia de risco e sobre as teorias de Arthur Kaufmann⁷⁹⁸ (da *vontade ativa de evitação*) e Urs Konrad Kindhäuser⁷⁹⁹ (do *erro sobre a capacidade preventiva*).

Como constata Juarez Tavares⁸⁰⁰, as “elaborações doutrinárias”, em especial aquelas relacionadas à diferença entre o dolo eventual e a negligência consciente – aquelas que tentam estabelecer os *limites* entre uma coisa e outra –, traduzidas por “teorias da probabilidade, consentimento, sentimento e outras, só se mostram válidas quando tomadas no complexo da situação de fato ou, mais precisamente, no contexto global da execução dos meios causais, conforme a relação entre a orientação da conduta e seu objeto de referência”. Segundo o autor, com amparo em Wilhelm Sauer⁸⁰¹ (a quem se atribui inicialmente sua elaboração), no caso, por exemplo, do que se encara como teoria da probabilidade, “a diferença entre dolo eventual e negligência consciente se efetiva através do processo de representação”. Conclui que, “se o resultado era provável ao agente, trata-se de dolo eventual”.

Para a teoria do consentimento, ainda com Juarez Tavares, agora amparado em Jürgen Baumann⁸⁰², a proposta é que se exija “a aceitação ou a conformação do agente para com a realização do tipo e a verificação do resultado, daí a invocação das conhecidas fórmulas de

⁷⁹⁶ CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal – parte geral – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982 – II penas e medidas de segurança*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 297.

⁷⁹⁷ DÍAZ PITA, Maria del Mar. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo blanch, 1994.

⁷⁹⁸ KAUFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito – las repercusiones de la teoría de la acción y de la teoría de la culpabilidad sobre los límites del dolo. Trad. R. F. Suárez Montes. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. XIII, fasc. II, 1960. p. 185 ss.

⁷⁹⁹ KINDHÄUSER, Urs Konrad. Der Vorsatz als Zurechnungskriterium, *ZStW* 96, 1984. p. 1 ss.

⁸⁰⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 300.

⁸⁰¹ SAUER, Wilhelm. *Grundlagen des Strafrechts - nebst Umriss einer Rechts und Sozialphilosophie*. Berlin/Leipzig: de Gruyter, 1921. p. 618.

⁸⁰² BAUMANN, Jürgen. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. Bielefeld: Gieseking, 1975. p. 410.

Frank,⁸⁰³ destinadas a servir de modelo de orientação para se pesquisar a verdadeira intenção do agente”. Sobre os aspectos da aceitação e da conformação, Jorge de Figueiredo Dias⁸⁰⁴ esclarece, no âmbito do que ele denomina de “teorias da conformação”, que, mesmo sob o argumento contrário de Manuel Lopes Maia Gonçalves⁸⁰⁵ (que aponta para uma “teoria da aceitação”), “é ela [a conformação] que consta expressamente do art. 14.º-3” do Código Penal português, com a qual, aliás, teremos de seguir. Segundo Figueiredo Dias, “ela parte da ideia de que o dolo pressupõe algo mais do que o conhecimento do perigo de realização típica”. Assim, “o agente pode, apesar de um tal conhecimento, *confiar*, embora levemente, em que o preenchimento do tipo se não verificará e age então só com negligência (consciente)”. E arremata: “Por isso pôde Eduardo Correia, no seu ensino – vazado no art. 11.º, § 2, do seu ProjPG –, avançar como critério do dolo eventual o facto de o agente actuar não confiando em que o resultado se não verificará”. O interessante é perceber que um *objetivista* como Eduardo Correia tenha apresentado uma conceituação mais alargada da punibilidade do dolo eventual do que aquela aprovada, isto é, do que aquela atualmente prescrita.⁸⁰⁶ Segundo destacado por José de Faria Costa⁸⁰⁷, “Maior, muito maior, o universo delimitado pela definição do Projeto de 1963, se comparado com o que resulta da definição que atualmente nos rege”.

José de Faria Costa⁸⁰⁸ adverte quanto à opção do legislador português. Para o autor, “Em uma primeira análise do n.º 3 do artigo 14.º do CP poderá parecer que o legislador se inclinou preferencialmente para a chamada doutrina da aceitação”, enfocando-se a “ideia de que a ligação volitiva entre o agente e o resultado subsidiariamente visado tem de se estruturar na atitude de aceitação”. Mas tal concepção é rechaçada de maneira incisiva pelo autor, pois “É

⁸⁰³ FRANK, Reinhard. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich – m nebst dem Einführungsgesetz*. 18 Aufl. Tübingen: Mohr, 1931. p. 190. “Si el autor se disse: suceda así o de la outra manera, en cualquier caso actúo, su culpabilidade es dolosa”. A passagem, bem como sua respectiva tradução é encontrada em: ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Acerca del dolo eventual. Nuevo pensamiento penal: revista de derecho y ciencias penales*, Buenos Aires, v. 1, n. 3, 1972. p. 363.

⁸⁰⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 371. A interpolação é nossa.

⁸⁰⁵ MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes. *Código Penal português (anotado e comentado)*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 93.

⁸⁰⁶ No projeto de Eduardo Correia a sugestão era: “se a realização do facto for prevista como consequência possível ou eventual da conduta, haverá dolo se o agente, actuando, não confiou em que ele se não produziria”. No Código aprovado pelo colegiado a redação ficou da seguinte maneira: “Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente actuar conformando-se com aquela realização”. A diferença é notada em: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 372. José de Faria Costa explica que “Na verdade, imputar o resultado ao agente quando *ele não confia que o resultado não se produz* não é, desde logo, a mesma coisa que imputar-lhe o resultado a partir da ideia de que ele *desconfiou que ele se produziria*. Vale por dizer: *não confiar que o resultado se não produza* abrange e ultrapassa as condutas que cabem no âmbito do conceito pelo *desconfiar que ele se produziria*”. FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 429.

⁸⁰⁷ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 429.

⁸⁰⁸ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 429-430.

patente e claro que o imperativo legal não nos fala em aceitação, mas sim em conformação, e não se pode, sob pena de desvirtuamento da normatividade positiva, fazer uma total e acrítica equiparação entre aceitação e conformação”. E ainda: “muito menos se pode querer ver na conformação uma transposição da expressão alemã ‘*etwas in Kauf nehmen*’, pois o conformar-se está, em verdadeiro rigor, perto da formulação ‘*sich mit etwas abfinden*’”.

Antes de prosseguir, cumpre observarmos, também com José de Faria Costa⁸⁰⁹, que, diante das incômodas incertezas, o legislador português “Quis introduzir um elemento de certeza sobre este preciso ponto” e, nisso, “Assumi, indesmentivelmente, uma determinada opção legislativa”. Daí por que será preciso sabermos se tais definições (tanto do dolo – art. 14.º – quanto da negligência – art. 15.º) “constituem ou não um segmento gerador de segurança, certeza e determinação na aplicação do direito penal”. O autor conclui que, embora definidas legalmente, as categorias dogmáticas enfocadas podem (e devem) passar pelo crivo do processo interpretativo. No caso de um eventual antagonismo entre o que diz a lei e aquilo que prescreve a dogmática jurídico-criminal, haverá de prevalecer esta última,⁸¹⁰ desde que se preste à contenção do poder punitivo.

No caso da teoria do sentimento, conclui Juarez Tavares⁸¹¹, com amparo em Karl Engisch⁸¹², essa “desenvolveu-se com base na teoria do ânimo e pretende estipular a diferença no elemento subjetivo da ‘desconsideração’ ou indiferença do agente para com o resultado: se este resultado for indiferente ao sujeito, há dolo eventual”. Na sequência de sua análise panorâmica de algumas das teorias existentes, em apertado resumo, Juarez Tavares⁸¹³ anota que a “tarefa diferenciadora entre dolo e negligência” se deve efetuar “em duas etapas”, a saber: “a) a confrontação entre conformar-se e não conformar-se; b) da infração normativa, imediata ou mediatizada”. Explica-nos o autor que, no primeiro caso, “deve-se fazer um aporte geral sobre todo o processo da dirigibilidade, a fim de se poder afirmar que, efetivamente, o agente incluiu no plano de sua atividade o que realmente ocorreu”. Dessa maneira, seguramente presente a conformação com o resultado, “já se poderá antever o momento inicial de uma atuação dolosa, que será completada na segunda etapa”. No segundo

⁸⁰⁹ FÁRIA COSTA, José de. As definições legais de dolo e de negligência enquanto problema de aplicação e interpretação das normas definitórias em Direito Penal. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 69, 1993. p. 372-373.

⁸¹⁰ FÁRIA COSTA, José de. As definições legais de dolo e de negligência enquanto problema de aplicação e interpretação das normas definitórias em Direito Penal. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 69, 1993. p. 384-385. Trataremos mais desenvolvidamente deste último ponto sobre o antagonismo entre a lei e a dogmática mais adiante (Capítulo III, item 2, da Parte II).

⁸¹¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 300.

⁸¹² ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Berlin: de Gruyter, 1930. p. 233.

⁸¹³ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 303.

momento, o autor argumenta que é de se evidenciar “a estruturação do respectivo tipo de delito, em que assume importância o desvalor de ato (conduta perigosa descuidada) e do resultado (acontecimento material ou conduta tipificados como decorrência de conduta descuidada)”, relacionando-se tais circunstâncias com a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

Na doutrina portuguesa, interessa-nos o inventário de Jorge de Figueiredo Dias⁸¹⁴, que, ainda que resumidamente, enumera algumas das “elaborações doutrinárias” a respeito da necessária diferenciação entre o dolo eventual e a negligência consciente. Para o catedrático de Coimbra, são dignas de menção “as teorias da probabilidade, as da aceitação e as da conformação”. Sobre as primeiras, o autor tem destacado que o cerne do debate é deslocado do elemento volitivo para o cognitivo, ou seja, “as formulações mais recentes desta doutrina procuram ancorar o dolo eventual em uma especial qualidade da representação da realização típica como possível”, o que exige do sujeito tomar “a realização como *concretamente* possível, que não considere improvável segundo seu juízo *fundado*, sobretudo, que parta de um ponto de vista *pessoalmente vinculante*”. Na perspectiva das teorias da aceitação, o sujeito “se resigna com a possibilidade de que a sua acção venha a ter o efeito indesejado”, podendo ainda mostrar-se indiferente ao resultado proibido, não sendo fácil sua distinção das teorias da conformação. Estas últimas, por sua vez, das quais já tratamos há pouco, são as concepções “hoje largamente dominantes”, e estão claramente absorvidas pelo legislador português no art. 14.º-3 do Código Penal.

No âmbito da doutrina italiana mais contemporânea, é digno de menção o resumo que Sérgio Salomão Shecaira⁸¹⁵ nos oferece sobre as principais opiniões a respeito do tema. Segundo o autor, os italianos, de uma maneira geral, abordam o tema da seguinte maneira:

Também a doutrina e a jurisprudência italianas, de forma quase unânime, vinculam a existência do dolo eventual à vontade do agente. Antonio Pagliaro afirma que “o dolo é indireto quando a vontade do agente não se dirige diretamente para o evento típico, mas o abraça como consequência necessária da conduta”. E arremata: “o evento é querido, ainda que de um modo diverso de como é querido um evento diretamente intencional”.⁸¹⁶ Fiandaca e Musco, da Universidade de Bolonha, têm igual pensamento: “A aceitação do risco se aproxima, em sede de valoração penalística, à verdadeira e própria volição do fato. E isso porque a aceitação do risco

⁸¹⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 368 ss.

⁸¹⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Dolo eventual e culpa consciente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 38, Abr. – Jun., 2002. p. 142 - 153. As interpolações são nossas. O autor, de maneira bastante crítica, elabora resistência ao dolo eventual identificado como uma expansão do poder punitivo, o que remontaria ao “contexto religioso”, “usado [hoje] para traduzir a resposta penal em mais punição, através da pena privativa de liberdade”, em: SHECAIRA, Sérgio Salomão. Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 222-238, jan./fev.. 2007.

⁸¹⁶ PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale*. 5. ed. Milão: Giuffrè, 1996. p. 276.

não se limita a uma aceitação do perigo como tal, mas se traduz ao fim de uma aceitação do próprio evento lesivo que pode verificar-se; em outros termos, o sujeito, decidindo agir ao custo de provocar o evento, acaba consentindo com o próprio evento”.⁸¹⁷ Concorde com tal pensamento a jurisprudência do Tribunal Superior italiano, segundo o qual “O dolo eventual não é uma ficção jurídica, mas corresponde a uma realidade psicológica que assimila do dolo direto ou intencional a vinculação de que, sendo representadas as possíveis e ulteriores conseqüências da própria ação criminosa, continua a agir a custo de provocá-lo, aceitando o risco e transferindo à razão da vontade que era só uma previsão”. (Cass. pen., sez. I de 23.09.1980, n. 9.699, Milão).⁸¹⁸

Pedro Jorge Costa⁸¹⁹ tratou também de enumerar algumas das clássicas teorias diferenciadoras aqui enfocadas.⁸²⁰ O autor destaca em seu inventário as chamadas teorias da representação a partir de Franz von Liszt⁸²¹ – influenciado pelo positivismo, para quem “o homem age determinado por motivações, isto é, representações [de mudanças no mundo exterior]” –, Reinhard Frank⁸²² – sendo este também responsável, *a posteriori*, por uma teoria do consentimento, para a qual haveria dolo “se o agente diz a si próprio sobre o resultado ‘seja assim ou de outra maneira, ocorra isso ou aquilo, em todo caso eu agirei’”⁸²³ –, Hermann Lucas⁸²⁴ – um dos primeiros representantes das teorias da probabilidade, em que “as conseqüências representadas, mas não queridas diretamente, devem ser imputadas a título de dolo” –, W. Lacmann⁸²⁵ – este também adepto da teoria da probabilidade, que, aliás, está situada nas teorias de representação –, Karl Klee⁸²⁶ – “para quem o fator decisivo a fim de determinar se existia perigo fundamentador do dolo era o juízo objetivo segundo a ciência e a experiência” –, e, na mesma linha deste, Max Ludwig Müller⁸²⁷, além de Felix Bruck⁸²⁸ –

⁸¹⁷ FIANDACA, Giovanni. MUSCO, Enzo. *Diritto penale: parte generale*. 3. ed. Bolonha: Zanichelli, 1995. p. 323.

⁸¹⁸ ABATE, Mario. *Il codice penale*. Piacenza: La tribuna, 1990. p. 331.

⁸¹⁹ COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 88 ss.

⁸²⁰ Assim também, resumidamente, e de maneira bastante crítica sobre algumas das mais destacadas teorias existentes até aqui, recomenda-se: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Dolo e linguagem – rumo a uma nova gramática do dolo a partir da filosofia da linguagem*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020. p. 87 ss.

⁸²¹ “Posteriormente, a partir da oitava edição do seu tratado (*Lehrbuch*), Liszt defende presente o dolo eventual quando o agente aprova o resultado, agregando corretivo emocional para sua teoria da representação”. COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 88.

⁸²² FRANK, Reinhard. *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, B. 10, 1890. p. 195 ss. Tendo este também, assim como Liszt, emendado suas teorias na medida em que ia recebendo críticas. Mais detalhadamente: ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Aalen: Scientia, 1964.

⁸²³ COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 92. O trecho citado, com tradução do autor já mencionado, encontra-se em: FRANK, Reinhard. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze herausgegeben und erläutert*. 4. Aufl. Leipzig: C. L. Hirschfeld, 1903. p. 104

⁸²⁴ LUCAS, Hermann. *Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrecht – mit besonderer Berücksichtigung der Praxis*. Berlin: Decker, 1883. p. 8 ss.

⁸²⁵ LACMANN, W. *Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre*. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, B. 31, 1911. p. 163.

⁸²⁶ KLEE, Karl. *Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld*. Berlin: Decker, 1906. p. 23.

⁸²⁷ MÜLLER, Max Ludwig. *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*. Tübingen: Mohr, 1912. p. 50 ss.

⁸²⁸ BRUCK, Felix Friedrich. *Zur Lehre von der Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Strafrecht*. Breslau: Koebner, 1885. p. 17.

sendo este representante de uma teoria da possibilidade, em que “a representação da mera possibilidade de realização do tipo fundamenta o dolo”, também consideradas como teorias da representação.⁸²⁹

Já no caso de Gimbernat Ordeig⁸³⁰, destaca-se que “Mientras sobre el contenido del dolo de primer grado y del de segundo grado existe una certa unanimidade, dos teorías principales disputan, desde hace décadas, sobre cuál es el auténtico contenido del dolo eventual”. As duas, nesse contexto,⁸³¹ seriam a teoria do consentimento ou da vontade – “cuando el sujeto piensa que es posible que se dé el elemento objetivo del tipo, y, *además*, se disse: ‘Aun cuando fuese seguro, actuaría’” – e a teoria da probabilidade ou da representação – que “se conforma com menos exigencias para afirmar la existencia de dolo eventual: el agente actúa con dolo cuando ‘cuenta com’ la producción o concurrencia del elemento del tipo [...], cuando ello le parece ‘probable’”. No caso do sujeito que “confía en que” não se preencherá o tipo, haverá negligência consciente. O autor trata de enumerar ainda a opinião de outros autores espanhóis a respeito da questão, muitos dos quais adeptos da teoria do consentimento.⁸³²

Se nos voltássemos à perspectiva de Enrique Bacigalupo⁸³³, também bastante representativa entre os espanhóis, a diferença entre dolo eventual e negligência consciente residirá na qualidade do perigo que foi produzido pelo agente. Como bem observa Juárez Tavares⁸³⁴, nesse caso, “se for perigo direto, haverá dolo eventual, se for perigo indireto, culpa

⁸²⁹ Em outro trecho, sobre as teorias da representação, numa perspectiva mais contemporânea, o autor explica que “O objeto dessa representação ou desse conhecimento varia de acordo com a teoria cognitiva do dolo eventual, podendo ser, por exemplo, um risco de determinada monta ou qualidade de causar o resultado típico. As mais conhecidas são a da representação, por vezes tomadas como sinônimo da possibilidade, e a da probabilidade”. Nesse contexto, o autor cita como representantes modernos dessas teorias autores, já mencionados, como Hellmuth Mayer e Hans Welzel, além de Adolf Schönke, Horst Schröder e Eberhard Schmidhäuser. COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 115 ss; MAYER, Hellmuth. *Strafrecht – allgemeiner Teil*. Stuttgart: Kohlhammer, 1953. p. 210 ss; WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht – Eine systematische Darstellung*. 6. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1958. p. 59 ss.

⁸³⁰ ORDEIG, Enrique Gimbernat. Acerca del dolo eventual. *Nuevo pensamiento penal*: revista de derecho y ciencias penales, Buenos Aires, v. 1, n. 3, 1972. p. 360-361.

⁸³¹ O autor alerta para o fato de que simplificou o estudo do dolo eventual em duas únicas teorias, tendo assim procedido devido aos propósitos do trabalho em comento, segundo ele, “prescindiendo, en gran medida, de las numerosas variantes que cada una de ellas tiene y limitándome únicamente a alguns autores”. ORDEIG, Enrique Gimbernat. Acerca del dolo eventual. *Nuevo pensamiento penal*: revista de derecho y ciencias penales, Buenos Aires, v. 1, n. 3, 1972. p. 362-363. Recomenda-se ainda, mais desenvolvidamente: ORDEIG, Enrique Gimbernat. Evolución del concepto de dolo eventual en la doctrina y en la jurisprudencia españolas. MAIER, Julio B. J.; SANCINETTI, Marcelo A.; SCHÖNE, Wolfgang. *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo*: libro en homenaje a Eberhard Struensee. Coordenação de Ezequiel MALARINO, Alejandro KISS. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011. p. 241-252.

⁸³² Entre outros: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal – la culpabilidad*. t. V. Buenos Aires: Losada, 1956. p. 20; CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal*. 15. ed. Barcelona: Bosch, 1968. p. 420 ss; ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal – parte general*. Madrid: Gráfica administrativa, 1949. p. 202; ROSAL, Juan del. *Derecho Penal español*. t. 1. 3. ed. Madrid: Torre, 1960. p. 410.

⁸³³ BACIGALUPO, Enrique. *Hacia el nuevo derecho penal*. Hammurabi: Buenos Aires, 2006. p. 328.

⁸³⁴ TAVARES, Juárez. *Teoria do crime culposos*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 302.

consciente”. Entretanto, “com esta postura”, conclui Juarez Tavares, o já mencionado autor acaba por se distanciar “da concepção tradicional sobre o dolo, que o ampara na relação volitiva entre agente e fato, para situá-lo exclusivamente no plano do perigo, o que conduz a tomar o dolo eventual como paradigma de sua concepção”. Ainda na doutrina espanhola, Patrica Laurenzo Copello⁸³⁵ refere “que desde la transcendental Sentencia del aceite de colza de 23 de abril de 1992 há ganado terreno de manera notable una corriente asentada de modo preponderante en los aspectos cognoscitivos del comportamiento”⁸³⁶, a teoria da probabilidade, que, como se sabe, prescinde do elemento volitivo.

Como se observa, a variedade é tanta que não seria exagero algum sustentar que praticamente cada autor ou autora que goze de alguma projeção na doutrina jurídico-criminal apresenta sua própria fórmula sobre a estrutura do dolo eventual e sua diferença ante a negligência consciente, o que nos exige algum posicionamento. Antes, porém, de revelarmos nossa predileção (e as razões dela), vale aqui relembrar a crítica, em especial destinada à doutrina e jurisprudência alemãs, de Ingeborg Puppe⁸³⁷ sobre a frequente “instrumentalização” do conceito de dolo “para alcançar resultados desejados” e também sobre o “decisionismo” que paira a respeito do tema (o que faz com que as razões para a escolha de uma ou de outra teoria se tornem ainda mais necessárias por imperativo de honestidade intelectual).

Ingeborg Puppe⁸³⁸ argumenta que, sobretudo na Alemanha, tem sido admitido um dolo do tipo eventual, a depender “não de investigações de um dado fático na psiquê do autor, dado esse que ela chama de ‘assumir o risco’, ‘aprovar em sentido jurídico’, ‘consentir no resultado’ ou ‘aceitá-lo’”. Segundo ela, “Este ‘aceitar’ ou ‘assumir’ é, isso sim, adscrito ao autor pelo tribunal num ato decisionista”. E arremata: “Também a opinião dominante parte de um conceito normativo, e não descritivo-psicológico, de dolo”. A autora destaca a diferença entre “as teorias cognitivas do dolo e as chamadas teorias voluntaristas”, que reside “apenas

⁸³⁵ COPELLO, Patricia Laurenzo. Algunas reflexiones críticas sobre la tradicional división tripartita del dolo. CERESO MIR, José [et al]. *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos: libro homenaje al professor doctor Don Ángel Torío López*. Granada: Comares, 1999. (Estudios de derecho penal). p. 124.

⁸³⁶ O caso mencionado do “óleo de colza” é paradigmático na doutrina jurídico-criminal. A esse respeito, Susana Aires de Sousa destaca que “A importância deste caso de responsabilidade pelo produto, ocorrido em Espanha, advém tanto da gravidade das consequências e do número de pessoas atingidas como da relevância das decisões dos tribunais espanhóis, quer na primeira instância quer em recurso para o Tribunal Supremo espanhol. No processo principal a que os factos deram origem, analisou-se a responsabilidade criminal de vários sujeitos, diretores de empresas dedicadas à importação, tratamento e distribuição de óleo de colza, em consequência das mortes e lesões à integridade física por parte dos consumidores deste óleo”. AIRES DE SOUSA, Susana. *A responsabilidade criminal pelo produto e o topos causal em Direito Penal – contributo para uma protecção penal de interesses do consumidor*. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 31.

⁸³⁷ PUPPE, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 58, Jan. – Fev., 2006. p. 114-132.

⁸³⁸ PUPPE, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 58, Jan. – Fev., 2006. p. 114-132.

em como elas definem os pressupostos de uma tal adscrição do dolo, isto é, de uma vontade em sentido normativo”. E desenvolve o raciocínio da seguinte maneira:

A teoria volitiva do dolo procede a esta adscrição fixando-se em critérios e parâmetros determinados. Ela permite, assim, que interesses político-criminais adentrem irrestritamente nesta adscrição. Em várias das novas decisões de nossos tribunais superiores diz-se, de modo quase que estereotipado: para saber se o autor de fato assumiu aprovadamente o resultado há que “valorar levando em conta todas as circunstâncias do caso concreto”. A teoria cognitiva do dolo, por sua vez, fixa o seu próprio conteúdo, afirmando que o único parâmetro para a adscrição de uma vontade é o de uma decisão racional. O autor é tratado como alguém que quis o resultado; se uma pessoa racional em seu lugar não quisesse o resultado, teria se absterido de praticar a ação, “pois cada qual é considerado alguém que age segundo a reta razão”.

Desde há muito objeta-se à teoria cognitiva do dolo que ela seria incapaz de demarcar a fronteira entre a culpa consciente e o dolo. Afinal, entre um perigo intenso e um perigo reduzido de que a ação tenha por consequência um resultado lesivo, há uma zona cinzenta.

Nesse particular, merece ainda registro o fato de que Ingeborg Puppe⁸³⁹ tem se colocado como adepta de uma teoria encarada como normativa da vontade (não descritiva, portanto), para quem “interessa apenas que o autor tenha conhecimento de um perigo intenso de que a vítima morra caso ele aja, ou caso ele alcance seu objetivo”, mas um perigo “cuja intensidade deve ser tal que uma pessoa racional praticaria a ação apenas na hipótese de que ela estivesse de acordo com a morte da vítima”. Na sequência da defesa de sua posição, argumenta:

O autor que ignora um perigo intenso por ele reconhecido, que através de um irracional “tudo vai acabar bem” recusa-se a extrair do perigo qualquer relevância para o seu atuar, exterioriza mais indiferença e desprezo ao direito e à vítima do que aquele que pelo menos interiormente toma posição a respeito do perigo que conhece. Tal indiferença e desprezo não merecem ser recompensados com a isenção do reproche por dolo. Apenas quando o perigo é reduzido pode o direito mostrar-se compreensivo com o autor que diga para si mesmo um “tudo vai acabar bem”.

Em sentido contrário, para a jurisprudência e para a opinião dominante, o que importa é justamente se o autor assumiu o risco da morte da vítima, ou se ele esperou, ainda que sem qualquer fundamento racional, que a vítima sobreviveria. E isso mesmo nos casos em que o perigo de vida que ele impôs à vítima seja bastante intenso. Apenas quando a morte da vítima está vinculada com segurança ao caso de que o autor alcance seu objetivo, se lhe recusa a possibilidade de alegar que esperava chegar a seu objetivo sem que a vítima morresse. Por outro lado, a opinião dominante e a jurisprudência podem admitir o dolo também nos casos em que o perigo conhecido pelo autor é relativamente reduzido, desde que o autor não confie na não-ocorrência do resultado, mas o aceite ou nele consinta.

A conclusão a que chega é a de que, como “forma mais grave de culpabilidade”, “a proposição ‘dolo é vontade’ é correta não em sentido descritivo-psicológico, mas sim em sentido normativo-atributivo”, o que “compreende toda consequência possível ou real do resultado, que não pode ser imputada à culpa do autor, como consequência de sua leviandade

⁸³⁹ PUPPE, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 58, Jan. – Fev., 2006. p. 114-132.

ao agir, mas sim ao dolo, como conseqüência de sua vontade”. E acresce: “Isto é um juízo moral, que se formula na linguagem cotidiana com as seguintes palavras: ‘foi isso que você quis’”. Por uma série de razões, ao final, a autora demonstra sua preferência por uma teoria do tipo *cognitivista*, que reputa como superior àquelas encaradas como voluntaristas, sobretudo porque “admite ela com clareza que faz um uso normativo” e porque “comprováveis em juízo”.

Pedro Jorge Costa⁸⁴⁰ avalia que Ingeborg Puppe⁸⁴¹ “pretende normativizar o elemento volitivo, não o intelectualivo”, partindo “de crítica ao que chama de teorias da atitude interna, sejam elas as da vontade, sejam as da representação”. Para Puppe, naquilo que nos interessa no item a seguir (3.1.), “As teorias da vontade, a seu turno, padecem do problema da ambiguidade no uso do termo *querer*”, em que, “no sentido comum e no sentido jurídico, querer, como vontade, pode-se entender em sentido descritivo, psicológico ou em sentido normativo, de imputação”. É nesse contexto que a autora, ainda segundo Pedro Jorge Costa, “pretende interpretar o comportamento do agente como exteriorização da vontade dentro de um processo de comunicação entre seres racionais que se orientam conforme máximas de conduta. Por essa via, distinguem-se dolo eventual e culpa consciente”.

Ainda entre os autores alemães contemporâneos, nesse particular, a perspectiva de Günther Jakobs⁸⁴² merece nossa menção. Essa perspectiva é objeto de análise de Gabriel Pérez Barberá⁸⁴³ em sua investigação doutoral. Este autor aponta para dois momentos distintos no pensamento de Jakobs a respeito do tema, tendo como marco divisor o ano de 2002, como também observado por Pedro Jorge Costa⁸⁴⁴. No primeiro momento, “Jakobs parte da dicotomia conhecimento ou desconhecimento para distinguir o dolo e a imprudência”. A relação entre o dolo e a negligência, do ponto de vista enfocado, “é de *plus* e *minus*, e não de *aliud*”, em que “A imprudência não é mera falta de conhecimento, e sim cognoscibilidade, elemento que também compõe o dolo”. Já neste, “a cognoscibilidade evolui para o efetivo

⁸⁴⁰ COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 118-119; PUPPE, Ingeborg. Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, B. 103. p. 1-42.

⁸⁴¹ Mais recentemente, a autora continua seus esforços em justificar uma normativização da determinação do dolo em: PUPPE, Ingeborg. Der dolus eventualis und sein Beweis. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsgematik*, Gießen, n. 7-8, 2019. p. 409-411. Disponível em: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2019_7-8_1310.pdf. Acesso em 20 abr. 2020.

⁸⁴² JAKOBS, Günther. *Strafrecht – Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2 Aufl. Berlin: Walter de Gruyter, 1993. p. 256 ss.

⁸⁴³ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual – hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 400 ss.

⁸⁴⁴ COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 134 ss. Como se vê, o autor prefere denominar a *negligência* como *imprudência*, embora, em alguns momentos, também se utilize da expressão *culpa*. Discutimos essas variações terminológicas no item 1.7. de nossas Considerações Iniciais.

conhecimento, ao contrário da imprudência”. Nesse passo, “o dolo eventual está presente se o agente, no momento da ação, julga [de maneira séria, o que corresponde à “experiência válida”] que a realização do tipo como consequência da ação não é improvável”.

No segundo momento, a partir de 2002, Günther Jakobs⁸⁴⁵ realiza adequações; mais propriamente, aduz que “o conhecimento é indicador da presença da indiferença jurídica e a culpabilidade decorre da ausência de fidelidade ao direito, não do conhecimento do tipo”, o que nos leva novamente ao *dolus malus* (consciência/previsão e vontade do resultado + consciência da ilicitude ou o mau propósito) e também à ideia de um *dolus indirectus*. Isso significa que aquela dicotomia (conhecimento ou desconhecimento) não mais prevalece, sendo agora importante “a falta de relevância para a decisão subjetiva de realização típica conhecida ou cognoscível, isto é, da relevância para a decisão de realização típica pelo menos cognoscível diferenciada do erro respectivo”.

Na confecção desse nosso inventário dogmático, vale ainda a menção de que a perspectiva de Jakobs transcende e muito o território alemão, em relação à perspectiva adotada por Claus Roxin⁸⁴⁶. O autor, que estrutura a ideia de “decisão contra o bem jurídico”, entende existir dolo “quando, de um ponto de visto objetivo, o resultado produzido corresponde ao plano do sujeito”. A diferença entre as formas de dolo, muito especialmente entre o dolo eventual e o dolo direto de segundo grau, está no “gradual debilitamento da substância do dolo, a realização do plano”. Complementa: “No dolo eventual, o enfraquecimento é o maior, o que torna difícil a distinção com a culpa consciente”. Desse modo, “o dolo eventual constituiria decisão a favor da possível lesão ao bem jurídico”. Segundo a conclusão de Pedro Jorge Costa⁸⁴⁷, “Há, pois, normativização do elemento volitivo do dolo, admitida expressamente por Roxin, para quem o conceito de decisão, como todos os conceitos jurídicos, entende-se normativamente e não como puro fenômeno psicológico”.

Mais especificamente ainda a respeito dessa normativização no âmbito do debate sobre o dolo eventual, Helmut Frister⁸⁴⁸ anota que o dolo deve ser considerado em sentido normativo-atributivo, em que se “atribui/adscreve, de acordo com a constatação de determinados

⁸⁴⁵ JAKOBS, Günther. Gleichgültigkeit als dolus indirectus. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, B. 114, n. 3, 2002. p. 584-599.

⁸⁴⁶ ROXIN, Claus. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. B. I. 4. Aufl. München: C.H. Beck, 2006. p. 437 ss. Aqui, novamente, nos valem do apanhado realizado em: COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 141 ss.

⁸⁴⁷ COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 141.

⁸⁴⁸ FRISTER, Helmut. Vorsatzdogmatik in Deutschland. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsgematik*, Gießen, n. 7-8, p. 381-386, 2019. Disponível em: <http://www.zisonline.com/dat/artikel/2019_7-8_1305.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2020. A tradução do texto para o português pode ser encontrada em: http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/SRC_76_miolo.pdf. Acesso em 21 abr. 2020.

indicadores, e não se determina/descreve”, no que conclui, lembrando, de maneira crítica, as opiniões de Ingeborg Puppe⁸⁴⁹ e Joachim Hruschka⁸⁵⁰:

Um exemplo claro de uso normativo-atributivo de um conceito oriundo da linguagem cotidiana e da psicologia é aquele que se faz da vontade, no caso específico do dolo eventual. As expressões “pôr-se de acordo” (*sich-abfinden*), aprovar (*billigen*), consentir (*einwilligen*), tomar em compra (*inkaufnehmen*) se vinculam à determinação de faticidades externas, para, a partir delas, no sentido atributivo-normativo (e agora especificamente jurídico), afirmar-se que o agente “quis” o resultado e, por conseguinte, atuou com dolo. Não se trata de afirmar, no sentido psicológico-descritivo, que o agente “colocou-se de acordo” com o resultado, que este tenha sido “agradável” para ele, mas sim de, em face de determinados fatos comprovados (a qualidade do risco, por exemplo, e especialmente), se atribuir que aquele “aprovou, no sentido jurídico, o resultado” (*“billigen in Rechtssinne”*).

Sendo, portanto, esta uma categoria dogmática tradicionalmente constituída de dois elementos (o cognitivo e o volitivo), sua limitação/definição é ainda um genuíno mistério. É mais do que legítimo nos perguntarmos: quem estará certo nesse debate? A propósito disso: existirá, de fato, um lado certo e outro lado necessariamente errado? Como vimos, as possibilidades de respostas são infundáveis. Estando tudo a depender dos pressupostos de partida admitidos como válidos, do que se quer ver preponderar, do que prescreve o ordenamento de cada país, do que concebe a jurisprudência em determinados contextos etc. Como constatado por Patricia Laurenzo Copello⁸⁵¹, nesse processo de transformação da dinâmica social, no qual, como é evidente, também estão inseridos os que articulam a dogmática jurídico-criminal, “hace difícil aventurar un juicio definitivo sobre el rumbo que en el futuro tomarán las decisiones judiciales a la hora de distinguir el dolo de la culpa”.

E tudo isso, evidentemente, não pode ser qualquer coisa na dogmática jurídico-criminal. Como se disse, poderá marcar a diferença entre o *estar livre* e o *estar preso*. Francisco Muñoz Conde⁸⁵² conclui que “el moderno Derecho penal vive de la distinción entre el dolo y la culpa o imprudencia como las dos únicas fuentes de imputación subjetiva del delito cometido”. O autor argumenta que “entre estas dos formas de imputación hay una tierra de nadie, de muy difícil delimitación teórica e práctica”, e adverte: “la teoría del dolo eventual surge para tratar de incluir en el ámbito del dolo una série de casos que no se adaptan facilmente a los elementos conceptuales del mismo, pero que el sentimiento de Justicia [aquí, portanto,

⁸⁴⁹ PUPPE, Ingeborg. *Kleine Schule des juristischen Denkens*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2014. p. 50

⁸⁵⁰ HRUSCHKA, Joachim. Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes. GÖSSEL, Karl Heinz; KAUFFMANN, Hans. (Hrsg.). Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985. München: C. H. Beck, 1985. p. 197.

⁸⁵¹ COPELLO, Patricia Laurenzo. Algunas reflexiones críticas sobre la tradicional división tripartita del dolo. CERESO MIR, José [et al]. *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos: libro homenaje al professor doctor Don Ángel Torío López*. Granada: Comares, 1999. (Estudios de derecho penal). p. 124.

⁸⁵² MUÑOZ CONDE, Francisco. Prólogo. DÍAZ PITA, Maria del Mar. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo blanch, 1994. p. 7. A interpolação é nossa.

sobrepesa a política criminal] considera deben ser tratados con la misma severidad que esta forma de imputación subjetiva del delito”. Casos em que, segundo o autor, “probablemente el sujeto no queria el resultado producido, pero en los que no parece injusto imputar ese resultado a título de dolo”, ou ainda, agora dizemos nós, em que parece injusto imputar a título de negligência, cuja pena deveria ser bem menor.⁸⁵³

Daí por que, da nossa perspectiva (que, como vimos, não é isolada, embora esteja acompanhada de poucos), não se poderia afirmar que uma categoria com tantas possibilidades de perspectivação, sendo umas mais próximas do que outras, esteja em condições de fundamentar, mesmo que por questão de “justiça” [ou de política criminal, se quisermos], uma responsabilização criminal de crime tentado, sobretudo se esta consistir numa medida como a privação da liberdade. Isto viola, para ficarmos aqui em apenas um exemplo, a segurança jurídica, razão pela qual, se for realmente o caso de utilizarmos o dolo eventual em alguma circunstância, que o seja sem perder de vista sua extrema excepcionalidade, valendo-se ainda como guia do critério do *in dubio pro reo* [ou liberdade].

Antes, porém, de concluirmos esse item, interessa-nos fazer constar ainda, segundo o constatado por Juarez Tavares⁸⁵⁴, que, em se tratando do dolo de crimes omissivos impróprios, em que o sujeito tem a “consciência acerca dos elementos da posição de garantidor, da causalidade, do resultado e das condições fáticas de equiparação da omissão à ação, bem como a vontade de não impedir o resultado e, com isso, lesar o bem”, não é de se admitir um dolo do tipo eventual. Se isso ocorrer, haverá de ser considerado como “um fato culposos, porque, se o sujeito deve saber que, agindo, impedirá o resultado com probabilidade nos limites da certeza, não pode atuar com dúvida acerca dessa dúvida, que vinculada à completa incerteza quanto ao resultado, conduz à consideração de um delito culposos e não doloso”.

Não nos é permitido, neste momento, pura e simplesmente negar a admissão de um dolo do tipo eventual de uma maneira geral; tanto na legislação quanto na dogmática enfocada, nossa responsabilidade é com a demonstração de que sua utilização, pelas *fragilidades* incontornáveis que apresenta, deve ficar restrita a casos muito pontuais e consumados. Se há algum consenso nesse debate, é o de que o que aqui há de nos interessar é o elemento volitivo, certamente o mais complexo e problemático, pois nele se encontra o ponto de diferenciação mais sentido entre o dolo eventual e a negligência consciente (embora alguns defendam a sua

⁸⁵³ É dessa influência da política criminal, que, como já dissemos, assumiu *status* de protagonismo na teoria do crime a partir do funcionalismo de Claus Roxin, que trataremos mais adiante (Capítulo III, Parte II).

⁸⁵⁴ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. p. 408.

inexistência). É esse aspecto volitivo (ou voluntarista) que agora nos servirá de objeto de análise mais pormenorizada, revisitando algumas de suas teorias mais destacadas.

3.1. A (in)existência do elemento volitivo como ponto nevrálgico

Enrique Díaz-Aranda⁸⁵⁵ argumenta que “El elemento volitivo es imprescindible, en la anterior [e mais tradicional] definición de dolo. Sin embargo, el interrogante es: ¿será también imprescindible dicho elemento volitivo para sancionar una conducta de dolo eventual?” Repise-se, agora com Diego-Manuel Luzón Peña⁸⁵⁶, que “durante o século XIX e até princípio do século XX, a pergunta sobre se o dolo, para além do conhecimento, requer ou não a vontade de realizar os elementos do tipo objetivo dividiu a doutrina entre a ‘teoria da vontade’ e a ‘teoria da representação’”. Segundo o autor:

A primeira sagrou-se dominante até os anos 70 (século XX), a exigir, portanto, um elemento volitivo para o dolo. Atualmente, a reivindicação da vontade – que considero correta – segue majoritária para a doutrina e para a jurisprudência; contudo, na literatura científica aumentou o número de autores que rechaçam a exigência da vontade, tanto para o dolo eventual quanto para o dolo em geral, os quais consideram que para o dolo é suficiente determinado grau de conhecimento de que se podem realizar ou se realizarão os elementos objetivos do tipo (a exemplo de Schmidhäuser, Jakobs, Frisch, Kindhäuser, Bottke, Gimbernat, Silva, Laurenzo).

Por mais que eventualmente se tentasse escapar da consideração de uma das teorias *voluntaristas*, pelas complexidades que carregam consigo, começemos por dizer, com Manuel Cavaleiro de Ferreira⁸⁵⁷, que o Código Penal português (art. 14.º) “põe acento tónico no elemento volitivo e não no grau de possibilidade”. Como adverte Jorge de Figueiredo Dias⁸⁵⁸, “para a consideração do problema da distinção entre dolo eventual e negligência consciente deve, assim, aceitar-se à partida que entre as duas entidades existe, no plano do elemento intelectual, uma sobreposição inevitável”. Ainda: “Para distinguir o dolo eventual e a negligência consciente, a doutrina apresenta uma multiplicidade infindável de critérios que pode tornar-se enganosa e que encobre, em grande parte dos casos, variações pouco mais que puramente semânticas”.

⁸⁵⁵ DÍAZ-ARANDA, Enrique. Teorías del dolo eventual. *Criminalia*, México, v. 63, n. 2, mai./ago., 1997. p. 47. A resposta do autor, com base na legislação espanhola, é positiva, razão pela qual adere à teoria do consentimento. *Op. cit.* p. 63. A interpolação é nossa.

⁸⁵⁶ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Reflexões sobre o dolo e o dolo eventual. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 77, abr.-mai., 2020. p. 37

⁸⁵⁷ CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal – parte geral – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982 – II penas e medidas de segurança*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 297.

⁸⁵⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 368-369.

Eduardo Correia⁸⁵⁹ – autor do projeto de Código Penal, repise-se – debruça-se também especificamente sobre o elemento volitivo, que considera como problemático, no âmbito do dolo eventual, enumerando algumas das doutrinas mais relevantes sobre o tema em seu tempo. O autor constata que entre elas estão: a *teoria da verossimilhança* – cujo dolo eventual, com base em Sauer, em Engisch e em Schroeder, “dependeria do grau de probabilidade com que a possibilidade da verificação do resultado é representada pelo agente” –, que ele considera não ser satisfatória; a *fórmula positiva de Frank* – existindo dolo “quando o agente expressamente houver consentido ou aderido ao resultado”, encontrando-se aqui a ideia da aceitação –, que ele também conclui como insuficiente; a *fórmula proposta pela moderna doutrina alemã* – em que estaria presente o dolo eventual quando “o agente *aceita* ou *consente* na produção do resultado. Quando, pois, diz: ‘aconteça o que acontecer, eu não me desviarei da minha conduta’” –, a merecer as mesmas objeções já conhecidas; e, por fim, a *fórmula hipotética de Frank* – em que “haverá dolo eventual quando pudermos concluir que o agente, que previu o facto como possível efeito da sua conduta, *não teria alterado, para evitar, mesmo que previsse aquele efeito como necessário*” –, o que também recebe as objeções do autor.

A conclusão oferecida é a de que “não deixa de ser chocante que uma consequência tão grave como a da punição do agente a título de dolo se faça derivar de uma prova tão difícil de obter por parte do juiz e, por consequência, tão falível”.⁸⁶⁰ O caminho proposto por Eduardo Correia⁸⁶¹, como já antevisto (no Capítulo I, item 4, subitem 4.1., nesta *Parte I*), mas que agora se explicita melhor, é o seguinte: “o de sustentar que *se a realização do facto for prevista como mera consequência possível ou eventual da conduta haverá dolo se o agente, actuando, não confiou em que ele se não produziria*”. A definição que restou aprovada [da *conformação*], segundo José de Faria Costa⁸⁶², possibilita situações menos alargadas que esta.

Não se pode, portanto, mesmo por imperativo legal, resolver-se por uma espécie de “atalho” e simplesmente abrir mão de uma teoria volitiva no debate sobre o dolo, muito menos sobre o

⁸⁵⁹ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015. p. 378 ss.

⁸⁶⁰ O que, portanto, compromete a interpretação sobre os fatos. Jordi Nieva Fenoll argumenta que “la falta de prueba de un hecho entorpece la interpretación jurídica, precisamente porque la interpretación es imposible sin la determinación correcta del hecho”, e arremata: “el testimonio de una persona sobre un hecho no es más que el indicio de esse hecho. Incluso hallándose el testigo completamente convencido de estar diciendo la verdad, su testimonio puede ser falso porque le falle la memoria, como bien enseña la psicología del testimonio”. FENOLL, Jordi Nieva. *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 21.

⁸⁶¹ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015. p. 385.

⁸⁶² FARIA COSTA, José de. *A interpretação da norma penal num sistema jurídico complexo*. Aula em DVD no curso de Pós-graduação sobre a doutrina geral da infração criminal revisitada do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, São Paulo, 19 ago. 2011. Assim também em: FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 428.

dolo eventual – nesse caso, a partir da ideia de *conformar-se com*, como já se disse – art. 14.º-3 do Código Penal). Juarez Tavares⁸⁶³ argumenta que “vontade pressupõe um conhecimento e ainda uma projeção causal”, o que o leva a concluir: “Só tem vontade quem atua e, por isso, controla sua atuação”. Para ele, com amparo Rolf Oerter⁸⁶⁴, “A vontade é o meio pelo qual o sujeito se insere no contexto de seu ato. O sujeito não controla sua conduta causal simplesmente pelo conhecimento”. Tal deve valer, ainda nas palavras de Juarez Tavares, “para sua orientação, mas não como domínio da causalidade”, pois “não é um ato mecânico, como se fosse resultado de um desdobramento do corpo. É um ato que exige determinada orientação”. Nem a filosofia moderna, diz ele, “deixou de lado o elemento volitivo para caracterizar as condutas humanas”. Como exemplos, articulam-se autores como John Searle⁸⁶⁵, Jochen Bunge⁸⁶⁶, Harry Frankfurt⁸⁶⁷ e Hannah Arendt⁸⁶⁸.

Como já deixamos antever (item 4, Capítulo I, Parte I), há quem confira um papel secundário ou se negue mesmo a defender a presença do *elemento volitivo* no dolo. Adeptos de teorias exclusivamente cognitivas ou normativas do dolo se destacam nesse debate, como nos casos concebidos a partir das teorias da representação, já mencionadas, em que se conclui que “Se houver conhecimento, o ato é doloso; caso contrário, culposo”⁸⁶⁹. É, portanto, o dolo (o eventual inclusive) constituído apenas desse elemento. Nesse sentido, também é de se destacar a perspectiva apresentada por Bernardo José Feijóo Sánchez⁸⁷⁰, de cunho normativo, que tem defendido que, com amparo nas disposições do Código Penal espanhol, o dolo seria apenas *conhecimento*, isso porque nele não se “estabeleceu nenhuma consequência para a ausência de um ‘querer’ relacionado com o tipo objetivo”, constituindo-se o elemento volitivo em não mais do que um “adorno” nessa dinâmica interpretativa.

⁸⁶³ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. p. 261 ss.

⁸⁶⁴ OERTER, Rolf. Zur Entwicklung von Willenshandlungen. PETZOLD, Hilarion G (Hrsg.). *Wille und Wollen*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2001. p. 98 ss.

⁸⁶⁵ SEARLE, John. *Mentes, cerebros y ciencia*. Madrid: Catedra, 1994. p. 69 ss.; SEARLE, John. *A redescoberta da mente*. Trad. Eduardo Pereira E. Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 104 ss.

⁸⁶⁶ BUNGE, Jochen. *Wissen und Wollen im Strafrecht: zur Theorie und Dogmatik des subjektiven Tatbestands*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2009. p. 128 ss.

⁸⁶⁷ FRANKFURT, Harry. *La importancia de lo que preocupa – ensaios filosóficos*. Buenos Aires: Katz, 2006. p. 22 ss.

⁸⁶⁸ ARENDT, Hannah. *A vida do espírito*. Trad. Antônio Abranches. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 317.

⁸⁶⁹ COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 88.

⁸⁷⁰ FEIJÓO SANCHÉZ, Bernardo José. La distinción entre dolo e imprudência en los delitos de resultado lesivo – sobre la normativización do dolo. *CPC*, n. 65, 1998. p. 280.

Segundo María del Mar Díaz Pita⁸⁷¹, o autor mencionado até tenta escapar da utilização do termo “vontade” em sua definição normativa de dolo, argumentando que este seria uma “decisão consciente de realizar o fato típico”, para logo em seguida afirmar “que a decisão se refere não ao dolo, mas à colocação em marcha da ação”. Assim, “a decisão é o que impulsiona o sujeito a atuar”. O problema é que, ainda com a autora, “falar de ‘decisão’ no âmbito do dolo significa, gostemos ou não, falar de vontade, de presença, na forma que seja, de vontade por parte do sujeito”. A autora conclui: “Sustentar que o dolo é só conhecimento implica não poder propor como sua definição uma que contenha o termo ‘decisão’”. Com Paulo César Busato⁸⁷², amparado nas conclusões de Maria Fernanda Palma⁸⁷³, parece-nos correta a ideia de que “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, próprio da culpa, poderia caracterizar uma responsabilidade dolosa”.

Como constatado por Rodrigo Leite Ferreira Cabral⁸⁷⁴, “o grande problema encontrado pelos penalistas da atualidade foi a dificuldade na comprovação do dolo sob uma perspectiva psicológica”. A doutrina jurídico-criminal parece fugir desse problema “seguindo dois caminhos distintos: (i) a comprovação do dolo psicológico por meio de elementos externos; (ii) a compreensão do dolo sem a necessidade de avaliação dos elementos volitivos do dolo, adotando-se um *dolo sem vontade*”. Para o autor, “toda a construção da teoria do dolo psicológico é feita sobre uma concepção cartesiana da mente”, contrapondo-se à perspectiva *wittgensteiniana*, que teria demonstrado “o equívoco gramatical em conceber a mente, a intenção, como algo interno ao sujeito, como se fosse algo que *acontece na cabeça* do autor”. Sabendo-se que “A atribuição de significados à intenção somente se dá por meio de critérios públicos”, não é, portanto, “propriedade do sujeito”: “sempre que uma pessoa queira expressar determinada intenção, basta jogar o jogo da linguagem que revela tal aspecto volitivo”.

Onde, no entanto, estaria o fundamento da intenção aqui mencionado como requisito importante do dolo (do eventual sobretudo)? José de Faria Costa⁸⁷⁵ argumenta que, seja “como motivação espiritual e afetiva, ou ainda como impulso de um comportamento, é

⁸⁷¹ DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização. BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e direito penal – modernas tendências*. 3. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019. p. 21-22.

⁸⁷² BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e direito penal – modernas tendências*. 3. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019. p. 94.

⁸⁷³ PALMA, Maria Fernanda. Dolo eventual e culpa em Direito Penal. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2002. p. 57 ss.

⁸⁷⁴ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Dolo. BUSATO, Paulo César (org.). *Teoria do delito*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 102 ss.

⁸⁷⁵ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 540.

sempre uma forma de atitude anímica do agente que se não adequa, a nossos olhos, com o mero conformar-se”. O autor, antes de concluir pela ideia de que o dolo eventual é “o símbolo da própria dúvida”, da qual trataremos mais adiante (Capítulo I, Parte II)⁸⁷⁶, faz uma advertência que, a nosso modo de ver, merece menção na íntegra, em especial porque tangencia um dos principais núcleos problemáticos da presente investigação, senão vejamos:

Afirmar-se que o querer intencionado pode perfeitamente compatibilizar-se com a representação eventual do resultado afigura-se-nos inconsequente. É claro que o agente, e isso poder-se-á perceber em qualquer caso, por mais firme e inequívoco que seja o seu querer diretamente intencionado, pode duvidar se o resultado ocorrerá ou não. Aquele que atua com premeditação, ponderando todas as circunstâncias para que atinja sem falhas o resultado criminoso, precisamente porque faz esse percurso intelectual é que se torna transparente para ele, mesmo quando desencadeia o comportamento criminoso, que o resultado não é uma certeza antes mera eventualidade. E então, o dolo eventual deveria ser senão a única forma de dolo, pelo menos a principal. Todavia, é isto, se bem ponderamos, distorcer a realidade, mormente a jurídico-penal. O querer diretamente intencionado é confluência de uma vontade trespassada pela representação do resultado que o homem normal considera como segura para alcançá-lo, a que se tem de ligar, posteriormente o sentido da tomada de posição que se traduz na consciência de que tal ato é ilícito.

Há ainda quem argumente, sobretudo a partir de questões terminológicas, a possibilidade de um “dolo sem intenção”⁸⁷⁷, o que tampouco nos parece adequado. E isso, quer seja pela proposta de eventual exclusão do elemento *intelectivo*, quer seja (e muito menos ainda) pela exclusão do elemento *volitivo*. Não julgamos existir resposta adequada através de propostas puramente intelectivas ou puramente volitivas.⁸⁷⁸ Segundo pensamos, a essa altura do desenvolvimento da teoria do crime, os elementos intelectivo e volitivo devem ser encarados

⁸⁷⁶ “Se o agente quer de modo direto ou necessário a realização do facto típico, decidiu também cometê-lo, mas já se não pode asseverar, pelos motivos apontados, que aquele que representa o facto típico como possível e só se conforma com o resultado decidiu, do mesmo modo, praticá-lo: a vontade daquele que, perseguindo intencionalmente um fim diverso, representa como possível a verificação de uma consequência acessória constitutiva de um crime, ainda não se refere de maneira inequívoca e irrevogável à comissão do delito”. O sujeito, diz o autor, conforma-se com a realização do fato, “nada há, nem pode haver para que a partir deste ponto nevrálgico da intencionalidade do agente se possa inferir que ele, com igual intensidade, também se conformava com a não consumação, isto é, com a tentativa. Só há delito tentado se o sujeito age com dolo intencional e não é possível punir a tentativa com dolo eventual sem violar a proibição de analogia *in malam partem*”. FÁRIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 541-542. Como suporte teórico, autor menciona: FIANDACA, Giovanni. MUSCO, Enzo. *Diritto Penale – parte generale*. 4. ed. Bologna: Zanichelli, 2001. p. 432; SINISCALCO, Marco. *La struttura del delitto tentato*. Milano: Giuffrè, 1959. p. 206-208; PAGLIARO, Antonio. *Principi di Diritto Penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1980. p. 507-508. É a essa (in)congruência entre a tentativa e o dolo eventual que vamos dedicar a segunda parte de nossa investigação.

⁸⁷⁷ ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Aalen: Scientia, 1964. p. 150 ss.

⁸⁷⁸ O grande problema com o qual se depara a doutrina é justamente encontrar “a fórmula” mais adequada a ser articulada em um ambiente que se pretende como democrático. Na linha, aliás, constatada por Francisco Muñoz Conde quando do prólogo que fez à obra de Maria del Mar Díaz Pita: “La solución está, como indica la Dra. Díaz Pita, en una adecuada combinación, ponderación de diversos criterios o paradigmas, de carácter objetivo y subjetivo, normativos y ontológicos, que, al mismo tiempo, sirvan de ayuda al juez como ‘indicadores’ para la prueba de la forma dolosa de imputación de un delito y para distinguirla de la mucha menos grave y transcendente de la imprudencia consciente”. MUÑOZ CONDE, Francisco. Prólogo. DÍAZ PITA, Maria del Mar. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo blanch, 1994. p. 8.

como garantias contra a expansão do poder punitivo, não suscetíveis, portanto, de uma supressão pura e simples. Em linha de aproximação, observe-se o que leciona Maria del Mar Díaz Pita⁸⁷⁹: “A eliminação do elemento volitivo no dolo representa um claro exemplo de uma dogmática penal em contradição com a racionalidade cotidiana, que permite uma expansão dos casos dolosos, diluindo a barreira entre o dolo e a imprudência”.

Na sequência, a autora acrescenta que “atrás da defesa destas posturas podemos, quiçá, detectar uma tendência expansiva do Direito penal, caracterizada pela eliminação progressiva de elementos e barreiras que afetam a imputação”. Para nós, quanto mais elementos se destinem a filtrar o processo de responsabilização criminal – por ser atividade administrativa que se debruça mais intensamente sobre aspectos da dignidade humana, em especial sobre a liberdade –, melhor.

Pode-se ainda mencionar aqui a perspectiva oferecida por Karl Engisch⁸⁸⁰, com o exemplo do sujeito que quer matar alguém enviando-o a um passeio muito perigoso numa montanha, em que, segundo Pedro Jorge Costa⁸⁸¹, “questiona-se se existe intenção ou mero desejo, este insuficiente para o dolo”. Engisch argumenta que, “psicologicamente, desejo e intenção são sinônimos, ambos exprimindo a realização de conduta com o objetivo de produzir o resultado perseguido”. Encontra-se a diferença “no plano cognitivo, de modo que o debate é determinar se a periculosidade objetiva da ação é parte do tipo objetivo e, se o for, se deve ser abarcada pela representação do agente”. A resposta do autor é afirmativa.

Ainda debruçada sobre os argumentos de Bernardo José Feijóo Sánchez⁸⁸², María del Mar Díaz Pita⁸⁸³ reflete, com amparo em Carlos Castilla del Pino⁸⁸⁴ – para quem “para vincular-se com os objetos, o sujeito requer processos cognitivos e processos desiderativos: *conhecer* e, entre o que se conhece, *desejar*” – sobre o vínculo entre *conhecer* e *desejar* os objetos que a pessoa tem no seu entorno, no que chama a atenção para o fato de que o termo *desejo*, é, no direito criminal, “rechaçado (e com razão) por atualizar reminiscências de outros sistemas penais felizmente superados, como é o Direito Penal de autor, no qual, como de todos é

⁸⁷⁹ DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização. BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e direito penal – modernas tendências*. 3. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019. p. 36-37.

⁸⁸⁰ ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Aalen: Scientia, 1964. p. 151 ss.

⁸⁸¹ COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 98. De quem pertence, no presente parágrafo, os trechos em aspas como a tradução do pensamento de Engisch.

⁸⁸² FEIJÓO SANCHÉZ, Bernardo José. La distinción entre dolo e imprudência en los delitos de resultado lesivo – sobre la normativización do dolo. *CPC*, n. 65, 1998.

⁸⁸³ DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização. BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e direito penal – modernas tendências*. 3. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019. p. 29-31. A interpolação é nossa.

⁸⁸⁴ CASTILLA DEL PINO, Carlos. *Teoría de los sentimientos*. 3. ed. Barcelona: Tusquets Editores, 2000. p. 55.

sabido, a personalidade do sujeito e não seus fatos, determinava a responsabilidade daquele”. A autora, que não rechaça uma teoria normativa (muito ao contrário, a ela adere)⁸⁸⁵, conclui que “o elemento volitivo [encarado como normativo] existe no dolo”, sendo este fundamental para diferenciar as categorias do dolo e da negligência.

Juarez Tavares⁸⁸⁶ adverte, no entanto, que tanto o ato de *vontade* quanto o mero *desejo* precisam ser distinguidos, justamente porque representam coisas diversas. Para que não se confundam, o autor argumenta que o querer, por exemplo, é um ato de vontade, e que “só pode existir na medida em que se conjugue com a dirigibilidade do processo causal”, enquanto o desejo “é matéria de cogitação interna do homem”. Assim, continua ele, “alguém pode desejar dirigir um automóvel, mas só terá vontade de fazê-lo quando, efetivamente, puser em marcha os instrumentos causais que irão satisfazer aquele desejo que projeta”. O autor, com amparo em Harry Frankfurt⁸⁸⁷, conclui que “haverá vontade apenas quando o sujeito efetivamente executa aquilo a que se propôs, ou quando, embora não o faça, assim mesmo o executaria caso atuasse, ou de qualquer modo o executará, quando agir”.

Segundo Tomás Salvador Vives Antón⁸⁸⁸, deve-se diferenciar uma “intencionalidade objetiva” e outra “intenção subjetiva”. Renato Gomes⁸⁸⁹ resume (e muito) o argumento do autor lembrando que “Em uma detalhada digressão sobre as nuances subjetivas dos homens, ele passa a distinguir entre (a) ‘propósito’, ‘intenção’ e ‘desejo’, e (b) ‘voluntariedade’ e ‘intenção’”. Em termos conclusivos, a ideia que se esboça é a de que “constatada determinada ação (regida por regras sociais ou jurídicas), por ela ser regida por regras, incorpora-se *a priori* (pelo critério de comprometimento com regras) o dolo”. Nesse passo, para Vives Antón, “todo dolo – y toda culpa – pasan, en certo modo, a situarse ‘*in re ipsa*’”. Seria “algo como uma presunção relativa do dolo. Isso parece indicar uma tendência de supercondução ao dolo eventual”, sobretudo porque “a distinção entre dolo e culpa (mais especificamente, entre dolo eventual e culpa consciente) resolve-se em última análise por uma (arbitrária) *valoración*, fundada no lado público da conduta”.⁸⁹⁰

⁸⁸⁵ DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização. BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e direito penal – modernas tendências*. 3. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019. p. 32.

⁸⁸⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 262.

⁸⁸⁷ FRANKFURT, Harry. Willensfreiheit und der Begriff der Person. BIERI, Peter (Hrsg.). *Analytische Philosophie des Geistes*. Beltz: Weinheim, 1981. p. 290.

⁸⁸⁸ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1996. p. 224.

⁸⁸⁹ GOMES, Renato. *Teorias da conduta – antecedentes, tendências e impasses*. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 260 ss.

⁸⁹⁰ GOMES, Renato. *Teorias da conduta – antecedentes, tendências e impasses*. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 264; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1996. p. 247-252 ss.

Também Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli⁸⁹¹ preocupam-se com as distinções terminológicas nesse particular debate. Eles iniciam seus argumentos asseverando que a quase totalidade da doutrina admite “que toda conduta deve ser voluntária”; “os problemas surgem quando se trata de precisar o conteúdo da vontade requerida pela conduta”. Será preciso distinguir “vontade” e “desejo”. A voluntariedade é o querer ativo, “o querer que muda algo, enquanto ‘desejar’ é algo passivo, que não se põe em movimento para mudar coisa alguma”. Com amparo em Martin Heidegger, eles concluem que “Aquele que quer – tem vontade – movimenta-se em direção ao resultado; o que ‘deseja’ apenas espera o resultado, com o qual se alegrará se sobrevier”, o que não é simples de identificar.

Puppe, por exemplo, adverte que,

O juiz dos fatos pode, a bel-prazer, recorrer a esta ou àquela circunstância objetiva ou subjetiva, por ex. à intensidade e evidência do perigo conhecido pelo autor ou à influência de uma emoção ou paixão intensas sobre sua decisão ou a seu comportamento anterior e posterior ao fato. Em todo caso individual em que o autor crie conscientemente um perigo de resultado, pode o juiz tanto chegar à conclusão de que o autor agiu dolosamente, por ter entregue ao acaso a ocorrência ou não do resultado, como também à de que o autor agiu sem dolo, por ter possivelmente confiado na não ocorrência do resultado e por existir um elevado obstáculo psíquico diante do dolo de homicídio. A decisão pode ser tão refletida e fundamentada quanto possível, ainda assim não se pode estar seguro de que o BGH a considere uma aplicação correta do direito e a reforme, por não ter o juiz mencionado os pontos de vista corretos, não os ter mencionado por completo, tê-los ponderado e valorado erradamente, e de que não venha a receber de modo mais ou menos explícito a instrução de fundamentar a solução contrária.⁸⁹²

Desse aspecto terminológico, embora no contexto da legislação espanhola, mas que também pode nos servir de parâmetro, Gimbernat Ordeig⁸⁹³ observa “que es un error partir de una interpretación literal del ‘voluntarias’ y pensar que sobre la base de *uno* de sus posibles significados vamos a poder saber qué es lo que há entendido el legislador por conducta dolosa”. O autor adverte que “la expresión ‘voluntarias’ es multívoca y puede tener, desde uno muy estricto hasta uno muy difuso”. Como se já não nos bastassem as inúmeras controvérsias a respeito da composição da estrutura do dolo eventual, também o alcance semântico das expressões que compõem essa estrutura necessita de reflexão e delimitação.

Problema, portanto, ao que resta evidente, ainda persistente, embora não só no caso do dolo eventual, mas seguramente mais intenso nessa forma de dolo, conforme Eduardo Correia⁸⁹⁴, é aquele relacionado à identificação da prova, sobretudo quanto ao elemento volitivo, o que

⁸⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. v. 1. Parte geral. 8. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 358.

⁸⁹² PUPPE, Ingeborg. Ciência do direito penal e jurisprudência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 58, Jan.-Fev., 2006. p. 2.

⁸⁹³ ORDEIG, Enrique Gimbernat. Acerca del dolo eventual. *Nuevo pensamiento penal: revista de derecho y ciencias penales*, Buenos Aires, v. 1, n. 3, 1972. p. 378.

⁸⁹⁴ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015. p. 384.

mais o diferencia em relação ao dolo direto. Segundo Manuel Cavaleiro de Ferreira⁸⁹⁵, esse tipo de prova do dolo eventual vai se construindo numa espécie de percepção escalonada dos acontecimentos. Para ele, “Um juízo de grande probabilidade é dificilmente conciliável com a ausência do elemento volitivo, ou seja, com a falta de anuência da vontade à realização do crime; a mera suspeita de que eventualmente possa advir a realização dum crime exigirá uma prova mais segura da confrontação da vontade com essa realização”.

Nesse debate, deve-se necessariamente levar em consideração o que Pedro Jorge Costa⁸⁹⁶ intitula de “teorias contemporâneas da vontade”, em que se destacam pelo menos dois grandes nomes: Armin Kaufmann⁸⁹⁷ e Walter Kargl⁸⁹⁸. Ao primeiro é atribuída uma “chamada teoria generalizadora do dolo eventual, pois defende que nele está o mínimo suficiente para que o comportamento seja considerado doloso”. Na linha de Kaufmann, diz-nos Pedro Jorge Costa⁸⁹⁹, “Sem a vontade de evitação, há o dolo se o agente quer o tipo, as suas consequências necessárias ou ao menos ‘conta com’ a sua realização”. Ao segundo é atribuída uma teoria do tipo psicológica, sendo assim encarada “porque, já no início de sua obra, ele critica a normatização do dolo, ao dizer que ‘em nenhum outro âmbito da dogmática penal a vontade de normativizar desprezou tão radicalmente a perspectiva do autor como no dolo’”.

Apontada como uma das que mais tem encontrado ressonância na doutrina contemporânea,⁹⁰⁰ a perspectiva de Günter Stratenwerth⁹⁰¹ está atrelada à ideia de “tomar a sério o risco”, propondo-se “outro elemento volitivo, uma atitude interna, o tomar a sério o perigo representado pelo agente”. Para o autor, “toda a doutrina do dolo parte de uma concepção da relação do homem com o mundo”; “O dolo seria como que reflexo subjetivo do acontecimento objetivo”. Em resumo: compatível com o finalismo, “É necessária tomada de postura do agente ante o resultado previsto, uma atitude interna, para distinguir o dolo eventual e a imprudência”. Stratenwert adverte, portanto, na leitura de Pedro Jorge Costa⁹⁰²,

⁸⁹⁵ CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal – parte geral – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982 – II penas e medidas de segurança*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 298.

⁸⁹⁶ COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 105 ss.

⁸⁹⁷ KAUFMANN, Armin. Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. KAUFMANN, Armin. *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert – gesammelte Aufsätze und Vorträge*. Köhl/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns, 1982.

⁸⁹⁸ KARGL, Walter. *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1993.

⁸⁹⁹ COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 107 ss.

⁹⁰⁰ COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 113. O parágrafo inteiro é construído com base no inventário realizado pelo autor.

⁹⁰¹ STRATENWERT, Günter. Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 71, n. 1, 1959. p. 51-71.

⁹⁰² COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 114.

que “O agente que toma a sério o perigo representado atua temerariamente, em um sentido doloso”; se não “se tem essa consciência do perigo, pode ser um néscio, não temerário”.

Temeridade é a expressão utilizada para a elaboração de uma nova categoria, intermediária, entre o dolo e a negligência. No entanto, por mais que se esforcem na construção de suas doutrinas, são tão intensas (e até casuísticas) as *fragilidades* na estruturação do dolo eventual, que não nos parece existir, repise-se, alternativa se não a de restringir ao máximo possível sua utilização. Não é à toa que diversos tipos legais de crime inadmitem essa forma de dolo, estando aqueles vinculados exclusivamente ao dolo direto. Isso se partirmos do pressuposto de que o dolo eventual, mesmo impreciso, é legitimamente admissível em ambiente democrático. Imaginemos que o seja. A questão é tão reconhecidamente problemática que Jorge de Figueiredo Dias⁹⁰³, para *salvar* a ideia da existência de um estágio relativamente intermediário entre o dolo e a negligência, propõe uma nova categoria: a “temeridade”. O autor argumenta, que tal criação passaria, no entanto, por necessárias alterações legislativas, senão vejamos:

Todas as contas feitas, uma conclusão se torna infelizmente segura: a de que a distinção entre o dolo eventual e negligência consciente, como quer que seja levada a cabo, é tanto do ponto de vista teórico, como ainda mais na aplicação prática, tão frágil e insegura que mal é capaz de justificar – quer do ponto de vista político-criminal estrito, quer em perspectiva dogmática, quer, globalmente e muito especialmente, à luz do princípio da culpa – diferenças significativas (e por vezes abissais) das molduras penais aplicáveis a um e outro caso (v. g., homicídio doloso, prisão de 8 a 16 anos, art. 131.º, ou mesmo de 12 a 25 anos, art. 132.º; homicídio negligente, prisão até 3 anos ou multa, eventualmente prisão até 5 anos, art. 137.º); como, ainda menos, será capaz de justificar que muitas vezes o delito doloso seja severamente punível, o negligente puro e simplesmente não seja punível (v. g., aborto, arts. 140.º e 141.º). Assim sendo, e tendo ademais em consideração o facto de na “sociedade do risco” aumentarem significativamente as necessidades político-criminais de tutela de uma imensidade de condutas que se situarão predominantemente no âmbito do dolo eventual e da negligência consciente, parece justificado deixar aqui pelo menos (apenas isso...) a questão de saber se à bipartição tipo de ilícito doloso / tipo de ilícito negligente, que não deverá no futuro vir a substituir-se uma tripartição: dolo / negligência / temeridade. Esta nova categoria dogmática destinar-se-ia a incluir (dito a traço grosso) os casos tradicionais de dolo eventual e de negligência consciente, ficando o âmbito do dolo restringido ao dolo directo e o da negligência à negligência inconsciente. O legislador teria de, em conformidade, criar para a “temeridade” as molduras penais adequadas e determinar relativamente a que tipos de ilícito objectivo deveria ela ser punida.

A pergunta aqui, no contexto de nossa investigação, sem que tenhamos de avaliar criticamente a aceitabilidade da categoria proposta, ainda seria: mesmo nesses casos, de “temeridade”, haveria de se admitir a punibilidade da tentativa? Não estaríamos diante de só mais uma mudança semântica do que na realidade continuaria sendo o dolo eventual? Seria

⁹⁰³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 376-377.

preciso desenvolver mais a respeito da “temeridade”, articulá-la mais desenvolvidamente com as demais categorias dogmáticas do sistema da teoria do crime. É sobretudo desse contexto de *fragilidades estruturais* do dolo eventual (da sua falta de limites claros) do qual nos valem como principal combustível para defender a ideia de que não se deve sustentar coerentemente a punibilidade de uma tentativa – que, apesar de exigir também maior esforço argumentativo, parece-nos de justificação mais coerentemente defensável em ambiente democrático – sem a presença de um dolo do tipo direto.

Como antevisto, as dificuldades são tantas na justificação de um dolo do tipo eventual que, na atualidade, não falta quem sugira o seu “abandono”, embora defenda a estruturação de novas categorias dogmáticas em substituição. Para Tatjana Hörnle⁹⁰⁴, a maior parte da doutrina alemã critica “as definições de dolo eventual e culpa consciente aplicadas pelo BGH (sobre isso, *infra*, II; o StGB não contém nenhuma definição legal) e propõem definições alternativas”. E argumenta criticamente: “Partindo-se de uma perspectiva de medida da pena, as definições estendidas de dolo, sem modificações ao lado das consequências jurídicas, são problemáticas. Contudo, quem quiser aprimorar o direito vigente não poderá ignorar a proposta de uma mudança”.

Segundo a autora:

Na ciência penal alemã, é indicada, isoladamente, não uma interpretação legal, mas uma nova redação legal para se alcançar a solução buscada. Esta se baseia não em outras propostas para uma definição do dolo eventual, mas no abandono desta figura jurídica e na introdução de uma nova categoria intermediária, *de lege ferenda*, como a designada como “*recklessness*” (em seguida, traduzida como *leviandade*) no *Código Penal Modelo* (sobre isso, *infra*, IV). Uma tal categoria central reunirá casos os quais, segundo o direito alemão vigente, necessitariam ser categorizados de modo separado: ou como dolo eventual ou como culpa consciente. Um sistema tripartido, sem a categoria do dolo eventual, compreenderia as seguintes categorias: intenção ou conhecimento seguro; leviandade; algumas formas de culpa. É de se conceder que esta ideia exigiria alteração legislativa em grande extensão, o que faz improvável uma implementação (*infra* V, VI). Isto não deve, contudo, ser razão para a ciência jurídica renunciar a uma análise crítica do direito vigente e a considerações de melhorias conceituais.

⁹⁰⁴ HÖRNLE, Tatjana. Apelo para o abandono da categoria do “dolo eventual”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 178, abr., 2021. p. 80 *ss.* No original: HÖRNLE, Tatjana. Plädoyer für die Aufgabe der Kategorie “bedingter Vorsatz”, *JuristenZeitung*, v. 74, n. 9, p. 440-449, 2019. Traduzido por Wagner Marteleto Filho. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no Brasil. A autora se ampara em: Weigend ZStW 93 (1981), 637, 687 *ss.*; Schünemann GA 1985, p. 341, 363 *s.*; Perron, in: Festschrift für Nishihara, 1998, p. 145, 151 *s.*; Vogel, in: LK-StGB (nota 2), perante o § 15, nota 26 *ss.*

4. As perspectivas teóricas de partida assumidas até aqui na presente investigação

Diante da numerosa quantidade de teorias que passamos sucintamente em revista nos capítulos anteriores, rumo à sedimentação do caminho até a imprescindível exploração dos principais núcleos problemáticos que serão enfocados na *Parte II* da presente investigação, para que não parem dúvidas quanto aos pressupostos assumidos na investigação, é fundamental destacar, em termos esquemáticos e resumidos, tendo em vista que as razões já foram explicitadas anteriormente, nosso compromisso com a necessidade de deixarmos à mostra os caminhos adotados, e as conclusões assumidas como as mais coerentes em ambiente pretensamente democrático.

Relembremos, portanto, as proposições fixadas até aqui e que servirão como *linha de força* do que vamos construir e defender como o mais coerente na sequência. Tudo isso para que possamos começar a caminhar por trilhas relativamente mais seguras:

a) adotamos um pensamento sistemático, de estrutura criteriosamente aberta diante dos problemas da vida prática, partindo de uma perspectiva de raiz filosófica de sistema [de raiz kantiana], que é o que nos servirá de ponto de partida, sobretudo porque muito presente no contexto inicial do desenvolvimento do tema explorado adiante. Embora seja a partir dessa perspectiva sistemática que vamos procurar articular e organizar as ideias inicialmente, não será exclusivamente com ela que dialogaremos;

b) apesar das muitas emendas no modelo preambular proposto por Franz von Liszt (1905) e complementado por Ernst von Beling (1906), o que perspectivamos é que, no centro de gravidade desse sistema de natureza criteriosamente aberta, há de ser encontrada ainda – contrapondo-se aos funcionalismos –, como um de seus principais elementos estruturantes, a conduta (que deverá ser típica, ilícita e culpável), o que ganha especial relevo com as elaborações do finalismo, concorde-se ou não com todos os seus termos;

c) demos preponderância ao desvalor do resultado, pois nos parece ser aquele mais próximo da possibilidade de contenção do poder punitivo; aquele que nos parece mais consentâneo com um Estado de Direito Democrático, caracterizado sobretudo pelo esforço de ver respeitada a estrutura garantidora da dignidade da pessoa humana. O que não significa, repise-se, algum desprezo ao desvalor da conduta, sendo este necessário, embora não deva ser encarado como suficiente para justificar uma responsabilização criminal;

d) tanto no dolo quanto na negligência, como vimos, as teorias são as mais variadas e discutíveis possíveis, num rol que certamente não está moldado de uma vez por todas, de modo que, por uma questão de organização das ideias, preferimos focar mais em discorrer

sobre as principais existentes do que tomar uma posição sobre o acerto (ou não) de suas elaborações. Na sequência, quando nos depararmos com os elementos especificamente vinculados ao dolo eventual, porque absolutamente necessário, deixaremos à mostra nossa posição;

e) sobre a tentativa, na mesma linha argumentativa da opção que fizemos anteriormente pela preponderância do desvalor do resultado, na esteira do que defende José de Faria Costa⁹⁰⁵, esta categoria dogmática haverá de ser perspectivada *preponderantemente* pelo aspecto objetivo (não se descartando o aspecto subjetivo). Ou seja, “a tentativa apresenta um específico desvalor de resultado de perigo”, logo, “estamos a pressupor que pode verificar-se a violação do bem jurídico e, todavia, não se cair no preciso âmbito da consumação”;

f) partimos ainda do pressuposto de que a tentativa, enquanto categoria dogmática, tem relativa autonomia na estrutura da teoria do crime, não podendo ser tratada, sobretudo no seu aspecto subjetivo, como um mero apêndice dos debates sobre o crime na modalidade consumada. Como visto, não se sustenta o silogismo de que o que vale para a consumação vale também para a tentativa. A tentativa, como destacado por José de Faria Costa⁹⁰⁶, haverá de ter “o mesmo estatuto normativo [de autonomia] que é atribuído aos comportamentos consumados”.

g) vale para o dolo eventual o que dissemos de uma maneira mais geral para o dolo e para a negligência, ou seja, são muitas as teorias; mantemos, entretanto, uma preocupante agravante: no âmbito desse específico tipo de dolo, tudo é muito mais fluido e abstrato. Há mais incertezas do que aquelas que nos parecem toleráveis em ambiente que se pretende democrático. Por isso consideramos o dolo eventual como uma categoria demasiadamente *frágil*. A fundamental diferença entre o dolo eventual e a negligência consciente fica muito à mercê da teoria adotada;

h) as dificuldades encontradas não nos impediram de levar em consideração que o dolo eventual exista (embora voltemos a isto, sobretudo para contestar, no Capítulo I, item 2, Parte II) e que, na prática, venha sendo utilizado, em boa medida, pelos sistemas jurídicos espalhados pelo mundo. Embora não tenhamos, de uma maneira definitiva, cravado uma específica teoria (cognitiva, volitiva e/ou normativa), é fundamental que sejam obrigatoriamente observados (para nós, quanto mais filtros, melhor) ambos os elementos (cognitivo e volitivo) como garantias insuprimíveis diante da responsabilização criminal. Em

⁹⁰⁵ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 551.

⁹⁰⁶ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 527. A interpolação é nossa.

Portugal, essa é uma obrigação, a partir da ideia de *conformação*, imposta no Código Penal (art. 14.º-3);

Feito o inventário acima, cumpre-nos, antes de encerrar o presente item, fazer constar que nos parece natural que eventualmente fiquem *questões em aberto*. Como se anteviu, nossa intenção não era a de refutar ou de contrapor todo tipo de argumento contrário ao que perspectivamos, mas de explicar as razões pelas quais resolvemos adotar uma ou outra opção à disposição na doutrina correspondente. Desde o início, não nos comprometemos com respostas do tipo definitivas, senão com reflexões críticas em que nosso compromisso principal é o de, por imperativa honestidade intelectual, colocar bem à mostra as razões jurídico-criminais de nossas escolhas durante o presente percurso no labirinto da dogmática.

Observe-se ainda que é evidente que as opções acolhidas tendam a fortalecer a conclusão que mais adiante se apresentará. Mas o fato de termos *escolhido* caminhos que estão à nossa disposição – não sendo, portanto, os mesmos necessariamente impostos –, por certo não invalida a conclusão a que chegarmos, nem torna menos legítima a hipótese oferecida como a mais coerente e adequada à problemática proposta. Se existem caminhos possíveis em uma pesquisa (e os há em todas elas, seja a pesquisa acadêmica ou não), a *escolha* de qualquer deles é não apenas necessária, mas absolutamente legítima, desde que demonstremos as razões que nos servem de guia na construção do percurso.

Como constatado – e bem – por Tim Ingold⁹⁰⁷, “Há muitas maneiras de caminhar; nem todas nos levam para fora”. No complexo labirinto que ora exploramos, diria o mencionado autor, se indagado a respeito, que “O desafio consiste em não sair da trilha”, o que nos exigirá redobrada atenção. Assim, diante das *setas indicadoras* já fixadas nesses primeiros passos de nosso percurso, para que não nos percamos pelo caminho que ainda resta, convém concluirmos o presente item repisando algo que já advertimos, lá no início, em nossas Considerações Introdutórias. Estamos diante de um labirinto cujos caminhos confundem. Podemos até não saber exatamente para onde vamos ou o que há adiante ao dobrarmos os corredores, mas a trilha percorrida precisa ficar exposta para que nos seja permitido um retorno seguro ao local de origem, sendo esse o caso. Assim,

No caminhar pelo labirinto, por outro lado, escolher não é uma questão. O caminho leva, e o caminhante deve ir para onde quer que ele o leve. Mas o caminho nem sempre é fácil de seguir. Como o caçador que persegue um animal ou um andarilho numa trilha, é importante manter os olhos abertos para sinais sutis – pegadas, pilhas

⁹⁰⁷ INGOLD, Tim. O dédalo e o labirinto: caminhar, imaginar e educar a atenção. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 21, n. 44, jul./dez. 2015. p. 23-24. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ha/v21n44/0104-7183-ha-21-44-0021.pdf>. Acesso em 23 abr. 2020.

de pedras, entalhes nos troncos das árvores – que indiquem o caminho adiante. Esses sinais te mantêm no caminho, e não te convidam a se afastar dele, como fazem as propagandas. O perigo está não em chegar a um beco sem saída, mas em sair da própria trilha.⁹⁰⁸

5. Referências conclusivas

Enfocamos, portanto, até aqui, os aspectos mais relevantes das duas categorias dogmáticas que são objeto de nosso maior interesse no curso da investigação que ora se desenvolve: a tentativa e o dolo eventual. Quisemos deixar à mostra, no desenvolvimento deste *Capítulo II*, a ideia de que ambas, pelos esforços argumentativos empreendidos historicamente para que sejam admitidas em ambiente democrático – que exige fundamentação coerentemente adequada à proteção da dignidade da pessoa humana –, são, para nós, formas relativamente fracas, ou, se quisermos, relativamente frágeis, de responsabilização criminal por conta de não termos parâmetros seguros sobre onde começam e onde terminam. Fragilidade essa que se verifica mais intensa e nitidamente mais problemática no caso do dolo eventual.

No caso da tentativa, onde exatamente começam os atos executórios e onde terminam os atos preparatórios? As teorias, nesse particular, abundam.⁹⁰⁹ Já no caso do dolo eventual, sobretudo em termos volitivos (elemento que alguns autores, como vimos, negam existir), onde exatamente estão os seus limites diante da negligência consciente? Aqui também teorias não faltam na busca por apresentar respostas coerentes. Embora entendamos que no dolo eventual a situação seja mais problemática, o fato é que, dadas as graves dificuldades, o mínimo que haveria de se esperar seria que se obstaculizasse, ao menos na doutrina especializada, a admissão de uma tentativa sem um dolo do tipo direto.

Uma tentativa com dolo eventual, pelo que já se pode antever, para que, na sequência (*Parte II*), possamos aprofundar mais dedicadamente, são duas formas argumentativamente frágeis de responsabilização criminal que não se fortalecem pela união. Muito ao contrário. A junção de ambas, ao invés de fortalecer, parece-nos duplicar a fragilidade que ambas carregam consigo, o que deveria ser um óbice à sua aceitação. Entretanto, não é o que tem acontecido tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Há, como já dissemos, uma espécie de *clima* de aceitação da congruência de ambas. As *setas indicadoras* até aqui fixadas revelam como (e aonde) pretendemos chegar com a conclusão a ser apresentada. Os *rastros* que temos deixado

⁹⁰⁸ INGOLD, Tim. O dédalo e o labirinto: caminhar, imaginar e educar a atenção. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 21, n. 44, jul./dez. 2015. p. 26. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ha/v21n44/0104-7183-ha-21-44-0021.pdf>. Acesso em 23 abr. 2020.

⁹⁰⁹ Por todos, veja-se: CURY URZUA, Enrique. La teoría del principio de ejecución en la tentativa. *Revista de Ciencias Penales*, Buenos Aires, v. 22, n. 2., 1963. p. 168-195.

pelo caminho haverão de permitir as idas e vindas necessárias ao processo de verificação da coerência das hipóteses que oferecemos ao longo desse processo investigativo. Tudo, aliás, no melhor estilo “explorador de labirintos”, como advertido por Rubem Alves⁹¹⁰:

Ele se meteu pela ala à esquerda, terminou num beco sem saída, voltou e colocou à entrada um sinal vermelho. Este sinal é digno de confiança, final, decisivo. Ele prossegue, encontra caminhos abertos, volta, coloca um sinal verde. Este sinal não é digno de confiança. Nada garante que, mais adiante, a ala por ele explorada não termine também num beco sem saída. “O sinal vermelho diz: é inútil entrar por este caminho. Tal sinal tem um enorme valor: poupar esforços. A informação de que certos caminhos não levam a lugar algum são informações tão importantes quanto quaisquer outras. Se você encontra, no início de uma rua, uma tabuleta com a informação: “Beco sem saída”, você não entra por ela. Economizará. Isto também é conhecimento.

Nesse passo, optamos por perspectivar a tentativa como uma categoria dogmática relativamente autônoma (tal como é a consumação), em que deve preponderar seu aspecto objetivo, não necessariamente atrelada às conclusões a que se chega quando se avalia o crime consumado. Logo, rechaçamos a ideia de que “o que vale para uma [a consumação] vale também para a outra [a tentativa]”. Sustentamos, na esteira de outros autores (que ainda compõem uma doutrina minoritária), que esse raciocínio do tipo silogístico não se sustenta no âmbito jurídico-criminal (voltaremos a isso adiante). Se o legislador, na generalidade, não estabelece tipos autônomos de tentativa, isso não deve significar que ela seja vinculada à consumação.

Também optamos pela perspectivação do dolo sem a possibilidade de excluir (como querem alguns autores) o elemento volitivo, sobretudo porque, no caso do eventual, essa foi a opção acolhida pelo legislador português no Código Penal (art. 14.º-3), explicitando-se uma teoria da conformação. O dolo eventual é “o símbolo da própria dúvida”⁹¹¹, e, como tal, não existindo condições seguras de sua atribuição a quem quer que seja, sobretudo na tentativa, haverá de ser descartado em respeito ao *in dubio pro reo*. A conclusão a que se chega é a de que não deverá existir resposta adequada através de propostas puramente intelectivas ou puramente volitivas. A essa altura do desenvolvimento da teoria do crime, os elementos intelectualivo e volitivo precisam ser encarados como verdadeiras garantias contra o poder punitivo, não suscetíveis de uma supressão pura e simples de nossa parte.

Por fim, como antevisto, enumeramos de maneira assumidamente esquemática as opções doutrinárias acolhidas no percurso compreendido entre os *Capítulos I e II*. Todas as informações relevantes sobre os pressupostos de nossa investigação se encontram exatamente

⁹¹⁰ ALVES, Rubem. *Filosofia da ciência* – introdução ao jogo e suas regras. São Paulo: Loyola, 2002. p. 148.

⁹¹¹ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 540.

nesse intervalo, o que será complementado com aquilo que se desenvolverá sucintamente no *Capítulo III*, em que todas as atenções estarão voltadas a uma parte específica da principiologia que rege o direito criminal português modernamente. Será justamente esta principiologia que nos servirá de guia para não nos deixar afastar daquela que deve ser o núcleo reitor de um Estado de Direito Democrático em qualquer circunstância: a dignidade humana. É, conseqüentemente, o que deve nos ajudar a iluminar o caminho a ser percorrido.

CAPÍTULO III – QUESTÕES PRINCIPOLÓGICAS DE FUNDO (OU: PARA ILUMINAR OS CAMINHOS): O “MÍNIMO ÉTICO”, A PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICO-CRIMINAIS E A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DA OFENSIVIDADE

1. Considerações iniciais

Embora vinculados ao debate sobre liberdade de expressão e informação, a Constituição da República Portuguesa em vigência consagra expressamente os *princípios gerais de direito criminal* (art. 37.º-3) como critérios reitores irrenunciáveis do ordenamento, o que serve para nos dar bem a dimensão da importância de como a principiologia é necessária na articulação do sistema jurídico-criminal. Temos, portanto, de nos apegar a certos valores que devem nortear os nossos passos no labirinto da dogmática em questão. Labirinto esse que, para além de termos de identificar e compreender bem a disposição de seus corredores, exige que nos preocupemos também em iluminar adequadamente as trilhas percorridas, tarefa que haverá de ser feita justamente através da principiologia enfocada. Nessa tarefa, é bom que não se perca de vista que a dignidade humana, como núcleo reitor de um Estado de Direito Democrático, irradia valores que devem servir de parâmetro nesse processo discursivo.

É nesse contexto que vale deixar absolutamente claro que, embora sejam variadas as possibilidades de resposta à problemática enfocada na presente investigação, as escolhas não devem (nem podem) ser alheias às tais questões principiológicas. O que se deve acolher como o caminho mais adequado será sempre aquele que mais se aproxima da possibilidade de preservação do já mencionado núcleo. No caso de eventual dúvida, deve-se optar por aquele que menos ameace sua integridade, mesmo que isso sirva para alimentar um eventual “discurso de impunidade”. Esse é um dos ônus com o qual se deve arcar em ambiente substancialmente democrático. Assim, a principiologia que utilizaremos na sequência servirá também para, em certa medida, justificar as escolhas que fizemos até aqui. É como se de um *farol* tivéssemos posse para não nos deixar colidir com as paredes do já mencionado labirinto da dogmática jurídico-criminal.

Nesse passo, são os princípios, segundo José de Faria Costa⁹¹², “proposições reitoras”, “às quais o desenvolvimento teórico posterior deve estar subordinado”. Tais proposições, ainda com o autor, no que toca ao seu âmbito de validade, “não tem que se limitar à chamada ‘parte geral’ dos códigos penais”. Já dissemos que a própria Constituição (sobretudo ela) serve de

⁹¹² FÁRIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 504-505. A interpolação é nossa.

fonte iluminadora. Não é essa, portanto, “a sede única do posicionamento sistemático dos princípios”. Assim, “nada há que logicamente impeça que ele [o princípio] se circunscreva a um universo de casos muito mais restrito do que aquele que em princípio a ‘parte geral’ contempla”. A observância dos princípios é uma providência incontornável, muito especialmente num sistema jurídico que se anuncia como democrático e que precisa, não raramente, cimentar coerentemente determinados espaços não preenchidos expressamente pelo legislador.

Nessa ordem de ideias, a principiologia aqui enfocada será aquela a nortear o exercício do poder punitivo, cujas variantes se entrelaçam num processo dinâmico (diríamos até *pendular*) em que, pelos valores em jogo, ora se percebe uma necessidade de *limitação*, ora se percebe uma de *otimização*, o que se desenvolve na tentativa de equilibrar, além do confronto entre a dogmática e a política criminal,⁹¹³ o confronto entre o *jus puniendi* e o *status libertatis*. Como destacado por Jorge de Figueiredo Dias⁹¹⁴, com amparo em Claus Roxin, “O princípio do Estado de Direito conduz [...] a que a protecção dos direitos, liberdades e garantias seja levada a cabo não apenas através do direito penal, mas também perante o direito penal”. O nevrálgico nesse tipo de debate será conseguir identificar com alguma segurança onde começaria exatamente uma coisa e onde teria de terminar a outra.

Será preciso, portanto, saber dosar bem essa articulação entre as categorias dogmáticas e os postulados/critérios/princípios, sendo esses últimos mais comumente lembrados no debate de cunho político-criminal. Essa relação entre a dogmática jurídico-criminal e a política criminal, em especial, precisa se dar no âmbito de uma cautela quase que *cirúrgica*, tudo para que o “paciente” (o investigado) seja incomodado na exata medida em que se permita resolver o incômodo problema, preservando-se, a qualquer custo, o núcleo de sua integridade (a saber: a dignidade), que é a razão de ser de todo o sistema jurídico que se apresenta como democrático.

De nada nos adiantaria utilizar determinadas fórmulas, muito bem elaboradas do ponto de vista dogmático, que se prestariam a criar mais problemas (como incoerências na articulação do sistema) do que aqueles que pretende resolver, o que, aliás, pode nos servir para reavivar a

⁹¹³ Embate que, embora o apresentemos sucintamente aqui, será mais detidamente desenvolvido no item 2, Capítulo III, Parte II.

⁹¹⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 177.

metáfora utilizada por Karl Mannheim⁹¹⁵, que nos lembra do médico especialista, “a quem se atribui o dito: A operação foi um sucesso. Infelizmente o paciente morreu”.

Os princípios aqui enfocados haverão de nos servir como instrumentos de pontencialização, ostentando duas funções básicas: uma de *otimização* da dignidade humana (no máximo espaço possível) e a outra de limitação do exercício do poder punitivo (contido no mínimo espaço possível). Como as questões aqui enfrentadas não são aquelas encaradas como as mais simples no âmbito da dogmática jurídico-criminal, os princípios adiante enfocados acabam também por servir como uma espécie de *parâmetro decisório*. Assim, dito em termos mais práticos, diante de dúvida relevante, mesmo que, ao final, se prejudique uma eventual sensação coletiva de segurança, mais deverá valer absolver uma pessoa potencialmente culpada do que condenar uma que se pressupõe como inocente.

É com esses termos, embora firmes, bastante cautelosos, que haveremos de caminhar até o oferecimento da conclusão dessa investigação. Tudo “iluminado” pelos critérios do “mínimo ético”, da proteção dos bens jurídico-criminais e da necessária observância da ofensividade. Cabe não esquecer que na mesma medida em que caminhar por um ambiente labiríntico e escuro é potencialmente prejudicial ao objetivo de se alcançar a saída ou de se possibilitar necessárias idas e vindas, evidenciando-se a vulnerabilidade de quem o explora por conta da falta de visão satisfatória do complexo espaço a ser percorrido, o excesso de luz também pode vir a sê-lo, já que este, por vezes, acaba por cegar a pessoa, prejudicando ou comprometendo, do mesmo modo, a vital percepção sobre o percurso e a necessidade de se realizar boas escolhas.

2. O “mínimo ético” e a dignidade criminal

É desaconselhável iniciarmos uma análise sobre o *mínimo ético* sem mencionar a separação que deve existir, ao menos em ambiente democrático, entre o direito e as questões eminentemente éticas e/ou morais. O termo, como explica Paulo Nader⁹¹⁶, tendo sido pioneiramente objeto de teorização por parte de Georg Jellinek, embora ainda possua variados significados, dada a sua vagueza,⁹¹⁷ “representa o mínimo de preceitos morais necessários ao bem-estar da coletividade”. Segundo o autor, utilizamos “mínimo ético” “para indicar que o Direito deve conter apenas o mínimo de conteúdo moral, indispensável ao equilíbrio das

⁹¹⁵ MANNHEIM, Karl. *Ideologia e utopia*. Trad. Sérgio Magalhães Santeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1968. p. 144.

⁹¹⁶ NADER, Paulo. *Introdução do estudo do Direito*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 43-44.

⁹¹⁷ AFTALION, Enrique R.; OLANO, Fernando Garcia; VILANOVA, José. *Introducción al Derecho*. 9. ed. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho e Ciencias Sociales, 1972. p. 149.

forças sociais, em oposição ao pensamento do *máximo ético*, exposto por Schmoller”. Não à toa, Hans Welzel⁹¹⁸ conclui ser o Direito limitado “às categorias fundamentais das instituições sociais”.

É evidente que, normalmente, vem desses axiomas morais/éticos, de cunho valorativo, o impulso necessário para que o ordenamento seja moldado. No que toca ao criminal, tem sido esse o que, garantidamente, mais se submete a receber tais pressões. Nessa ordem de ideias, José Caeiro da Matta⁹¹⁹ adverte, com base em Vincenzo Manzini⁹²⁰, que se “o ilícito civil é um mínimo ético, o ilícito penal é o mínimo do mínimo ético”. Para o autor, “Nem todas as normas penais são, porém, simultaneamente normas morais”, logo, “o problema jurídico não pode ser reduzido a um problema moral, como supõem todas as doutrinas fundadas sobre a interpretação ético-individual ou ético-social do direito penal”.

Depois de passar sucintamente em revista os argumentos de H. Mayer, Karl Engisch, Karl Binding e Johannes Wessels, observe-se a conclusão a que chega Francisco de Assis Toledo⁹²¹ sobre a inegável interação existente entre o sistema jurídico-criminal e as questões éticas/morais. Para o autor, “três notas se destacam: a) o fundo ético do ordenamento penal; b) o seu caráter limitado, ou fragmentário; c) o estar dirigido para a proteção de algo”. A análise prossegue sob o argumento de que “A máxima pauliana [*Non omne quod licet honestum est*], segundo a qual nem tudo o que é lícito (conforme o direito) é honesto (conforme a moral), indica certa distinção entre o direito e a moral”. Depois de lembrar a ideia de Johannes Gründel⁹²² de que “é preciso distinguir claramente entre *imoralidade e punibilidade*”, conclui que “A tarefa imediata do direito penal é, portanto, de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos”.

Com Jorge de Figueiredo Dias⁹²³ deixamos claro que, ao menos em democracia, “Não é função do direito penal nem primária, nem secundária tutelar a virtude ou a moral: quer se trate da moral estadualmente imposta, da moral dominante, ou da moral específica de um qualquer grupo social”. Mesmo porque, prossegue o autor, o direito criminal, “como ordem terrena que tem de respeitar a liberdade de consciência de cada um (art. 41.º da CRP), só pode

⁹¹⁸ WELZEL, Hans. O problema da validez do Direito. RADBRUCH, Gustav; SCHMIDT, Eberhard; WELZEL, Hans. *Derecho injusto y derecho nulo*. Madrid: Aguilar, 1971. p. 112.

⁹¹⁹ CAEIRO DA MATTA, José. A norma de direito penal. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 5, 1918. p. 27-28.

⁹²⁰ MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Milano: Bocca, 1908. p. 126.

⁹²¹ ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 7 ss.

⁹²² GRÜNDEL, Johannes. *Temas atuais de teologia moral*. Trad. José dos Santos Gonçalves. Petrópolis: Vozes, 1973. p. 169-170.

⁹²³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 111-112.

valer como ‘uma triste *necessidade* num mundo de seres imperfeitos que são os homens’”. Assim, para ser alçado ao *status* de dignidade criminal, não basta que um bem/valor/interesse esteja abarcado pela padronização ético-moral-social de um determinado grupo. Seria preciso mais do que isso. Para que tal providência aconteça, fale-se na necessidade de um *mínimo ético* como uma espécie de *critério de partida* no processo de criminalização.⁹²⁴

Nesse passo, Jorge de Figueiredo Dias⁹²⁵ tem argumentado que tal direito “constituiria em todo o caso apenas, no conhecido dizer de Georg Jellinek, um ‘mínimo ético’, que já de si conferiria à tutela penal um caráter inevitavelmente fragmentário e lacunoso, a contrastar com a natureza (tendencialmente) completa e total da tutela religiosa e da tutela moral”.

Não percamos de vista a perspectiva de José de Faria Costa⁹²⁶:

O direito penal só protege os bens ou valores que, em uma determinada comunidade e em um também determinado momento histórico, constituem o mínimo ético que não pode ser, nem mais, nem menos, do que o núcleo duro dos valores que a comunidade assume como seus e cuja protecção permite que ela e todos os seus membros, de forma individual, encontrem pleno desenvolvimento em paz e tensão de equilíbrio instável.

Temos, portanto, a ideia de *mínimo* composta por valores que se consolidam com o tempo, em que se percebe que são “repetidos pelo ser-aí-diferente, valores que em liberdade vale a pena repetir”⁹²⁷, um conjunto que serve como “fundamento aglutinador”⁹²⁸, e que, por isso, “provocam o direito penal a protegê-los”⁹²⁹. Ademais, conforme José de Faria Costa⁹³⁰, o mínimo ético “corresponde à aceitação de que o direito penal é uma ética aplicada”. Neste caso, o que se observa é que tal perspectiva “anda ligada à ideia de nuclear, de condição sem a qual, de essencialidade”. Este mínimo haverá de ser “um centro proposicional normativo cujas virtualidades explicativas e compreensivas se apreendem e desenvolvem na realização do próprio acontecer argumentativo”. O autor remete a base de sua compreensão a uma

⁹²⁴ Antes, Jorge de Figueiredo Dias já havia explicado que “a legitimação da intervenção penal não pode hoje ser vista como unicamente advinda de qualquer ordem transcendente e absoluta de valores, mas tem de ser coada por critérios funcionais de *necessidade* (e de consequente *utilidade*) *social*”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 31.

⁹²⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 112.

⁹²⁶ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 302.

⁹²⁷ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 198.

⁹²⁸ FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco Antonio de M. L.. The Humanization of International Law. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 93, n. 2, 2017. p. 700.

⁹²⁹ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 199.

⁹³⁰ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 196-198; Assim também em: FARIA COSTA, José de; MOURA, Bruno de Oliveira. *Filosofia do direito*. Lisboa: Âncora, 2021. p. 43; E ainda em: FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 317. O autor se ampara em: JELLINEK, Georg. *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*. 2. Aufl. Berlin: 1908. p. 45 ss.

espécie de “*zurück zu Jellinek* à luz da tensão insuperável entre o conteúdo objetivo da ética e a subjetividade solidária que historicamente se realiza através precisamente daquele conteúdo”.

É nesse contexto que se iluminam os caminhos da presente investigação, a partir da ideia de um *mínimo ético*, e que, com José de Faria Costa⁹³¹, constitui “esse conjunto de valores” fundado historicamente, ou seja, algo que “corresponde a uma racionalidade de determinação das formas canónicas, logo hermenêuticas, de que se alimenta o pensamento europeu e, muito particularmente, o pensamento jurídico ocidental”. A esse respeito, o autor explica que “a recondução ao ‘mínimo’, isto é, à forma canónica, é necessária e salutar, já que as projecções e os círculos de desenvolvimento argumentativo se fazem – e assim deve ser – arrancando de unidades, de centros proposicionais, de centros proposicionais normativos”. Nessa ordem de ideias, ainda segundo o autor, o mínimo ético abarca valores consolidados pela história, aqueles que, embora não sejam eternos, “em liberdade vale a pena repetir”, o que pode vir a convocar a atuação do direito criminal.

Observe-se ainda a perspectiva de Hans Welzel⁹³², para quem a ideia de mínimo ético representava um “cânone fundante e *instrumentum* de compreensão do direito penal”⁹³³. Segundo José de Faria Costa⁹³⁴, para Welzel, “el derecho penal, al garantizar una serie de valores que son también espiritualmente reconocidos en sentido positivo en el plano de la Moral, cumple indirectamente una función garantizadora o tutelar de valores morales”. No entanto, o catedrático de Coimbra adverte que, “embora os elementos correctores introduzidos na sua compreensão do ‘mínimo ético’ sejam de enorme pertinência e de particular acutilância teórica, a nossa discordância, como com certeza já se percebeu, situa-se na raiz da questão”. O autor argumenta que, “tal como compreendemos o direito penal, este não ‘cumpre indirectamente uma função de garantia ou tutelar de valores’”, mas “cumpre *directamente* uma função de garantia ou tutelar de valores jurídicos de relevância ético-social”.

Mais especificamente sobre a ideia de dignidade criminal, que, sem dúvida, alinha-se com o que dissemos sobre o mínimo ético, diz-nos Manuel da Costa Andrade⁹³⁵ ser ela “a expressão

⁹³¹ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 317-318. Assim também em: FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 198-199.

⁹³² WELZEL, Hans. *Recht und Sittlichkeit. Festschrift für Friedrich Schaffstein*, Göttingen: Otto Schwartz, 1975. p. 50.

⁹³³ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 318.

⁹³⁴ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 318.

⁹³⁵ COSTA ANDRADE, Manuel da. A ‘dignidade penal’ e a ‘carência de tutela penal’ como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *RPCC*, n. 2, abr.-jun., 1992. p. 184.

de um *juízo qualificado de intolerabilidade social*, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade”. Antes, porém, o autor adverte que dificilmente “conhecerá a ciência penal matéria que suscite maior desconforto de opiniões”. Para ele, “Tudo é questionado e controvertido nessa Babel em que se tornou a doutrina penal e da necessidade de tutela penal”. Assim, “raros são os que falam a mesma coisa”.⁹³⁶ O fato é que o crime não há de ser fruto de uma mera reprovação moral/ética/social, mas um comportamento que, de maneira grave, intolerável e transcendente, provoque um certo (perigo de) dano ao bem/valor/interesse jurídico de grande relevo.

Jorge de Figueiredo Dias⁹³⁷, por sua vez, com amparo em Winrich Langer⁹³⁸, pontua a importância da ideia de dignidade criminal da seguinte maneira: “À questão de saber qual a ideia político-criminal e dogmática básica que dentro da categoria da punibilidade actua e lhe oferece unidade e consistência, deve responder-se que essa é a da dignidade penal”. O autor reforça, em consonância com Klaus Volk⁹³⁹, Claus Roxin⁹⁴⁰, Diego-Manuel Luzón Peña⁹⁴¹ e Manuel da Costa Andrade⁹⁴², que é a dignidade criminal um “princípio regulativo de todas as categorias – antes de tudo ilícito-típico, mas também da culpa e da punibilidade – e, como tal, critério ubíquo e imanente à totalidade da doutrina geral do crime e do sistema respectivo”. Mas adverte: “Não nos parece, porém, que o argumento proceda em definitivo”. Segundo seu raciocínio, “torna-se possível – e compreensível – que o significado da dignidade penal se não esgote nas categorias do tipo de ilícito e do tipo de culpa (se bem que também nelas assumam significado) e se verta de forma autónoma em uma última categoria constitutiva do crime”.

Ademais, como observado por José de Faria Costa⁹⁴³, “O comportamento humano estrutura-se como relação comunicacional”, o que “pode desvirtuar e atingir, por isso, o limiar da dignidade penal, mas porque relação comunicacional é, do mesmo modo, expressão de uma valoração que os diferentes campos da normatividade sobre ela tecem”. Somente assim, ainda

⁹³⁶ COSTA ANDRADE, Manuel da. A ‘dignidade penal’ e a ‘carência de tutela penal’ como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *RPCC*, n. 2, abr.-jun., 1992. p. 175.

⁹³⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 671-672.

⁹³⁸ LANGER, Winrich. *Das Sonderverbrechen – eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1972.

⁹³⁹ VOLK, Klaus. Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus. *ZStW*, 97, 1985. p. 888. Disponível em: <https://www.degruyter.com/view/journals/zstw/97/4/article-p871.xml>. Acesso em 29 abr. 2020.

⁹⁴⁰ ROXIN, Claus. *Strafrecht – Allgemeiner Teil. Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenlehre*. Band I. 4 Aufl. München: Beck, 2006.

⁹⁴¹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Die Beziehung von Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit zum Verbrechenaufbau. SCHÜNEMANN, Bernd [Hrsg.]. *Bausteine des europäischen Strafrechts – Coimbra-Symposium für Claus Roxin*. Köln-Berlin-Bonn-München: Heymann, 1995. p. 97 ss.

⁹⁴² COSTA ANDRADE, Manuel da. A ‘dignidade penal’ e a ‘carência de tutela penal’ como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *RPCC*, n. 2, abr.-jun., 1992. p. 192 ss.

⁹⁴³ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 194-195.

com José de Faria Costa⁹⁴⁴, reunindo tais circunstâncias, haverá de ser encarado como merecedor de sanção criminal um determinado comportamento, intervindo esse *sistema punitivo*, agora com Manuel da Costa Andrade⁹⁴⁵, somente para “a protecção, necessária e eficaz, dos bens jurídicos fundamentais, indispensáveis ao livre desenvolvimento ético da pessoa e à subsistência e funcionamento da sociedade democraticamente organizada”.

Tudo isso para dizer que esse também é um debate que deve resvalar na construção da ideia de *intervenção mínima*, que, por sua vez, deve nortear não apenas a construção do ordenamento jurídico-criminal, guiando não só o processo de (des)criminalização, como também o trabalho do intérprete e, conseqüentemente, a resolução dos conflitos que chegam regularmente ao sistema enfocado. Costa Andrade⁹⁴⁶, com amparo em Claus Roxin⁹⁴⁷, conclui que “devem ser convocadas as ideias do direito penal enquanto direito de *ultima ratio* e ainda de tutela subsidiária de bens jurídico-penais”. São ideias que constam “no artigo 18.º, n.º 2, da nossa Lei Fundamental e, mais precisamente, no *topos* da proporcionalidade”.

Nesse contexto, a perspectiva até aqui proposta não se prestará a expandir o alcance do poder punitivo estatal, mesmo que, para efeitos de argumentação político-criminal (que, aliás, operacionaliza bastante os anseios sociais), isso implique uma eventual expansão da sensação de impunidade. Nossa ambição será sempre a de limitar o poder punitivo (ao máximo que nos for permitido), sobretudo em casos *dúbios*. Como se sabe, sua vocação histórica é justamente a expansão, o que indelutavelmente tem ocorrido com mais facilidade nos casos em que estamos diante de categorias dogmáticas de limites bastante duvidosos/imprecisos. Há aqui, portanto, uma interpretação que, diante da falta de critérios relativamente seguros, parece-nos mais consentânea com o critério do *in dubio pro reo/libertate*,⁹⁴⁸ do qual, ainda que sucintamente, já tivemos oportunidade de discorrer (no Capítulo I, item 4, Parte I).

Diante das substanciais dúvidas ainda existentes sobre os limites de categorias dogmáticas como a tentativa (nesse caso, mais propriamente a inidónea) e o dolo eventual (o que também influencia na alegada conveniência da própria dignidade punitiva de ambas), nossa posição é de extrema cautela, como, por exemplo, a de não aceitar que ambas (juntas) sirvam para uma legítima responsabilização criminal, isso porque se afasta da nossa perspectiva, em demasia,

⁹⁴⁴ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 195.

⁹⁴⁵ COSTA ANDRADE, Manuel da. A ‘dignidade penal’ e a ‘carência de tutela penal’ como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *RPCC*, n. 2, abr.-jun., 1992. p. 178.

⁹⁴⁶ COSTA ANDRADE, Manuel da. A ‘dignidade penal’ e a ‘carência de tutela penal’ como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *RPCC*, n. 2, abr.-jun., 1992. p. 178.

⁹⁴⁷ ROXIN, Claus. Das Strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 116, 2004. p. 929 ss.

⁹⁴⁸ Em termos de aproximação, como já mencionado, quanto à expressão: FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 247.

das ideias reitoras de um direito criminal que se apresenta como democrático, que são, entre outras, a segurança jurídica e a intervenção mínima.

3. A proteção dos bens jurídico-criminais

Como destacado (certeiramente, de nossa parte) por Luís Greco⁹⁴⁹, quando debruçado especificamente sobre o tema que a partir de agora passaremos sucintamente em revista, “em princípio, toda norma penal existe para proteger algo que o direito considera ser um bem, não sendo possível proibir apenas por proibir”⁹⁵⁰. Em suas reflexões críticas, o autor começa por identificar as variações existentes na terminologia do que resolvemos denominar aqui de princípio da proteção dos bens jurídico-criminais. Segundo ele, na Alemanha, o comum é falar-se em “proteção de bens jurídicos” (com a qual, aliás, o autor concorda); na doutrina anglo-saxã, em “princípio da lesão ou lesividade”; já na italiana, em “princípio de ofensividade ou lesividade”, enquanto a espanhola “parece usar indistintamente as três formulações, ao lado de uma quarta, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos”.

Na linha argumentativa de Juarez Tavares⁹⁵¹, com o advento da modernidade – que já convencionamos ter ocorrido a partir da 1ª Revolução Industrial (século XVIII), ao menos naquilo que nos interessa, que é o acentuado desenvolvimento da dogmática jurídico-criminal – sedimentou-se a ideia de que “a função do direito penal é, primordialmente, a proteção dos denominados bens jurídicos”, o que se assumia como um verdadeiro “postulado de garantia”. Entretanto, sob pena de uma negativa banalização, nem tudo haverá de figurar como suscetível de proteção pela via do sistema jurídico-criminal. Será preciso averiguar a dignidade criminal do bem/valor/interesse, ou seja, seu potencial de interferência no regular desenvolvimento da dinâmica social. Assim sendo, opera-se uma espécie de *caráter*

⁹⁴⁹ GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*, Cuiabá, v. 2, n. 3, p. 249-276, jul./dez.. 2007. p. 250. O autor volta ao tema, mas agora para analisar a perspectiva de Bernd Schünemann, dez anos após em: GRECO, Luís. Comentário ao estudo de Schünemann “o direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídico: sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal”. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais [et al]. IBCCRIM 25 anos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 201 ss. Para melhor contextualizar, recomenda-se: SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 9-37, mar./abr. 2005.

⁹⁵⁰ Também assim, argumentando situar-se tal princípio no “estudo das *funções* do Direito Penal no Estado social e democrático de Direito”, por exemplo: COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito penal e proteção dos bens jurídicos. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 53, p. 07-15, 2011. p. 10. De maneira interessantemente crítica, recomenda-se, por todos: KINDHÄUSER, Urs. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 95, p. 85-95, mar./abr.. 2012. E ainda, da maneira mais crítica possível, veja-se: JAKOBS, Günther. *Proteção de bens jurídicos?* sobre a legitimação do direito penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

⁹⁵¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 276-277.

fragmentário do direito criminal, com o qual, aliás, já contava Hans Welzel⁹⁵². Segundo Francisco de Assis Toledo⁹⁵³, “dentre a multidão de fatos possíveis, somente alguns – os mais graves – são selecionados para serem alcançados pelas malhas do ordenamento penal”.

Thomas Vormbaum⁹⁵⁴, a propósito, faz questão de destacar que “El término ‘fragmentario’ se emplea en el ámbito de Derecho y del Derecho Penal para calificar determinados fenómenos que sólo se superponen en algunos âmbitos marginales”. O autor faz uma minuciosa avaliação das possibilidades de utilização do termo no âmbito do direito criminal, passa em revista boa parte delas e aponta para o fato de que “Se reconoce como creador del término a Karl Binding, que habló del ‘carácter fragmentário de la ley penal’”⁹⁵⁵. Em termos conclusivos, argumenta Vormbaum que um direito criminal centrado em seus fins políticos (justiça, conveniência etc.) seria perigoso e comprometeria a fragmentariedade. Argumenta:

Extender este principio a una Dogmática de la limitación de la pena de fofra operativa significa entenderlo dialécticamente – o mejor dicho, dialogicamente –, es decir, como un diálogo con la pretensión de castigo, en la que la carga de la prueba se sitúa en la parte contrario de acuerdo con el principio *in dubio pro libertate*.⁹⁵⁶

A fragmentariedade traz-nos a ideia básica de dar relevo apenas aos bens/valores/interesses realmente importantes para a almejada paz social, o que se constrói como uma necessidade. Por ser mínimo, não pode (nem deve) o sistema jurídico-criminal se arvorar na proteção do todos os bens/valores/interesses existentes no meio social. Segundo José de Faria Costa⁹⁵⁷, em ambiente que se apresenta como democrático, “o sistema do direito penal se apresenta, fundamentalmente, em dois grandes eixos normativos”, um dos quais a fragmentariedade [o outro é a unidade lógica e intencional da dogmática], “concretizável na pluralidade de normas de proibição e sancionatórias (crimes; tipos legais de crime)”. Para o autor, é preciso atentar para o fato de que “a ideia molecular de proteção de bens jurídicos tem de ser vista e enquadrada, desde logo, com o princípio da fragmentariedade”⁹⁵⁸. Para Ines Fernandes Godinho⁹⁵⁹, com lastro na proposta de José de Faria Costa, “não apenas o recorte dos bens jurídico-penais (fragmentariedade de 1.º grau) pode ser barómetro de justiça no direito penal.

⁹⁵² WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. 11. Aufl. Berlin: Walter de Gruyter, 1969. p. 4 ss.

⁹⁵³ ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 15.

⁹⁵⁴ VORMBAUM, Thomas. El derecho penal fragmentario en la historia y la dogmática. *Revista Penal*, Valencia, n. 29, jan.. 2012. p. 204.

⁹⁵⁵ VORMBAUM, Thomas. El derecho penal fragmentario en la historia y la dogmática. *Revista Penal*, Valencia, n. 29, jan.. 2012. p. 210

⁹⁵⁶ VORMBAUM, Thomas. El derecho penal fragmentario en la historia y la dogmática. *Revista Penal*, Valencia, n. 29, jan.. 2012. p. 221.

⁹⁵⁷ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 15. A interpolação é nossa.

⁹⁵⁸ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 22.

⁹⁵⁹ GODINHO, Ines Fernandes. Justice and Symbolism in Criminal Law: Considerations on Criminal Protection of Human Life. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 92, n. 1, 2016. p. 76.

Também o modo ou a amplitude como esses bens jurídico-penais são protegidos (fragmentariedade de 2.º grau) refracta o justo”.

Tal cenário não se estabeleceu sem controvérsias. Muito pelo contrário. É fácil de constatar que esse é, seguramente, (mais) um dos temas pantanosos presentes na dogmática jurídico-criminal. A emolduração do conceito de bem jurídico (*Rechtsgute*) é um daqueles pontos que mais têm alimentado a discórdia doutrinária e jurisprudencial ao longo dos tempos. O problema, em especial, está justamente no estabelecimento de limites para a escolha. Esse tem sido apontado como a *pedra de toque* do direito penal moderno. Diz-nos parcela significativa da doutrina jurídico-criminal⁹⁶⁰ que deve a Constituição servir como um parâmetro regulatório, embora não o deva ser de maneira cega. Tanto é assim que Jorge de Figueiredo Dias⁹⁶¹ argumenta servir a Constituição como uma espécie de “critério regulador” do exercício do poder punitivo estatal.

Assim, convém começarmos por dizer que, na linha do argumento de José Joaquim Gomes Canotilho⁹⁶², não está o legislador obrigado, pura e simplesmente, a criminalizar ofensas a bens com dignidade constitucional. Ambos, direito criminal e constitucional, se importam mutuamente, relacionam-se, mas não se fundem por completo quando o assunto é a alegada necessidade de criminalização. Como destaca Jorge de Figueiredo Dias⁹⁶³, “entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal – jurídico-penal – dos bens jurídicos tem por força de verificar-se uma qualquer relação de mútua referência”, o que não significará uma relação de “‘identidade’, ou mesmo só de ‘recíproca cobertura’, mas de analogia material, fundada numa essencial *correspondência de sentido e* – do ponto de vista da sua tutela – *de fins*”. É, portanto, somente a partir dessa articulação discursiva, repise-se, ainda com o autor, que os bens/valores/interesses são legitimamente alçados à categoria de *dignidade criminal*.

É evidente que a Constituição expressa mandados de criminalização (veja-se, por exemplo, o art. 117, n. 3, da vigente Constituição Portuguesa), apresentando-se como fonte geradora, o

⁹⁶⁰ Por todos, recomenda-se: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional implícito, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n. 3.998, 2016.

⁹⁶¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n. 3.718, 1984-1985. p. 11.

⁹⁶² GOMES CANOTILHO, José Joaquim. “Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal – contributo para uma teoria da legislação – I Parte”. *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* – estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, 1984. p. 855.

⁹⁶³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal* – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 120.

que obriga o legislador ordinário a atuar criminalizando o fato,⁹⁶⁴ mas ela não o faz de uma vez por todas, como que apresentando um rol definitivo, muito menos do tipo taxativo. Por outro lado, também existem imposições limitativas (implícitas e explícitas), que servem para conter o avanço indevido sobre liberdades e garantias fundamentais, no que, segundo José de Faria Costa⁹⁶⁵, “em caso algum o legislador ordinário poderá ultrapassar os limites que a imposição constitucional consagra”. O que nos importa deixar claro com o que se disse anteriormente sobre a necessária relação entre a Constituição e o direito criminal é que, nos casos em que for possível a criminalização, a seleção de bens jurídicos não tem de guardar perfeita e direta coincidência com os bens encontrados naquele primeiro instrumento normativo.

Dessa maneira, como lembra Luiz Regis Prado⁹⁶⁶, “o problema maior a ser enfrentado é fixar concretamente os critérios pelos quais se deve proceder à seleção dos bens e valores fundamentais da sociedade”. O fato é que, na ausência de uma fórmula definitiva (se é que tal possa existir), o autor adverte, com amparo em Francesco Carlo Palazzo⁹⁶⁷ e em Wolfgang Naucke⁹⁶⁸, que a dogmática jurídico-criminal “deve empenhar-se na busca de diretivas (realistas e eficazes) – sobretudo diante de uma experiência legislativa pouco favorável – para uma racional concretização e individualização dos interesses mercedores de proteção”.

José de Faria Costa⁹⁶⁹ tem destacado que “em uma análise seca da ordem jurídica incriminadora, dir-se-á que esta se caracteriza pela ausência de unidade”. No entanto, para que não sejamos apontados como incoerentes pelo que dissemos sobre unidade em nossas considerações introdutórias, mesmo quando partimos da ideia de um sistema do tipo *criteriosamente* aberto, como o perspectivado, convém nos explicarmos melhor. Segundo o autor, “quando se considera que a proteção de determinados bens jurídicos é pedra de toque da própria ordem e aqueles valem em perfeita autonomia, não se pode pedir, nem sequer atribuir, grande unidade ao resultado normativo de tais escolhas”; “o que sempre aparecerá como unitária é a escolha e não necessariamente o resultado normativo da própria escolha”.

⁹⁶⁴ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 132.

⁹⁶⁵ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 133. Também assim, no sentido de que o legislador deve observar limitações intransponíveis, sob pena de se degenerar um direito criminal que se pretende como democrático, veja-se o opúsculo: ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 20 *ss*.

⁹⁶⁶ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 21-22.

⁹⁶⁷ PALAZZO Francesco Carlo. I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, Giuffrè, v. 35, 1992. p. 458.

⁹⁶⁸ NAUCKE, Wolfgang. *Strafrecht: Eine Einführung*. 10 Aufl. Neuwied-Kriftel: Luchterhand, 2002. p. 192.

⁹⁶⁹ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 260.

As dificuldades nesse processo de seleção e de compreensão se agudizam na medida em que nos deslocamos entre os grupos de bens/valores/interesses existentes. Dois, em especial, merecem aqui relevo: aqueles encarados como *individuais* e *coletivos*. Na perspectiva apresentada por Fábio Roberto D’Avila⁹⁷⁰, fazendo-se um contraponto ao processo de criminalização de (perigo de) ofensa de bens/valores/interesses encarados como individuais, casos há em que “não raramente, [é] imperceptível o processo de corporização, [já no caso d] os bens [encarados como] supraindividuais, [esses] dizem respeito aos níveis de abstração muito mais elevados e complexos”.

Depois de passar em revista uma série de relevantes argumentos sobre o processo de escolha e fundamentação do bem/valor/interesse jurídico-criminal, o autor conclui que, por conta “do significado normativo e político-criminal” que tem tradicionalmente sido “assinalado à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos, seria ingênuo esperar que o seu processo de desenvolvimento e afirmação se desse livre de oposições e dificuldades, ou mesmo, livre de profundas incompreensões”⁹⁷¹.

Embora nos deparemos com as dificuldades mencionadas, será preciso observar ainda critérios minimamente coerentes no processo de seleção/recorte/fragmentação/separação dos bens/valores/interesses jurídicos que devem fazer parte do rol de interesses do sistema criminal. Logo percebemos que o trabalho do Legislativo, nesse contexto, há de ser limitado. Maria Fernanda Palma⁹⁷² menciona que “a eleição de determinada realidade como bem jurídico não é arbitrária”; dependerá “de uma justificação no plano da liberdade, da igualdade e do equilíbrio entre esferas de ação”. Dito de maneira ainda mais direta, partindo-se da perspectiva de José de Faria Costa⁹⁷³, “O direito penal só protege certos e determinados bens, o que faz com que, em uma outra linha de apreensão, ele se postule, como se sabe, sempre norteado pelo princípio do mínimo de intervenção do aparelho sancionatório do Estado”.

Nessa ordem de ideias, José de Faria Costa⁹⁷⁴ tem argumentado que será possível identificar “a existência de ‘nichos de valoração’, cujo sentido só se percebe na sua mútua relação”. É evidente, portanto, que os bens/valores/interesses em jogo recebem a mesma proteção do direito criminal, mas não valem exatamente a mesma coisa. A depender das circunstâncias,

⁹⁷⁰ D’AVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista justiça e sistema criminal: modernas tendências do sistema criminal*, Curitiba, v. 3, n. 4, p. 103-123, jan./jun.. 2011. p. 112. As interpolações são nossas.

⁹⁷¹ D’AVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista justiça e sistema criminal: modernas tendências do sistema criminal*, Curitiba, v. 3, n. 4, p. 103-123, jan./jun.. 2011. p. 120.

⁹⁷² PALMA, Maria Fernanda. *Da “tentativa possível” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 54.

⁹⁷³ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 302.

⁹⁷⁴ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 254.

podem não receber exatamente o mesmo tratamento. Não há, portanto, uma tabela matemática. Apenas o contexto com o qual se trabalha é que deverá determinar o peso ou a prevalência que cada um deles terá. Segundo o autor, “Arrancar da ideia de que só em concreto é que podemos valorar o sentido, e como tal o resultado, da conflitualidade entre bens ou valores é, sem dúvida alguma, ponte de referência de inestimável valor operativo”.

A esta altura, vale repisar, para que fique bem fixada a ideia reitora ora explorada, a partir de José de Faria Costa, mesmo que em passagens diferentes de sua obra de referência, que:

Se é legítimo comprimir direitos fundamentais através da tipificação de condutas e suas consequentes sanções – que visem, por exemplo, a protecção do património –, é igualmente verdadeiro dizer-se que arranca essa legitimidade da ideia de que o ataque a esses mesmos direitos fundamentais deve, não só “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, mas, do mesmo jeito, deve jogar com a medida e a finalidade de valoração que presidem à ordem jurídica, no caso à ordem jurídico-penal, a que pertencem.⁹⁷⁵

[...]

Efectivamente, se a ordem constitucional protege o bem jurídico da vida e se a ordem penal também o faz, há aqui uma coincidência de normatividade e de sentidos que não é fruto, neste particular, de uma vinculação directa e imediata da ordem penal à ordem constitucional. É algo que corresponde à densificação que a essencialidade exige. O bem jurídico da vida, postulando-se como um bem jurídico essencial, cuja protecção é exigida pela ordem jurídica global, vincula materialmente as ordens constitucional e penal a que o protejam.⁹⁷⁶

Ainda com José de Faria Costa⁹⁷⁷, observe-se que “É precisamente esta autonomia-dependente em que se perfila a ordem jurídico-penal que vai permitir a grande margem da liberdade de valoração que o legislador penal ordinário tem no que se refere à actividade legiferante incriminadora”. E acresce: “É por isso que é, por fim, jurídico-penalmente consistente permitir que o legislador ordinário eleve à categoria de bem jurídico-penal bens ou valores que, em princípio, não estariam directamente protegidos pelo direito constitucional”. A Constituição, portanto, é o parâmetro reitor desse processo de criminalização, mas não há de exercê-lo sempre da maneira directa. Não por acaso, tudo indesmentivelmente vinculado, como bem constatado por José de Faria Costa⁹⁷⁸, nesse debate sobre criminalização e descriminalização, a autonomia discursiva só se vê gestacionada de maneira densa a partir do pensamento iluminista.

Segundo José de Faria Costa⁹⁷⁹, em análise pormenorizada desse contexto, como “constantes cíclicas do evoluir do direito penal dentro da especificidade que o real histórico lhe ia

⁹⁷⁵ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 258.

⁹⁷⁶ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 270.

⁹⁷⁷ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 271.

⁹⁷⁸ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 182-183.

⁹⁷⁹ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 184. Exatamente no mesmo sentido: FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 187 ss.

criando”, “o que a noção de bem jurídico trouxe à dogmática penal foi, entre outras coisas, a possibilidade de se compreender mais clara e profundamente o que mudava e o que permanecia”. Para ele, “o emprego da categoria do bem jurídico permitiu que se passasse a perceber e a distinguir, nomeadamente no que toca aos concretos tipos legais de crime, o acessório do essencial”. Novamente com o autor, é bom que se diga: “O tipo legal de crime não deve confundir-se com o seu *substratum*, o objeto de protecção”. O bem jurídico seria “o ‘estádio, circunscrito nos específicos tipos legais de crime, de uma determinada conexão real da pessoa com os reconhecidos e concretos valores da comunidade jurídica””.

Conforme já deixamos antever, para finalizarmos o presente item discursivo, não apenas a efetiva protecção de bens/valores/interesses tem sido sopesada pelo ordenamento jurídico-criminal português. O que se constata é que o próprio perigo de comprometimento desses bens/valores/interesses tem ressaltado o processo de criminalização. Mesmo que o bem que se pretende ver protegido não seja atingido efetivamente, mas exista alguma possibilidade de o ser, poderá existir previsão de sanção. São, por exemplo, os casos atinentes à tentativa impossível ou inidônea (art. 23.º, 3, do Código Penal). Para José de Faria Costa⁹⁸⁰, o direito criminal não se basta com aquela protecção do tipo “direta e imediata”, atuando também, ainda que excepcionalmente, de maneira mediata.

Veja-se, por exemplo, a reflexão criticamente apresentada por Urs Kindhäuser⁹⁸¹ sobre a relação entre o direito criminal e a alegada necessidade de protecção de bens, em especial no sentido de que essa ideia de protecção mediata nos levaria a concluir que “entre a norma de sanção, que determina as condições de punibilidade, e a norma de comportamento, que promove a protecção de bens jurídicos, inexistente qualquer harmonia preestabelecida, muito menos qualquer identidade”. O autor conclui com um exemplo bastante esclarecedor:

Até mesmo um comportamento que proteja o bem jurídico pode vir a ser punível, como demonstra o seguinte exemplo: uma mulher planeja matar seu marido doente ministrando-lhe um remédio para tosse em vez do remédio para o coração prescrito pelo médico; em seu nervosismo, porém, ela confunde os remédios e dá ao esposo o remédio para o coração, que lhe salva a vida. Que a esposa deva ser punida por tentativa de homicídio é algo que – conforme o direito positivo vigente – está fora de dúvida. Fora de dúvida está igualmente, no entanto, que a punibilidade do comportamento não pode ser fundamentada sob o aspecto de seu carácter lesivo ao bem jurídico. A esposa fez exatamente aquilo que era necessário para a conservação do bem jurídico e, portanto, exigido para a sua protecção imediata.

⁹⁸⁰ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 40.

⁹⁸¹ KINDHÄUSER, Urs. Pena, bem jurídico-penal e protecção de bens jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 95, p. 85-95, mar./abr.. 2012. p. 87.

Por fim, como se deixou antever, com a perspectiva de José de Faria Costa⁹⁸², como forma de “evitar fechamentos”, muito especialmente no que toca ao direito criminal português, “ao punir certas situações de tentativa inidónea, postula ou abre seguramente um ponto crítico à compreensão unidimensional – o ordenamento penal visa exclusivamente a protecção (directa) de bens jurídicos – da fundamentação da ordem jurídico-penal”. Segundo o autor, na sequência do raciocínio esboçado há pouco, abordando também a complexidade de legitimação dos crimes de perigo abstrato, “muitas das situações de tentativa inidónea punível podem encontrar um fundamento material legitimador em uma refacção da primeira relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo”, fundada, por sua vez, na relação que se expressa, como, aliás, dirá o autor, na necessidade do cuidado do “eu” para com o “outro”.⁹⁸³

Não é nossa intenção resolver os graves e complexos problemas com os quais esse tema tem se deparado ao longo dos anos. Como visto desde Birnbaum⁹⁸⁴, respostas com um grau de coerência aceitável em ambiente que se pretende democrático são perseguidas, e algumas até apresentadas, mas não sem encontrar (antes, durante ou depois de formuladas) resistências de toda ordem, o que é próprio do processo de construção do conhecimento científico. Não seria aqui que as apresentaríamos, até porque isso certamente foge dos objetivos principais já explicitados inicialmente. O que nos interessa nessa passagem da investigação é procurar demarcar alguns dos parâmetros que reputamos importantes na postura a ser assumida na sequência (Parte II). Dito mais especificadamente, o que nos interessa é, mesmo que de maneira subsidiária,⁹⁸⁵ demonstrar que, seja qual for a circunstância, diante de tantas inconclusões e relevantes controvérsias, a opção que nos parece mais adequada, repise-se, é aquela que, por um lado, estreita a interpretação, e, por outro, vai no sentido de alargar os diversos espectros de protecção da dignidade humana.

4. A necessária observância da ofensividade

Este item que se inicia, a propósito, como logo se perceberá, está intimamente vinculado ao que acabamos de desenvolver. Afinal, nosso legislador se presta a seleccionar e proteger o bem/valor/interesse justamente para que se iniba sua ofensa ou o perigo de ofensa. Optamos,

⁹⁸² FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 42-43.

⁹⁸³ FARIA COSTA, José de. *O perigo em Direito Penal* (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas). Coimbra: Coimbra, 1992. p. 634.

⁹⁸⁴ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung. *Archiv des Criminalrechts*. Neue Folge Band 15, 1834. p. 149 ss.

⁹⁸⁵ Pensando-se, portanto, para além da ideia (primária, aqui defendida) de que, ao menos em democracia, seria dogmaticamente inconcebível uma tentativa com dolo eventual.

no entanto, por separar ambas as ideias (de proteção e de ofensa) em itens diferentes apenas para que nos fosse possível discorrer de maneira mais desenvolvida sobre os aspectos ligeiramente diferentes que ambos carregam consigo. No primeiro momento, estávamos mais concentrados nos critérios atinentes à seleção e à proteção dos bens/valores/interesses jurídico-criminais – o que são, por que e como esse processo discursivo se desenvolve dogmaticamente –; já no segundo, que agora se inicia, nos aspectos voltados propriamente à ofensa ou ao perigo de ofensa sobre aqueles mesmos bens – no que exatamente consiste e em que grau seriam relevantes.

É voz corrente na doutrina jurídico-criminal que é a partir da Constituição da República Portuguesa, notadamente em seu art. 18.º-2,⁹⁸⁶ que se pode seguramente abstrair o princípio da ofensividade,⁹⁸⁷ o que também está intimamente vinculado a um direito criminal que nutra alguma pretensão democrática. A lógica é: se não há ofensas graves, não haverá previsão adequada de crime, nem, muito menos, punições. Nesse sentido, segundo Nuno Brandão⁹⁸⁸, “só se pode concordar com Figueiredo Dias quando considera ser indiscutível que daqui resulta uma influência decisiva para a determinação dos bens jurídicos que o direito penal pode legitimamente tutelar”. E arremata defendendo que “os bens jurídico-penais deverão corresponder a direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

Entretanto, o autor alerta para o fato de que:

Na realidade, tendo o n.º 2 do art. 18.º da Constituição como escopo regular as restrições dos direitos fundamentais das pessoas, a sua acção normativa dirige-se à protecção daqueles que possam cair sob a alçada punitiva de um eventual tipo incriminador e não à tutela dos bens jurídicos ameaçados pela prática do facto típico. Dando corpo ao princípio da proibição do excesso, dele decorre, em suma, aquilo que o direito penal não pode fazer: o direito penal não está autorizado a restringir os direitos fundamentais dos cidadãos para salvaguarda de outros direitos ou interesses não constitucionalmente protegidos.⁹⁸⁹

⁹⁸⁶ Artigo 18.º Força jurídica - 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

⁹⁸⁷ PALMA, Maria Fernanda. *Da “tentativa possível” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 70.

⁹⁸⁸ BRANDÃO, Nuno. Bem jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de protecção e a proibição do excesso. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade – v. I, Coimbra, 2017. p. 240.*

⁹⁸⁹ BRANDÃO, Nuno. Bem jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de protecção e a proibição do excesso. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade – v. I, Coimbra, 2017. p. 241.*

Assim, como é de se supor, o que se denomina de “paradigma da ofensividade”⁹⁹⁰ impõe-nos observar, para o efeito de responsabilização criminal, algum tipo de ofensa/lesão/dano grave sobre o bem/valor/interesse jurídico-criminalmente tutelado. Daí que Nuno Brandão⁹⁹¹ aduz que “deve a sua acção circunscrever-se às ofensas mais significativas dos mais importantes interesses individuais e colectivos constitucionalmente reconhecidos”. No entanto, com o avanço dos valores caros à (pós)modernidade (sobretudo os de cunho patrimonial), para além da ofensa/lesão/dano efetiva, convencionou-se também criminalizar o mero *pôr-em-perigo* (desde que de alguma maneira relevante) o bem/valor/interesse. Segundo José de Faria Costa⁹⁹², “o legislador quer, sem dúvida, proteger um determinado bem jurídico e pode fazê-lo porque considera que o *pôr-em-perigo* é elemento bastante para justificar uma pena criminal”. Por isso, antecipa-se ao dano.

José de Faria Costa⁹⁹³ argumenta que “A ofensa a um bem jurídico é a chave que permite a intervenção do detentor do *ius puniendi* (Estado), enquanto única entidade suscetível de cominar, legitimamente, penas criminais”. O catedrático de Coimbra conclui que “de acordo com o princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*), terá de existir, ao menos, um perigo de lesão de um bem jurídico para que se deva encontrar legitimada a intervenção do Estado”. O autor argumenta sobre a ofensividade como um critério “intra-sistemático”⁹⁹⁴. Daí que, para Ferrando Mantovani⁹⁹⁵, “Il principio di offensività svolge la sua funzione nel duplice momento della *formulazione* e della *applicazione* della norma penale”. Mas, segundo Oscar Emilio Sarrule⁹⁹⁶, a criminalização só pode vir a ocorrer quando houver grave afetação de bem/valor/interesse de terceiro, não podendo, portanto, repise-se, deflagrar-se um tal processo como uma resposta “puramente ética”.

O fato é que, como observado por Ferrando Mantovani⁹⁹⁷, “Nella sua storia il diritto penale è oscilante tra due principi, rispettive espressioni di un diritto penale a base oggettivistica e a base soggettivistica (n. 39): il *principio di offensività del fatto* e il *principio del reato come*

⁹⁹⁰ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 620. A expressão é atribuída a Urs Kindhäuser em: KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Straftat – rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1989. p.163 ss.

⁹⁹¹ BRANDÃO, Nuno. Bem jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de protecção e a proibição do excesso. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade – v. I*, Coimbra, 2017. p. 241.

⁹⁹² FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 623.

⁹⁹³ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 183.

⁹⁹⁴ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 625.

⁹⁹⁵ MANTOVANI Ferrando. *Diritto penale – parte generale*. Padova: Cedam, 1988. p. 200.

⁹⁹⁶ SARRULE, Oscar Emilio. *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (abolicionismo o justificación)*. Buenos Aires: Editora Universidad, 1998. p. 98.

⁹⁹⁷ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale – parte generale*. 6. ed. Padova: Cedam, 2009. p. 181.

mera violazione del dovere”. Num ambiente que se pretende democrático, será preciso tomar os cuidados necessários para que não se subjetive demasiadamente tal perspectiva. Veja-se, por exemplo, o que nos diz Fábio Guedes de Paula Machado⁹⁹⁸ quanto a isso. Segundo o autor, esse princípio “opõe-se de maneira geral à subjetivação do Direito Penal, caracterizado que é pela vontade ou pela periculosidade social do sujeito”. O cerco a essa subjetivação, partindo-se da doutrina italiana em especial, é tão apertado (com o que concordamos) que se chega mesmo, ainda com o autor, a concluir que se deveria vedar “a punição do crime de perigo a título de tentativa, ao argumento de que [agora com Mantovani] ‘um perigo do perigo não é um perigo’”, o que também se coadunaria com os crimes de *atentado*.

Para nos ajudar a perceber melhor sua dimensão e importância, Nilo Batista⁹⁹⁹ elenca algumas das funções mais importantes desempenhadas pelo princípio da ofensividade em matéria criminal hoje, o que ajuda a justificar mais claramente o porquê da necessidade de preponderância do desvalor do resultado. Segundo o autor, a ofensividade nos proíbe: a incriminação de atitudes internas (*cogitationis poenam nemo patitur*); a incriminação de comportamentos que não ultrapassem a esfera de disposição do próprio sujeito; a incriminação de meros estados existenciais; e a incriminação de comportamentos que não ofendam bens/valores/interesses de relevo. Logo, em assim não se procedendo, estaríamos muito mais próximos de um desvalor da conduta do que de um desvalor do resultado.

Não é, portanto, o que se espera de um direito criminal em ambiente que se pretende democrático e liberal. O que já deixamos antever é que a opção pela preponderância do desvalor do resultado – embora não tenhamos excluído a utilização do desvalor da conduta, sob pena de vermos ressurgir uma odiosa responsabilidade objetiva – deixa-nos menos suscetíveis a arbitrariedades, sobretudo porque nos impõe partir do resultado obtido no caso enfocado, e não daquele que poderia ter sido obtido pelo comportamento do sujeito.

Ademais, será ainda possível encontrarmos na doutrina a perspetivação da ofensividade a partir da ideia de *graus* que precisam ser levados em consideração, a depender do bem/valor/interesse em jogo. José de Faria Costa¹⁰⁰⁰ enumera três graus possíveis: a *nadificação*, como um primeiro grau, ou seja, o “total aniquilamento do próprio bem jurídico”, sendo esse um “primeiro degrau de ofensividade”, mas apenas observável para

⁹⁹⁸ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. A leitura italiana sobre o princípio da ofensividade. PASCHOAL, Janaína Conceição. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coords.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014. p. 182-183. MANTOVANI, Ferrando. *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*. Milano: Giuffrè, 1996. p. 108.

⁹⁹⁹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 92 ss.

¹⁰⁰⁰ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 185-186.

alguns bens (como a vida), enquanto para outros, não (como a honra); o *segundo grau* de ofensividade estaria consubstanciado “no colocar, concretamente, em perigo um bem jurídico”, que ocorre “quando a sua normativa intencionalidade é perturbada por força de uma ação humana responsável”; no *terceiro grau* estariam os crimes de perigo abstrato, para quem “não enfermam de qualquer vício de inconstitucionalidade”, desde que “se possa ainda encontrar um qualquer nexos entre os seus elementos típicos e a defesa ou tutela – implícita, mas inequívoca ou manifesta – de um bem jurídico”. Segundo conclui o autor, “A ofensividade pode, assim, estruturar-se em três níveis, todos eles tendo como horizonte compreensivo e integrativo a expressiva nomenclatura do bem jurídico: dano/violação; concreto pôr-em-perigo e cuidado-de-perigo”.¹⁰⁰¹

Embora amplamente difundido nos ordenamentos de países que se apresentam como democráticos, quando nos debruçamos sobre a ofensividade em matéria criminal, ínsita, como antevisto, a um direito criminal do fato, é, sem dúvida, na doutrina italiana que encontramos um debate mais intenso e aprofundado, cujo referente normativo mais representativo pode ser encontrado, mesmo que não diretamente, na Constituição. Segundo Fábio Guedes de Paula Machado¹⁰⁰², com amparo em Carlo Fiore¹⁰⁰³, “Na construção italiana, afirma-se que o princípio da ofensividade revela que um fato será ofensivo quando atingir [ou ameaçar] bens essenciais à convivência civil”. Como lembram Alexander de Castro e Francesco Macri¹⁰⁰⁴, não obstante o silêncio em termos semânticos, “un rilevante settore della dottrina penalistica e costituzionalistica sin dagli anni 60/70 ha propugnato la tesi del fondamento costituzionale dell’esigenza di conferire rilevanza penale unicamente a condotte effettivamente o potenzialmente dannose per beni giuridici rilevanti”.

Assim, na Itália, sobretudo a partir da obra de Ferrando Mantovani¹⁰⁰⁵ – que é quem José de Faria Costa¹⁰⁰⁶ diz ter sido “o autor que mais contribuiu para a consolidação dogmática deste princípio” da ofensividade –, da perspectiva mais objetivista, concebe-se o crime

¹⁰⁰¹ FÁRIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 644.

¹⁰⁰² MACHADO, Fábio Guedes de Paula. A leitura italiana sobre o princípio da ofensividade. PASCHOAL, Janaína Conceição. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coords.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014. p. 177. A interpolação é nossa.

¹⁰⁰³ FIORE, Carlo. *Il principio di offensività*. Prospettive di riforma del código penale e valori costituzionale. Milano: Giuffrè, 1996. p. 62.

¹⁰⁰⁴ CASTRO, Alexander de. MACRI, Francesco. Il problema dei delitti di bagatella nell’emergenza dello stato costituzionale: breve analisi dell’evoluzione del suo trattamento tecnico-dogmatico in brasil e in italia. *Revista direitos sociais e políticas públicas (unifafibe)*, v. 6, n. 2, 2018. p. 559-560. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/486/pdf%20%28italiano%29>. Acesso em 30 abr. 2020.

¹⁰⁰⁵ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale – parte generale*. 6. ed. Padova: Cedam, 2009. p. 181 ss; MANTOVANI, Ferrando. Il principio di offensività del reato nella costituzione. *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale – Scritti Costantino Mortati*, IV. Milano: Giuffrè, 1977.

¹⁰⁰⁶ FÁRIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 625.

especialmente como uma ofensa ao bem jurídico. Não é, portanto, diz-nos Rogelio Barba Álvarez¹⁰⁰⁷, “como tradicionalmente se entendía; como mera desobediencia al texto penal, para el principio de ofensividad, el delito debe sostenerse en la ofensa de un bien jurídico, no siendo concebible un delito sin ofensa: *nullum crimen sine iniuria*”.

Sobre tal aspecto, Álvarez aduz ainda que:

El principio de ofensividad del Prof. Mantovani, se traduce en una teoría destinada a representar una idea original en la cultura penalística, su formulación provoca que sobresalga de los demás principios que conforman los límites y garantías del derecho penal moderno, además su significado y sus objetivos han transformado considerablemente la formulación de un derecho penal actualizado, notoriamente cargado a la esencia formal del respeto a la dignidad de la persona y a los derechos fundamentales del ciudadano, con claras connotaciones del desenvolvimiento de la persona individual como en sociedad, ideas que se habían perdido, perjudicando la naturaleza del derecho penal, el cual, estaba orientado a la protección de bienes jurídicos para privilegiar algunos sectores de la sociedad, contaminando la esencia del derecho penal en su doble vertiente; de protección de bienes jurídicos y de prevención de delitos.

Na perspectiva José de Faria Costa¹⁰⁰⁸, veja-se que Ferrando Mantovani¹⁰⁰⁹ – o responsável por ter levado a ideia de ofensividade mais longe na doutrina –, sobre a existência dos crimes de perigo abstrato, assevera que são uma “categoria di illecitti che, oltre certi limiti, è irrinunciabile per raggiungere certe finalità di politica criminale dell’era tecnologica, stante la vanificante *probatio diabolica* della esistenza del concreto pericolo”.

Será preciso observar os limites de articulação desse *cuidado-de-perigo* de nosso tempo, no que as ideias de bem jurídico e também de ofensividade são imprescindíveis. Como não nos deixa esquecer Fábio Roberto D’Avila¹⁰¹⁰, “todo o cuidado reclama a definição daquilo que se cuida”. O autor aponta que “A ofensividade, a *ofensa a bens jurídico-penais*, surge nesse contexto como forma jurídico-normativa de percepção do atingimento, intolerável atingimento, reitere-se, da relação matricial de cuidado-de-perigo”. Perceba-se que, para ele, “o denominado Princípio da Ofensividade é, antes de qualquer coisa, uma projeção principal de base político-ideológica que reflete uma forma de pensar o direito penal e o fenômeno criminoso não só adequada, mas até mesmo intrínseca ao modelo de Estado democrático e

¹⁰⁰⁷ ÁLVAREZ, Rogelio Barba. El reconocimiento del principio de ofensividad en la reforma del Código penal para el Estado de Jalisco (México), análisis y proyección. *Repositório institucional da Universidad Politécnica de Nicaragua*, 2016. p. 16. Disponível em: <http://repositorio.upoli.edu.ni/258/1/455-1815-1-PB.pdf>. Acesso em 30 abr. 2020.

¹⁰⁰⁸ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 40.

¹⁰⁰⁹ MANTOVANI, Ferrando. Il principio di offensività del reato nella costituzione. *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale* (Scritti in onore di Costantino Mortari) – IV. Milano: Giuffrè, 1977. p. 470.

¹⁰¹⁰ D’AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal* – escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 50.

social de Direito”¹⁰¹¹. E conclui: “A ofensividade é, sem dúvida, por inúmeras razões, uma exigência constitucional”.

Além disso, como também observado no ordenamento português (veja-se o item 3.1. do Capítulo I desta Parte I), convém aqui repisarmos, para que se perceba mais claramente como tudo isso está vinculado, Fábio Roberto D’Avila¹⁰¹² destaca ainda que, no caso do Brasil, “são muitos os dispositivos que atestam a recepção de um ilícito penal de base objetiva, em nítida contraposição a uma orientação subjetivista”. O autor enumera artigos relacionados com os institutos da tentativa, do crime impossível e da própria constituição do resultado, argumentando que estariam reconhecidamente acentuando um compromisso do legislador brasileiro com “o desvalor que representa a ofensa a bens jurídico-penais, no seguimento do chamado *Erfolgstrafrecht*, e reclamam o desenvolvimento sistemático de uma hermenêutica consistente e verdadeiramente comprometida com uma tal orientação”.

Veja-se, por fim, que, ainda segundo José de Faria Costa¹⁰¹³, “é a ilicitude que expressa a qualidade ofensiva do comportamento, enquanto tipicidade – ou, diversamente, o tipo legal de crime – e dá forma à proibição do comportamento ofensivo”. O autor aduz que “a ilicitude revela-se, assim, na ofensa a bens jurídico-penais. Deste jeito, o sentido mais profundo da ilicitude encontra-se matricialmente associado ao princípio da ofensividade”. Em linha de aproximação, Fábio Roberto D’Avila¹⁰¹⁴ anota: “A ofensividade torna-se, pois, uma categoria jurídica capaz de expressar um autônomo desvalor de resultado, absolutamente independente de outros centros de desvalor que possam a ela estar teleologicamente relacionados”, o que seria uma vantagem. Para ele, com amparo em José de Faria Costa, “O ilícito penal, neste contexto, é erigido a partir do desvalor que expressa o resultado jurídico, ou seja, a ofensa a bens jurídicos. O bem jurídico-penal assume a posição de pedra angular do ilícito”.

5. Referências conclusivas

Chegamos ao final desta *Parte I* tendo sinalizado adequadamente o percurso com os pressupostos que julgamos relevantes e especialmente elucidativos no labirinto dogmático existente entre a problemática proposta e as conclusões oferecidas ao final da presente

¹⁰¹¹ D’AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal* – escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 68-69.

¹⁰¹² D’AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal* – escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 71-72.

¹⁰¹³ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 282.

¹⁰¹⁴ D’AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal* – escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 76.

investigação. Nesse último capítulo (III), passamos sucintamente em revista alguns dos princípios/critérios mais importantes na articulação do sistema jurídico-criminal, ao menos em ambiente que se pretende democrático. Vimos, a partir da nossa perspectiva, que as questões relacionadas ao mínimo ético, à dignidade criminal, à proteção dos bens jurídicos e à necessária observância da ofensividade estão intimamente vinculadas aos núcleos problemáticos de nossa tese, observando-se um inegável entrelaçamento, razão pela qual não poderíamos avançar sem antes pontuarmos essa relação de dialeticidade existente entre uma coisa (a problemática proposta) e outra (os critérios utilizados como elementos decisórios).

No item relacionado ao mínimo ético, procuramos evidenciar os pontos de contato entre o direito e a ética/moral, deixando claro que não deve existir confusão entre uma coisa e outra. Embora a reprovação ética/moral venha a servir como ponto de partida, não haverá de justificar, por si só, uma intervenção tão invasiva e traumática como aquela de natureza criminal. O fato, portanto, pode vir a ser ética e/ou moralmente reprovado, mas não deve vir a ser criminalmente punido exclusivamente por tais razões, ainda que se possa alegar (como se tem alegado) uma eventual expansão do sentimento de impunidade, o que poderia comprometer a alegada eficácia do sistema oficial de controle e de punição. Essa é uma questão que será mais bem desenvolvida adiante (Capítulo III, item 2).

No que toca à necessidade de proteção dos bens jurídicos, vimos que será imprescindível a observância da fragmentariedade, em seus mais variados aspectos, sobretudo na sua articulação com a subsidiariedade e com a necessidade, em democracia, de se perspectivar o mais minimalistamente possível a possibilidade de atuação do direito criminal, seja na hora da seleção dos bens/valores/interesses, seja na hora de aplicação de suas consequências jurídico-criminais. Isso nos leva a repisar a ideia de que o que nos interessa mesmo é, na sequência, ainda que de maneira subsidiária, demonstrar que, seja qual for a circunstância, diante de tantas *inconclusões*, de relevantes controvérsias entre os limites das categorias conceituais envolvidas, mas sobretudo diante do dolo eventual, a opção que nos parece mais adequada é aquela que, por um lado, estreita a possibilidade de interpretação, e, por outro, alarga os diversos espectros de proteção da dignidade humana.

Debruçamo-nos ainda sobre a ideia de ofensividade, e voltamos a justificar a opção pela preponderância do desvalor do resultado com a observância de critérios que, embora não excluam o desvalor da conduta, devem ser perspectivados com maior intensidade, sabendo embora que, com isso, ficamos teoricamente mais distantes da defesa de uma congruência entre as categorias aqui enfocadas: a tentativa e o dolo eventual. Embora no continente

européu, em Portugal inclusive, a ideia de ofensividade não tenha servido para obstaculizar a mencionada congruência, muito especialmente na doutrina italiana, não faltam argumentos que nos sirvam como verdadeiras ferramentas a nos auxiliar na desconstrução da ideia de que não haveria, da perspectiva dogmática, problemas estruturais importantes na opção adotada (ainda) majoritariamente.

Feitas essas derradeiras considerações, demonstrado o inevitável entrelaçamento entre os temas aqui (quase que) esquematicamente enfocados, avancemos, pois, muito cautelosamente, como não poderia deixar de ser, sobre o núcleo principal de nossa preocupação (*a relevância jurídico-criminal da tentativa diante da dúvida do agente na concretização do resultado*), e que, na sequência da contextualização que nos serve de parâmetro na concluída *Parte I*, será o objeto de nosso mais dedicado interesse no desenvolvimento da *Parte II*. Digamos para finalizar, na linha do argumentado por José de Faria Costa¹⁰¹⁵, que também “julgamos ser dever do investigador lançar (desnudando-as) as linhas de força e de enquadramento, quer axiológicas, quer teóricas, em que se vai mover”. Foi o que até aqui, por honestidade intelectual, esforçamo-nos por deixar à mostra.

¹⁰¹⁵ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 30.

**PARTE II – A RELEVÂNCIA JURÍDICO-CRIMINAL DA TENTATIVA DIANTE DA
DÚVIDA DO AGENTE NA CONCRETIZAÇÃO DO RESULTADO**

“Holz [madeira, lenha] é um nome antigo para *Wald* [floresta].
Na floresta [*Holz*] há caminhos que, o mais das vezes sinuosos,
terminam perdendo-se, subitamente, no não-trilhado.
Chamam-se caminhos de floresta [*Holzwege*].
Cada um segue separado, mas na mesma floresta
[*Wald*]. Parece, muitas vezes, que um é igual ao outro.
Porém, apenas parece ser assim.
Lenhadores e guardas-florestais conhecem os caminhos.
Sabem o que significa estar metido num caminho de floresta.”

HEIDEGGER, Martin. *Caminhos de Floresta*. Trad. Irene Borges-Duarte [et al.]. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. p. 3.

CAPÍTULO I – A PROBLEMÁTICA DA DÚVIDA DO AGENTE NA CONCRETIZAÇÃO DO RESULTADO: PARA UMA APROXIMAÇÃO

1. Considerações iniciais

Feito o excuro inicial de contextualização das premissas acadêmicas que servirão de impulso para se encarar a problemática proposta de maneira decisiva – no qual a preocupação era a de assentarmos coerentemente as bases conceituais sobre as quais se caminharia com alguma segurança, deixando, portanto, absolutamente às claras os motivos pelos quais optamos pelas trilhas utilizadas para chegarmos até aqui –, impõe-se que agora o foco seja o debate sobre as consequências da dúvida do agente na concretização do resultado. Em termos acadêmicos, conforme observado – e bem – por José de Faria Costa¹⁰¹⁶, deve-se atentar para o fato de que “O que fizemos até aqui nada mais foi do que o percurso normal e necessário para se chegar ao problema”. E não haveria de ser diferente, sobretudo no desenvolvimento de uma tese de doutoramento, em que as opções teóricas acolhidas demandam a adequada justificação.

Inaugurada a segunda e derradeira parte da presente tese doutoral, convém uma dedicada aproximação ao elemento central no debate a respeito do dolo eventual, que é a (in)existência da intensidade da dúvida quanto ao resultado em que se postule alguma responsabilidade jurídico-criminal. Nesse passo, assente-se desde logo que a dúvida, como uma categoria jurídica de relevo, seja ela qual for (no âmbito do trabalho do Legislativo, do Executivo ou, especialmente, no do Judiciário), considerada no processo interpretativo, em ambiente que se apresenta como democrático, há de ser encarada sempre em favor da liberdade, porque essa é baliza fundamental do Estado de Direito.¹⁰¹⁷ Se é a liberdade a regra nesse tipo de espaço discursivo, e estabelecida como uma espécie de *elemento caracterizador de uma democracia*, não poderia uma dúvida excepcioná-la [a liberdade] tão prontamente.

O problema é que essa *dúvida* enquanto categoria conceitual no curso do desenvolvimento da dogmática jurídico-criminal, embora recorrentemente tratada no seu aspecto voltado ao conhecimento (ou não) da proibição de um determinado comportamento criminalizado – o que nos leva à rica doutrina do *erro de proibição* –, parece-nos ter sido relegada ao segundo plano no que diz respeito à sua relação intrínseca com o próprio fato. Logo, com a possibilidade (ou não) de sua ocorrência, o debate sobre os mais variados aspectos da dúvida do agente na concretização do resultado relevante criminalmente é travado quase que *en*

¹⁰¹⁶ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 301.

¹⁰¹⁷ Em termos não propriamente idênticos, mas seguramente aproximados, segundo nos parece, veja-se: FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 247.

passant, em especial quando discute o dolo eventual, cuja quantidade de teorias, como visto na primeira parte da presente tese,¹⁰¹⁸ é tão numerosa¹⁰¹⁹ e conflituosa (caótica, com cada qual apresentando critérios delimitadores ao seu próprio modo) que o debate sobre o papel da dúvida nesse processo discursivo, apesar de fundamental, ganha contornos exageradamente imprecisos.

Uma das principais motivações para o desenvolvimento da presente tese é procurar oferecer ferramentas que ajudem a desemaranhar a problemática definição do elemento volitivo do (que se convencionou chamar de) dolo eventual, onde, por evidente, a dúvida sobre a concretização (ou não) do resultado está situada. Ainda que não se nutram pretensões de se resolver em definitivo as controvérsias existentes (que, como antevisto, não são poucas), a obrigação de apontar (ou evitar) caminhos que sejam encarados como (in)viáveis do ponto de vista de uma dogmática preocupada com a não disseminação de espaços de arbitrariedade é o que se continuará a perseguir a partir daqui. É nesse sentido que a ideia de “contributo crítico”, fixada no subtítulo da presente tese, merece destaque, por ser a mais adequada aos objetivos delineados alhures (item 1.4. das Considerações Introdutórias).

Para se pensar mais problematicamente – como, aliás, tem sido a proposta desde o início –, convém que, nessa articulação entre os aspectos dogmáticos da dúvida do agente na concretização do resultado, observe-se, sempre que preciso, aquele que, na esteira de José de Faria Costa¹⁰²⁰, é “o exemplo mais impressionante da revelação da danosidade a nível do direito penal”: o homicídio (art. 131.º do Código Penal). Esse tipo legal de crime, “não só quanto ao dano, mas também quanto ao bem jurídico, consubstancia três características essenciais e únicas”, a saber: a) “um dano que não admite variações de grau ou intensidade na expressão da sua danosidade; b) “um dano que só se pode realizar instantaneamente”; e c) “um dano/violação que ofende um bem jurídico absolutamente inexpandível e irrepitível”.

Será desnecessário discorrer de maneira mais desenvolvida sobre a obviedade que consiste no fato de que, segundo José de Faria Costa¹⁰²¹, “Uma coisa é o comportamento que mata, outra será, inquestionavelmente, a conduta que tenta matar”. Evidente que, no primeiro caso, ainda com o autor, “mesmo em termos grosseiramente materiais, o bem jurídico desaparece”, enquanto no segundo, “apesar de tudo, permanece”. É, portanto, com essa *perspectiva-guia* que nos aproximaremos do cerne da problematização proposta. Inicialmente, a partir de reflexões críticas sobre as caracterizações conceituais de *dúvida* e de *certeza*, nosso

¹⁰¹⁸ Nesse sentido, veja-se a crítica feita no Capítulo II, item 3, Parte I.

¹⁰¹⁹ Seguramente mais de uma dezena.

¹⁰²⁰ FÁRIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 389.

¹⁰²¹ FÁRIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 403-404.

questionamento será sobre se ao considerarmos um dolo do tipo eventual não estaríamos fomentando uma categoria dogmática demasiadamente duvidosa.¹⁰²²

Assentadas as indefinições com as quais temos de nos relacionar na estruturação proposta, sobretudo quando discutimos um dolo encarado como eventual, lastreado especialmente na ideia de dúvida sobre o resultado enfocado, ideia essa carente de limitações relativamente seguras do ponto de vista dogmático, é que nos dedicaremos a demonstrar o mais desenvolvidamente possível que mesmo com a tentativa de formulação e de utilização de modelos matemáticos, com a pretensão de dar mais objetividade às questões existentes, o problema tenderá a persistir, dadas as incontornáveis subjetividades envolvidas, inclusive aquelas que são próprias do *pensamento matemático*. As fórmulas apresentadas, com o intuito de dotar o debate de alguma (aparência de) objetividade, embora muitas vezes não pareçam, trazem consigo subjetividades, e, com isso, espaços relativamente férteis para arbitrariedades.

O interesse se volta às questões filosóficas sobre a dúvida e sobre o ato de se decidir (ou não) pelo resultado previsto, oportunidade na qual retomaremos argumentos sobre a importância do elemento vontade no debate sobre o dolo eventual. O intuito é o de demonstrar que os limites entre as perspectivas de certeza e de dúvida, debate que é a matriz do desenvolvimento da filosofia, são fluidos o suficiente para nos demover da ideia de que seria possível lastrear uma responsabilização criminal com base em um dolo do tipo eventual e não em uma negligência consciente nos casos encarados como limítrofes entre tais categorias dogmáticas,¹⁰²³ e que a opção por aquela primeira, da nossa perspectiva, só tem se sustentado por questões de política criminal e não por questões eminentemente dogmáticas, cuja quantidade de teorias a respeito já nos permite concluir que não há segurança jurídica.

O presente Capítulo I serve para que se demonstre a quantidade de complexidades envolvidas no debate proposto e que as dificuldades de delimitação de fronteiras entre categorias dogmáticas, seja da perspectiva do pensamento matemático, seja do pensamento filosófico, embora não devam servir para a paralisação do processo de tomada de decisão no âmbito do sistema jurídico-criminal, que ao menos sirvam para que as soluções apresentadas, no embate entre Estado e indivíduo, não pressuponham circunstâncias que otimizem o poder punitivo

¹⁰²² Como bem sintetizado por Heleno Cláudio Fragoso: “A dúvida pode dar lugar ao dolo eventual, mas pode também conduzir à culpa consciente”: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Jurisprudência criminal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. Trecho especificamente sobre o dolo eventual e a dúvida, disponível em: http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171003004319-dolo_eventual.pdf. Acesso em 9.6.2021.

¹⁰²³ Mesmo quem defende a possibilidade de uma diferenciação entre as categorias mencionadas tem admitido a imprecisão: BUNG, Jochen. *Wissen und Wollen im Strafrecht – zur Theorie und Dogmatik des subjektiven Tatbestands*. Frankfurt am Main: Klostermann, 2009. p. 270.

estatal, mas que o reprimam, otimizando, por consequência, apenas direitos e garantias fundamentais, como é, por exemplo, a liberdade ambulatorial.

2. Sobre as caracterizações da *dúvida* e da *certeza* na dogmática jurídico-criminal: o dolo eventual perspectivado como uma espécie de *dolo excessivamente duvidoso*

Convém começar por utilizar como referência aquele que pode ser destacado como um dos momentos mais *icônicos* do debate literário sobre a relevância e os desdobramentos do ato de *duvidar*. A obra de William Shakespeare, notadamente *Hamlet*, nos estimula à reflexão com a leitura de sua trágica narrativa, representativa, em especial, ao expressar a frase “ser ou não ser, eis a questão”¹⁰²⁴. A dúvida existencialista que se desenvolve nessa parte do texto retrata alguém não apenas indeciso com os rumos da própria vida, mas seriamente perturbado pelas circunstâncias tensas com as quais precisava conviver.¹⁰²⁵ Atormentado pelo desejo de vingança por conta do assassino do pai, então rei da Dinamarca, *Hamlet* mergulha numa espiral de questionamentos que o paralisa (ou o enlouquece?), o que desperta também importantes questões filosóficas.¹⁰²⁶

O ato de duvidar, além de rico em proporcionar desdobramentos infundáveis na literatura em geral, tem ainda sua relevância jurídica,¹⁰²⁷ sobretudo na dogmática criminal. No Direito, de maneira geral, o inventário realizado por Rui Pinto Duarte¹⁰²⁸ é elucidativo da presença, implícita ou explícita, da dúvida em proposições normativas, inclusive no ordenamento português. O autor – destacando, logo na sequência, que, se na vida o “estado de dúvida” pode vir a se prolongar “indefinidamente”, no Direito isso já não seria permitido, exigindo-se sua superação – apresenta como exemplos comuns as expressões: *in dubio pro reo*, *in dubio*

¹⁰²⁴ “To be or not to be, that is the question”. A tradução é livre. Trecho encontrado no Ato III, Cena I, da peça. SHAKESPEARE, William. *The tragedy of Hamlet – Prince of Denmark*. London: Andr. Clark, 1676.

¹⁰²⁵ LISBOA, Camila Pereira. Introdução ao existencialismo: perspectivas literárias. *Problemata: R. Intern. Fil.* v. 7. n. 2, 2016. p. 254-267. doi:<http://dx.doi.org/10.7443/problemata.v7i2>.

¹⁰²⁶ Amilton Bueno de Carvalho, a propósito, lembra-nos de que foi Nietzsche quem nos ofereceu a ideia de que, em *Hamlet*, “não é a dúvida, é a certeza que enlouquece...”. Para Amilton Bueno de Carvalho, mencionando diversos pensadores destacados no mesmo sentido, estaria pacificado que “uma das características mais preciosas e marcantes de Nietzsche é o cultuar fortemente a dúvida como condição do saber”, o que lhe renderia a perspectiva de “o filósofo da dúvida”. CARVALHO, Amilton Bueno de. *Abolicionismo penal e(m) Nietzsche*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 7 ss; NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce homo*. Porto Alegre: L&PM, 2006. p. 55.

¹⁰²⁷ Literatura que pode e, por vezes, até deve se articular com o direito, expandindo seus limites para muito além daquilo legislado. Sobre essas possibilidades de articulação, recomenda-se, por todos: LINHARES, José Manuel Aroso. Imaginacao Literaria Justica Poetica: Um Discurso da Area Aberta. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 85, 2009. p. 111-150; LINHARES, Jose Manuel Aroso. O Logos da Juridicidade sob o Fogo Cruzado do Ethos e do Pathos. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 80, 2004. p. 59-136.

¹⁰²⁸ DUARTE, Rui Pinto. Algumas notas acerca da dúvida no Direito. *Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, v. II, Lisboa, Universidade Católica, 2013. p. 474.

(*pro*) *mitius, in dubio pro libertate, in dubio favores sunt amplianda et odiosa restringenda*, entre outras. No caso do Código de Processo Penal, o autor menciona a presença expressa do termo *dúvida* nos arts. 21.º, 135.º, 148.º, 334.º, 449.º e 457.º.

Embora esteja presente nas relações pessoais, sociais e, conseqüentemente, jurídicas, a dúvida não pode (nem deve) ser superdimensionada, seja pelos cidadãos comuns, seja pelos que manuseiam o sistema oficial de controle e de punição, sob pena de uma generalizada sensação de imobilização, como aquela de certo modo experimentada por *Hamlet*. Não é de se admitir, por exemplo, em democracia – em que se pressupõe a liberdade como um de seus pilares básicos –, a responsabilização de todo tipo de comportamento permeado pela dúvida sobre um determinado resultado, menos ainda quando se pretende fazê-lo dentro do espectro doloso. O ato de se comportar com dúvida não deve ser perspectivado como algo extraordinário, mas como o mais comum e constante, o mais presente na dinâmica social.

A dúvida comumente incomoda porque revela a necessidade de enfrentamento das questões que suscita.¹⁰²⁹ A dúvida, entretanto, além de contestação, é hesitação, vacilo ou descrença quanto a alguma afirmação.¹⁰³⁰ Como tais questões não se resolverão sozinhas, sem alguma interferência de quem com elas tenha algum contato, elas exigem movimento. É desse modo que a dúvida produz inquietação, exige esforço e, conseqüentemente, alguma atividade. Nessa ordem de ideias, não será estranho considerar a certeza como corolário da acomodação, ao menos até que seja provocada a defender suas premissas. Normalmente não se insiste com aquilo que já está acomodado como *certo* na mente humana. É natural, portanto, que se tenham, tanto a *dúvida* quanto a *certeza*, como *estados mentais*¹⁰³¹ adversários, em que uma está sempre a corroer a outra, em permanente tensão, sendo uma o estímulo da outra.

Essa *dinâmica adversarial* entre os estados mentais enfocados, por mais preciso que eventualmente sejamos em suas mensurações, na prática, haverá sempre de deixar reservado o espaço para o *imponderável*, ou seja, para o que não se pode apreciar em termos absolutos. É nesse contexto que se deve concluir que toda previsão que se faça haverá de ser precária, com variáveis que não se permitirão controlar ou capturar em definitivo, razão pela qual se constata rapidamente, sobretudo na dinâmica social, contar-se mais com aquilo que é *provável*

¹⁰²⁹ Na perspectiva de Cristina Líbano Monteiro, por exemplo, “A dúvida está sempre aí, como situação a que pode chegar-se e da qual a necessidade de dar solução à questão em análise obriga a sair”. MONTEIRO, Cristina Líbano. *Perigosidade de inimputáveis e in dubio pro reo*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 13.

¹⁰³⁰ DUARTE, Rui Pinto. Algumas notas acerca da dúvida no Direito. *Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, v. II, Lisboa, Universidade Católica, 2013. p. 473. O autor refere-se ainda, em nota, aos diversos outros sentidos possíveis para a dúvida. Veja-se, por exemplo: SILVA, Carlos. *Logos Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia*. V. 1. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1989.

¹⁰³¹ “Com efeito, a dúvida equivale a um estado da mente, tal como a certeza ou a convicção”. MONTEIRO, Cristina Líbano. *Perigosidade de inimputáveis e in dubio pro reo*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 14.

(expressão, portanto, tributária da ideia de dúvida, de cunho interrogativo) do que propriamente com o que é *certo* (de cunho afirmativo) em qualquer prognose que se pretenda realizar sobre uma determinada situação. É dessa maneira que, inegavelmente, a ideia de certeza assume um papel de coadjuvante diante da presença insistente e corrosiva da ideia de dúvida.

Por ter sido intensamente escrutinada, em especial no âmbito da filosofia – como, por exemplo, por René Descartes e Galileu Galilei, nos primórdios da estruturação do conhecimento encarado como científico –, a dúvida tem recebido tratamento privilegiado na estrutura dos mais variados saberes, incluindo-se, como é evidente, na dogmática jurídico-criminal, muito embora, nesse particular, vislumbrem-se alguns *déficits*,¹⁰³² com o ato de duvidar sendo explorado mais frequente e dedicadamente em algumas áreas (como no caso dos estudos sobre o *erro de proibição*) do que em outras (como no caso da dúvida sobre o resultado e sua relação com o dolo eventual)¹⁰³³, a nos interessar mais na presente investigação aquele em que os estudos parecem ainda insuficientes, a saber, a dúvida sobre a concretização do resultado, tendo sido, até aqui, repise-se, explorada com menos intensidade na literatura jurídico-criminal.

Nesse contexto, será imperioso avaliar o ato de duvidar, que não é propriamente uno, e os níveis de sua presença que permitiriam convocar a atenção do sistema jurídico-criminal para sua responsabilização, o que nos remete à reflexão sobre suas fronteiras, especialmente com o que se perspectivará como *certeza*. Haveria mesmo uma *certeza*, ou apenas uma resposta possível naquele determinado contexto? É possível estabelecer de maneira segura algum conceito de dúvida e delinear seus níveis e/ou fronteiras diante do que se tiver como *certeza*? Haveria uma zona cinzenta entre uma coisa (dúvida) e outra (*certeza*), em um nível tal de abstração que impossibilitaria a responsabilização criminal em termos dolosos?

Na história do conhecimento científico, o que se estabelece como o objetivo maior, ou seja, como o ponto de chegada dos processos de investigação, é a sustentação de uma espécie de *certeza*. É o que normalmente se busca.¹⁰³⁴ Nessa dinâmica investigativa, de um modo geral, é evidente que ninguém se dedica a perseguir a dúvida e encontrá-la como objetivo final. Muito ao contrário. O pretendido em qualquer pesquisa científica é justamente o rechaço da dúvida,

¹⁰³² “poucos são os trabalhos dedicados à análise do modo como as regras jurídicas referem a dúvida”. DUARTE, Rui Pinto. Algumas notas acerca da dúvida no Direito. *Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, v. II, Lisboa, Universidade Católica, 2013. p. 474.

¹⁰³³ Veja-se a crítica sobre a relativa escassez de teses doutorais dedicadas ao tema (Capítulo II, item 3, Parte I). As inúmeras complexidades que permeiam o tema parecem desencorajar pesquisadores e pesquisadoras.

¹⁰³⁴ Nas palavras de Karl Popper, seriam “explicações últimas”. POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. p. 131.

é procurar deixar o terreno o menos propício possível para o seu aparecimento ou para a sua persistência. É a partir da inter-relação nutrida por ambas (dúvida e certeza) que o conhecimento científico se desenvolve (e avança) adequadamente.

Assim, a dúvida (ou as questões que ela suscita), não se perca de vista, serve como óbice à acomodação e como um estímulo à confrontação daquilo que se apresentou como o *certo* (como as respostas encontradas e defendidas) ao final de uma investigação, desencadeando-se uma dinâmica que revela que aquilo que tem sido apresentado como o *certo* tende a sê-lo apenas *naquele momento*, e que, justamente por conta da possibilidade de mudança das contingências (sociais, econômicas, culturais etc.) daquele específico contexto, pode vir a deixar de sê-lo.

A certeza, portanto, é vocacionada a ser moldada como *circunstancial*, enquanto a dúvida ostenta um certo estado de *perenidade*, porque, repita-se, sempre presente. Na medida em que as contingências mudam (sobretudo aquelas de natureza pessoal, uma vez que não é de se esperar que o tratamento dado por um pai ao filho, numa circunstância, seja o mesmo quando aquele estiver diante de um estranho), com novas descobertas (ou novas perguntas), também as respostas sofrem modificações,¹⁰³⁵ abrindo espaços para *novas certezas*, que evidentemente serão confrontadas por *novas dúvidas*.¹⁰³⁶ Uma articulação dialética interminável e, também por isso, encarada por Vilém Flusser¹⁰³⁷ como “um estado de espírito polivalente”.

Mesmo nas ciências encaradas como *exatas*, a ideia de certeza sofreu com o “ácido corrosivo da dúvida”¹⁰³⁸. Segundo Ilya Prigogine¹⁰³⁹, o que pode ser submetido ao absoluto controle não haverá de ser algo propriamente real, concluindo-se que “o que é real não pode nunca ser rigorosamente controlado”. Vilém Flusser¹⁰⁴⁰, por sua vez, trata de denunciar o esvaziamento do conceito de “realidade”. Inegável é que algumas das *certezas* de outrora têm sido revisadas com o avanço tecnológico¹⁰⁴¹. O que, por mais contraditório que possa parecer, leva-nos à

¹⁰³⁵ Com uma temática que, de certa maneira, tangencia decisões que poderíamos tomar entre o que seria justo e o que seria injusto (na linguagem do autor, entre o certo e o errado), bem como suas condicionantes (contingências), que variam de pessoa a pessoa, recomenda-se: SANDEL, Michael J.. *Justiça - o que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

¹⁰³⁶ “Toda solução dada a um problema levanta novos problemas; principalmente quando o problema original é profundo e a solução apresentada é corajosa”. POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações – o progresso do conhecimento científico*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 57.

¹⁰³⁷ FLUSSER, Vilém. *Da dúvida*. São Paulo: É Realizações, 2018. p. 9.

¹⁰³⁸ FLUSSER, Vilém. *Da dúvida*. São Paulo: É Realizações, 2018. p. 9.

¹⁰³⁹ PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas – tempo, caos e as leis da natureza*. Trad. Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2011. p. 162-3.

¹⁰⁴⁰ FLUSSER, Vilém. *Da dúvida*. São Paulo: É Realizações, 2018. p. 13.

¹⁰⁴¹ Confirmando-se, portanto, a perspectiva de Karl Popper de que o conhecimento científico deve ser visto não como uma *fórmula fechada*, mas como algo que se deve observar sempre como “em aberto”. POPPER, Karl R.. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007.

ideia de que se há alguma *certeza* nesse momento é a de que a *dúvida* estará sempre à espreita, não sendo absurdo nenhum reconhecer ser esta mais prevalente do que a certeza. Logo, poucas coisas poderiam ser realmente encaradas como *certas* (como o passar do tempo cronológico,¹⁰⁴² a alternância regular entre a noite e o dia,¹⁰⁴³ a chegada da morte física,¹⁰⁴⁴ etc.), embora aí também não se possa garantir a eliminação de dúvidas à espreita.

Não por acaso Edgar Morin¹⁰⁴⁵ concluiu que “a maior contribuição de conhecimento do século XX foi o conhecimento dos limites do conhecimento. A maior certeza que nos foi dada é a da indestrutibilidade das incertezas, não somente na ação, mas também no conhecimento”. Para o autor, que recorda o poeta Salah Stétié, “O único ponto, mais ou menos certo, no naufrágio das antigas certezas absolutas é o ponto de interrogação”, o que nos ajuda a estruturar a ideia de que, mesmo que uma determinada conclusão possa vir a ser encarada como *certa*, não se pode dizer ser ela propriamente absoluta, tida como definitiva e indiscutível.

A perspectiva de certeza aqui adotada será aquela delimitada como a resposta coerentemente possível no específico contexto enfocado, com as contingências da pessoa e do próprio momento, ou seja, situações em que, por mais certas que as pessoas estejam de algo, a dúvida estará presente, por vezes enfraquecida, mas lá estará, muito embora a legislação civil portuguesa se refira a situações em que não haveria dúvida (art. 68.º, 3, e 1633.º, ambos do Código Civil), como destacado por Rui Pinto Duarte¹⁰⁴⁶. O que se chama de certeza será, na realidade, uma espécie enfraquecida de dúvida, um cenário que transmita alguma segurança, chamada de certeza por convenção social, para não imobilizar, para não manter as pessoas num estado de certa hesitação. Tendo-se uma dúvida com força muito reduzida, dificilmente haverá de ser realizada alguma mudança no contexto com o qual se dialoga.

¹⁰⁴² Sobre como esse tempo tem sido perspectivado pelo ser humano, como o capturamos na dinâmica social, bem como sua ligação com o Direito, recomenda-se: OST, François. *O tempo do Direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

¹⁰⁴³ Entretanto, em algumas regiões do mundo – como, por exemplo, na cidade de Norilsk, na Rússia –, essa alternância não se dê da maneira mais frequentemente conhecida, como em Portugal ou no Brasil. Há períodos do ano (entre novembro e fevereiro) em que a mencionada cidade fica sem ser tocada pela luz solar. Disponível em: <https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/turismo/internacional/conheca-regiao-do-mundo-que-fica-ate-tres-meses-sem-ver-o-sol,516a392625237310VgnCLD100000bbcceb0aRCRD.html>. Acesos em 1.12.2020.

¹⁰⁴⁴ Muito embora os debates sobre a possibilidade de preservação do corpo na esperança de que um dia a medicina encontre uma “fórmula” que permita um prolongamento indefinido da vida humana estejam cada vez mais presentes na literatura médica. Por todos, recomenda-se: RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. “Criônica”: um polêmico mergulho no futuro. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 31, Jan.-jun., 1999. p. 113-120.

¹⁰⁴⁵ MORIN, Edgar. *La tête bien faite* - Repenser la réforme, réformer la pensée. Paris: Seuil, 1999. p. 61. Para o português, a tradução pode ser lida em: MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Trad. Eloá Jacobina. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 55.

¹⁰⁴⁶ DUARTE, Rui Pinto. Algumas notas acerca da dúvida no Direito. *Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, v. II, Lisboa, Universidade Católica, 2013. p. 489. Além disso, o autor afirma que seria inerente ao “universo jurídico” a “falta de certeza”. *Op. cit.* p. 491.

As delimitações conceituais aqui trabalhadas, tanto de *certeza* quanto de *dúvida*, guardam íntima relação com a ideia de *possibilidade* (o que não se deve confundir com a de *probabilidade*, onde a questão se voltaria para o *quanto* daquilo previsto seria possível no contexto enfocado), o que nos faz concluir que tanto no dolo direto quanto no eventual, a pessoa perspectiva o resultado com reprovação criminal como algo possível, só que, no primeiro, ela se esforça dedicadamente para sua concretização, tendo-a como mais próxima de si, enquanto no segundo, não, já que a concretização do resultado em questão aparece-lhe sem que tal esforço tenha sido realizado. Logo, o resultado obtido no dolo eventual concretiza-se como consequência de um esforço da pessoa para a realização de um outro resultado pretendido.

Uma coisa é a pessoa intencionar matar alguém e empreender esforços para que tal se concretize; outra, bem diferente, é intencionar chegar mais rápido em um local (ou alcançar um outro desiderato qualquer) e, durante o percurso, justamente por conta do esforço realizado para chegar ao destino pretendido, acabar matando outra pessoa. Ainda que a morte tenha sido perspectivada como possível em ambas as situações narradas, não se podem apresentar conclusões definitivas sobre o tipo de dolo ou negligência eventualmente presentes nos eventos sem que antes se avalie uma série de circunstâncias que permeiam as delimitações tanto de *certeza* quanto de *dúvida* sobre o contexto do evento e sobre a pessoa. Não se pode concluir que o simples fato de a pessoa ter previsto aquela morte (não tendo isso servido para lhe obstar o comportamento) sirva como a pronta caracterização de um dolo eventual.

Se se pretende matar alguém direcionando-lhe um tiro na cabeça, é possível que se alcance o objetivo almejado. Mas o quanto possível isso seria? Depende. Partindo-se primeiro do pressuposto de que o atirador acerte o tiro, a possibilidade é aumentada de que a morte ocorra, mas não se pode dizer que tal seja absolutamente certo, que um tiro na cabeça leva prontamente à morte de alguém, uma vez que uma série de variáveis (como, por exemplo, a velocidade do projétil, se este entrou e saiu ou se permaneceu, a área e os vasos afetados, entre outras) devem ser levadas em consideração. A única circunstância que nos permitiria diferenciar um dolo do outro seria saber para o que exatamente a pessoa se esforçou: para matar ou para qualquer outra coisa, menos a morte (como deixar a pessoa incapacitada, por exemplo)?

A mesma reflexão pode ser realizada diante de alguém que, também pretendendo matar, desfere um tiro não mais na cabeça, mas agora na região das pernas da pessoa. O quanto seria

possível, para matar essa pessoa, esse tipo de comportamento? Depende. Haveria aqui também uma série de circunstâncias que precisariam ser levadas em conta. Evidente que um tiro na cabeça não há de ser qualquer coisa, não o estamos menosprezando, mas também não pode significar de pronto um esforço do atirador para matar, como um tiro nas pernas também não pode ser encarado prontamente como um tiro para não matar. O fato é que, para diferenciar uma coisa da outra, não será possível utilizar como parâmetro, de maneira definitiva, o local da lesão, por exemplo, como algo visível aos nossos olhos, como aquilo que apareça como o mais crível, nem pura e simplesmente o resultado obtido (sendo a morte o mais impactante), mas uma série de elementos internos (do investigado), repletos de subjetividades.

O problema que se apresenta nessas situações é subjetivizado a um nível praticamente inacessível, repleto de espaços para arbitrariedades, até mesmo para o preenchimento de informações conforme as expectativas de quem terá o dever de analisar a situação para o efeito de responsabilização criminal, uma vez que tal providência pressupõe que se consiga acessar informações privilegiadas, com as quais apenas a pessoa investigada tem alguma intimidade, obviamente porque produzidas por aquela específica mente. Ao menos uma coisa nos é permitido concluir com alguma segurança: em todos os exemplos apresentados acima, haverá dúvida, em maior ou menor grau. Assim, embora um resultado qualquer seja possível, este pode vir a não se concretizar, por inúmeras circunstâncias.

Não se pode cravar com a exatidão por vezes esperada pelos que analisam a situação *a posteriori* o que teria acontecido na cabeça da pessoa naquele contexto. Não é pura e simplesmente o caso de tentar adivinhar o que a pessoa investigada pensava, mas de tentar alinhar tudo com a esfera das possibilidades no mundo fático também, com base nas demais circunstâncias do caso (sobretudo nas condições externas nas quais estava o agente inserido), e não com base no que as pessoas fariam naquele contexto, como geralmente ocorre, como se se tratasse de um direito penal da perspectiva de terceiros sobre o fato, e não sobre um direito penal do fato. Não é o que o intérprete faria naquele lugar, mas o que aquele específico contexto permite concluir com alguma segurança sobre a possibilidade de responsabilização da pessoa cujo comportamento é interpretado na investigação. O resultado produzido pode realmente ser atribuído a ela em termos dolosos? Ela o previu? Ela o queria mesmo naqueles termos dolosos?

O que pretendemos deixar claro é que essas subjetividades todas, que se articulam entre os conceitos de dúvida e de certeza, que são evidentemente próprias da mente, naquilo que nos

interessa, não podem ser resolvidas com base em circunstâncias alheias aquelas que digam respeito às subjetividades da pessoa enfocada (e mais propriamente ainda, no seu elemento volitivo), inserida no específico contexto enfocado. O parâmetro não deve ser o impacto que o resultado provocou nas demais pessoas (como asco, ojeriza, revolta, indignação, sensação de impunidade etc.), ou no que as demais pessoas acham que fariam naquele momento específico, já que é comum se colocarem “no lugar” da pessoa investigada para decidir se, naquele contexto, ela estaria certa ou errada,¹⁰⁴⁷ senão nas circunstâncias presentes naquele contexto fático, com o qual aquela específica pessoa esteve envolvida.

Nesse passo, existindo também dúvida no dolo direito, mesmo que enfraquecida (convencionando-se, como dissemos, chamá-la artificialmente de certeza), por mais certo que a pessoa esteja do resultado previsto, é de se pressupor que no dolo chamado de eventual, a dúvida estaria mais intensamente presente, mas em um nível tal de subjetividade capaz de carregar essa modalidade de dolo para uma espécie de *zona de incertezas*, com fronteiras excessivamente esmaecidas, não à toa tendo esta modalidade de dolo encontrado, como antevisto (item 4.1, no Capítulo I, Parte I), diversas resistências doutrinárias no início de sua estruturação na dogmática jurídico-criminal, o que nos impõe questionar, por exemplo, se se justificaria punir criminalmente alguém dolosamente nesses específicos termos. Do nosso ponto de vista, não, mas tal não implica que haja necessariamente falta de responsabilização, uma vez que, nesses casos, teríamos a possibilidade de negligência consciente.

Diante desse cenário, o que deve preocupar não é a presença da dúvida numa determinada situação, uma vez que, na generalidade, ela tende a estar, mas que se identifique com alguma segurança qual o nível de dúvida e se ela autorizaria adequadamente uma reprovação criminal dolosa (seja essa dúvida sobre o resultado/fato, seja sobre o direito/proibição).¹⁰⁴⁸

Não obstante sua frequência na dinâmica social, a dúvida carrega consigo uma complexidade que seguramente exige maior cautela no processo de responsabilização jurídico-criminal, pois a identificação de seus níveis não há de ser qualquer coisa simples, sobretudo porque se situa

¹⁰⁴⁷ Em linha de aproximação, nesse contexto, é necessária a leitura do seguinte trecho da obra de Cristina Líbano Monteiro sobre o trabalho do “investigador-juiz”: “Para verificar a correção de um enunciado factual (leia-se: para dar como provado certo facto) não pode reproduzir o comportamento objecto da sua indagação – trabalha com fenómenos irrecríveis. E, acima de tudo, importa-lhes menos (numa primeira fase) aquilo que aquele «retalho da vida comunitária» tem eventualmente em comum com outros, do que a correcta apreensão dos traços configuradores da situação *sub judice*, na sua individualidade (ou unidade numérica)”. MONTEIRO, Cristina Líbano. *Perigosidade de inimputáveis e in dubio pro reo*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 18. Sobre a necessidade de o julgador observar critérios que não se esgotem em si mesmo, recomenda-se: RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999. p.347.

¹⁰⁴⁸ Nesse último caso, na linha do defendido em: NEUMANN, Ulfrid. *Strafgesetzbuch Nomos Kommentar*. Baden-Baden: Nomos, 2013. p. 782.

justamente no ponto mais nevrálgico da ideia de dolo, no espaço reservado ao elemento volitivo.

Juarez Cirino dos Santos¹⁰⁴⁹, embora em outro contexto, destaca que:

Entre as situações psíquicas extremas de conhecimento (do injusto) e de erro (de proibição) existe toda uma escala de estados psíquicos intermediários, de progressiva redução da nitidez das representações do significado de determinados fatos, até o estado oposto de pleno erro, como ausência de conhecimento do significado – ou, em sentido inverso, de progressiva ampliação da clareza das representações do significado de determinados fatos, até o estado oposto de plena consciência, como conhecimento integral do significado, que constituem o espaço de existência psicológica do fenômeno da dúvida na atividade humana.

Nesse passo, que nível de dúvida deveria ser punido criminalmente e qual demandaria apenas uma reprovação civil ou administrativa? Que grau seria suficiente para diferenciar uma coisa da outra? Sobre esse contexto interrogativo, Juarez Tavares¹⁰⁵⁰ adverte, na linha de John Leslie Mackie¹⁰⁵¹, que “o cidadão não precisa justificar sua conduta; o Estado é que deve demonstrar que sua conduta é juridicamente incorreta”, qualquer que seja o âmbito da teoria do crime. A dúvida e o grau que a acompanham são características que precisam ser demonstradas por quem pretende a responsabilização jurídico-criminal, o que não é tarefa das mais simples, uma vez que, como se percebe, o tema é recheado de controvérsias e contingências, cujas discussões doutrinárias parecem mais preocupadas com seus aspectos vinculados ao conhecimento da proibição do que propriamente com o fato/resultado.

É justamente na linha de argumentação mais recorrentemente encontrada na doutrina que Juarez Tavares¹⁰⁵² se dedica à “classificação das dúvidas” no debate sobre o erro, tais como: “dúvida relevante, dúvida irrelevante; dúvida sanável, dúvida insanável; dúvida próxima, dúvida remota”. O autor explica que:

Dúvida relevante é aquela que, segundo um juízo objetivo, tem a propriedade de influir na consciência do agente, a ponto de poder impedir a prática da atividade. Dúvida irrelevante é aquela que não interfere no conhecimento do agente. A dúvida sanável é aquela que pode ser desde logo esclarecida, quer por um especialista, quer pelo próprio agente. Dúvida insanável é aquela que, em face da deficiência ou insuficiência da redação, ou complexidade do tema, mesmo com o apelo a especialistas ou a revistas jurídicas, não será possível alcançar o conhecimento. Dúvida próxima seria aquela que decorre da própria leitura da norma em confronto com o fato, por uma questão de redação e a dúvida remota, aquela que não decorre de uma leitura, mas sim de uma interpretação dos fatos.

¹⁰⁴⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal – parte geral*. 9. ed. São Paulo: Tirant lo blach, 2020. p. 318-319.

¹⁰⁵⁰ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. p. 489.

¹⁰⁵¹ MACKIE, John Leslie. *Ethik [inventing right and wrong]*. Stuttgart: Reclam, 1983. p. 232. Recomenda-se ainda: GINTERS, Rudolf. *Werte und Normen – Einführung in die philosophische und theologische Ethik*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht [u.a.], 1982.

¹⁰⁵² TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. p. 491.

Também preocupado em dar contornos jurídicos minimamente aceitáveis ao tema enfocado, Rui Pinto Duarte¹⁰⁵³, tendo por base a legislação portuguesa, trata de classificar a dúvida de três diferentes maneiras. Para ele, as dúvidas devem ser divididas em critérios vinculados ao objeto, ao sujeito, à intensidade e ao efeito que desencadeiam. No primeiro critério, estariam dispositivos tais como o 8.º, o 68.º, o 1816.º e o 1817.º do Código Civil. No segundo, os arts. 8.º, 12.º e 68.º do Código Civil. Já no terceiro critério, os arts. 449.º da Constituição Portuguesa e o 135.º do Código de Processo Penal, entre outros. No último, os arts. 68.º, 2, 926.º, 1145.º e 1252.º, entre outros, do Código Civil.

Na sequência da enumeração acima, Rui Pinto Duarte¹⁰⁵⁴ se dedica a desvendar de maneira mais aprofundada algumas das adjetivações da dúvida no ordenamento português quanto à intensidade, e aponta para a existência de dúvidas sérias, fundadas, fundamentadas, graves ou legítimas, requerendo uma necessária razoabilidade, o que justificaria suspender um juízo afirmativo em relação à questão enfocada. O autor conclui sua linha de raciocínio argumentando que “o facto de a lei não adjetivar as dúvidas que considera relevantes não significa que elas não tenham de atingir certa intensidade”, e apresenta como bastante representativo o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 19.10.2010,

no qual se entendeu que, apesar de não ter sido apurado o lugar em que se consumou a apropriação da coisa por parte de um autor de um crime de abuso de confiança, não se justificava aplicar o art. 21.º, n.º 1, do CPP, por existirem nos autos elementos que permitam “concluir *sem grande dúvida* que, face à natureza do crime em causa, a inversão do título de posse ocorreu (ou aí pode ter ocorrido) na área da sua residência”.

Na perspectiva de Cristina Líbano Monteiro¹⁰⁵⁵, ao desenvolver argumentos sobre a viabilidade da fórmula do *in dubio pro reo* no processo criminal – análise para a qual retornaremos mais adiante –, “não é qualquer dúvida sobre os fatos que autoriza sem mais uma solução favorável ao arguido”. A autora faz menção à ideia de “dúvida razoável”¹⁰⁵⁶,

¹⁰⁵³ DUARTE, Rui Pinto. Algumas notas acerca da dúvida no Direito. *Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, v. II, Lisboa, Universidade Católica, 2013. p. 487 ss.

¹⁰⁵⁴ DUARTE, Rui Pinto. Algumas notas acerca da dúvida no Direito. *Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, v. II, Lisboa, Universidade Católica, 2013. p. 489 ss.

¹⁰⁵⁵ MONTEIRO, Cristina Líbano. *Perigosidade de inimputáveis e in dubio pro reo*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 56 ss.

¹⁰⁵⁶ ZUCKERMAN, Adrian A. S. *The principles of criminal evidence*. Oxford: Clarendon, 1989. p. 122. E ainda: KENNY, Courtney Stanhope; TURNER, James William Cecil [Hrsg.]. *Outlines of criminal law*. 19. ed. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1966. p. 518. Sobre as origens do termo, recomenda-se: WHITMAN, James Q. *The origins of reasonable doubt*. New Haven, Conn.: Yale Univ. Press, 2008. Como destacado – e bem – por Vinícius Gomes de Vasconcellos, o tema tem sido explorado, sobretudo pelos processualistas norte-americanos, e, mais recentemente, pelos italianos, com apego às teorias da probabilidade, em situações nas quais “em termos quantitativos, discute-se o percentual de ‘certeza’ necessário, que pode ser indicado na fração de 80%, 90% ou até 99%”, mas adverte que, apesar de todo o esforço dos processualistas na atualidade, “resta claro o cenário de confusões e imprecisões com relação à definição do *standard* probatório para condenação além da dúvida razoável”. VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Standard probatório para condenação e dúvida razoável no*

muito comumente debatida na processualística, e informa que “na doutrina anglo-americana, o esforço por delimitar o que seja a dúvida razoável prende-se com a máxima que rege a prova penal – ‘*proof beyond reasonable doubt*’; distinta da que preside à prova civil – ‘*proof on the balance of probabilities*’”. Segundo a perspectiva da autora:

A velha teologia moral distinguia – ao tratar de saber se era ou não lícito actuar com a consciência duvidosa – entre a dúvida positiva e a negativa, sendo a primeira “a que se apoia em fortes argumentos” e a segunda “a que se funda sobre um motivo leve e insuficiente”. Só seria ilícito actuar com consciência positivamente duvidosa. A dúvida negativa, segundo um antigo adágio, há-de desprezar-se, pela sua irracionalidade e por não ilidir a certeza contrária. Explicavam os moralistas que nos actos humanos nunca se dá uma certeza contra a qual não militem alguns motivos de dúvida. Pedir uma certeza absoluta para orientar a actuação seria, por conseguinte, o mesmo que exigir um impossível e, em termos práticos, paralisar as decisões morais.

A cena apresentada por Shakespeare, que nos serviu de abertura para o presente capítulo, deixa à mostra o processo de reflexão exigido para que os questionamentos provenientes da dúvida sejam, se não respondidos adequadamente (como *nós* esperamos), decididos da melhor maneira possível com o sopesamento dos *prós* e dos *contras* do comportamento (comissivo ou omissivo), sendo assim considerados, como já insinuado alhures, a partir das contingências do próprio envolvido (e não do intérprete), o que exigirá, não raramente, numa fração de segundos (porque a vida não para a fim de que se possa refletir sobre as opções à mão), para a decisão sobre como agir, um apurado juízo de prognose.

A vida não deixa também de ser um desafiador labirinto, a nos exigir, a todo instante, a tomada de decisões (sejam refletidas ou não) sobre os caminhos que devem ser trilhados e sobre o que exatamente buscamos ao final de cada um de seus bifurcados corredores.

Com tudo o que se disse até aqui, é de se concluir que a atuação do sujeito movido pela dúvida, repise-se, em um ambiente democrático no qual a liberdade (inclusive a de atuar em dúvida) já se vê fundamentada à partida, não haverá de convocar (e menos ainda de justificar) prontamente a atuação do sistema criminal. Levá-la em consideração às minúcias no âmbito do sistema de controle e punição, conforme Alaor Leite¹⁰⁵⁷, “significaria uma paralisação social e oneração excessivas dos sujeitos”. Ainda com o defendido pelo mencionado autor, nos levaria à ideia de “cidadão prudente incompatível com a tradição liberal”. Perceba-se que sua conclusão parte das críticas realizadas ao *Bundesgerichtshof* (BGH)¹⁰⁵⁸, que havia decidido que “o sujeito deve, a respeito de toda e qualquer ação que pretenda empreender, fazer um esforço de consciência e refletir sobre se esta se encontra dentro dos limites das

processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 2, maio/ago. 2020, e1961. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201961>. p. 9-12.

¹⁰⁵⁷ LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal – a atuação nos limites entre o permitido e o proibido*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 20-21.

¹⁰⁵⁸ BGHSt 2, 201; BGHSt 4, 237; BGHSt 27, 202.

disposições do dever-ser jurídico. Dúvidas devem ser superadas através de reflexão e da informação”.

Essa alegada necessidade de superação da dúvida, quando relevante jurídico-criminalmente, não pode significar um desmedido dever de informação sobre o cidadão diante das consequências daquilo que pretende (e, às vezes, precisa) realizar (ou já realizou). Como questionado por Alaor Leite¹⁰⁵⁹, ao contrário do sugerido por Warda¹⁰⁶⁰, o mais coerente seria sabermos “a partir de que grau de conhecimento possui o Estado uma razão jurídica forte capaz de ordenar ao sujeito a categórica abstenção da conduta e, caso contrário, punir o sujeito com pena dolosa completa”. Para o autor, o que merece esclarecimento é “a partir de que momento pode o Estado justificar a pena diante daquele sujeito, e não se, de posse de determinado estado psicológico (consciência eventual, consciência potencial etc.), ao sujeito é possível dirigir um reproche na medida em que poderia agir conforme os anseios da ordem jurídica”.

Tudo quanto articulado serve para reforçar a importância (e para mostrar a complexidade dos reflexos) do estudo da dúvida no sistema jurídico. O incontroverso é que ostenta a dúvida reflexos jurídico-criminais que devem ser mais explorados. Suas implicações são múltiplas. Nesse espaço discursivo, como já destacado, é comum que nos deparemos com dois tipos de interesses, não propriamente conflitantes, sendo, no entanto, ao que concluímos, um mais frequente do que o outro na literatura enfocada: a dúvida sobre a proibição (*de direito*, geralmente vinculada às questões sobre o erro)¹⁰⁶¹ e a dúvida sobre o resultado do comportamento (*de fato*, sendo esta vinculada ao debate sobre o dolo na sua vertente encarada como eventual). É o primeiro aspecto o que mais tem demandado o interesse doutrinário e

¹⁰⁵⁹ LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal – a atuação nos limites entre o permitido e o proibido*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 40.

¹⁰⁶⁰ WARDA, Günter. Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewußtsein. STRATENWERTH, Günter [Hrsg.]. *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*. Berlin: de Gruyter, 1974. p. 504 ss.

¹⁰⁶¹ Discussão para a qual é paradigmático o trabalho: LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal – a atuação nos limites entre o permitido e o proibido*. São Paulo: Atlas, 2013. Observe-se ainda o que conclui Enrique Bacigalupo sobre a proximidade dos debates propostos e a falta de clareza do que se discute, bem como o papel da dúvida: “La cuestión es menos clara cuando el autor ha obrado con *dudas sobre la antijuridicidad* (conciencia condicionada de la antijuridicidad). Se trata de una figura similar a la que tradicionalmente se conoce como dolo eventual, pero en lugar de estar referida a la conciencia de los hechos, se vincula con la conciencia sobre la antijuridicidad. Por una parte se sostiene que la suposición de una alta probabilidad de la antijuridicidad es *equivalente* a la certeza. Consecuentemente, no sólo no debería apreciarse en estos casos error sobre la prohibición, sino que tampoco cabría una atenuación de la pena (como consecuencia de una menor reprochabilidad). BACIGALUPO, Enrique. *Tipo y error*. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. p. 176. O autor se ampara, dentre outros, em: JAKOBS, Günther [VerfasserIn]. *Strafrecht*, Allgemeiner Teil. Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1991. p. 417 ss; KAUFMANN, Armin. Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze, *ZStW* 70, 1958. p. 64 ss.

jurisprudencial, razão pela qual foi espinhosa a tarefa de articular o raciocínio sobre esse segundo aspecto, sem contar com um substrato teórico adequadamente estruturado.

Alaor Leite¹⁰⁶² chama ainda a atenção para o fato de que já em Karl Binding¹⁰⁶³ seria possível identificar “que um tratamento das dúvidas sobre a proibição tenha sido realizado pelo maior defensor da chamada teoria estrita do dolo, na medida em que, para esta teoria, tanto as dúvidas sobre os fatos como as dúvidas sobre o direito seriam legítimos casos de dolo eventual”, o que, para o autor brasileiro, prejudicava um tratamento autônomo da dúvida sobre a proibição. Embora precursor nesse debate, Binding “não deixou suficientemente clara a distinção fundamental de tratamento entre dúvidas sobre os fatos e dúvidas sobre o direito”.

Ainda segundo Alaor Leite,¹⁰⁶⁴ avançando no argumento de Binding¹⁰⁶⁵, não se deve perder de vista que este “não reconhecia a existência de uma culpa consciente, o que implicava necessariamente um alargamento conceitual do espaço concedido ao dolo”. O autor brasileiro conclui ser significativo “que um defensor claro de uma teoria volitiva na discussão sobre o dolo acabou defendendo uma espécie de teoria cognitiva (teoria da possibilidade) quando a questão era realizar a delimitação entre consciência do injusto e erro de direito”.¹⁰⁶⁶

Perceba-se que Binding, noutra passagem de sua obra, “conceitua dúvida como ‘a luta na psiquê do agente entre a suposição e não suposição do elemento do delito (*Deliktsmerkmal*)’”¹⁰⁶⁷. Com base nisso, argumenta Alaor Leite¹⁰⁶⁸, Binding vai, mais adiante, debruçar-se sobre o que chamou de “‘dolo em casos de dúvida’ (*Vorsatz in Zweifelsfällen*), já que o autor preteriria a expressão corrente *dolo eventual*”.¹⁰⁶⁹ Mas sua contribuição parece não

¹⁰⁶² LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal* – a atuação nos limites entre o permitido e o proibido. São Paulo: Atlas, 2013. p. 41.

¹⁰⁶³ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung* – I. Leipzig: Felix Meiner, 1922. §115. p. 859 ss. Recomenda-se ainda: BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung* – IV. Leipzig: Felix Meiner, 1919. p. 423. Mais a esse respeito: DIMAKIS, Alexandros. *Der Zweifel an der Rechtswidrigkeit der Tat* – eine Untersuchung zur Problematik des bedingten Unrechtsbewußtseins. Berlin: Duncker und Humblot, 1992.

¹⁰⁶⁴ LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal* – a atuação nos limites entre o permitido e o proibido. São Paulo: Atlas, 2013. p. 47.

¹⁰⁶⁵ BINDING, Karl. Seltsame Vorschläge zu einer neuen Verderbnis der Lehre wie der gesetzgeberischen Behandlung von Vorsatz: Fahrlässigkeit und Irrtum. *Der Gerichtssaal*, LXXXVII, 1919. p. 125 ss.

¹⁰⁶⁶ LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal* – a atuação nos limites entre o permitido e o proibido. São Paulo: Atlas, 2013. p. 48. Recomenda-se também: DIMAKIS, Alexandros. *Der Zweifel an der Rechtswidrigkeit der Tat* – eine Untersuchung zur Problematik des bedingten Unrechtsbewußtseins. Berlin: Duncker und Humblot, 1992. p. 20.

¹⁰⁶⁷ LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal* – a atuação nos limites entre o permitido e o proibido. São Paulo: Atlas, 2013. p. 48. A referência à obra de Binding é a seguinte: BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung* – IV. Leipzig: Felix Meiner, 1919. p. 420.

¹⁰⁶⁸ LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal* – a atuação nos limites entre o permitido e o proibido. São Paulo: Atlas, 2013. p. 49.

¹⁰⁶⁹ BINDING, Karl. *Die Schuld im deutschen Strafrecht* – Vorsatz, Irrtum, Fahrlässigkeit: kurzes Lehrbuch. Leipzig: Felix Meiner, 1919. p. 56; BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung* – IV. Leipzig: Felix Meiner, 1919.

ter tido desdobramentos de natureza mais crítica, contribuindo, de certo modo, para o atual estado da arte.

Não bastassem as dificuldades de identificação do nível de dúvida e de sua relevância para uma responsabilização dolosa, outra das preocupações mais importantes é se se conseguirá provar com alguma segurança que a pessoa investigada tinha o que se denominaria de certeza (ou dúvida enfraquecida) do resultado reprovável criminalmente naquele contexto enfocado. Essa, como antevisto, é uma condição que não se pode pressupor, sobretudo porque já se sabe que a dúvida está presente, sendo necessário que se discuta o seu nível para que se possa identificar a possibilidade de uma responsabilização em termos dolosos.

Em termos jurídico-conceituais, valendo-nos novamente das articulações de Alaor Leite¹⁰⁷⁰ com referência a Knut Amelung¹⁰⁷¹, embora vinculados ao estudo do erro de proibição, “o conceito de dúvida não é, para o direito penal, um conceito ontológico”, mas dependente “da função a ele atribuída: trata-se de *conceito teleológico de dúvida*”. O autor conclui categoricamente por uma espécie de polissemia do termo dúvida, argumentando inexistir “um conceito único de dúvida a que o direito penal esteja vinculado, havendo tantas construções conceituais quantas forem as funções que o conceito seja convocado a cumprir no sistema da teoria do delito”. Segundo ele, “não se devem extrair conclusões definitivas”.

Por todas as dificuldades em termos de delimitação conceitual é que, para nós, o chamado dolo eventual é um *dolo excessivamente duvidoso* (ou um *quase-dolo*)¹⁰⁷², assim considerado

¹⁰⁷⁰ LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal* – a atuação nos limites entre o permitido e o proibido. São Paulo: Atlas, 2013. p. 31-32.

¹⁰⁷¹ AMELUNG, Knut. Der Zweifel als Irrtum – ei n Irrtum zum Verzweifeln. AMELUNG, Knut [Hrsg.]. *Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9. Juli 2010*. Stuttgart: Kohlhammer, 2010. p. 1.

¹⁰⁷² O termo, como é evidente, traduz a ideia de proximidade, e não de identidade. Logo, posicionar-se próximo de algum lugar (ou de alguém) não pode significar estar apropriadamente nele. A expressão utilizada tem sido comumente associada ao debate sobre os delitos de omissão, em que se observa dificuldade na identificação do dolo, debate para o qual Armin Kaufmann tem sido referência pela solução apresentada. Como paradigmática, veja-se, por exemplo: KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. Göttingen: Otto Schwartz, 1959. Entretanto, nesse contexto, percebe-se que, segundo identificado – e bem – por Enrique Bacigalupo, “la forma más grave de lo ilícito, la correspondiente a los delitos de comisión dolosos, en los delitos de omisión será el delito ‘cuasi-doloso’ – Armin Kaufmann –. Esta omisión ‘cuasi-dolosa’ se dará cuando el omitente haya tenido: 1. Conocimiento de la situación típica generadora del deber de obrar. 2. Conocimiento de las circunstancias que fundamentan la posibilidad de obrar. 3. Haya sido por lo menos indiferente frente a la producción del resultado o la lesión del bien jurídico”. BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1994. p. 213. O trecho, no original, encontra-se em: KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. Göttingen: Otto Schwartz, 1959. p. 134. O autor apresenta o tema da seguinte maneira: “Die Abfolge der nächsten Untersuchungsabschnitte ist durch den Deliktaufbau vorgezeichnet: Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Vorwerfbarkeit. Bei den daran anschließend erörterten Problemen verleiht die Reihenfolge nicht etwa einem systematischen Anliegen Ausdruck, sondern sie entspringt Gründen zweckmäßiger Darstellung. – Die Unterlassungsdelikt zu. Die Wahl des Begriffes ‘quasi-vorsätzlich’ kann erst später gerechtfertigt werden; doch darf zur Verdeutlichung des Untersuchungsgegenstandes schon hier bemerkt werden, daß es sich um das handelt, was nach einer überwiegenden Terminologie als das ‘vorsätzliche’ echte Unterlassungsdelikt bezeichnet wird. Allerdings geht die folgende Untersuchung nicht etwa von der Prämisse aus, daß es auf dem Gebiet der Unterlassungen überhaupt einen Gegensatz gibt, der den Begriffen

– como dolo – apenas por certa convenção de parte considerável da doutrina (que intenciona sobretudo punir mais severamente a pessoa investigada), pois o seu conteúdo não ostenta a segurança necessária para justificar uma responsabilização criminal no sentido doloso, e, portanto, mais gravosa. Como dissemos na primeira parte da investigação (item 3, Capítulo II, Parte I), são inúmeras ainda as questões em aberto (de fundamentação e de limitação dessa categoria) na dogmática jurídico-criminal sobre o dolo eventual e sua relação com o atuar em dúvida. O próprio conceito com suas conseqüentes variações, sobretudo as de intensidade, estão permeados de indefinições, o que faz do dolo eventual uma categoria, no mínimo, problemática,¹⁰⁷³ especialmente quando se resolve articular o poder punitivo.

Ainda que nos esforçássemos para estabelecer aqui uma estrutura mais ou menos bem articulada para preencher essas lacunas, salvando a ideia de um dolo na sua modalidade eventual, tal seria como se estivéssemos empreendendo esforços para ajudar a abrir caminho para uma sempre não recomendável expansão do exercício do poder punitivo, quando, na realidade, o papel da dogmática criminal em uma democracia deveria ser o inverso, o de contenção no máximo possível desse poder. Isso em atenção à ideia de intervenção mínima, obrigando realmente os demais ramos do Direito a se esforçarem na busca por mecanismos que sirvam para a resolução dos conflitos, prescindindo do Direito Penal.

Do mesmo modo problemático, ainda que de maneira menos intensa, é o que se observa no debate sobre a tentativa (vejam-se as questões sobre onde termina o ato preparatório e onde começa a execução – item 2, Capítulo II, Parte I), embora decisões pela incongruência de ambas as categorias (da tentativa e do dolo eventual) sejam uma verdadeira “raridade forense”¹⁰⁷⁴, o que deve também nos levar a refletir mais criticamente, como fez Alaor Leite¹⁰⁷⁵, ainda que num contexto diferente do aqui focado (o autor se debruçou sobre as conseqüências jurídicas da dúvida no âmbito do *erro de proibição*). Indaga o mencionado

‘Vorsatz’ und ‘Fahrlässigkeit’ im Bereich der Begehungsdelikte entspricht. Insofern nimmt die folgende Überschrift ein Ergebnis vorweg, das erst im Laufe der Untersuchung aufzuzeigen sein wird”. *Op. cit.* p. 91-92. No nosso específico caso, o termo é utilizado apenas para afirmar que o que se chama atualmente de dolo eventual não coincide propriamente com o que se considera como dolo; é uma aproximação, sobretudo pelas dificuldades de delimitação do elemento volitivo. Como temos insinuado ao longo da tese, tamanho é o grau de subjetividade nesse tema de diferenciação que é flagrante a riqueza em disseminação de iniciativas que tentam identificar (ou salvar) os limites entre um dolo eventual e uma negligência consciente. Devo o alerta sobre o uso do termo “quase-dolo” por Armin Kaufmann, ainda que em outro contexto, ao Professor Thiago Mota de Moraes.

¹⁰⁷³ Posicionando-se contra um dolo do tipo eventual, por todos, pela riqueza no desenvolvimento do argumento, recomenda-se: BAR, Carl Ludwig v. *Gesetz und Schuld im Strafrecht*. Berlin: Keip, 1903. p. 322-341-351-352.

¹⁰⁷⁴ O termo é utilizado em: LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal* – a atuação nos limites entre o permitido e o proibido. São Paulo: Atlas, 2013. p. 13. Inspirado, como destacado pelo autor, em: DE BOOR. Vorwort. DECKERS, Rüdiger [Mitarb.]. *Unrechtsbewusstsein: Aus der Sicht des Täters, Aus der Sicht des Richters*. Basel: Karger, 1982. p. VII.

¹⁰⁷⁵ LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal* – a atuação nos limites entre o permitido e o proibido. São Paulo: Atlas, 2013. p. 12.

autor: “Quando até os magistrados, tribunais, órgãos oficiais e juristas duvidam sobre os turvos limites da proibição penal, por que não é dado aos cidadãos o mesmo benefício? Por que sua dúvida volta-se contra ele, sendo equiparada à certeza sobre a proibição?”. Cabe também refletir acerca da dúvida do agente sobre o fato, diante da possibilidade de ocorrência do resultado.

É inegável que, persistindo dúvida sobre o conteúdo do dolo chamado de eventual, repleto de teorias sobre seus limites e sua legitimidade,¹⁰⁷⁶ haverá de ser esta resolvida, no curso da persecução criminal,¹⁰⁷⁷ com base no *in dubio pro reo*,¹⁰⁷⁸ ou seja, de maneira a favorecer o investigado, ampliando sua base de proteção da dignidade (*in dubio pro libertate*) e diminuindo o exercício do poder punitivo. Existindo dúvidas – e inegavelmente muitas existem ainda sobre a constituição do dolo eventual e suas fronteiras com a negligência consciente –, o que se deve presumir é que a situação favoreça o investigado, e não o contrário.

Na esteira daquilo defendido por Karl Engisch¹⁰⁷⁹ sobre os desdobramentos do *in dubio pro reo* e a necessidade de se interpretar sempre favoravelmente ao investigado na persecução criminal, dir-se-á categoricamente que “o juiz há-de ‘presumir’ a situação de facto que conduza a uma decisão mais favorável àquele [o investigado]”. O autor arremata com os seguintes exemplos:

Portanto, se existem dúvidas sobre a autoria, deve presumir-se que o acusado não foi o autor do facto delituoso. Se existem dúvidas sobre se o acusado praticou o facto em situação de legítima defesa, haverá de presumir-se esta, enquanto não se provar o contrário. Se existem dúvidas sobre se o acusado ao praticar o facto estava na plena posse de suas faculdades mentais, há-se presumir-se que o não estava, enquanto se não fizer prova em contrário.

Embora não seja esta a posição majoritária, o investigado poderia ser, não sendo o caso de um dolo direto, responsabilizado por uma negligência consciente, caso o dispositivo permita a

¹⁰⁷⁶ Nesse sentido, veja-se a crítica feita no Capítulo II, item 3, da Parte I. De maneira crítica, sobre essa multiplicidade de teorias, entre outros, recomenda-se: SAFFERLING, Christoph. *Vorsatz und Schuld - subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p.183.

¹⁰⁷⁷ Nesse particular, vale recordar Jean-François Cesaro quando conclui que o pensamento jurídico articulado no processo de investigação seria justamente “o tempo da dúvida”. CESARO, Jean-François. *Le Doute en Droit Privé*. Paris: Panthéon -Assas, 2003. p. 39.

¹⁰⁷⁸ Muito embora se saiba que “A actividade interpretativa tem uma natureza diferente da actividade probatória”. MONTEIRO, Cristina Líbano. *Perigosidade de inimputáveis e in dubio pro reo*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 72. Com base em Paolo Comanducci, para a autora, “As duas são necessárias para a formação do juízo de aplicação do direito ao caso concreto – um juízo composto –, mas uma pode qualificar-se como valorativo-prescritiva e a outra como afirmativa ou verificadora. A primeira procura argumentos que conduzam a uma solução justa, correcta, válida; a segunda busca razões que levem a concluir pela verdade ou falsidade de determinadas proposições factuais”. *Op. cit.* p. 72. COMANDUCCI, Paolo. *La motivazione in fatto*. UBERTIS, Giulio [Hrsg.], *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milano: Giuffré, 1992. p. 224.

¹⁰⁷⁹ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Gulbenkian, 1988. p. 103. Traduzido de: ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. 8. Aufl. Stuttgart; Berlin; Köln; Mainz: Kohlhammer, 1983.

responsabilização nesses termos. Alaor Leite¹⁰⁸⁰ argumenta que “a regra do julgamento do *in dubio pro reo* é, segundo a doutrina dominante que aqui não questionaremos, aplicável apenas a questões fáticas e não a controvérsias jurídicas”. Recordando Claus Roxin¹⁰⁸¹, conclui que “não se pode dizer que juridicamente é de se preferir uma teoria mais ampliadora do espaço dos delitos culposos no que diz respeito aos limites entre dolo eventual e culpa consciente por aplicação direta do *in dubio pro reo*”.

Embora reconheça a existência de autores que defendem uma utilização ampla do *in dubio pro reo*,¹⁰⁸² Cristina Líbano Monteiro¹⁰⁸³ classifica como “deslocada” “transportar a solução material do ‘*pro reo*’ para o problema da dúvida de direito”. Aduz que dúvidas “sobre a delimitação legal da fronteira entre a autoria e a cumplicidade, ou entre o dolo eventual e a negligência consciente, a aplicação do ‘*in dubio pro reo*’ levaria o tribunal a oscilar de um critério para outro, levando a concluir sempre, *in casu*, que o arguido fora apenas cúmplice ou atuara negligentemente”, no que questionamos: que mal há nisso se houver realmente uma dúvida entre uma coisa e outra? Por que haveria o tribunal de simplesmente largar mão de um critério que otimiza a liberdade e que restringe o exercício do poder punitivo, sendo essa justamente a lógica estruturante do funcionamento de um sistema criminal democrático?

Não é por acaso que Eduardo Correia¹⁰⁸⁴, embora também nutra restrições, tenha concluído que “o princípio de que a liberdade é a regra e a limitação a exceção poderá permitir, quando uma das interpretações conduza a limitar a liberdade, que se renuncie a essa em benefício da outra”, o que nos aproximaria definitivamente da viabilidade da regra do *in dubio pro libertate*.¹⁰⁸⁵

Esse não é um parâmetro exclusivo de tomada final de decisão em processo penal ou um mero parâmetro de avaliação da prova; o *in dubio pro reo* servirá também como critério de garantia de otimização da dignidade humana, como parâmetro interpretativo de elementares do tipo criminal, de identificação de categorias conceituais no âmbito do direito criminal também.

¹⁰⁸⁰ LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal* – a atuação nos limites entre o permitido e o proibido. São Paulo: Atlas, 2013. p. 28-29.

¹⁰⁸¹ ROXIN, Claus. SCHÜNEMANN, Bernd [Bearb.]. *Strafverfahrensrecht* – ein Studienbuch. München: Beck, 2009. p. 357.

¹⁰⁸² GRISPIGNI, Filippo. *Corso di diritto penale II*. Cedam: Padova, 1932. p. 404; LA CUTE, Giuseppe. *Il dubbio nel processo penale*. Roma: Pogar, 1961. p. 19.

¹⁰⁸³ MONTEIRO, Cristina Líbano. *Perigosidade de inimputáveis e in dubio pro reo*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 73 ss.

¹⁰⁸⁴ CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. v. II. Coimbra: Almedina, 2016. p. 50 ss.

¹⁰⁸⁵ Sendo esta, segundo Cristina Líbano Monteiro, destinada ao legislador, a exigir comedimento na elaboração de tipos penais. MONTEIRO, Cristina Líbano. *Perigosidade de inimputáveis e in dubio pro reo*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 75.

Não se diga que se o investigado reconhecer um dolo eventual, tal problema estaria resolvido. Ele mesmo poderia estar enganado sobre as circunstâncias constitutivas desse tipo de dolo; ademais, correríamos ainda o risco de fomentar espaço para certas arbitrariedades, com uma persecução voltada para fazer com que o sujeito confessasse tal circunstância nos casos limites. Sabemos bem o que o fomento da busca pela confissão já produziu na história da persecução criminal.¹⁰⁸⁶ Não se pode, portanto, atribuir essa definição pura e simplesmente à íntima convicção do magistrado (nem mesmo do legislador), porque esta não resolverá o problema da indefinição das fronteiras entre o dolo eventual e a negligência consciente, pois, como vimos, haverá ali uma zona, ao menos por enquanto, praticamente indecifrável, em hipótese alguma permissiva de um *in dubio pro societate*.

Não se pode ignorar que os perigos (ou cuidados-de-perigo) que passaram a iluminar o sistema jurídico-criminal, constituindo-se em parte de seu próprio núcleo, sobretudo a partir da 1ª Revolução Industrial, como antevisto, irremediavelmente fizeram com que a atuação da pessoa diante da dúvida no que toca a um resultado aparentemente danoso ganhasse ainda mais relevo. Os comportamentos passaram a ter certo relevo mais pelo que se projetou fazer (veja-se, por exemplo, o caso da punição da tentativa impossível) do que pelo que se produzia efetivamente; mais pelo que podia ter acontecido do que pelo que de fato aconteceu, quase que como uma espécie de reaproximação sutil do período em que a ideia de pecado dominava o direito criminal e as pessoas eram punidas mais pelos desvios de consciência do que pelos resultados efetivamente obtidos. Ou seja, a pessoa é punida por expor o bem avaliado como importante ao perigo de dano, e não por tê-lo violado efetivamente.

No caso do dolo eventual, há violação do bem, mas não há clareza suficiente quanto à interpretação do resultado obtido. Os critérios de diferenciação entre uma forma mais grave (dolo) e uma forma menos grave (negligência) de responsabilização criminal não estão bem delineados. Assim, assentado que ambos os tipos de dolo conhecidos (direto e eventual) estão permeados por diferentes níveis de dúvida, o problema aqui formulado é que, no caso do eventual, fica comprometida sua dissociação da negligência dita consciente, daí a insistência em resistir, ao menos da nossa parte, à utilização de um dolo tão difícil de ser delimitado numa situação como a responsabilização da tentativa, que, por si só, já representa uma ampliação da punição. Pior ainda quando a tentativa é a impossível, na qual não há lesão

¹⁰⁸⁶ Não seria o caso de aprofundarmos a questão aqui porque desviaríamos dos objetivos propostos na tese. Isso pode ser observado mais adequadamente em: SANTOS, Bruno C. L.; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de.; SANTOS, Hugo L. R. Práticas judiciárias no campo criminal e a construção das verdades na persecução penal: um debate a partir de Michel Foucault. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 1.041-1.072, mai./jun. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.199>

alguma ao bem objeto de tutela, mas uma violação pura e simplesmente de previsão legislativa.

Embora tenhamos reconhecido, de certa maneira, a existência do dolo eventual (Capítulo II, item 4, Parte I), obviamente que não podemos negar que se convive com essa categoria dogmática, seja na doutrina, seja na legislação ou na jurisprudência. O que temos, na realidade, é uma negligência (mal) disfarçada de dolo;¹⁰⁸⁷ isso, do nosso ponto de vista, ocorre mais propriamente para atender às cobranças por certa proporcionalidade na punição.¹⁰⁸⁸ Se assim o é, isso não deveria significar alçar determinadas categorias a classificações que não condizem com suas estruturas. No mais, seria de se admitir uma eventual elevação da pena, mas não uma mudança de categoria (no caso, de negligência consciente para dolo eventual), para só então justificar uma pena mais gravosa, atendendo-se à alegada proporcionalidade.

Dizer-se, por exemplo, que assumir o risco do resultado (uma das justificativas mais usuais) seria determinante para o dolo eventual, é um critério muito vago e não revelador de nada de substancial, uma vez que viver é assumir riscos. Mesmo no dolo direto há, como vimos, assunção de riscos, embora estes sejam considerados menores do que naqueles. Temos, portanto, mais uma questão, relacionada à mensuração do risco sobre o resultado. É como se tivéssemos de gerir um método de “empresa de seguro” na avaliação de risco. O problema é que no dolo eventual isso é elevado a uma potência bastante discutível para possibilitar uma responsabilização criminal em ambiente democrático.

Não nutrimos a intenção de estabelecer fórmulas absolutas ou certezas incontestáveis para que se permita uma responsabilização criminal. Longe disso. Daríamos com isso um passo e tanto para um certo imobilismo do sistema, o que não nos interessa. A convivência com a ideia de perigo e da necessidade de previsibilidade sempre esteve presente nas interações humanas e sempre foi encarada com certa coragem e dose de incerteza quanto ao resultado a ser obtido, como uma questão de sobrevivência mesmo, mantendo-se sempre o espaço para a

¹⁰⁸⁷ Para que se perceba o nível de complexidade (e de problemas interpretativos) por essa adjetivação do dolo, esse seu alargamento e o esmaecimento de suas fronteiras com a negligência consciente, até mesmo no direito civil essa questão tem produzido reflexões, embora no criminal se trabalhe com consequências mais gravosas porque há a ameaça de interferência na liberdade ambulatorial. Veja-se MOREIRA, Sónia. A interpretação do conceito de dolo do art. 253.º. *Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, v. II, Lisboa, Universidade Católica, 2013, p. 493 ss.

¹⁰⁸⁸ O problema é que há uma discrepância considerável, uma desproporcionalidade, em termos de punição entre o crime punido com dolo eventual e aquele mesmo punido com negligência consciente. Se o sistema de punição fosse mais consistente e minucioso, esse problema não seria tão presente. Devo o alerta ao professor brasileiro Flávio Antônio da Cruz, com quem conversamos demoradamente a respeito da questão enfocada.

aleatoriedade. Como destacado por José de Faria Costa¹⁰⁸⁹, “aleatoriedade que, de uma forma ou de outra, por esta ou por aquela razão, mesmo que dominada pelo conceito de variável, foge à cadência da previsibilidade para se refugiar no campo subtil do inesperado e imprevisível, portanto, insusceptível de humana evitação”. Na perspectiva do autor, “o perigo é, pois, nesta perspectiva, indiscutivelmente um *constante* da nossa vida individual e colectiva desde os primórdios civilizacionais, porque também projecção da nossa finitude e fragilidade e, por isso, não pode ser erradicado sem resto ou com resto igual a zero”.¹⁰⁹⁰

Cabe observar especificamente os princípios da materialização e da ofensividade (Capítulo III, Parte I), o debate empreendido sobre o nível de possibilidade de concretização do resultado no mundo fático, que, embora também carregue consigo alguma subjetividade, deve tangenciar alguma preocupação com aquela objetividade que seria possível, sobretudo nos casos limítrofes, porquanto nos faz questionar a viabilidade da mensuração do nível de possibilidade de um determinado evento,¹⁰⁹¹ no que a estatística e a probabilidade se apresentam. Nesse particular, José de Faria Costa¹⁰⁹² adverte para o fato de que “a aleatoriedade é a noção que traduz o carácter incerto dos sucessos futuros, enquanto a probabilidade é o conceito que, embora partindo da incerteza dos acontecimentos futuros, realiza um juízo de certeza sobre a constante da frequência desses mesmos acontecimentos”. Conclui “ter sentido o direito impor certo número de regras de modo a diminuir o grau de aleatoriedade e os riscos de resultados danosos não queridos”. Entretanto, o autor, adiante, explicando sucintamente as variações existentes na ideia de aleatoriedade (entre zero e cem), argumenta da seguinte maneira:

O que nos legitima a poder, talvez, afirmar que aquele que dispara à queima-roupa sobre *B* e o mata não cria, em termos jurídico-penais, uma situação de perigo; e aquele que dá uma pequena bofetada em *B*, provocando-lhe um ataque cardíaco do qual resulta a morte, também não cria uma situação de perigo. No primeiro caso, a noção jurídico-penal de perigo está ausente na medida em que nos confrontamos com um juízo de determinação, de necessidade ou de certeza. No segundo, estamos perante uma hipótese em que o acaso interveio ao nível da total imprevisibilidade, ao nível de uma aleatoriedade tendencialmente igual a cem.¹⁰⁹³

¹⁰⁸⁹ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 480.

¹⁰⁹⁰ Na perspectiva do autor, que na sequência desenvolve melhor a ideia, “a ordem jurídica tem mesmo de aceitar, dentro das actuais sociedades hipercomplexas, uma margem mínima de condutas negligentes impuníveis (minimal rest)”. FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 481. O autor também menciona: GÖSSEL, Karl-Heinz. Velhos e novos caminhos da doutrina da negligência. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 59, 1983. p. 234.

¹⁰⁹¹ Sobre a alegada necessidade de mensuração da própria realidade, o que resultou em importantes inovações no comportamento humano, vale a pena consultar: CROSBY, Alfred W. *A mensuração da realidade – a quantificação e a sociedade ocidental – 1250-1600*. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: Unesp/Cambridge, 1999.

¹⁰⁹² FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 480-481.

¹⁰⁹³ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 594-595.

Pelos exemplos dados, a aleatoriedade poderia incidir, embora mais seguramente em uma situação do que em outra, em ambos os casos. A questão que aqui se coloca é saber se seriam as ferramentas do pensamento matemático suficientes a determinar os limites da intervenção do sistema jurídico-criminal. Resolveriam o problema da diferenciação dos vários níveis de dúvida existentes as regras da estatística ou da probabilidade? Vejamos, na sequência, da maneira mais desenvolvida possível, as questões suscitadas.

3. Probabilidade e estatística como parâmetros para a definição dos níveis de dúvida: poderiam modelos matemáticos resolver as controvérsias sobre o dolo eventual?

Em primeiro lugar, convém destacar que não nos parece adequado efetuar uma rígida separação entre as ciências humanas e sociais e as ciências exatas, das quais a matemática é uma das principais representantes. Embora desenvolvam perspectivas um tanto quanto diferentes da realidade, não se pode negar que estejam vinculadas a raízes comuns, e que, não raramente, acabam por se complementar. As teorias do conhecimento devem boa parte de seu desenvolvimento a pessoas que, apesar de terem sido destacadas como vinculadas às ciências exatas, eram sobretudo filósofos, ou seja, refletiam não apenas sobre os cálculos que faziam, mas sobre o meio com o qual interagem, identificando (e propondo), em especial, determinados padrões de comportamento e de pensamento.¹⁰⁹⁴

Charles Seife¹⁰⁹⁵ concluiu que “Nossas cabeças rejeitam a ideia de aleatoriedade” e que, “Mesmo quando um conjunto de dados ou imagens é inteiramente caótico, mesmo quando não há nenhuma ordem subjacente a identificar, ainda tentamos construir um sistema, um padrão, por meio do qual compreendemos nossas observações”. Na sequência, o autor argumenta que “Nossas cabeças, na tentativa de conferir ordem ao caos, nos pregam peças”. Um *pensamento sistemático*, que ambiciona coerência, objetividade e segurança,¹⁰⁹⁶ muito

¹⁰⁹⁴ “Com as ferramentas da matemática à mão, você pode entender o mundo de maneira mais profunda, consistente e significativa”. ELLENBERG, Jordan. *O poder do pensamento matemático* – a ciência de como não estar errado. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2015. p. 10. Para um aprofundamento, sugere-se: STEWART, Ian. *Desbravadores da matemática* – da alavanca de Arquimedes aos fractais de Mandelbrot. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2019.

¹⁰⁹⁵ SEIFE, Charles. *Os números (não) mentem* – como a matemática pode ser usada para enganar você. Trad. Ivan Weisz Kuck. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 49.

¹⁰⁹⁶ Esse tipo de pensamento, muito intensamente nutrido no ambiente matemático, está ainda em construção, em plena ebulição, constantemente se adaptando às contingências do meio. No caso da matemática, que ambiciona certezas, é matéria ainda encarada como *em construção*, pois “não está encerrada”. Assim, “Mesmo com referência a objetos básicos de estudo, como números e figuras geométricas, nossa ignorância é muito maior que nosso conhecimento. E as coisas que sabemos só foram alcançadas após maciço esforço, disputa e confusão”. ELLENBERG, Jordan. *O poder do pensamento matemático* – a ciência de como não estar errado. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2015. p. 24.

especialmente numa sociedade repleta de perigos como a nossa,¹⁰⁹⁷ permeia os diversos setores da dinâmica social.¹⁰⁹⁸

Dado ser inviável uma rigorosa separação entre as áreas mencionadas, o presente capítulo objetiva demonstrar que a probabilidade e a estatística, como desdobramentos diretos das ciências exatas, até podem ser ferramentas auxiliares importantes no processo de identificação dos variados níveis de dúvida já mencionados no presente Capítulo (vide o item 2), mas não resolvem satisfatoriamente as questões que permeiam o tema focado. O que se perceberá é que nem mesmo a utilização dos modelos matemáticos mais rigorosos,¹⁰⁹⁹ com seus cálculos e projeções, poderá nos oferecer um cenário mais confortável e seguro em termos de coerência dogmática do que aquele com o qual atualmente se convive,¹¹⁰⁰ pois mesmo quem lida com a matemática profissionalmente convive com problemas internos.¹¹⁰¹

Embora não estejamos de todo convencidos de que o pensamento pitagórico, de que tudo é número, seja, na generalidade, correto,¹¹⁰² é inegável que a linguagem numérica se faz

¹⁰⁹⁷ “A necessidade de compreender probabilidade, risco e incerteza nunca foi mais urgente; em face de agitações políticas, tumultos nos mercados financeiros e uma interminável ladainha sobre riscos, ameaças e calamidades, todos nós ficamos ansiosos por uma certeza. Na verdade, ela nunca existiu. Mas isso não é razão para fatalismos – ou para a recusa em aceitar a realidade”. MATTHEWS, Robert. *As leis do acaso* – como a probabilidade pode nos ajudar a compreender a incerteza. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2017. p. 10.

¹⁰⁹⁸ “A matemática está entrelaçada à nossa forma de raciocinar”. ELLENBERG, Jordan. *O poder do pensamento matemático* – a ciência de como não estar errado. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2015. p. 10.

¹⁰⁹⁹ “Mas os objetos matemáticos são modelos, não a realidade em si. Eles captam algumas características do mundo natural em forma idealizada, simples o suficiente para o cérebro humano analisar”. STEWART. Ian. *Desbravadores da matemática* – da alavanca de Arquimedes aos fractais de Mandelbrot. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2019. p. 288-289.

¹¹⁰⁰ Observe-se que, segundo Charles Seife, “Todo número com significado no mundo real está relacionado, ao menos implicitamente, a algum tipo de medição [...]. É universal: no mundo concreto, há uma medição por trás de cada número. Por serem intrinsecamente sujeitas a erros (afinal, são feitas por seres humanos, usando instrumentos criados pelo homem), as medições não são totalmente confiáveis [...]. Números são sempre impuros: uma mescla de verdade, erro e incerteza”. Situação que piora quando se trata de algo subjetivo, ou “mal definido”, como o nível de inteligência (ou mesmo de dúvida), de dor ou de felicidade. Na perspectiva do autor, “‘inteligência’ é um conceito difícil de se definir – ninguém consegue precisar o que a palavra significa –, mas isso não impede alguém de medi-la”. SEIFE, Charles. *Os números (não)mentem* – como a matemática pode ser usada para enganar você. Trad. Ivan Weisz Kuck. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 13 ss.

¹¹⁰¹ Mesmo aqui se questiona a exatidão: “Desde tempos antigos, a matemática foi exibida como um reluzente exemplo de algo que era simplesmente *verdade* – verdade absoluta, sem nenhum ‘se’ ou ‘mas’. Dois mais dois são quatro: é isso aí, não adianta reclamar [...]. A noção de que a matemática consiste em verdades necessárias foi abandonada em favor da ideia de que essas verdades são deduções feitas a partir de premissas explícitas segundo algum sistema de lógica especificado”. STEWART. Ian. *Desbravadores da matemática* – da alavanca de Arquimedes aos fractais de Mandelbrot. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2019. p. 262-263.

¹¹⁰² A ideia de que, para Pitágoras, “todas as coisas são, essencialmente, números [...], de que o número é a razão (logos = razão), a essência racional das coisas, da sua natureza real”, é discutida de maneira aprofundada em: POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. p. 104 ss. Partindo de uma perspectiva mais crítica, com o argumento de que “os pitagóricos, você deve se lembrar, eram extremamente esquisitos”, Jordan Ellenberg observa que a filosofia pitagórica “era uma densa mistura de coisas que agora chamaríamos de matemática, de coisas que agora chamaríamos de religião e de coisas que agora chamaríamos de doença mental”. ELLENBERG, Jordan. *O poder do pensamento matemático* – a ciência de como não estar errado. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2015. p. 45.

presente em nosso cotidiano e que tem sido fundamental na resolução satisfatória de determinados problemas. São os números que permitiram o desenvolvimento da ciência computacional, através da qual se conseguiu que o avião transportasse as pessoas com segurança, que o celular conectasse as pessoas com o mundo, que a medicina avançasse com imagens cada vez mais precisas de órgãos no interior do corpo humano sem que fosse preciso abri-lo etc.¹¹⁰³ Como se sabe, as ciências exatas simplificam a realidade, transformando-a em fórmulas numéricas, em uma linguagem universal, oferecendo, com isso, respostas eficientes, mas que não podem ser encaradas como definitivas. Como dirá Karl Popper¹¹⁰⁴, esse tipo de linguagem, embora ajude a descrever alguns fatos, não pode ser utilizado a toda a realidade.

Popper¹¹⁰⁵ argumenta ainda que haverá sempre “questões em aberto” no debate sobre a utilização dos cálculos lógicos e aritméticos à realidade: “Na medida em que um cálculo é aplicado à realidade, perde o caráter de cálculo *lógico*, tornando-se uma teoria descritiva, *que pode ser refutada* empiricamente”. Para ser realidade, e para sobre ela falarmos, portanto, seria preciso que aceitássemos a possibilidade de uma refutação. Entretanto, nesse contexto de identificação da realidade, não se pode menosprezar a possibilidade das inúmeras falácias matemáticas, em que se perspectiva a utilização de gráficos, tabelas, estatísticas, fórmulas probabilísticas, entre outras, que não condizem com a realidade e, por vezes, nem sequer se aproximam dela. Como destacado por Charles Seife¹¹⁰⁶, “os números podem ser uma arma poderosa. Em mãos ágeis, dados adulterados, estatísticas fajutas e matemática ruim podem dar aparência de verdade à ideia mais fantasiosa, à falsidade mais acintosa”.

É nesse contexto que o debate sobre uma eventual mensuração da possibilidade de um evento criminalmente relevante ganha relevo, alinhada à ideia da dúvida. Segundo David Baigún¹¹⁰⁷,

¹¹⁰³ Devo os exemplos e parte das reflexões do presente parágrafo à generosidade do colega Professor Doutor Flávio Antônio da Cruz, com quem conversamos a respeito da questão enfocada. Entretanto, a interpretação aqui realizada é de nossa inteira responsabilidade. Não obstante a conclusão apresentada, veja-se, por exemplo, o que nos diz criticamente Alfred W. Crosby: “Quanto à confiabilidade de nossos sentidos para tirar medidas, apontamos para aquelas dentre nossas realizações que se baseiam na fidedignidade deles: os teares automáticos, as naves espaciais, as tabelas atuariais, e assim por diante. Essa não é uma resposta sólida – talvez nossos sucessos sejam acidentais –, mas é um exemplo da maneira como os seres humanos costumam avaliar sua capacidade: em outras palavras, o que é que funciona ou não funciona?”. Segundo o autor, filósofos como Platão e Aristóteles “abstiveram-se de usar a categoria daquilo que é proveitosamente quantificável”, isso porque, sobretudo no caso do segundo, considerava-se “a descrição e a análise mais úteis em termos qualitativos”. CROSBY, Alfred W. *A mensuração da realidade – a quantificação e a sociedade ocidental – 1250-1600*. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: Unesp/Cambridge, 1999. p. 25-26.

¹¹⁰⁴ POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. p. 236-237.

¹¹⁰⁵ POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. p. 236-237.

¹¹⁰⁶ SEIFE, Charles. *Os números (não) mentem – como a matemática pode ser usada para enganar você*. Trad. Ivan Weisz Kuck. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 9.

¹¹⁰⁷ BAIGÚN, David. *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2007. p. 7-8.

“Los autores emplean posibilidad o probabilidad en términos de sinonimia, o atribuyendo al primer concepto la acepción de lo que puede suceder o no suceder, y al segundo, la creencia de que algo es verosímil, fundado en razones valederas”, sendo necessário, no que toca à relação com o sistema jurídico-criminal, um melhor desenvolvimento para evitar alargamentos demasiados nessa conceituação. O autor destaca que a possibilidade “expresa una tendencia real, oculta en los objetos y en los fenómenos, que se traduce en las diversas direcciones que asumen los procesos”, mas nem toda possibilidade deve interessar, convocando-se ao sistema jurídico somente aquelas encaradas como reais (e não formais)¹¹⁰⁸, do contrário, “caería en el terreno de la arbitrariedad”.

No que diz respeito à probabilidade, ainda com David Baigún¹¹⁰⁹, esta seria “la medida cuantitativa de la posibilidad de realización de un acontecimiento cualquiera”, não significaria, portanto, “otra cosa que la relación entre posibilidad y realidad”, sendo esta encarada como objetiva, uma vez que “no depende de nuestro personal punto de vista, puesto que existe al margen de nuestra conciencia”. O autor dirá que “En nuestro terreno más circunscripto, el concepto puede servir tanto al legislador que estructura la idea de peligro como al juez que juzga el suceso conforme a la naturaleza del precepto”. Para que uma probabilidade seja formulada, na generalidade, o que se observa é que será preciso lidar com o método estatístico¹¹¹⁰, ou seja, uma análise do tipo retrospectiva, algo que estime “o quão provável é o fato p , desconhecido, dada a ocorrência, já determinada, de q ”.¹¹¹¹

No método estatístico, os dados básicos coletados (ou produzidos) são manuseados levando-se em consideração as variáveis que interessam para a pesquisa, sendo tais variáveis, segundo Paulo Afonso Lopes¹¹¹², “uma atribuição de um número a cada característica da unidade de observação, ou seja, [a variável] é uma função matemática definida na população”, constituindo o estudo desta última [ou seja, da população] o objetivo principal das estatísticas, para quem não interessa “unidades individuais de observação”. Conforme o autor, “quando

¹¹⁰⁸ “La teoría distingue entre posibilidades reales y formales. Las primeras corresponden a los casos en que se ajustan a ‘las leyes objetivas de la naturaleza y cuentan con condiciones necesarias para su realización’. Las formales, si bien no se hallan en pugna con las leyes de la naturaleza, carecen de las condiciones necesarias para realizarse en el tiempo”. BAIGÚN, David. *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2007. p. 9. O autor se fundamenta em: MELIUIJIN, S. *O dialektikie razvitiia noegranichieskoi prirodi*. Moscú: Mezhdunarodnaia Kniga, 1934.

¹¹⁰⁹ BAIGÚN, David. *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2007. p. 10-11.

¹¹¹⁰ “processo para se obter, apresentar e analisar características ou valores numéricos para uma melhor tomada de decisão em situações de incerteza”. LOPES, Paulo Afonso. *Probabilidades e Estatística*. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso Editores, 1999. p. 2.

¹¹¹¹ VITORELLI, Edilson. Raciocínios probabilísticos implícitos e o papel das estatísticas na análise probatória. *Revista do Ministério Público do estado do Rio de Janeiro*, n. 76, abr./jun., 2020. p. 53.

¹¹¹² LOPES, Paulo Afonso. *Probabilidades e Estatística*. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso Editores, 1999. p. 3 ss.

uma característica ou variável é não numérica, denomina-se *variável qualitativa* ou atributo”, como, por exemplo, o gênero, a religião, a naturalidade, a faixa etária etc. Sendo ela numérica, “a variável estudada denomina-se *variável quantitativa*”.

Leonard Mlodinow¹¹¹³ esclarece a diferença entre a probabilidade e a estatística: “a primeira trata de previsões baseadas em probabilidades fixas; a segunda, de como inferir essas probabilidades com base nos dados observados”, o que nos permite concluir que a relação entre ambas é de extrema proximidade, embora não se confundam.

Importa ainda enfatizar que, normalmente, nos é permitido conviver com dois tipos de fenômenos, a saber: os encarados como determinísticos e os aleatórios. Segundo Luiz Gonzaga Morettin¹¹¹⁴, aqueles são “os que os resultados são sempre os mesmos, qualquer que seja o número de ocorrências verificadas”. Assim, “Se tomarmos um determinado sólido, sabemos que a uma certa temperatura haverá passagem para o estado líquido”; já nos aleatórios, “os resultados não serão previsíveis, mesmo que haja um grande número de repetições do mesmo fenômeno”. Assim, “se considerarmos um pomar com centenas de laranjeiras, as produções de cada planta serão diferentes e não previsíveis, mesmo que as condições de temperatura, pressão, umidade, solo etc. sejam as mesmas para todas as árvores”. Sobretudo no curso da dinâmica social, produzimos muitos fenômenos do tipo *aleatório*, o que não nos impede de realizar previsões e de nutrir determinadas ilusões e expectativas.¹¹¹⁵

É assim que, como destacado por Nassim Nicholas Taleb¹¹¹⁶, “Infelizmente, não somos fabricados, na edição atual da raça humana, para compreender questões abstratas – precisamos de contexto”. As relações humanas, embora sejam construídas com base na identificação e reprodução de determinados padrões,¹¹¹⁷ estarão sempre presentes no campo das abstrações, de margens interpretativas que serão mais ou menos alargadas a depender do contexto, aspectos que são tributários de alguma forma de ambiguidade. “No fim, sempre vamos achar que estamos lidando com fatos, embora na verdade estejamos lidando com a

¹¹¹³ MLODINOW, Leonard. *O andar do bêbado* – como o acaso determina nossas vidas. Trad. Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 131 ss.

¹¹¹⁴ MORETTIN, Luiz Gonzaga. *Estatística básica: probabilidade*. V. 1. 7. ed. São Paulo: Makron Books, 1999. p. 1.

¹¹¹⁵ TALEB, Nassim Nicholas. *A lógica do cisne negro – o impacto do altamente improvável*. 17. ed. Trad. Marcelo Schild. Rio de Janeiro: Best business, 2019.

¹¹¹⁶ TALEB, Nassim Nicholas. *A lógica do cisne negro – o impacto do altamente improvável*. 17. ed. Trad. Marcelo Schild. Rio de Janeiro: Best business, 2019. p. 178.

¹¹¹⁷ Embora já tenhamos alertado para isso, repise-se: “nós, seres humanos, somos inatos buscadores de padrões, propensos a ver sentido em ruídos sem significado nenhum. [...] isso pode escorregar facilmente para aquilo que os psicólogos chamam de apofenia: a predileção por enxergar padrões onde eles não existem”. MATTHEWS, Robert. *As leis do acaso – como a probabilidade pode nos ajudar a compreender a incerteza*. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2017. p. 37.

conclusão preferida [ainda que inconscientemente]”¹¹¹⁸. Segundo Nassim Nicholas Taleb¹¹¹⁹, “Aleatoriedade e incerteza são abstrações. Respeitamos o que aconteceu, ignorando o que *podia* ter acontecido”, “somos naturalmente rasos e superficiais – e não sabemos disso”.

Nessa ordem de ideias, como instrumentos voltados a mensurar a possibilidade (e a frequência) de algum evento acontecer,¹¹²⁰ com todas as dificuldades que esse processo de tradução da realidade em números (gráficos, tabelas, diagramas etc.) demanda,¹¹²¹ a questão é saber se uma espécie de índice numérico, que haverá de ser atribuído a uma determinada situação hipotética, será realmente capaz de resolver o problema da indeterminação das fronteiras entre o dolo eventual e a negligência consciente, ou seja, se será possível encontrar com alguma segurança a diferença entre a dúvida que levaria ao primeiro e aquela que levaria ao segundo. Seria possível, com tais ferramentas, reduzir o espaço de liberdade de escolha entre uma coisa e outra, levando o juízo criminal a encontrar o elemento subjetivo que possibilite a responsabilização?

A confiabilidade de qualquer mensuração depende da qualidade da informação articulada. É preciso se certificar de que aquilo com que se está lidando corresponde à realidade que se pretende ver traduzida numericamente. Caso contrário, de nada servirão os cálculos senão para fomentar alguma espécie de fraude. Aqui, portanto, tem-se já um primeiro obstáculo: como garantir que a informação sobre o elemento volitivo é realmente condizente com o que se pretende? Não há como garantir isso. Mesmo se houver uma confissão, esta pode ser fruto de um engano¹¹²², de uma ilusão¹¹²³ ou mesmo de uma mentira.¹¹²⁴ Por isso a probabilidade e

¹¹¹⁸ MLODINOW, Leonard. *Subliminar – como o inconsciente influencia nossas vidas*. Trad. Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 241. A interpolação é nossa. É com base nessa perspectiva, que, na prática, aponta para uma falta de neutralidade no atuar científico, embora evidentemente se exija honestidade intelectual, que nos esforçamos nas considerações iniciais da presente tese, para revelar todas as nossas tendências em não acolher a tese da congruência entre a tentativa com o dolo eventual. Para um aprofundamento sobre as escolhas que realizamos, sobretudo diante de ambiguidades, recomenda-se: BALCETIS, Emily. DUNNING, David. See what you want to see, motivational influences on visual perception. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 91, n. 4, 2006. p. 612 ss.

¹¹¹⁹ TALEB, Nassim Nicholas. *A lógica do cisne negro – o impacto do altamente improvável*. 17. ed. Trad. Marcelo Schild. Rio de Janeiro: Best business, 2019. p. 178.

¹¹²⁰ “A mensuração do risco, como sabemos, é invenção humana recente. Até o fim do Renascimento e o começo do Iluminismo, a maioria das pessoas presumia que a incerteza era determinada por forças divinas e não podia ser mensurada. Mas, no século XVII, os matemáticos Blaise Pascal e Pierre de Fermant começaram a medir probabilidades para jogos de dados”. SCHRAGER, Allisno. *Viver com risco – como enfrentar as situações incertas da vida cotidiana*. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: Portfolio-Peguin, 2021. p. 53. A autora se apoia em: BERNSTEIN, Peter. *Against the Gods: The Remarkable Story of Risk*. Hoboken/NJ: John Wiley & Sons, 1996.

¹¹²¹ ESPEJO MIRANDA, I. *Estadística descriptiva y probabilidad*. 3. ed. Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2006.

¹¹²² Sobre as possibilidades de “distorções da memória” ou o que chamamos de “engano”, inclusive em pessoas ouvidas em processos criminais, em que há uma carga emotiva considerável envolvida, o que interfere no comportamento das conexões do cérebro, recomenda-se: MLODINOW, Leonard. *Subliminar – como o inconsciente influencia nossas vidas*. Trad. Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 64 ss. Segundo

a estatística, quando bem articuladas, ganham relevo e servem, não para resolver em definitivo o problema da dúvida, mas para reforçar determinados juízos de valor sobre o evento focado pelo julgador, muito embora as circunstâncias preponderantes devam ser aquelas do fato, do “caso individual”, e não estritamente as conclusões probabilísticas ou estatísticas padronizadas.¹¹²⁵

Em termos jurídicos mais expressos, não é nova a ideia de utilização do argumento matemático ou probabilístico para a resolução de casos. Segundo James Franklin¹¹²⁶, a primeira vez que esse tipo de argumento apareceu em um ordenamento foi com os romanos, no Digesto,¹¹²⁷ especialmente para o processo de produção de provas. Como destacado por Leonard Mlodinow¹¹²⁸, “os romanos buscaram na precisão matemática uma cura para as deficiências do velho sistema arbitrário”. Entretanto, esse modo de ver as coisas, numericamente, até hoje recorrente, não elimina os problemas próprios do contexto de uma investigação criminal, em que a medida probabilística ou estatística eventualmente encontrada

Antonio Vicente Marafioti Garnica, “A memória filtra, reordena, fantasia. A memória interpreta, redimensiona, inventa, complementa”. GARNICA, Antonio Vicente Marafioti. *A experiência do labirinto – metodologia, história oral e educação matemática*. São Paulo: Unesp, 2008. p. 181-182.

¹¹²³ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar – duas formas de pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 79 ss. O autor, a partir de diversas outras pesquisas, desenvolve o argumento de como nos deixamos iludir quanto a determinadas formas de pensar, às lembranças que exteriorizamos e à própria ideia de veracidade quando optamos por respostas que nos sejam mais familiares, não propriamente verdadeiras, mas que nos tragam mais “conforto cognitivo”, portanto. Ele diz: “Qualquer coisa que torne mais fácil para a máquina associativa funcionar com suavidade também vai predispor crenças. Um jeito confiável de fazer as pessoas acreditarem em falsidades é a repetição frequente, pois a familiaridade não é facilmente distinguível da verdade. Instituições autoritárias e marqueteiros sempre souberam desse fato”. *Op. cit.* p. 82.

¹¹²⁴ Quanto à reconstrução do fato em juízo, “Mesmo quando as pessoas, de forma sincera e oportuna, informam sobre suas avaliações situacionais e representações, isto pode ser inexato. Não é evidente que se consiga analisar e/ou ter claramente percepções de si mesmo, e colocá-las em palavras de modo intersubjetivamente compreensível. Tratando-se de estados psíquicos ocorridos há muito tempo, a autorreflexão e a autoinformação também não são confiáveis pois as pessoas tendem a fazer ajustes subsequentes de suas representações. Nos processos penais, ocorre um outro problema: os acusados não fornecem qualquer informação, ou há dúvidas pertinentes sobre se as informações fornecidas são, ao menos, subjetivamente honestas”. HÖRNLE, Tatjana. Plädoyer für die Aufgabe der Kategorie “bedingter Vorsatz”, *JuristenZeitung*, v. 74, n. 9, 2019. p. 83 ss. Traduzido por Wagner Marteleto Filho. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no Brasil.

¹¹²⁵ BGH (n.r.3) JZ 2018. p. 574-575. A menção é feita em: HÖRNLE, Tatjana. Plädoyer für die Aufgabe der Kategorie “bedingter Vorsatz”, *JuristenZeitung*, v. 74, n. 9, 2019. p. 83 ss. Traduzido por Wagner Marteleto Filho. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no Brasil.

¹¹²⁶ FRANKLIN, James. *The science of conjecture: evidence and probability before Pascal*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2001. p. 4 ss.

¹¹²⁷ Segundo Rui Pinto Duarte, “Na verdade, no Direito o probabilismo não só vem de longe como tem renascido sob várias roupas, como as da Nova Retórica ou as da Tópica”. DUARTE, Rui Pinto. Algumas notas acerca da dúvida no Direito. *Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, v. II, Lisboa, Universidade Católica, 2013. p. 473-474. O autor se ampara, especialmente, em: SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. *História do Direito Português – Fontes do Direito*. 4. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2006. p. 236 ss.

¹¹²⁸ MLODINOW, Leonard. *O andar do bêbado – como o acaso determina nossas vidas*. Trad. Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 40 ss.

haverá sempre de ser encarada como incomodamente subjetiva, pois fatalmente vai se deparar com uma “multitude de nossas experiências sensoriais”¹¹²⁹.

Tatjana Hörnle¹¹³⁰ argumenta:

O que o acusado pode ter pensado e sentido, na situação concreta, não se descreve sem comparação com situações padrão e com reações padrão de pessoas comparáveis. Como processos psíquicos devem ser descritos, senão com a ponderação: “pessoas em tais situações, pensam em regra que...”? Ao invés de se minimizar a relevância de sentenças empíricas, é preciso colocar, em primeiro plano, o tratamento distinto dessas padronizações. O seria considerar, portanto, quando é possível, com a confiabilidade necessária, concluir acerca de processos psíquicos a partir de circunstâncias externas comprovadas, e quando não. Para muitos estados mentais, a derivação a partir de circunstâncias externas deve ser mais possível do que para outros. Para a forma mais intensa do querer, a intenção, é mais provável que se deem atividades de preparação ou, ao menos, comportamentos observáveis pouco antes da atuação (por exemplo, apontar conscientemente para determinada parte do corpo, antes de apertar o gatilho), que permitam uma conclusão suficientemente confiável. Inferências que se baseiam em juízos cognitivos devem ser, sob determinadas condições, aceitavelmente confiáveis. É condição necessária que capacidades cognitivas individuais (experiência de vida; inteligência; experiência no contexto concreto; qualquer distorção cognitiva provocada, por exemplo, por álcool etc.) sejam consideradas. Seriam equivocadas considerações aplicadas de modo irrefletido, tal como “eu (Juiz x) teria, nesta situação, reconhecido que...”, e assim presumindo-se “o acusado também necessitava ter visto...”, e na sentença encontre-se que “ele reconheceu isto”. No entanto, inferências também esbarram, no limite, com a inclusão de capacidades cognitivas individuais. A suposição de que pessoas semelhantes em experiência e inteligência chegam a avaliações situacionais parecidas perde ainda mais plausibilidade quanto mais se movimentam de consequências evidentes para apenas possíveis. Se o algo a ser reconhecido for apenas uma probabilidade, será mais difícil reconstruir o que o acusado concreto pensou no momento do fato.

Sobre alguns dos aspectos mais importantes da probabilidade, Rubem Alves¹¹³¹ delimita o que seria uma “relação probabilística” no âmbito mais geral e expõe convincentemente seu ponto de vista da seguinte maneira:

Se alguém saltar por uma janela, pode estar absolutamente certo de que cairá. Se alguém jogar um fósforo aceso num tambor de gasolina, pode estar absolutamente certo de que o líquido pegará fogo. Mas se você girar a roleta, ou lançar um dado, ou puxar o gatilho de um revólver com uma bala apenas no tambor, não lhe será possível ter certeza do resultado. Aqui surge a possibilidade do jogo e da aposta. Ninguém aposta que a gasolina pegará fogo, mas há pessoas que jogam roleta, dados e mesmo roleta russa. Quando não se tem certeza, é possível tomar riscos e fazer apostas. Como é que se faz o cálculo das probabilidades? É simples. Tome um dado. Que chances há de que o 3 fique para cima em um lance? São seis as faces que podem ficar para cima, sendo que apenas uma, dentre elas, efetivamente se mostrará nesta posição. Sendo o 3 uma delas, dizemos que existe uma probabilidade de 1/6 de que o 3 apareça. Imaginemos agora uma situação estranha. Lancei o dado 1.000 vezes. O 3 não apareceu nem uma única vez. É evidente que, neste caso, os fatos

¹¹²⁹ EINSTEIN, Albert. *Ideas and opinions*. New York: Crown Publishers, 1954. p. 291.

¹¹³⁰ O trecho é relativamente longo, mas resolvemos mantê-lo na íntegra (assumindo o risco da crítica) por ser bastante elucidativo. HÖRNLE, Tatjana. Plädoyer für die Aufgabe der Kategorie “bedingter Vorsatz”, *JuristenZeitung*, v. 74, n. 9, 2019. p. 84 ss. Traduzido por Wagner Marteleto Filho. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no Brasil.

¹¹³¹ ALVES, Rubem. *Filosofia da ciência – introdução ao jogo e suas regras*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 154.

não confirmam as predições da teoria. Na verdade, um jogador que tivesse feito apostas no 3, confiado na teoria, teria perdido todo o seu dinheiro. Será que, em decorrência disto, a previsão probabilística fica falsificada? A teoria será contestada como resultado dos dados empíricos obtidos nestes 1.000 lançamentos? Não. De forma alguma. O jogador não questionará nem os matemáticos, nem suas previsões. Mas ficará certo de que o dado é viciado.

O problema, no entanto, é que o contexto aqui enfocado não tem nada de “simples”, embora as relações probabilísticas se prestem a simplificar, no máximo possível, as informações coletadas. Na investigação criminal, qualquer que seja, não se isola o objeto de interesse objetivamente (como, p. ex., o comportamento do investigado), ou seja, não se ignora o contexto (psicológico, sobretudo) do desencadeamento das relações humanas ali enfocadas. A investigação abarca tudo quanto possível para elucidar adequadamente o conflito.

Observa-se que qualquer relação de probabilidade (ou de estatística) é feita com base na perspectiva do resultado, no produto final, no que está aparente ao final do comportamento enfocado, mas não no que moveu a pessoa, no que ela intencionava, no que era sua vontade, no componente interno, no funcionamento da mente. Nisso, dificilmente a probabilidade ou a estatística tocam. Conclui-se que “estados mentais não podem ser reconstituídos de modo confiável em processos judiciais”, o que esbarra num sério “problema probatório”.¹¹³²

Pode-se até prever quantas pessoas morrem (ou não) com um tiro na cabeça, mas não se pode afirmar categórica e probabilisticamente se ela teve a intenção de matar; pode-se até pressupor o conhecimento, pela estatística, de que um tiro na cabeça tem alta probabilidade de morte, mas o outro elemento do dolo, o volitivo, continuará indevassável a terceiros. Eis aí um dos perigos de se excluir o elemento volitivo do dolo, permitindo-se uma espécie de responsabilização objetiva disfarçada, porque se poderia pressupor um conhecimento pela estatística (ou seja, pela frequência) e/ou pela probabilidade, como se pudéssemos encaixar a pessoa na categoria do estereotipado *homem médio*,¹¹³³ uma espécie de cidadão padrão de comportamento, um modelo de prudência, perguntando-se o que esse sujeito imaginário faria, que decisões realizaria naquele contexto, como se tal fosse algo realmente plausível diante da singularidade de cada situação objeto de uma persecução criminal.

Conforme Juarez Tavares¹¹³⁴, com quem concordamos, embora acolhida por parte considerável da doutrina jurídico-criminal,¹¹³⁵ “Esta figura do homem prudente nada mais é

¹¹³² HÖRNLE, Tatjana. Plädoyer für die Aufgabe der Kategorie “bedingter Vorsatz”, *JuristenZeitung*, v. 74, n. 9, 2019. p. 85 ss.

¹¹³³ Uma análise contextualizada sobre essa perspectiva pode ser encontrada em: PORTER, Theodore M. *The Rise of Statistical Thinking, 1820-1900*. Princeton: Princeton University Press, 1992. p. 54 ss.

¹¹³⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. p. 324-325.

¹¹³⁵ Por todos, veja-se: WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yañes Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 187 ss.

do que uma sofisticação do conceito de *homo medius* da teoria causal, que tantos problemas já apresentou e que não possui qualquer fundamento científico”, sendo esta uma tentativa de captura de um conceito extremamente subjetivo,¹¹³⁶ o que não passa de um “simples decisionismo”, dependente exclusivamente do observador, uma modelação artificial “inferida de juízo subjetivo-pessoal do próprio julgador e não de um padrão objetivo coerente”. O autor ressalta que “É uma ilusão imaginar que tal figura possa servir de um padrão objetivo e coerente”, pois “o julgador se transfere, com todos os seus componentes, conhecimentos e traumas pessoais, à situação do agente, e daí, segundo seu arbítrio (pois não há padrão legal que o contenha) determina a conduta que deveria ser levada a efeito por ele”.

Wagner Marteleto Filho¹¹³⁷ chega a idealizar a existência do que chamou de “um adulto ocidental, com socialização normal”, uma pessoa que teria (na realidade, pressupõe-se que tenha) “conhecimentos mínimos” ou “abstratos” sobre o que poderia levar alguém à morte. Pressupõe-se que a pessoa conheça “métodos idôneos” para alcançar o resultado enfocado. Assim, ao se comportar daquela determinada maneira, a pessoa não teria como negar que quisesse aquele resultado desvalioso. Ocorre que, em nota de rodapé, o autor reconhece que “uma socialização exótica pode retirar do sujeito determinados conhecimentos que são possuídos por qualquer adulto imputável em uma comunidade”¹¹³⁸. Para ele, seria “inaceitável e rejeitada, de plano, a alegação de um acusado, no sentido de que defenestrou a vítima do décimo andar de um edifício, sem o conhecimento racional-prático de que a queda iria certamente matá-la”. Volta a reconhecer eventuais problemas quando aduz que “Mesmo a percepção sensorial de objetos depende de determinadas construções culturais”, o que mostra que a pretensão de certa “verdade objetiva” se esvai, sobretudo quando se observa que as pessoas possuem uma identidade bem definida e classificável objetivamente.

¹¹³⁶ Veja-se o que diz Arthur Kaufmann: “Ora, uma vez que a pessoa não é susceptível de ser remetida para o domínio da objectividade empírica, o esquema *sujeito-objecto* não pode ter qualquer validade no âmbito do pessoal. Não sendo a pessoa nem objecto nem sujeito, ela não se deixa apreender por um pensamento objectivo, estático e a-histórico. A pessoa é *relacional, dinâmica, histórica*. A pessoa não é estado, mas *acontecimento, acto*. E tudo isto vale também para o direito. É que o direito não está petrificado nas normas; ele acontece nas ‘relações’ pessoais; se ele não acontecer nestas relações, poderá, quando muito, haver leis, mas não direito. *O direito só se constitui em acto*”. KAUFMANN, Arthur. Prolegomenos a uma Lógica Jurídica e a uma Ontologia das Relações: Fundamento de uma Teoria do Direito Baseada na Pessoa. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. 78, 2002. p. 205.

¹¹³⁷ FILHO, Wagner Marteleto. O problema do desconhecimento no dolo: os dois planos de normatização do elemento intelectual, com particular aplicação ao erro e aos desvios dos processos causais. *Tese especialmente elaborada para a obtenção do grau de Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa, Especialidade de Ciências Jurídico-Criminais*, Lisboa, 2019. p. 546-547.

¹¹³⁸ Veja-se o caso do reconhecimento de autodeterminação de povos indígenas no Brasil, por exemplo. No Estado do Pará, em 04.11.2021, integrantes da etnia Munduruku tiveram uma investigação criminal arquivada pelo Ministério Público Federal, mesmo depois de matarem e esquartejarem um jovem indígena de 16 anos de idade sob a alegação de que este teria realizado feitiçaria na aldeia, o que seria um desvio dos mais graves na tradição daquela comunidade. A decisão e seus fundamentos podem ser vistas na íntegra em: <https://www.conjur.com.br/dl/arquivamento-homicidio-indigena.pdf>. Acesso em 14.11.2021.

Evidente que “conhecimentos mínimos” podem ser observados no caso eventualmente investigado, mas não se pode pressupor desde logo tal circunstância como se fosse imune à necessidade de prova para o efeito de responsabilização criminal, e tampouco se pode pressupor que, por conhecer minimamente, a pessoa também queria o resultado. Seria como se aqui se invertesse a necessidade de prova; caberia à pessoa a prova de não ter o “conhecimento mínimo” para não sofrer as consequências estatais. Não se deve pressupor circunstância que ameace a liberdade ambulatorial da pessoa, porque é a própria liberdade ambulatorial o que é pressuposto como a regra constitucionalmente estabelecida. Segundo pensamos, haverá de ser assim nas democracias. Circunstâncias como conhecimento e vontade devem restar provadas nos autos da investigação, jamais pressupostas.

O fato é que com a pós-modernidade e, a partir disso, com a disponibilização de meios facilitados (físicos e virtuais) de aproximação entre as pessoas, de disseminação das informações (tanto verdadeiras quanto falsas), a fragmentação (ou a emancipação do indivíduo em detrimento de grupos) tem sido uma constante, o que torna hercúlea (para não dizermos *sísifa*) essa pretensão classificatória (ou de padronização) de seres humanos com relação a suas identidades, que são cada vez mais ecléticas e contraditórias, avessas a padronizações.¹¹³⁹

Juarez Cirino dos Santos¹¹⁴⁰, de uma maneira não propriamente idêntica àquela aqui enfocada, mas que também nos serve para refletir sobre pressuposições e sobre essa tentativa de dar alguma objetividade à interpretação dos comportamentos humanos, articula criticamente a ideia apresentada pela doutrina sobre “certo nível de intensidade de representação psíquica” a respeito do resultado para que se caracterize o dolo. Segundo o autor, que, da nossa perspectiva, acaba por denunciar a flagrante falta de consenso, com amparo, entre outros, em Claus Roxin¹¹⁴¹, Günter Schewe¹¹⁴² e Winfried Platzgummer¹¹⁴³, “A dogmática penal moderna rejeita posições extremas, que exigem *conhecimento refletido* ou aceitam *conhecimento potencial* das circunstâncias de fato do tipo objetivo”. Assim,

um *conhecimento refletido* dos elementos objetivos (*coisa móvel*, por exemplo), no sentido de *pensar expressamente nisso*, parece contradizer a psicologia da vida cotidiana porque as ações humanas (em especial as ações criminosas) não são o

¹¹³⁹ Para uma contextualização sobre esse processo emancipatório: HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11. ed. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

¹¹⁴⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – parte geral*. 9. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020. p. 169-170.

¹¹⁴¹ ROXIN, Claus. *Strafrecht – Allgemeiner Teil I*. München: Beck, 1997. p. 111.

¹¹⁴² SCHEWE, Günter. *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz – strafrechtsdogmatische Aspekte des Willensproblems aus medizinisch-psychologischer Sicht*. Lübeck: Schmidt-Römhild, 1972. p. 85.

¹¹⁴³ PLATZGUMMER, Winfried. *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes – eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage*. Wien: Springer, 1964. p. 4-83.

resultado de refletida ponderação, mas expressão irracional de instintos e emoções; por outro lado, um *conhecimento potencial* dos elementos objetivos do tipo, no sentido de um conhecimento latente não atualizado, é insuficiente: o caçador que dispara a arma sobre um batedor porque esqueceu, na emoção da caçada, comunicação anterior sobre a presença desse batedor em determinado lugar, não atua com dolo.

Hoje, admite-se que o conhecimento dos elementos objetivos do tipo pode existir como *consciência implícita* no contexto das representações do autor [...]. Pesquisas sobre psicologia da linguagem¹¹⁴⁴ costumam distinguir entre *pensamento em coisas* e *pensamento em palavras* – apesar da crítica¹¹⁴⁵ de que não existe pensamento sem palavras: o conhecimento constitutivo do dolo poderia existir sob forma de *pensamento em coisas* – ou sob forma de *linguagem reduzida*, em que um sinal linguístico evoca um complexo de significados¹¹⁴⁶ –, sem necessidade de existir na forma de *pensamento em palavras*, como, por exemplo, *esta coisa é alheia* (no furto), ou *eu atuo como advogado* (no patrocínio infiel) etc.

Como observa Jordan Ellenberg¹¹⁴⁷, “temos sistemas mentais embutidos para avaliar a probabilidade de um resultado incerto. Mas esses sistemas são bastante fracos e pouco confiáveis, especialmente quando se trata de eventos de extrema raridade”. Jordan Ellenberg¹¹⁴⁸ alerta que possuir o maior número de informações possível nem sempre ajuda na tarefa de fazer as previsões mais adequadas: Diz ele: “Há muitos problemas matemáticos em que fornecer mais dados melhora a acurácia dos resultados de formas bastante previsível”. Por exemplo, se você quiser “predizer o curso de um asteroide, precisa medir sua velocidade e sua posição, bem como os efeitos gravitacionais dos objetos em sua vizinhança astronômica”; assim, “quanto mais medições você fizer do asteroide e quanto mais precisas forem essas medições, melhor você se sairá na determinação da rota”. Entretanto, como advertido por Allison Schrager¹¹⁴⁹, “Podemos reduzir a incerteza, mas nunca eliminá-la”.

Daniel Kahneman¹¹⁵⁰ adverte-nos para uma outra questão que também não pode ser negligenciada: “Pessoas que estão *cognitivamente ocupadas* também têm maior probabilidade de fazer escolhas egoístas, usar linguajar sexista e fazer julgamentos superficiais em situações sociais”, o que interfere no autocontrole. A questão fundamental é que uma específica

¹¹⁴⁴ Nota 112: SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Über Aktualität und Potentialität der Unrechtsbewusstseins. NAUCKE, Wolfgang; GEERDS, Friedrich [Hrsg.]. *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft - Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*. Berlin: Duncker & Humblot, 1966. p. 317.

¹¹⁴⁵ Nota 113: KAUFMANN, Arthur. *Die Parallelwertung in der Laiensphäre – ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemeinen Verbrechenslehre*; vorgetragen am 15. Januar 1982. München: Bayer. Akad. d. Wiss., 1982.

¹¹⁴⁶ Nota 114: ROXIN, Claus. *Strafrecht – Allgemeiner Teil I*. München: Beck, 1997. p. 419.

¹¹⁴⁷ ELLENBERG, Jordan. *O poder do pensamento matemático – a ciência de como não estar errado*. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2015. p. 21.

¹¹⁴⁸ ELLENBERG, Jordan. *O poder do pensamento matemático – a ciência de como não estar errado*. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2015. p. 189-190.

¹¹⁴⁹ SCHRAGER, Allison. *Viver com risco – como enfrentar as situações incertas da vida cotidiana*. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: Portfolio-Peguin, 2021. p. 188.

¹¹⁵⁰ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar – duas formas de pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 55.

ponderação ou previsão nem sempre serão possíveis, pois, segundo Jordan Ellenberg¹¹⁵¹, “alguns problemas se parecem mais com previsão do tempo”, ou seja, “A energia na atmosfera borbulha muito depressa, desde as escalas mais minúsculas até a mais global; o efeito disso é que mesmo uma alteração mínima em determinado local e instante pode levar a um resultado imensamente diferente daí a alguns dias”. Conclui da seguinte maneira:

O comportamento humano parece mais o asteroide ou o tempo? Sem dúvida isso depende de que lado do comportamento humano estamos falando. Pelo menos sob um aspecto o comportamento humano deve ser ainda mais difícil de prever que o tempo. Temos um modelo matemático muito bom para o tempo, que nos permite ao menos melhorar as previsões de curto prazo quando temos acesso a novos dados, mesmo que o inerente caos do sistema acabe ganhando no final. Para a ação humana, não temos esse modelo, e talvez nunca tenhamos. Isso torna o problema da predição extremamente difícil.

Levando-se essas dificuldades em consideração, qual é, por exemplo, a probabilidade de uma pessoa que leva um tiro na cabeça perder a vida? E dois tiros? E três? Isso, como antevisto, dependerá preponderantemente das circunstâncias do “caso individual”. O que nos parece provável é que, quanto mais tiros, maiores as chances de uma morte, embora não se possa estabelecer uma relação de certeza.¹¹⁵² Como dissemos, a solução dependerá de inúmeras variáveis daquele específico caso enfocado, muito especialmente porque será preciso decifrar aquela específica pessoa investigada, cujo comportamento, segundo Leonard Mlodinow¹¹⁵³, “é produto de um interminável fluxo de percepções, sentimentos e pensamentos, tanto no plano consciente quanto no inconsciente”. Na perspectiva do autor, “A noção de que não estamos cientes da causa de boa parte do nosso comportamento pode ser difícil de aceitar”, mas todos os nossos comportamentos, os julgamentos que realizamos e as lembranças que temos são “influenciados por fatores dos quais não temos consciência”, “A verdade é que nossa mente inconsciente está ativa, é independente e tem um propósito”; assume um “papel crítico na formação do modo como nossa mente consciente vivencia e responde ao mundo”¹¹⁵⁴.

¹¹⁵¹ ELLENBERG, Jordan. *O poder do pensamento matemático* – a ciência de como não estar errado. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2015. p. 189-190.

¹¹⁵² Como ilustrativo de casos como esse, veja-se: BBC NEWS. *O homem que levou 13 tiros, sobreviveu e hoje vive com três balas na cabeça*. Reportagem de 6.3.2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-47464101>. Acesso em 26.3.2021.

¹¹⁵³ MLODINOW, Leonard. *Subliminar* – como o inconsciente influencia nossas vidas. Trad. Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 23.

¹¹⁵⁴ MLODINOW, Leonard. *Subliminar* – como o inconsciente influencia nossas vidas. Trad. Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 38. Segundo o autor, “Independentemente do que estiver fazendo com a sua mente consciente, é o inconsciente que domina sua atividade mental – e portanto usa a maior parte da energia consumida pelo cérebro. Sua mente consciente pode estar ociosa ou engajada, mas sua mente inconsciente está trabalhando duro no equivalente mental de flexões, agachamentos e corridas”. *Op. cit.* p. 44. Além disso, embora seja este um ramo no qual a quantidade de pesquisas cresce consideravelmente a cada ano, “a mente humana, tanto a consciente quanto a inconsciente, ainda guarda enormes mistérios; e que dezenas de milhares de cientistas no mundo todo ainda estão trabalhando para elucidar as funções dessas regiões nos planos molecular,

Assim, embora existam esforços na tentativa de dar alguma objetividade à interpretação do comportamento humano em determinadas situações, exigir-se-á o máximo de cautela, assumindo-se o mais rigoroso possível na articulação das informações obtidas e, sobretudo, não deturpando determinados processos interpretativos, destacando-se como balizas principais: primeiro, não perder de vista que o que se avaliará é a possibilidade de alguém, que se presume inocente, ter sua liberdade comprometida; segundo, será preciso decidir se tal intervenção na liberdade é realmente necessária, em que intensidade isso será feito, o que sofrerá variações sendo a responsabilidade dolosa ou culposa; e, terceiro, terá o intérprete de se ater à especificidade de cada caso, prevalecendo este em detrimento de fórmulas mais gerais.

Não é de se admitir que tais complexidades se resolvam a partir da formulação de números, cuja ascensão tem sido cada vez mais frequente no debate jurídico. Não é por acaso que, nas últimas décadas, viu-se desenvolver uma área chamada de *jurimetria*,¹¹⁵⁵ que é a estatística aplicada ao Direito, método geralmente articulado por programas de computador, o que, no contexto aqui enfocado, poderia ser um erro, pois levaria o juízo a decidir entre uma negligência consciente e um dolo eventual com base em hipóteses numéricas, de frequência de casos parecidos. Na realidade, não seria a circunstância do caso que estaria a desvelar o elemento subjetivo, mas a frequência com que casos semelhantes são apresentados junto ao juízo. O fato é que, embora possam parecer uns com os outros, os casos possuem singularidades não generalizáveis. Assim, a estatística estaria decidindo antes mesmo de a investigação ser concluída, sem avaliar as singularidades daquele específico caso.

Nesse contexto, embora se aprimorem a cada inovação tecnológica, as discussões sobre a incidência de um pensamento do tipo matemático (o mais objetivo possível) na dogmática jurídico-criminal não propriamente são uma novidade. Nos crimes de perigo, essa tem sido uma preocupação constante, para o que se recomenda, em sede de contextualização, a obra de Armin Kaufmann¹¹⁵⁶. O que nos parece evidente é que ainda que conseguíssemos acessar as informações mais fidedignas da cabeça do agente, encontraríamos sérias dificuldades no processo de produção das provas, como observado por Pedro Jorge Costa¹¹⁵⁷. Isso nos leva a perceber que a definição de eventuais níveis de dúvida, quer seja pela probabilidade, quer seja

celular, neural e psicológico, fornecendo visões cada vez mais profundas sobre como os caminhos interagem para produzir nossos pensamentos, sentimentos e comportamentos”. *Op. cit.* p. 123.

¹¹⁵⁵ Por todos, recomenda-se: NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria – como a estatística pode reinventar o Direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2019.

¹¹⁵⁶ KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. Göttingen: Otto Schwartz, 1959. E ainda, resumidamente, recomenda-se: BAIGÚN, David. *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2007.

¹¹⁵⁷ COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015.

pela estatística, terá uma artificialidade e uma imprecisão preocupantes, o que ocorre sobretudo devido às contingências que já destacamos.

Cristina Líbano Monteiro¹¹⁵⁸ rejeita uma *variação tarifada* da dúvida pelo critério probabilístico. A autora argumenta que “é de rejeitar a tentação de uma definição de dúvida puramente objectiva, quantificável, probabilisticamente calculada (pode ver-se toda uma gama de soluções propostas nesta linha em HOYER, *ZStW*, (1993), p. 523-56)”. Segundo ela, de um lado, “essa metodologia equivaleria a acrescentar dúvidas ao funcionamento de um princípio que se propõe justamente resolver incertezas inevitáveis”, e, por outro,

tentar objectivar *absolutamente* a dúvida (isto é: torná-la *totalmente* independente do sujeito que a possui) supõe objectivar totalmente o processo decisório, dito de maneira diferente: deixaria de existir livre a apreciação da prova e toda a decisão (desligada de uma *convicção* objectivável e motivável sim, mas *peçoal*) se tornaria duvidosa.

Já António Castanheira Neves¹¹⁵⁹, também mencionado pela autora, argumenta que um julgador “normal” deveria observar “aquele tão alto grau de probabilidade prática quanto possa oferecer a aplicação esgotante e exacta dos meios utilizáveis para o esclarecimento da situação – um tão alto grau de probabilidade que faça desaparecer a dúvida (ou longe de impor uma convicção) a um observador razoável e experiente da vida”, o que também não é tão simples de ser identificado, sobretudo quando se tem de delimitar o que, nos dias atuais, seria uma pessoa “normal”.

O problema aqui enfocado é que, diante da dúvida, mesmo que esta seja encarada como “razoável”, o que obviamente não a descaracteriza como uma espécie de dúvida, tem-se optado por punir o fato dolosamente, e não negligentemente, o que parece mais uma espécie de um bem articulado *palpite* do que propriamente uma conclusão fruto de uma argumentação embasada dogmaticamente.

Para ilustrar melhor o que dissemos sobre a ideia de *palpite*, o que também poderia ser chamado de uma espécie de *aposta* ou *especulação*, considere-se o experimento elaborado por Daniel Ellsberg¹¹⁶⁰, que estabelece significados para risco e incerteza em situações idênticas, mas a partir de perspectivas um tanto diferentes, numa dinâmica explicitada por Jordan Ellenberg¹¹⁶¹ da seguinte maneira:

¹¹⁵⁸ MONTEIRO, Cristina Líbano. *Perigosidade de inimputáveis e in dubio pro reo*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 57-58.

¹¹⁵⁹ NEVES, António Castanheira. *Sumários de processo criminal*. Coimbra: Coimbra, 1968. p. 53-54.

¹¹⁶⁰ ELLSBERG, Daniel. Risk, ambiguity and the savage axioms. *Quarterly Journal of Economics*, v. 75, n. 4, 1961. p. 643 ss.

¹¹⁶¹ ELLENBERG, Jordan. *O poder do pensamento matemático – a ciência de como não estar errado*. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2015. p. 284 ss.

Suponha que haja uma urna com noventa bolas dentro. Você sabe que trinta delas são vermelhas; com referência às outras sessenta, sabe apenas que algumas são pretas e algumas são amarelas. O experimentador descreve para você as seguintes quatro apostas:

Vermelha. Você ganha US\$ 100 se a próxima bola a ser tirada da urna for vermelha; se não for, não ganha nada.

Preta. Você ganha US\$ 100 se a próxima bola for preta; se não for, não ganha nada.

Não vermelha. Você ganha US\$ 100 se a próxima bola for preta ou amarela; se não for, não ganha nada.

Não preta. Você ganha US\$ 100 se a próxima bola for vermelha ou amarela; se não for, não ganha nada.

Que aposta você prefere, vermelha ou preta? E o que acha de não vermelha versus não preta?

[...] O que se descobriu foi que as pessoas pesquisadas tendiam a preferir vermelha à preta. Com vermelha, você sabe onde está: tem uma chance em três de ganhar o dinheiro. Com preta você não tem ideia de que chances esperar. Quanto a não vermelha e não preta, a situação é exatamente a mesma: os sujeitos da pesquisa de Ellsberg gostavam mais de não vermelha, preferindo saber que sua chance de ganhar era exatamente $2/3$.

Agora suponha que você tenha uma escolha mais complicada. Você deve escolher *duas* das apostas, e não duas quaisquer: precisa escolher “vermelha e não vermelha” ou “preta e não preta”. Se você prefere vermelha a preta e não vermelha a não preta, parece razoável que prefira “vermelha e não vermelha” a “preta e não preta”.

Mas agora há um problema. escolher vermelha e não vermelha é a mesma coisa que dar a si mesmo US\$ 100. Mas a mesma coisa acontece com preta e não preta! Como pode uma delas ser preferível à outra se as duas são *a mesma coisa*? [assim, temos um paradoxo]

[...] Para Ellsberg, a resposta do paradoxo é, simplesmente, que a teoria da utilidade esperada ^[1162] é incorreta. Como Donald Rumsfeld diria depois, há desconhecidos conhecidos e há desconhecidos desconhecidos, e ambos devem ser processados de forma diferente.^[1163] Os “desconhecidos conhecidos” são como vermelha – não sabemos que bola vamos tirar, mas podemos quantificar a probabilidade de que a bola seja da cor que queremos. Preta, por outro lado, sujeita o jogador a um “desconhecido desconhecido” – não só não temos certeza de que a bola será preta, como não temos o menor conhecimento da probabilidade de que ela seja preta. Na literatura sobre tomadas de decisão, o primeiro tipo de desconhecido é chamado *risco*, o último *incerteza*. Estratégias arriscadas podem ser analisadas numericamente. Estratégias incertas, sugeriu Ellsberg, estavam além dos limites da

¹¹⁶² “A doutrina da utilidade esperada é atraente, porque simples e direta. Se lhe apresentam um conjunto de alternativas, escolha aquela com maior utilidade esperada. Talvez seja a coisa mais próxima que temos de uma teoria matemática simples da tomada individual de decisão. Ela capta muitas características do modo como os seres humanos fazem escolhas, e é por isso que se mantém como parte do kit de ferramentas quantitativas do cientista social”. ELLENBERG, Jordan. *O poder do pensamento matemático – a ciência de como não estar errado*. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2015. p. 282.

¹¹⁶³ “Durante uma coletiva de imprensa em fevereiro de 2002, o então secretário de Defesa dos Estados Unidos, Donald Rumsfeld, foi indagado sobre o risco de o ditador iraquiano Saddam Hussein fornecer a terroristas armas de destruição em massa. Claramente irritado com a pergunta, Rumsfeld deu uma resposta que ficou famosa: [Como] sabemos, há conhecidos conhecidos; há coisas que sabemos que sabemos. Nós também sabemos que há desconhecidos conhecidos; isso quer dizer que sabemos que há coisas que não sabemos. Mas há também desconhecidos desconhecidos [*unknown unknowns*] – coisas que não sabemos que não sabemos”. MATTHEWS, Robert. *As leis do acaso – como a probabilidade pode nos ajudar a compreender a incerteza*. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2017. p. 60. A interpolação é nossa. Allison Schrager, por sua vez, traduz aquilo dito por Rumsfeld como um “risco imprevisível”, associando-o aos estudos de Frank Knight. SCHRAGER, Allison. *Viver com risco – como enfrentar as situações incertas da vida cotidiana*. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: Portfolio-Peguin, 2021. p. 178. KNIGHT, Frank. *Risk, Uncertainty and Profit*. Boston: Houghton Mifflin Co., 1921.

análise matemática formal, ou pelo menos dos limites do sabor da análise adorada na Rand ^[1164].

Assim, conforme Robert Matthews¹¹⁶⁵, ao refletir criticamente sobre a aleatoriedade no desenvolvimento de pesquisas especialmente na área da medicina, “O problema é que as pessoas têm naturalmente um monte de diferenças: físicas, emocionais e genéticas, entre outras. O impacto dessas diferenças sobre o resultado cria uma porção de ‘desconhecidos conhecidos’”. Isso, para dizer o mínimo, sem que se possa ignorar a importância dos tais “desconhecidos desconhecidos”, com os quais convivemos.

Dadas, portanto, as dúvidas sobre as delimitações quanto ao dolo chamado de eventual (com limites ainda praticamente “desconhecidos” ou mal conformados na literatura a respeito), o que na realidade se considera estar acontecendo é uma espécie de *aposta* ou *especulação* de que o elemento volitivo tenderia mais ao dolo do que à negligência nos casos em que não se conseguisse enquadrar claramente no dolo direto a situação. Isso quando não se resolve pura e simplesmente excluir o elemento volitivo da análise, como alguns propõem.¹¹⁶⁶ Quase que como uma decisão pela eventualidade do dolo movida intuitivamente, sobretudo pela alegada necessidade de punição “justa”, o que é inadmissível por se basear em premissas ocultas. Obtém-se, assim, uma condenação com uma pena mais intensa,¹¹⁶⁷ com a possibilidade de

¹¹⁶⁴ Rand era a corporação, para a qual Ellsberg trabalhava na década de 1960, que prestava consultoria ao governo americano sobre questões nucleares. ELLENBERG, Jordan. *O poder do pensamento matemático – a ciência de como não estar errado*. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2015. p. 283.

¹¹⁶⁵ MATTHEWS, Robert. *As leis do acaso – como a probabilidade pode nos ajudar a compreender a incerteza*. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2017. p. 62.

¹¹⁶⁶ A esse respeito, veja-se o item 3.1., do Capítulo II, na Primeira Parte da presente tese.

¹¹⁶⁷ Nesse particular, conforme Jorge de Figueiredo Dias, “A *medida* exacta da pena aplicável fica na dependência de considerações materiais de culpa; a *fundamentação* do carácter doloso ou negligente da pena aplicável, porém, fica na exclusiva dependência de considerações de ilicitude!”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 250. Segundo Armin Kaufmann, com base em Engisch, “Dolo e culpa tiene la función esencial de someter el hecho, respecto a su tipicidad inequívoco, a límites distintos de pena, de conformidad con el diverso grado de reprochabilidad”. KAUFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. XIII, f. II, n. 3, 1960. p. 202. Juan Carlos Ferré Olivé inventaria essa variação de intensidade da pena da seguinte maneira: “De um ponto de vista valorativo, o injusto que se realiza por meio de dolo eventual é algo menor que o daquele que atua com dolo direto, e algo maior com relação ao que faz com culpa consciente. Por esse motivo, alguns autores consideram o dolo eventual como uma forma de dolo atenuada ou debilitada, sem consequências penais (CLAUS ROXIN), ou postulam por um abrandamento da pena a ser imposta (DIEGO LUZÓN PEÑA). Outros o consideram como uma forma agravada de culpa que recebe a pena do dolo (JUAN BUSTOS RAMÍREZ)”. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal brasileiro – parte geral: princípios fundamentais e sistema*. Apresentação e prólogo de Claus Roxin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 339. Não custa, entretanto, observar que existem críticas a respeito da ideia de que um crime com dolo direto deva ser punido com pena mais intensa do que aquele realizado com dolo eventual. Nessa perspectiva crítica, recomendam-se, entre outros: HERZBERG, Rolf Dietrich. *Gesamtbetrachtung und Einzelakttheorie beim Rücktritt vom Versuch: Entwurf einer Synthese*. *NJW*, 1988. p. 1559 ss; SCHALL, Hero. *Der Rücktritt vom Versuch bei bedingtem Tötungsvorsatz und wiederholbarer Ausführungshandlung trotz Zielerreichung* – BGH, *NSZ*, 1990, 30, JuS 1990. p. 623 ss; BRUNS, Hans-Jürgen. *Das Recht der Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für die Praxis*. 2. Aufl. Köln/Berlin/München: Heymann, 1985. p. 214 ss.

menos benefícios processuais, que são geralmente concedidos aos crimes culposos,¹¹⁶⁸ numa espécie de *palpite* de que teríamos uma modalidade de dolo, sobretudo porque permitiria argumentar ser algo “mais justo” por conta da pena, devido a uma influência da política criminal.¹¹⁶⁹

Na esteira das críticas sobre a falta de limites claros para o dolo chamado de eventual, bem como diante das tentativas de elaboração de categorias que serviriam para substituir (ou esvaziar) esse tipo de dolo (como na proposta de Jorge de Figueiredo Dias)¹¹⁷⁰, alinhada à conclusão de que nem mesmo com a elaboração de modelos matemáticos conseguiríamos um cenário de maior segurança e coerência jurídicas nesse debate que se arrasta há décadas na dogmática jurídico-criminal, forçoso admitir que se a situação não estiver acobertada pelo dolo direto, não deveria existir algo como o dolo. Da nossa perspectiva, dolo e culpa são como duas retas paralelas, que jamais se encontram ou se aproximam no mundo fático, mas que, às vezes, apenas parecem se encontrar, como na visualização horizontal dos dois extremos de um trilho. Jordan Ellenberg¹¹⁷¹ explica:

Pense num par de trilhos de trem, sozinhos numa paisagem vazia. Os dois trilhos parecem convergir à medida que seus olhos os acompanham aproximando-se mais e

¹¹⁶⁸ Apenas para que se tenha um exemplo, este com base na legislação alemã, veja-se: “Caso um comportamento altamente perigoso seja julgado como homicídio culposo, então a moldura penal a ele correspondente será equivalente àquela do furto simples (§§ 222, 242 do StGB: multa, ou pena privativa de liberdade de até cinco anos), enquanto a admissão do dolo eventual de matar desloca a pena, com um grande salto, para cima (pena privativa de liberdade não inferior a cinco anos, § 212 do StGB, ou, por exemplo, em caso de perigo comum, prisão perpétua, § 211 do StGB). Tal como já demonstraram os julgamentos acerca de corridas ilegais com resultados fatais, a decisão “a favor” ou “contra” o dolo eventual de homicídio pode despertar duras críticas”. HÖRNLE, Tatjana. Apelo para o abandono da categoria do “dolo eventual”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 178, abr., 2021. p. 80. No original: HÖRNLE, Tatjana. Plädoyer für die Aufgabe der Kategorie “bedingter Vorsatz”, *JuristenZeitung*, v. 74, n. 9, p. 440-449, 2019. Traduzido por Wagner Marteleto Filho. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no Brasil. Em nota de rodapé, a autora se embasa em: “LG Köln BeckRS 2016, 17841 (condenação por homicídio culposo com a aplicação de uma pena não privativa de liberdade); LG Berlin JZ 2017, 1062 com comentário em Grünwald (condenação à pena de prisão perpétua por homicídio doloso); sobre isso, também Kubiciel/Hoven NSTZ 2017, p. 439; Puppe, ZIS 2018, 122; BGH JZ 2018, 574; veja-se Eisele JZ 2018, p. 549; Hörnle NJW 2018, 1576; Walter NSTZ 2018, p. 409; Puppe, JR 2018, p. 323; Momsen KriPoz 2018, p. 76; Herzog, in: Festschrift für Rogall, 2018, p. 147 ss.”.

¹¹⁶⁹ Não é de hoje que se discute, no processo legislativo sobretudo, influenciado por diversos movimentos (punitivistas, minimalistas e até abolicionistas), uma alegada relação entre a a gravidade do crime, a intensidade da pena e sua efetiva inibição social. O que tem tradicionalmente pravelecido é a ideia simplista de que “a pena mais grave torna o crime mais arriscado”, o que tem sido contestado porque é difícil provar que essa “conta” passa realmente pela cabeça dos agentes. Aliás, contemporaneamente, as evidências mostram que não. Políticas criminais mais duras, como “janelas quebradas” ou “tolerância zero”, que primam pela punição intensa da pequena criminalidade, ou a frequente e acintosa abordagem aleatória de cidadãos, não são sequer garantia de prevenção criminal. SCHRAGER, Allison. *Viver com risco – como enfrentar as situações incertas da vida cotidiana*. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: Portfolio-Peguin, 2021. p. 105-106. E ainda: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro? *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 3, n. 11, 2003. p. 23 ss.

¹¹⁷⁰ Conforme mencionado no item 3.1., do Capítulo II, na Primeira Parte da presente tese.

¹¹⁷¹ ELLENBERG, Jordan. *O poder do pensamento matemático – a ciência de como não estar errado*. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2015. p. 296.

mais no horizonte [...]. Esse é o fenômeno da *perspectiva*.¹¹⁷² Quando você tenta retratar o mundo tridimensional no seu campo de visão bidimensional, é preciso abdicar de algo.

As pessoas que primeiro descobriram o que acontece aqui foram aquelas que precisaram entender ao mesmo tempo como as coisas são e como parecem, e a diferença entre ambas, ou seja, os pintores. O momento, no início do Renascimento italiano, no qual os pintores entenderam a perspectiva foi aquele em que as coisas mudaram para sempre.

Os parâmetros que deveriam nortear a discussão estão muito mais ligados aos saberes *psi* do que ao cenário jurídico ou mesmo ao puro pensamento matemático. Jorge de Figueiredo Dias¹¹⁷³ questiona se, ao menos “em parte”, tanto dolo quanto negligência tangenciam uma “realidade psicológica”. A psicologia (individual ou coletiva, cognitiva ou social)¹¹⁷⁴ ou mesmo a psicanálise podem ser mais adequadamente exploradas nesse sentido, em busca de respostas mais convincentes sobre o funcionamento da mente humana. Qualquer que seja a perspectiva adotada, uma coisa será inegável: haverá sempre um grau incômodo de dúvida sobre os limites entre o dolo chamado de eventual e a negligência consciente, o que, para nós, seria o suficiente para decidir em favor desta, especialmente quando se acrescentar o debate sobre a punição pela tentativa.

Nessa ordem de argumentos, observe-se a perspectiva apresentada por Tatjana Hörnle¹¹⁷⁵, para quem, segundo a majoritária jurisprudência alemã,

atua com dolo eventual, quem reconhece o resultado típico como um efeito possível e não distante, e o aprova, ou consente nele na busca do resultado almejado; também quando o resultado é indiferente para ele ou, até mesmo, em si, indesejado. A culpa consciente se dá, por outro lado, se o agente confia seriamente, e não apenas vagamente, que o resultado típico não ocorrerá. Esta definição de dolo eventual baseia-se na suposição implícita de que as pessoas avaliam as situações em processo de duas etapas. À avaliação cognitiva (reconhecer efeitos como possíveis) segue a formação de um posicionamento interno acerca deste (possível) curso de

¹¹⁷² No caso do labirinto, utilizado por nós no início do desenvolvimento da presente tese doutoral como um parâmetro mais didático das dificuldades que enfrentaríamos e das decisões que precisaríamos realizar ao longo do percurso, a questão da *perspectiva* é também fundamental, uma vez que os caminhos “só não são secretos para os que vêm de cima”. GARNICA, Antonio Vicente Marafioti. *A experiência do labirinto – metodologia, história oral e educação matemática*. São Paulo: Unesp, 2008. p. 36. Sabemos para onde queremos ir, ou seja, para um cenário de máxima contenção do poder punitivo a partir da estruturação de categorias dogmáticas que devem ser garantias contra o arbítrio, mas para tal sabemos também que percorrer o labirinto dogmático é necessário, uma vez que, ao menos em democracia, não se estruturam conclusões tão importantes sobre o exercício do poder punitivo sem uma fundamentação adequada. Não nos serve, portanto, qualquer caminho, tampouco pura e simplesmente “olhar de cima” o cenário labiríntico, mas enfrentá-lo demonstrando o que se sustenta e o que deve ser interditado como caminho possível se quisermos nos manter em democracia.

¹¹⁷³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 252.

¹¹⁷⁴ Sobre a importância do estudo da mente pela psicologia (bem como pela neurociência), veja-se: MLODINOW, Leonard. *Subliminar – como o inconsciente influencia nossas vidas*. Trad. Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p 115 ss.

¹¹⁷⁵ HÖRNLE, Tatjana. Apelo para o abandono da categoria do “dolo eventual”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 178, abr., 2021. p. 81 ss. No original: HÖRNLE, Tatjana. Plädoyer für die Aufgabe der Kategorie “bedingter Vorsatz”, *JuristenZeitung*, v. 74, n. 9, p. 440-449, 2019. Traduzido por Wagner Marteleto Filho. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no Brasil.

acontecimentos (aprovar, ou colocar-se de acordo, de um lado; confiar na boa saída, de outro). Porém, caso se tomem conhecimentos da literatura da psicologia, surgem dúvidas sobre se as pessoas realmente compreendem e avaliam as situações deste modo (infra, 1). Além disso, em problemas relevantes: se, no processo penal, deve ser verificado o que o acusado pensou há meses ou anos (2). Finalmente, deve-se colocar em questão, com uma consideração normativa, se aquilo que é tomado como circunstância essencial, pela jurisprudência – o “confiar no bom resultado” –, é tão importante que resulte em uma grande diferença para a valoração do injusto e a medida da pena (3).

A autora argumenta ainda, logo na sequência, que para uma diferenciação adequada será preciso levar em conta uma série de variáveis, sendo necessário, por exemplo, “contar, sobretudo, se as pessoas, em grande excitação, sob a influência de fortes emoções, em interações rápidas com outros ou mesmo sob grande pressão temporal, agem e reagem”. Para ela, no contexto fático enfocado, “é possível que a consciência do risco apareça, mas um posicionamento interno não seja formado, ou que o sujeito vacile de forma difusa entre esperança e senso de realidade”. Assim, “a dicotomia ‘ou dolo eventual, ou negligência consciente’, descabe – não há nem consistente confiança no bom desenlace, nem aceitação de um resultado ruim”.¹¹⁷⁶

Diante de tantas indefinições, sendo insuficientes até mesmo modelos matemáticos para que se realize a captura de seus limites, por que exatamente permitir uma punição com um dolo do tipo eventual? Não nos parece existir alternativa que não a de apontar para uma decisão preponderantemente de política criminal, mais consentânea com uma perspectiva idealista de que o direito criminal não poderia deixar passar impune, com a intensidade de um dolo, um comportamento cujo elemento volitivo não foi o de expressamente rechaçar o resultado observado. Assim, o resultado adveio como fruto do comportamento da pessoa, sem que ela o reprovasse expressamente. Pior ainda será a solução ao se vislumbrar uma responsabilização com esse tipo (duvidoso) de dolo quando o bem tutelado, em termos de tentativa, nem sequer chegou a ser suprimido ou mesmo atingido. A tentativa com dolo eventual, pelos prismas aqui articulados, parece mesmo inviável, ainda que se consiga de algum modo “salvar” a responsabilização criminal no caso de uma consumação.

Embora se reconheça que um impasse dogmático (entre considerar ou não validamente a existência de um dolo do tipo eventual) precisa de resolução no caso concreto, sobretudo quando articuladas as ideias no mundo jurídico-criminal, sendo notadamente essa uma das

¹¹⁷⁶ HÖRNLE, Tatjana. Apelo para o abandono da categoria do “dolo eventual”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 178, abr., 2021. p. 82 ss. No original: HÖRNLE, Tatjana. Plädoyer für die Aufgabe der Kategorie “bedingter Vorsatz”, *JuristenZeitung*, v. 74, n. 9, p. 440-449, 2019. Traduzido por Wagner Marteleto Filho. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no Brasil. A mencionada autora, em nota, refere-se ainda a: Schünemann, in: *Festschrift für Hirsch*, 1999, p. 363, 367. Puppe, *ZIS* 2014, p. 66, 68; Grünwald, *JZ* 2017, p. 1069, 1070.

responsabilidades dos tribunais – como bem lembrado por Karl Engisch¹¹⁷⁷, o litígio precisa de resolução ainda que a dúvida não possa ser resolvida –, o que se constata é que a iniciativa do legislador português, como já antevisto, foi a de resolver essa questão controversa moldando formalmente a figura legal do dolo eventual (art. 14.º, 3), não deixando muita alternativa aos intérpretes do ordenamento enfocado. Ocorre que essa iniciativa legislativa não elimina as críticas, nem a resistência, de parte da doutrina a respeito, apesar de ser ainda minoritária.

Mariano Hernán Gutiérrez¹¹⁷⁸, sobre o dolo eventual, argumenta que “La manipulación del concepto no sólo obedece a una dificultad interpretativa o probatoria”, mas do próprio conceito, “porque éste se basa en una falacia: suponer que estos procesos psíquicos de representación de consecuencias probables y aceptación o no de ellas se dan en realidad en el fuero interno de la persona”. Arremata sustentando que “Los procesos mentales de representación no tienen la estructura que pretendemos al racionalizarlos y comunicarlos en nuestro limitado lenguaje, menos aún tienen por qué tener las del lenguaje jurídico”. O autor indaga como mensurar o grau de aceitação das consequências do comportamento da pessoa investigada, “si en el fondo el autor nunca se lo planteó en esos términos?”. Nesse contexto, seria “irreal que el autor, en el momento de visualizar la posible consecuencia de su acción, evalúe qué grado de probabilidades tiene de producir el resultado. ¿Acaso piensa uno cuando maneja descuidadamente: ‘es seguro, muy seguro, o poco seguro que algo ocurra?’”. Conclui pela ideia de um juízo mais moral do que jurídico-criminal: “Tampoco piensa el sujeto: ‘tengo 80% de posibilidades de que nada ocurra; 10% de lesionarme yo solo; 5% de lesionar a otra persona; y 5% de producirle la muerte’. Incluso a un especialista sería ridículo plantearse esa pregunta”.

Jorge de Figueiredo Dias¹¹⁷⁹, com amparo em Mayer e em Puppe, destaca que algumas doutrinas argumentam que um dolo eventual requer “que a representação assuma a forma da probabilidade, ou mesmo de uma probabilidade *relativamente* alta”. Mas como exatamente mensurar isso? A solução apresentada deixa a resolução do problema sob uma margem larga a ser manuseada pelo juiz. O autor alerta para o fato de que “assentar toda a construção *somente* na probabilidade de realização típica depara porém com duas dificuldades”: primeiro, “determinar com um mínimo de exactidão o grau de possibilidade/probabilidade de

¹¹⁷⁷ ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. 8. Aufl. Stuttgart; Berlin; Köln; Mainz: Kohlhammer, 1983. p. 102 ss. A tradução é livre.

¹¹⁷⁸ GUTIÉRREZ, Mariano Hernán. *Contra el dolo eventual. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal: criminología, teoría y praxis*, Buenos Aires, v. 1, n. 1, 2002. p. 250-252.

¹¹⁷⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I, 2. ed., Coimbra: 2012. p. 369.

verificação do facto”¹¹⁸⁰; segundo, nos casos em que “apesar da improbabilidade de realização do tipo”, como nas situações em que a vítima se encontra em grande distância para ser alvejada, o agente pode “tomar a firme *decisão* de a alcançar”, ou seja, a vontade de acertar é intensa, mas a probabilidade é de baixíssimo grau.

A situação é ainda mais complexa (e subjetivizada) quando se aborda o tema a partir de um sistema tradicionalmente estruturado na *common-law*,¹¹⁸¹ do qual os Estados Unidos são representativos. Segundo Nicolás Oxman Vilches¹¹⁸², no debate entre as teorias que embasam o dolo eventual, “en Estados Unidos no se hace referencia a un riesgo medido en términos de probabilidad o probabilidad cuantificable en relación con el resultado, sino que a un riesgo valorado en términos de relevancia social del comportamiento”. Observa o autor que “el riesgo es injustificado si la acción u omisión es objetivamente considerada por el ordenamiento jurídico como algo prohibido”. Assim, “una posibilidad mínima de realización del resultado no permite afirmar una imprudencia consciente en Estados Unidos, en la medida que esta categoría no está contemplada y queda comprendida dentro de la *recklessness* [Desconsideración o Indiferencia]”.

É compreensível que o debate frutifique teorias e que se desenvolvam saídas bastante discutíveis do ponto de vista dogmático, em um sistema ou no outro, mas o legislador português teria resolvido o *impasse* mencionado sem escapar de outro, uma vez que se tem como praticamente impossível aferir os níveis de dúvida para que se conclua com alguma segurança sobre a existência de um dolo eventual.

Para que se tenha uma ligeira noção da importância de que tem usufruído a probabilidade na dogmática jurídico-criminal, ela tem sido ainda utilizada como parâmetro no debate sobre a *imputação objetiva*, quando se adota a ideia de causalidade. Entre as teorias existentes,

¹¹⁸⁰ O autor destaca a crítica de José de Faia Costa, no sentido de que “é jurídico-penalmente inconsequente e mesmo ineficaz tentar construir uma distinção entre possibilidade e probabilidade”. FÁRIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v. I, 1984. p. 704.

¹¹⁸¹ Representativo sobre um sistema jurídico-criminal em ambiente de *common-law*, por todos: FLETCHER, George. *Gramática del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hamurabi, 2008. Com o aparecimento dos sistemas global e regionais de proteção dos direitos humanos e com a criação de instrumentos de cooperação judicial entre os países que constituem a chamada comunidade internacional, uma aproximação entre os sistemas jurídicos das mais variadas matizes (com um adotando certas características do outro), sobretudo na esfera criminal, tem se tornado uma constante. Sobre uma alegada superação do *common-law*, veja-se: VILCHES, Nicolás Oxman. El elemento volitivo del dolo: una investigación de derecho penal comparado y filosofía del lenguaje. *Tesis Doctoral del Programa de Doctorado Estudios Jurídicos, Ciencia Política y Criminología – Universitat de València*, 2016. p. 52 ss.

¹¹⁸² VILCHES, Nicolás Oxman. El elemento volitivo del dolo: una investigación de derecho penal comparado y filosofía del lenguaje. *Tesis Doctoral del Programa de Doctorado Estudios Jurídicos, Ciencia Política y Criminología – Universitat de València*, 2016. p. 244-245. A interposição é nossa.

observe-se a da causalidade adequada. Segundo Juarez Tavares¹¹⁸³, “*causa adequada* será aquela condição provável de um resultado, avaliada segundo um critério objetivo”, o que, a partir da visão de Max Rümelin¹¹⁸⁴, estaria consubstanciado na probabilidade aferida por um “observador posterior, mas situado nas condições anteriores ao fato”. Isso parece não levar em conta “o campo causal, no qual as condições atuam” e “podem alterar a constatação da probabilidade”.¹¹⁸⁵ Entretanto, mais à frente, Juarez Tavares¹¹⁸⁶ chama a atenção para o fato de que “o critério da probabilidade vem sendo objetado, modernamente, até mesmo nas ciências naturais”, tendo por referência o “teorema de Bayes”: “para se administrar um resultado, de acordo com a probabilidade, sem se deixar cair numa fórmula puramente matemática, sempre se tem que contar com, pelo menos, dois eventos: um evento passado, existente e um evento, presente, que se quer avaliar”. Em termos sucintos, o autor conclui: “Afirmar-se o dolo, como forma de perigo de dolo, com base no critério da probabilidade ou da inferência racional, é realmente uma temeridade”.

Voltando-se agora mais especificamente para a articulação que nos interessa, ou seja, para a relação da probabilidade com os limites entre o dolo eventual e a negligência consciente, cuja discussão, como dissemos, reside no elemento volitivo, será preciso perceber que, como destacado por Juarez Tavares¹¹⁸⁷, “o pleno conhecimento de um fato ou a certeza ou a alta probabilidade de sua ocorrência não se equiparam à vontade, porque a vontade implica o poder de decidir e dominar o desenrolar da causalidade até a produção final do resultado”. Assim, não se pode perder de vista que o elemento mais atrelado à ideia de previsibilidade é o intelectual, e não propriamente o volitivo. Juarez Tavares¹¹⁸⁸ volta ao tema na sequência, quando, diante da análise sobre o processo de imputação, afirma: “A aferição da previsibilidade vem ganhando grandes contribuições da ciência moderna, a qual fez ver que a previsão dos fenômenos não poderia se identificar com sua descrição ou a explicação científica”. A partir daí, identifica variadas formas de previsibilidade, tais como: estatística, taxonômica, estrutural, fenomenológica e temporal.

Ainda com Juarez Tavares¹¹⁸⁹, na *primeira*, a previsibilidade estatística, teríamos como lastro um critério puramente quantitativo, insustentável do ponto de vista jurídico atualmente;¹¹⁹⁰ a

¹¹⁸³ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 211.

¹¹⁸⁴ RÜMELIN, Max. *Der Zufall im Recht – akademische Antrittsrede*. Freiburg i.B.; Leipzig: Akademische Verlagsbuchhandlung von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1896. p. 27. A tradução é encontrada em: TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 211.

¹¹⁸⁵ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 211-212.

¹¹⁸⁶ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 257-258.

¹¹⁸⁷ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 275.

¹¹⁸⁸ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 376.

¹¹⁸⁹ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 376-378.

segunda, a taxonômica, “afirma generalidades acerca de uma classe de objetos, de modo que, uma vez identificado certo fator dentro daquela classe, a esse se estendem todas as particularidades dessa classe” [pressupor que todo alimento transgênico é cancerígeno implica que sua ingestão trará consequências ruins às pessoas que o ingerirem]; na *terceira*, a estrutural, “a previsão não decorre propriamente da ação, mas das alterações que necessariamente se deverão produzir nas coisas” [ao se constatar que a água ferve aos cem graus, “se pode prever que, sob essa temperatura, uma caldeira esteja submetida a uma pressão maior do que se a água estivesse a trinta graus, daí a recomendação de se observar se as válvulas de segurança estão em perfeito funcionamento”]; já na *quarta*, a fenomenológica, “leva-se em conta um determinado fator estático conhecido, que está presente no objeto, por exemplo, o índice de transparência de um vidro” [“Tendo em conta esse fator, pode-se prever que, sob baixa luminosidade, o motorista terá ou não sua visão diminuída, conforme o índice de transparência do para-brisas”]; e, por fim, a *quinta*, a temporal, vincula-se a “fatos que se desenvolvem em uma sequência pela qual se pode prognosticar sua sucessão, por exemplo, a velocidade imprimida por um veículo” [mantida uma determinada velocidade ao se aproximar de um cruzamento, pode-se prever se será possível alguém conseguir atravessar a faixa de pedestre a tempo de não ser atingida]. Dado o grau de subjetividade presente, o fato é que em nenhuma delas haverá espaço imune de críticas ante as soluções oferecidas.

A utilização da probabilidade como critério regulador da imputação, da causalidade ou da diferenciação entre o dolo e a negligência tem sido criticada pelas mais variadas vertentes da dogmática jurídico-criminal. Segundo Jorge de Figueiredo Dias¹¹⁹¹, em inúmeras hipóteses, “próprias da sociedade do risco, os dados científicos disponíveis sobre a conformidade às leis naturais ou não dizem nada, ou não são suficientes, ou não são fiáveis”. Na perspectiva do autor, “nada mais restaria senão o apelo às leis da experiência, de base estatística ou probabilística; extensão que começa a ser aceite pela jurisprudência alemã e – por vezes sob a epígrafe da causalidade geral, generalizadora ou global – encontra cada vez mais adeptos na doutrina”. Mas adverte que “esta concepção deparará com dificuldades dificilmente superáveis ante o princípio jurídico-processual penal *in dubio pro reo*, diz-se – aparentemente com razão – que uma comprovação probabilística da causalidade não pode constituir mais do que uma mera *hipótese* de causalidade”.

¹¹⁹⁰ Juez Tavarez menciona como referência a seguinte obra: BUNGE, Mario. *Kausalität, Geschichte und Probleme*. Tübingen: Mohr, 1987. p. 342 ss.

¹¹⁹¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I, 2. ed., Coimbra: 2012. p. 326.

Esclarece Ingeborg Puppe¹¹⁹²:

As concepções teóricas que distinguem dolo eventual e culpa consciente com base na probabilidade não são frutíferas no que se refere à pergunta a respeito de quando a dúvida sobre a proibição do autor instaura um erro de proibição e quando não. Também elas são construídas com vistas à realização de um resultado futuro produzido pelo próprio autor e se baseiam na pergunta a respeito de qual conhecimento do autor é suficiente para que o perigo do resultado possa ser atribuído ao domínio sobre sua realização exercido por meio da conduta do autor, de modo que sua causação seja a ele atribuída a título doloso e não apenas como culpa consciente”.

Conforme observado por Alaor Leite¹¹⁹³, mesmo que noutra contexto, quando debruçado sobre os problemas do erro de proibição, mas lembrando de Puppe:

É verdade que, se comparada à teoria da possibilidade, a teoria da probabilidade reduz o âmbito de afirmação da consciência do injusto, mas essa tentativa deve ser vista como inidônea, pois o critério de probabilidade não é concretizável. Como é possível determinar, se não por meio de indicadores externos que nada têm a ver com o estado mental do sujeito, que o autor que atuou sob dúvida reconheceu *ex ante* a proibição [ou mesmo o resultado] como provável? Não se pode transformar uma questão normativa em um jogo matemático de cotação e taxas de probabilidade. A teoria da probabilidade representa também mais uma herança nefasta da dogmática do dolo. É bastante significativo que Puppe, a mais coerente e vigorosa defensora da teoria da probabilidade quando o assunto é a distinção entre dolo eventual e culpa consciente, considera esta teoria completamente equivocada para resolver os problemas de delimitação entre consciência do injusto e erro de proibição.

É com base nesse contexto de indefinições, mesmo diante das tentativas de dar mais objetividade ao debate com a aproximação de modelos matemáticos, que José de Faria Costa¹¹⁹⁴ argumenta: “O controlo objectivo dos dados da experiência não tem necessariamente de se efectuar por meio do método vulgarmente ligado às chamadas ciências exactas. Há dados da experiência que pertencem à memória individual e colectiva e que, por isso, podem ser controlados e testados”. Para o mencionado autor:

Fazer da noção de perigo uma mera probabilidade, quando não possibilidade, de produção de dano – se bem que a razão teórica racionalize uma tal visão das coisas, através, por exemplo, do cálculo das probabilidades (era esta, refira-se, a posição de Antolisei, conquanto já superadora do primitivo sincretismo, que se consubstanciava na seguinte formulação: “lo stato di fatto che reca com sè la probabilità di un avvenimento danoso” (cf. ANTOLISEI, F., Azione, p. 124 – itálico do autor) – é também uma forma de perceber que, como veremos, necessita de afeiçoamentos do raciocínio hermenêutico, jurídico-penalmente relevante.¹¹⁹⁵

¹¹⁹² PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2011. p. 229. O trecho traduzido se encontra em: LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal – a atuação nos limites entre o permitido e o proibido*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 78.

¹¹⁹³ LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal – a atuação nos limites entre o permitido e o proibido*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 78. A interpolação é nossa.

¹¹⁹⁴ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p.413.

¹¹⁹⁵ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 406.

Na sociedade do risco em que se vive,¹¹⁹⁶ não se pode negar a importância que os mecanismos de previsibilidade (e, portanto, a própria probabilidade, bem como a estatística) têm recebido, mas não se pode negar que tais ferramentas possuem suas limitações em face das questões tratadas pela dogmática jurídico-criminal. Há muita subjetividade envolvida no comportamento humano, com a liberdade por vezes sendo colocada em *xequê* através dos mecanismos oficiais de controle e de punição por algoritmos, com previsões discriminatórias inclusive.¹¹⁹⁷ Assim, não se pode, ainda que se queira, objetivar tudo quanto interessa para uma persecução criminal. Nalguma hora haverá de ser feita uma valoração. Tais instrumentos de matematização da vida podem até auxiliar nas reflexões sobre os problemas propostos, mas não podem ser encarados isoladamente como “a solução”, como providências definitivas ou como opções melhores do que outras.

Como destacado por José de Faria Costa¹¹⁹⁸, “quando trabalhamos com juízos de estrita probabilidade, fazemo-lo nos quadros da mais pura neutralidade axiológica, isto é, dentro do universo redutor mas necessário de um juízo que se define a si mesmo como axiologicamente neutro”. Nesse contexto, o autor questiona: “qual a probabilidade de sair um ‘terno’ ao lançarmos duas vezes o mesmo dado?”. Observa que a “pergunta nada tem, em princípio, de referencial ou axiologicamente vinculante. Todavia, aquela precisa interrogação já será uma pergunta *interessada* se aquele que questiona a levar a cabo com o intuito de fazer uma aposta”. E destaca conclusivamente: “Então aquilo que era neutral deixa de o ser pela contextualidade com que o revestimos”, o que faz com que essa alegada “neutralidade seja, não poucas vezes, transformada em pólo de referência de interesses”. Nesses termos, o autor arremata: “o perigo está indissolúvelmente ligado à probabilidade de um acontecer desvalioso”.

O contexto de uma responsabilização criminal, como fica claro, há de ser mais complexo e preocupante para que se resolva definitivamente com o uso preponderante da probabilidade, como se fosse uma fórmula salvadora,¹¹⁹⁹ sobretudo porque, na realidade, tratar-se-á sempre

¹¹⁹⁶ Aliás, seria “impossível uma vida sem risco”. FÁRIA COSTA, José de. *Direito Penal e liberdade*. Lisboa: Âncora, 2020. p. 33.

¹¹⁹⁷ THE GUARDIAN. *AI programs exhibit racial and gender biases, research reveals*. Disponível em <https://www.theguardian.com/technology/2017/apr/13/ai-programs-exhibit-racist-and-sexist-biases-research-reveals>. Acesso em 2.8.2021.

¹¹⁹⁸ FÁRIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 593-595.

¹¹⁹⁹ Há, portanto, quem se dedique à elaboração de teorias que serviriam para racionalizar a tomada de decisão sob “condições de *incerteza*”. Utilizando-se da “*relação probabilística*”, a fórmula haveria de calcular “os ganhos esperados associados a cada alternativa de decisão e escolhendo aquela que garante o *máximo de ganho esperado*”. Uma ideia que seria “à primeira vista, bem simples”. SCHUARTZ, Luís Fernando. *Teoria da Decisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV Direito, 2016. p. 36. Ocorre que, embora o uso de tais fórmulas em processos criminais sirva para simplificar demasiadamente o trabalho de quem decide o conflito judicializado, isso tem um potencial de tratar casos que são sempre singulares, sobretudo porque todo processo carrega consigo

de uma atuação estatal que pode levar a pessoa investigada a ter sua liberdade privada, um de seus bens mais preciosos. José de Faria Costa¹²⁰⁰ ressalta que “pura e simplesmente não podemos estabelecer tabelas nem escalas de precisão quanto à produção do perigo. A gradação que encontrámos resolve-se pela assunção de um critério normativo – baseado nas regras da experiência – que se tem de mover na própria contextualização dos factos”. Será preciso ater-se às particularidades do caso analisado, e não cegamente a padrões previamente fixados em fórmulas generalizantes. Para o autor, “uma vez definidas as regras da experiência, estas valem como cânones interpretativos que se não devem internamente deixar influenciar pela contextualidade do caso interpretado”. Ou seja, “uma coisa são os cânones interpretativos, outra bem diversa é a sua utilização em um determinado contexto”. Assim, observe-se que “Na interpretação, não é o contexto que pode determinar a alteração da própria regra. Esta tem um valor instrumental, mas um valor tendencialmente preciso. O que muda são os contextos”.

O que aqui pretendemos deixar claro é o fato de que mesmo com a mais refinada aproximação junto às ciências (ditas) exatas, quer seja pela via da probabilidade, quer seja pela estatística, em qualquer pensamento matemático que se pretenda desenvolver não se estabelecerão certezas possíveis a autorizar uma responsabilização de uma tentativa com dolo eventual, sobretudo porque, como vimos, a própria existência do dolo eventual é bastante discutível, tendo em vista a quantidade de teorias e a conseqüente falta de limites claros entre esta categoria dogmática e a negligência consciente. Utilizar-se de um pensamento matemático para tentar resolver a discussão proposta, nesse contexto, em que a única constante é inegavelmente a dúvida, seria apelar para um nível de objetividade praticamente inexistente na dogmática jurídico-criminal, assumindo-se a postura de um Leonhard Euler quando, disposto a derrotar seu oponente num debate público, o filósofo francês Denis Diderot, alegou ter provado a existência de Deus a partir de uma fórmula matemática que este desconhecia,¹²⁰¹ o que nos remete à conclusão de Robert Matthews¹²⁰² sobre a força dos

um drama em particular (seja o da vítima, seja o do acusado), de uma maneira generalizante, mecanizante, com o que, evidentemente, não concordamos.

¹²⁰⁰ FÁRIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 589-590.

¹²⁰¹ GILLINGS, R. J.. The So-Called Euler-Diderot Incident. *The American Mathematical Monthly*, v. 61, n. 2. p. 77-80. DOI: 10.1080/00029890.1954.11988419. No original, a passagem mencionada é a seguinte: “Diderot was staying at the Russian court, where his elegant flippancy was entertaining the nobility. Fearing that the faith of her retainers was as stake, the Tsaritsa commissioned Euler, the most distinguished mathematician of the time, to debate with Diderot in public. Diderot was informed that a mathematician has established a proof of the existence of God. He was summoned to court without being told the name of his opponent. Before the assembled court, Euler accosted him with the following pronouncement, which was uttered with due gravity: ‘(a+bⁿ) / n = x, donc Dieu existe, répondez!’ Algebra was Arabic to Diderot. Unfortunately he did not realise that was the trouble. ... Translated freely into English it may be rendered: ‘A number x can be got by first adding a number a to a number b multiplied by itself a certain number of times, and then dividing the whole by the number of b’s

números, de que “um dos meios mais efetivos de suprimir divergências é declarar ‘Há uma álgebra para isso’”.

4. As questões filosóficas (e lógicas) sobre duvidar e decidir-se quanto ao resultado obtido: mais algumas perspectivas sobre a (im)prescindibilidade do elemento *vontade* no dolo

É na filosofia que o ato de duvidar ganha contornos mais densos e criativos na história humana,¹²⁰³ sobretudo porque é o estado mental que permite e fundamenta a busca pelo saber. No dicionário de filosofia de Nicola Abbagnano¹²⁰⁴, o termo costuma significar duas coisas que, embora diferentes, estariam “mais ou menos ligadas”. Segundo o autor, a dúvida designaria, primeiro, “um estado subjetivo de incerteza, ou seja, uma crença ou opinião não suficientemente determinadas, ou a hesitação em escolher entre a asserção da afirmação e a asserção da negação”; segundo, poderia ser “uma situação objetiva de indeterminação ou a problematidade de uma situação: seu caráter de indecisão em relação ao possível êxito ou à possível solução”. Para o autor, teria sido Aristóteles quem pioneiramente reconheceu a distinção de significados no ato de duvidar, mas – agora dizemos nós – foi certamente com René Descartes, no século XVII, que o ato de duvidar começou a ser dissecado em filigranas.

Na dogmática jurídico-criminal, essa influência de uma perspectiva filosófica se instala mais visivelmente com o neokantismo, mas se intensifica com o finalismo proposto por Hans Welzel, assumindo definitivamente o centro de gravidade dos debates com a chegada da ideia de ação significativa em que, lastreada preponderantemente na filosofia da linguagem de Ludwig Wittgenstein, sob a liderança de Tomás Salvador Vives Antón¹²⁰⁵, elabora-se uma gramática própria para a estruturação de uma teoria do crime, a começar pela diferenciação entre uma intencionalidade de cunho objetivo e outra de cunho subjetivo.

multiplied together. ...’ Like many of us Diderot had stagefright when confronted by a sentence in size language. He left the court abruptly amid the titters of the assembly, confined himself to his chambers, demanded a safe conduct, and promptly returned to France.” *Op. cit.* p. 78-79.

¹²⁰² MATTHEWS, Robert. *As leis do acaso* – como a probabilidade pode nos ajudar a compreender a incerteza. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2017. p. 208.

¹²⁰³ Em Portugal, sobre o desenvolvimento do cenário filosófico, recomenda-se a perspectiva crítica elaborada por Cabral de Moncada, para quem o pensamento filosófico no país “não oferece grande independência nem originalidade”. CABRAL DE MONCADA, J. Para a História da Filosofia em Portugal no Século XX. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. 36, 1960.

¹²⁰⁴ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 296.

¹²⁰⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1996. p. 224.

Interessado em desvendar esse novo vocabulário dogmático nada simplório proposto a partir de uma perspectiva essencialmente filosófica, Renato Gomes¹²⁰⁶ se debruça sobre as distinções apresentadas entre “propósito”, “intenção”, “desejo” e “voluntariedade”. A primeira das expressões, o “propósito”, seria “a finalidade subjetiva que tem o *potencial* de se cristalizar como ‘intenção’”, podendo “repercutir ou não na direção da ação”;¹²⁰⁷ a segunda, a “intenção”, se subdividiria em subjetiva e objetiva, com aquela sendo “um ‘propósito’ concretamente incorporado na ação”, e esta sendo “o significado atribuído em razão das regras”;¹²⁰⁸ já o “desejo” seriam “as preferências subjetivas do indivíduo”, não tendo “qualquer repercussão significativa sobre a responsabilidade”; e, por fim, a “voluntariedade” seria “um pressuposto geral das ações e da responsabilização”, “o caractere diferenciador entre ações e simples eventos, podendo também ser caracterizado como ‘atribuibilidade subjetiva’”¹²⁰⁹.

Assim é que, ainda com Renato Gomes¹²¹⁰:

Enquanto, de um lado, a “voluntariedade” se baseia nos movimentos corporais, se apoia no movimento como algo externo a si, a “intenção” diz respeito ao sentido da ação, estabelecendo uma relação interna com a ação, que se expressa na forma de um ‘compromisso’ de realizar a ação (sem o qual não se poderia atribuir ‘intenção’ ao sujeito).¹²¹¹

Diz Vives Antón que o critério do “compromisso” serve para a substituição dos “inverificáveis processos mentais”.

Todo esse esforço visa, na prática, recusar a identificação do dolo, e a possibilidade de responsabilização mais intensa – o que, evidentemente, reside na articulação de processos mentais muitas vezes indevassáveis, como destacado, além de facilmente deturpados – em níveis mais seguros e confiáveis. Como vimos, nem com a construção de modelos matemáticos se poderá garantir essa pretensão, que dirá então com o amparo da filosofia da linguagem, cujo espaço para arbitrariedades se solidifica, dadas as imensas subjetividades envolvidas. Renato Gomes¹²¹² chega mesmo a concluir que, “constatada determinada ação (regida por regras sociais ou jurídicas), por ela ser regida por regras, incorpora-se *a priori* (pelo critério de comprometimento com as regras) o dolo”. Para o autor, com quem concordamos, seria “algo como uma presunção relativa do dolo. Isso parece indicar uma

¹²⁰⁶ GOMES, Renato. *Teorias da conduta – antecedentes, tendências e impasses*. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 260-261.

¹²⁰⁷ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1996. p. 228.

¹²⁰⁸ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1996. p. 229.

¹²⁰⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1996. p. 231.

¹²¹⁰ GOMES, Renato. *Teorias da conduta – antecedentes, tendências e impasses*. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 261.

¹²¹¹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1996. p. 232.

¹²¹² GOMES, Renato. *Teorias da conduta – antecedentes, tendências e impasses*. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 264.

tendência de supercondução ao dolo eventual”, ou seja, ao invés de limitadora do poder punitivo, a perspectiva de Vives Antón é potencialmente expansiva, e confia demais na boa vontade e no bom senso dos intérpretes, sobretudo por conta da vagueza das soluções amparadas em critérios *normativos* e *valorativos*.

Apenas para que se tenha uma ligeira noção das complexidades envolvidas aqui, se recorrermos às bases dessa teoria essencialmente filosófica que orienta a dogmática do crime formulada a partir de Vives Antón, veremos como Ludwig Wittgenstein, em sua obra, tem privilegiado o debate sobre o ato de duvidar. Veremos também que o autor, mesmo quando enfrenta de maneira mais explícita o tema enfocado – como em seu *Da certeza* (1969)¹²¹³ –, pelo observado por Filicio Mulinari¹²¹⁴, “o que se encontra é um estilo de escrita desconexo, marcado por transições rápidas entre os temas e assuntos tratados na obra, o que exige uma atenção maior do leitor”. O livro de Wittgenstein, argumenta Mulinari, “é essencialmente constituído enquanto uma análise gramatical (lógico-linguística) de problemas epistemológicos presentes no cerne da filosofia contemporânea”.

Embora de difícil compreensão, pode-se argumentar que em *Da certeza*, ainda com a perspectiva de Filicio Mulinari¹²¹⁵, Wittgenstein “concentra sua atenção em uma análise filosófico-gramatical de termos como ‘saber’ [*Ich Weiss...*], ‘certeza’ [*Sicherheit*] e ‘dúvida’ [*Zweifel*]”. Para o filósofo, “saber” e “certeza” possuem perspectivas diferentes, “Não são ‘dois estados mentais’ como, por exemplo, ‘supor’ e ‘estar seguro’ (aqui, parto do princípio de que é significativo para mim dizer ‘eu sei o que é que, por exemplo, significa a palavra ‘dúvida’ e que esta frase indica que a palavra ‘dúvida’ desempenha um papel lógico)”¹²¹⁶.

Filicio Mulinari observa que o filósofo

¹²¹³ “que lida, sobremaneira, em torno da pergunta acerca do papel desempenhado, em nosso sistema de crenças, por proposições que exprimem um campo de certezas”. OLIVEIRA, Wagner Teles de. A gramática da certeza em Wittgenstein – critério de medida e resultado de medições. *Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Departamento de Filosofia, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial do grau de Mestre*, 2008. p. 105. Não se perca de vista que o livro citado estaria situado no que se convencionou considerar como “segunda fase” da filosofia de Wittgenstein, onde o autor “desenvolve crítica ferrenha à tradição filosófica ocidental da linguagem, ainda que a última expressão de relevo dessa tradição tenha sido sua própria obra. Através de um processo intenso de autocrítica, o autor reconstruiu as bases de seu pensamento e o contrapôs à primeira fase – o que implica que a interpretação do segundo Wittgenstein deve ser feita em contraposição a ninguém menos que ele próprio!”. NETO, Carlos Augusto Daniel. Wittgenstein e a desconstrução da metafísica – efeitos sobre a constituição dos fatos jurídicos. *Revista Eletrônica Sapere Aude*, Rio de Janeiro, ano 1, v. 4, 2012. p. 6.

¹²¹⁴ MULINARI, Filicio. “Saber”, “certeza” e “dúvida”: sobre ceticismo e fundacionalismo da certeza de Wittgenstein. *Griot – Revista de Filosofia*, v. 9, n. 1, junho, 2014. p. 238-239. DOI: <https://doi.org/10.31977/grifi.v9i1.587>.

¹²¹⁵ MULINARI, Filicio. “Saber”, “certeza” e “dúvida”: sobre ceticismo e fundacionalismo da certeza de Wittgenstein. *Griot – Revista de Filosofia*, v. 9, n. 1, junho, 2014. p. 240 ss. DOI: <https://doi.org/10.31977/grifi.v9i1.587>.

¹²¹⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. Trad. Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 2012. p. 89.

claramente separa saber e certeza enquanto pertencentes a categorias distintas. Além disso, o filósofo é enfático ao rechaçar que ambos sejam estados mentais. Ao dizer isso, Wittgenstein quer apenas separar aquilo que pertence ao âmbito subjetivo (uma certeza subjetiva, pessoal) daquilo que pertence ao âmbito objetivo, que possua uma relação lógica com as proposições: “Quando é que qualquer coisa é objetivamente certa? Quando não é possível um erro (DC, § 194)”

[...] Para Wittgenstein proposições de certeza seriam pertencentes à lógica (forneceriam condições de possibilidade para um jogo de linguagem), enquanto sentenças de saber seriam asserções empíricas (hipóteses empíricas pertencentes aos jogos de linguagem).

Por outro lado, especificamente sobre a dúvida, Mulinari¹²¹⁷ conclui que, para Wittgenstein, “só é possível a manifestação de um juízo de dúvida em proposições sobre as quais ainda é possível decidir sobre o seu valor de verdade”. Resta explícita “a função lógica da ‘dúvida’, pois o uso do termo indica situações peculiares e similares ao do uso do termo ‘saber’, uma vez que só é possível a utilização desses termos em proposições que permitem o juízo de falsidade e veracidade”. O filósofo conclui que “Quem tentasse duvidar de tudo, não iria tão longe como se duvidasse de qualquer coisa. O próprio jogo da dúvida pressupõe a certeza”¹²¹⁸, reconhecendo-se, no que mais nos interessa, a falta de clareza na limitação sobre os tipos de dúvida: “Há casos em que a dúvida é insensata, mas outros em que parece logicamente impossível. E não parece haver demarcação clara entre eles”¹²¹⁹.

Filicio Mulinari¹²²⁰ interpreta o trecho acima, sobre a impossibilidade de delimitação das dúvidas em Wittgenstein, da seguinte maneira:

Ao afirmar a impossibilidade de se demarcar quais proposições são passíveis de descrença, alguém pode questionar: se não é possível demarcar os limites da dúvida, a dúvida cética sobre a existência do mundo exterior ainda pode ser passível de veracidade? A resposta a essa questão está respaldada na necessidade de se fundar um jogo de linguagem para, só após isso, ser possível a formulação de um juízo de dúvida. Assim sendo, mesmo não sendo possível delimitar ou demarcar exatamente em quais situações e contextos a dúvida é possível, é apenas após o jogo de linguagem está estabelecido que o ato de duvidar se realiza. Noutros termos, o ato de duvidar é posterior à fundamentação da gramática em que a dúvida está situada e, assim, a dúvida universal (independente do contexto e/ou espaço) é inválida.

Wagner Teles de Oliveira¹²²¹, também partindo da obra enfocada, afirma que “Situado em contexto teórico conectado ao § 38, o § 451 integra uma série de observações que explicitam

¹²¹⁷ MULINARI, Filicio. “Saber”, “certeza” e “dúvida”: sobre ceticismo e fundacionalismo da certeza de Wittgenstein. *Griot – Revista de Filosofia*, v. 9, n. 1, junho, 2014. p. 246. DOI: <https://doi.org/10.31977/grirfi.v9i1.587>.

¹²¹⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. Trad. Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 2012. p. 47.

¹²¹⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. Trad. Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 2012. p. 129.

¹²²⁰ MULINARI, Filicio. “Saber”, “certeza” e “dúvida”: sobre ceticismo e fundacionalismo da certeza de Wittgenstein. *Griot – Revista de Filosofia*, v. 9, n. 1, junho, 2014. p. 246-247. DOI: <https://doi.org/10.31977/grirfi.v9i1.587>.

¹²²¹ OLIVEIRA, Wagner Teles de. A gramática da certeza em Wittgenstein - critério de medida e resultado de medições. *Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Departamento de Filosofia, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial do grau de Mestre*, 2008. p. 28.

os limites de uma dúvida significativa, afastando a ideia de que a verdade de proposições que parecem exibir um sujeito – ‘eu sei que aquilo é uma árvore’ – depende de conteúdos mentais”. Conclui que “É nesse espírito que Wittgenstein adverte que a sua reflexão se restringe aos domínios da lógica e que, portanto, não se trata de uma observação psicológica”. O autor faz ainda constar em nota de rodapé o trecho em que Wittgenstein faz menção ao “saber na matemática”, para quem “nesta área temos de continuar a lembrar-nos da não importância do ‘processo interior’ ou ‘estado’ e perguntar ‘Que importância tem? Que significa ele para mim?’ O que interessa é como nós *usamos* as proposições matemáticas”¹²²².

Não custa abrir aqui, antes de prosseguirmos, um parêntese para chamar a atenção à utilização da ideia de lógica, que é, como visto, usual em Wittgenstein. Arthur Kaufmann¹²²³, não por acaso, adverte para o fato de que “quanto mais profundamente alguém pensa a temática de uma lógica e de uma ontologia das relações, tanto mais cauteloso e reservado se torna nas suas afirmações”. O autor ressalta a existência de uma variedade de perspectivas lógicas que se densificam sobretudo a partir da obra de Charles Sanders Peirce, que recusou uma “lógica pura” em função de uma “lógica da probabilidade”, tendo superado, nesse particular, autores como Aristóteles e Kant. Segundo Kaufmann¹²²⁴, “enquanto a lógica antiga só conhecia predicados de qualidade, Peirce abriu o acesso aos predicados de relação”¹²²⁵, o que representou “um enorme passo dado em frente, rico de consequências”. No direito, entretanto, especialmente em seu processo de “aplicação” sobre os fatos, na visão de Kaufmann¹²²⁶, o método “não se basta nem com um discurso puramente dedutivo, nem como um raciocínio estritamente indutivo”, isso porque há muito mais complexidades envolvidas, “quer porque intervêm aí, simultaneamente, momentos empíricos e normativos, quer porque não é possível articular reciprocamente o ser e o dever-ser em termos lineares”.

¹²²² WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. Trad. Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 2012. p. 25.

¹²²³ KAUFMANN, Arthur. Prolegomenos a uma Lógica Jurídica e a uma Ontologia das Relações: Fundamento de uma Teoria do Direito Baseada na Pessoa. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. 78, 2002. p. 183.

¹²²⁴ KAUFMANN, Arthur. Prolegomenos a uma Lógica Jurídica e a uma Ontologia das Relações: Fundamento de uma Teoria do Direito Baseada na Pessoa. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. 78, 2002. p. 185-186.

¹²²⁵ Com amparo em Karl Engisch, Kaufmann argumenta: “O direito é uma textura de relações, dependentes umas das outras e que reciprocamente se condicionam. O que constitui uma sabedoria antiga: quando se aplica *uma* norma, aplica-se o conjunto de todas as normas do sistema”. KAUFMANN, Arthur. Prolegomenos a uma Lógica Jurídica e a uma Ontologia das Relações: Fundamento de uma Teoria do Direito Baseada na Pessoa. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. 78, 2002. p. 195; ENGISCH, Karl. *Die Einheit der Rechtsordnung*. Heidelberg: Winter, 1935. p. 26.

¹²²⁶ KAUFMANN, Arthur. Prolegomenos a uma Lógica Jurídica e a uma Ontologia das Relações: Fundamento de uma Teoria do Direito Baseada na Pessoa. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. 78, 2002. p. 191.

A lógica, por diversas vezes mencionada ao longo de textos dogmáticos, seria a iniciativa de “pensar ordenadamente”¹²²⁷, uma estruturação do conhecimento cara à filosofia, sobretudo a partir dos gregos – Aristóteles¹²²⁸ em especial, a quem se deve, segundo José de Faria Costa¹²²⁹, “Do ponto de vista analítico”, um “grande legado”, que foi “a distinção entre forma e substância (matéria)” –, o que também se alinha com a ideia de racionalidade, própria dos seres humanos, sobretudo porque a argumentação lógica tem sido eficiente no confronto com a dúvida.¹²³⁰ A lógica depende de uma estrutura argumentativa que lhe dê sustentação, estabelecendo uma “relação de consequência que se verifica entre as premissas e a conclusão de um argumento válido”¹²³¹. Por isso, a ideia de lógica deve variar conforme a estrutura que a sustente.

Assim, podemos concluir que o pensamento lógico depende do contexto no qual foram elaboradas suas premissas. Na lógica clássica (a aristotélica), por exemplo, a lógica (também encarada como *formal*, essencialmente *dedutiva*) será lapidada com base na articulação de conceitos (que podem ser unívocos, equívocos ou análogos), juízos (proposições, como, por exemplo, a indicação de um “quem” e de um “sobre quem”, tem-se assim um sujeito e um predicado)¹²³² e raciocínios (onde prepondera o silogismo – premissa maior, premissa menor e conclusão), cujos níveis de subjetividade variam conforme as circunstâncias, o que faz com que a lógica oscile.

Convém perceber se o que está sendo dito é uma mera informação (afirmação) ou um argumento (sendo este constituído por um conjunto de proposições/premissas – verdadeiras ou falsas – que suportam uma determinada conclusão)¹²³³ estruturado validamente (sendo a proposição falsa, o argumento é inválido). É na articulação da lógica que surge a preocupação com as *falácias*, com conclusões que não se sustentam com coerência, sobretudo porque estas se valem de estruturas (ou premissas) relativamente frágeis, aquelas cujo argumento está

¹²²⁷ SOUZA, Draiton Gonzaga de. *Pensar ordenadamente: lógica*. Curso virtual de extensão ofertado pela PUC/RS, 2021. Todo esse parágrafo, com eventuais impropriedades correndo por nossa conta, foi formulado com base no curso de extensão, especificamente na Aula 2, Parte 3.

¹²²⁸ ARISTÓTELES. *Organon*. Trad. Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães Editores, 1985.

¹²²⁹ FARIA COSTA, José de; MOURA, Bruno de Oliveira. *Filosofia do direito*. Lisboa: Âncora, 2021. p. 61.

¹²³⁰ De maneira introdutória e quase esquemática, recomendam-se: CARNIELLI, Walter A.; EPSTEIN, Richard L.. 4. ed. *Pensamento Crítico – o poder da lógica e da argumentação*. São Paulo: Rideel, 2019; NAHRA, Cinara; WEBER, Hingo. *Atraves da lógica*. 9. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2015.

¹²³¹ RIBEIRO, Eduardo Silva. *Pensar ordenadamente: lógica*. Aula 3. Curso virtual de extensão ofertado pela PUC/RS, 2021.

¹²³² Esse sujeito (também conceito) comporta extensões. Ele pode ser *singular* (um), *particular* (alguns) ou *universal* (todos), também assim como os juízos podem ser perspectivados quanto a sua qualidade (afirmativa ou negativa) ou quanto a sua quantidade (singular, particular ou universal). SOUZA, Draiton Gonzaga de. *Pensar ordenadamente: lógica*. Curso virtual de extensão ofertado pela PUC/RS, 2021.

¹²³³ RIBEIRO, Eduardo Silva. *Pensar ordenadamente: lógica*. Aula 3 – Parte 2. Curso virtual de extensão ofertado pela PUC/RS, 2021.

lastreado simplificadamente no fato de o tribunal ter se pronunciado sobre o tema, então a questão estaria resolvida (como em um argumento de autoridade); ou ainda no fato de toda a doutrina estar concorde com uma determinada conclusão (com a elaboração de generalizações apressadas) ou mesmo quando determinadas analogias discutíveis são feitas (como no caso de se asseverar que o que cabe para a consumação deve necessariamente caber também para a tentativa).

Em resumo – fechando-se, portanto, o parêntese –, conforme Valério Hillesheim¹²³⁴, Wittgenstein demonstra, no contexto da sua lógica de jogos linguísticos, “de maneira terapêutica e crítica, as implicações no uso expressivo dos conceitos nos jogos de linguagem que implicam conhecimento e certeza”. Entre os conceitos, destacam-se “saber, certeza, verdade, dúvida, formas de vida etc.”, sobre os quais não se intenciona uma fundamentação teórica, mas a submissão a uma “análise crítica gramatical”. O que interessa, na perspectiva lógica adotada por Wittgenstein, é “analisar o uso destes conceitos em determinados jogos de linguagem, que se ancoram em formas de vida”, mostrando “como muitos fazem ou tentam fazer um uso dogmático, ambíguo e genérico destes conceitos”¹²³⁵. Segundo o autor, em *Da certeza*, “Wittgenstein aborda, de modo exemplar e original, velhos temas e problemas já presentes na filosofia clássica, tais como o saber, a certeza, a dúvida e a possibilidade de dizer o mundo”¹²³⁶. E acrescenta: embora o filósofo argumente existirem situações relativamente imunes à dúvida,¹²³⁷ “para Wittgenstein, sempre que estiver em jogo algo da dimensão do conhecimento, não posso atribuir infalibilidade. Toda declaração de saber é, portanto, falível,

¹²³⁴ HILLESHEIM, Valério. O gramatical e as formas de vida em Wittgenstein. *Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ensino, Filosofia e História das Ciências da Universidade Federal da Bahia, Universidade Estadual de Feira de Santana, para a obtenção do grau de Doutor em Ensino, Filosofia e História das Ciências, na área de Filosofia das Ciências*, 2012. p. 15.

¹²³⁵ HILLESHEIM, Valério. O gramatical e as formas de vida em Wittgenstein. *Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ensino, Filosofia e História das Ciências da Universidade Federal da Bahia, Universidade Estadual de Feira de Santana, para a obtenção do grau de Doutor em Ensino, Filosofia e História das Ciências, na área de Filosofia das Ciências*, 2012. p. 168.

¹²³⁶ HILLESHEIM, Valério. O gramatical e as formas de vida em Wittgenstein. *Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ensino, Filosofia e História das Ciências da Universidade Federal da Bahia, Universidade Estadual de Feira de Santana, para a obtenção do grau de Doutor em Ensino, Filosofia e História das Ciências, na área de Filosofia das Ciências*, 2012. p. 85.

¹²³⁷ HILLESHEIM, Valério. O gramatical e as formas de vida em Wittgenstein. *Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ensino, Filosofia e História das Ciências da Universidade Federal da Bahia, Universidade Estadual de Feira de Santana, para a obtenção do grau de Doutor em Ensino, Filosofia e História das Ciências, na área de Filosofia das Ciências*, 2012. p. 139. “O fato de alguém estar certo, portanto, com ausência total de dúvida, tem relação com o jogo de linguagem [...]. Embora possam fazer parte da forma de vida, a memória, a percepção, a crença etc., estes elementos não contam como determinantes para a instituição da certeza. Deve ter algo nas práticas linguísticas que são vivências de significações que impossibilitam a dúvida”. *Op. cit.* p. 145-147. Ou ainda: “O que tenho de mostrar é que uma dúvida não é necessária, mesmo quando é possível”. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. Trad. Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 2012. p. 111.

pois passível de erro e dúvida, portanto, bem diferente da dimensão da certeza”¹²³⁸. Por fim, “certeza e ausência de dúvida, para poder jogar certos jogos, são determinadas por condições gramaticais”¹²³⁹.

O que pretendemos com o excuro que acaba de ser realizado é demonstrar como é fácil de perceber que nem mesmo a filosofia, seja ela clássica ou contemporânea, que, desde sempre, faz do ato de duvidar o seu principal combustível, sua principal matéria-prima, que tem moldado ferramentas para driblar as incertezas da vida, nem mesmo ela tem condições de oferecer fórmulas salvadoras para uma mensuração dos limites entre dúvida e certeza. O argumento probabilístico ou ainda o estatístico, ainda que provenientes do campo matemático, não podem ser classificados como melhores do que aquele moldado pela filosofia da linguagem ou aquele moldado pela psicologia.

O que se espera com as ideias articuladas até aqui é que fique claro que o que existem são *estruturas argumentativas* que, por mais cuidados que se tenham, não podem postular respostas definitivas sobre o tema focado. Não são, portanto, certezas inabaláveis. Em maior ou em menor grau, a depender do contexto que se estruturou, ou das premissas estabelecidas, quaisquer que sejam os argumentos deixarão um campo reservado, mais ou menos fértil, para eventuais arbitrariedades no exercício do poder punitivo. Nosso esforço vai no sentido de não permitir uma dessas arbitrariedades contra a liberdade.

Embora já tenhamos tratado, de maneira mais desenvolvida, do tema do elemento volitivo (e de sua necessária presença, até mesmo por imposição legal – art. 14.º do Código Penal – no sistema português) especificamente no dolo (no item 3.1., do Capítulo II, da Parte I), convém voltarmos uma vez mais ao assunto para explicitarmos questões que nos parecem intimamente ligadas (como conhecer, duvidar e querer), sobretudo do ponto de vista filosófico.

Para Juarez Tavares¹²⁴⁰, em uma democracia, “a condição de sujeito pressupõe uma estrutura psicológica, pela qual poderá ser reconhecido como pessoa deliberativa”, o que significa dizer que, na generalidade, para a responsabilização criminal, devemos estar diante de alguém que “deverá ser capaz de conhecer e refletir acerca de objetos empíricos e normativos do seu

¹²³⁸ HILLESHEIM, Valério. O gramatical e as formas de vida em Wittgenstein. *Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ensino, Filosofia e História das Ciências da Universidade Federal da Bahia, Universidade Estadual de Feira de Santana, para a obtenção do grau de Doutor em Ensino, Filosofia e História das Ciências, na área de Filosofia das Ciências*, 2012. p. 128.

¹²³⁹ HILLESHEIM, Valério. O gramatical e as formas de vida em Wittgenstein. *Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ensino, Filosofia e História das Ciências da Universidade Federal da Bahia, Universidade Estadual de Feira de Santana, para a obtenção do grau de Doutor em Ensino, Filosofia e História das Ciências, na área de Filosofia das Ciências*, 2012. p. 180.

¹²⁴⁰ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 259-260.

contexto e também de expressar sua vontade, no sentido de sujeitar-se, dar ordens, criticar, autocriticar-se ou sugerir a própria revogação da norma proibitiva”. Assim é que, “Se a pessoa deliberativa atua no mundo empírico de modo que sua conduta esteja animada com a pretensão de sua própria validade, em face dos demais, por conta da legitimidade da norma, a vontade constitui elemento essencial de sua estrutura psicológica”. É a partir dessa argumentação que o autor conclui: “vontade pressupõe um conhecimento e ainda uma projeção causal”; “Só tem vontade quem atua e, por isso, controla sua ação”¹²⁴¹, sendo essa vontade “o meio pelo qual o sujeito se insere no contexto de seu ato”. Não se controla, dirá ele, “sua conduta causal simplesmente pelo conhecimento”; este serve apenas para orientar, mas não para dominar a causalidade.

Nesse passo, em termos filosóficos, a vontade, como elemento constitutivo do comportamento humano (e, por consequência, como elemento fundamental da teoria do crime), não deve ser negligenciada no contexto das análises propostas. Muito ao contrário. O inventário realizado por Juarez Tavares¹²⁴², sucintamente articulado abaixo, nos dá bem a noção do que se articulou filosoficamente tendo como pano de fundo o elemento volitivo, colocando-o sempre como um elemento imprescindível, de necessária observância, ou seja, como “característica essencial” do comportamento humano que se pretende ver interpretado. A começar com John Searle¹²⁴³, que em sua “investigação sobre a configuração do eu, como pessoa”, faz constar o elemento volitivo. Há também, entre outros: Harry Frankfurt¹²⁴⁴, que destaca ser a vontade, “mais do que a razão, a característica essencial” da estrutura da ação; e Hannah Arendt¹²⁴⁵, com a ideia de que a ação não se dissocia dos “três elementos essenciais da vida espiritual (*des Geistes*): o pensar, o querer e o julgar”, sendo aquele primeiro, como o “conhecer”, vinculado ao presente, o segundo ao futuro, e o terceiro, “como decisão final”, ao passado. E assim, “a vontade, como faculdade de impulsionar ou exercer a ação, constitui uma forma de expressão própria da vida psíquica e não mero enunciado”. Diretamente sobre a teoria do crime, o autor menciona as ideias de Jochen Bunge¹²⁴⁶, para quem “uma conduta só pode ser

¹²⁴¹ Para que se observe uma contextualização da evolução do tema, o autor menciona: OERTER, Rolf. Zur Entwicklung von Willenshandlungen. HILARION, G. Petzold. *Wille und Wollen*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2001. p. 98 ss.

¹²⁴² TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 261-262.

¹²⁴³ SEARLE, John. *Mentes, cerebros y ciencia*. Madrid: Catedra, 1994. p. 69 ss.

¹²⁴⁴ FRANKFURT, Harry. *La importancia de lo que preocupa*. Ensaios filosóficos. Buenos Aires: Katz, 2006. p. 22.

¹²⁴⁵ ARENDT, Hannah. *A vida do espírito*. Trad. Antônio Abranches. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 317.

¹²⁴⁶ BUNGE, Jochen. *Wissen und Wollen im Strafrecht: zur Theorie und Dogmatik des subjektiven Tatbestands*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2009. p. 128 ss.

compreendida como tal a partir de como se estrutura o processo de imputação como consciência e vontade acerca de um evento”.

No arremate de sua argumentação a respeito da importância da vontade, Juarez Tavares¹²⁴⁷ adverte que “Há uma diferença entre conhecer e querer”; “Somente o querer pode impulsionar a ação como elemento essencial da imputação”. Amparado em Joseph Rouse¹²⁴⁸, pontua que “a atribuição de conhecimento e vontade já pressupõe que ambas integrem a ação como forma de seu desenvolvimento; sem esses elementos coordenados seria impossível a conduta”. Já com base nas ideias de Michael Pauen¹²⁴⁹, Juarez Tavares ressalta que os motivos são “posições proposicionais, como convicções, desejos ou esperanças de uma pessoa, que tornam possível compreender como e por que uma ação é executada e como se produziu a formação de vontade”. Conclui: “O domínio dos fatos, que é condição essencial ao processo de imputação subjetiva, não se situa no conhecimento, mas na vontade”; sem ela, não se perspectiva o dolo.

Ocorre que, no contexto democrático, sobre o elemento vontade, não temos uma espécie de “quadro que pode ser visto de duas maneiras diferentes”, como, segundo lembra Paul Feyerabend¹²⁵⁰, no caso do pato-coelho de Wittgenstein¹²⁵¹, em que a imagem apresentada poderia ser interpretada de “duas maneiras diferentes – e ambas as partes estarão corretas”. A ideia de vontade não pode ser dissociada da de responsabilização criminal, especialmente porque, como se procurou demonstrar, a volição é o que move as pessoas. Assim é que, ou estaremos diante de um comportamento doloso ou de um culposos, restando “apenas” o trabalho, hercúleo, de identificação dos limites entre uma coisa e outra.

Aqui também não se pode deixar de vislumbrar a possibilidade de uma espécie de *aporia*,¹²⁵² ou seja, uma impossibilidade prática de se obter uma conclusão segura para uma determinada indagação filosófica. Se assim realmente for, impõe-se que a interpretação a ser desenvolvida seja aquela mais favorável à liberdade da pessoa investigada (*in dubio pro reo*), em especial porque a liberdade é a regra previamente fundamentada no Estado de Direito Democrático.

¹²⁴⁷ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 263.

¹²⁴⁸ ROUSE, Joseph. *How Scientifics Practices Matter*. Chicago-London: The University of Chicago Press, 2002. p. 290.

¹²⁴⁹ PAUEN, Michael. *Handlungs-und Kausalerklärungen*. BAILER-JONES, Daniela; DULLSTEIN, Monika; PAUEN, Sabina. [HerausgeberInnen]. *Kausales Denken – Philosophische und psychologische Perspektiven*. Paderborn: Mentis, 2007. p. 124.

¹²⁵⁰ FEYERABEND, Paul. *Adeus à razão*. Trad. Vera Joscelyne. São Paulo: Unesp, 2010. p. 101.

¹²⁵¹ WITTGENSTEIN, Ludwin. *Investigações filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultura, 1999. p. 177 ss.

¹²⁵² “Esse termo é usado no sentido de dúvida racional, isto é, de dificuldade inerente a um raciocínio, e não no de estado subjetivo de incerteza. É, portanto, a dúvida objetiva, a dificuldade efetiva de um raciocínio ou da conclusão a que leva um raciocínio”. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 75.

Nessa linha, temos empreendido esforços para demonstrar que, ao contrário do que se observa na maior parte da doutrina, o tema focado envolve questões extremamente complexas e relevantes, que demandam reflexões mais demoradas e cuidadosas do que aquelas encontradas atualmente, em que boa parte recorre a uma lógica do tipo simplória, silogística até, com premissas bastante duvidosas (a defender que “o que vale para a consumação valerá também para a tentativa”).¹²⁵³

O que fica claro é que, como destacado por Paul Feyerabend¹²⁵⁴, “Um ser humano tem responsabilidades, toma decisões, considera problemas, tenta resolvê-los e age no mundo de acordo com as soluções obtidas”. Somos, portanto, segundo o autor, desde cedo, “treinados a conectar eventos com nossas ações, a assumir responsabilidade por eles e a culpar os demais por coisas de que não gostamos”. Ocorre que os seres humanos possuem “ideias muito diferentes sobre si, suas vidas, seu papel no universo”. E prossegue no argumento, agora valendo-se do clássico grego de Homero, a *Ilíada*, não propriamente filosófico. Segundo Feyerabend, amparado em Bruno Snell¹²⁵⁵, no livro IX, a partir da linha 410, o herói Aquiles, em dúvida quanto ao seu destino, perguntando-se se deveria lutar com os troianos e ganhar, com a morte, notoriedade eterna pelo feito, ou retornar para a terra de seus pais e ter uma vida longa e modesta, não tinha, naquele contexto, uma “escolha” entre dois caminhos diferentes; “*ele eventualmente se encontrará em um dos dois caminhos e, como já lhe foi dada sua descrição a priori, ele agora sabe o que esperar*”. E conclui: “em Homero nunca encontramos uma decisão pessoal, uma escolha consciente feita por um ser humano atuante”, no que alega que aquele ser, “diante de várias possibilidades, nunca pensa: agora depende de mim, depende do que eu decidir fazer. E não poderia ser de outra forma. Os seres humanos, em Homero, simplesmente não têm a unidade necessária para escolhas conscientes e atos criativos”. Isso nos aproxima de uma espécie de *akrasia*, recorrente na literatura grega, especialmente cara a Aristóteles¹²⁵⁶, em que a pessoa nem compatibiliza seu comportamento com o seu conhecimento da circunstância nem com sua vontade.¹²⁵⁷

¹²⁵³ No processo penal, por exemplo, Jordi Nieva Fenoll, sobre o silogismo, adverte que “el silogismo no es la forma óptima de llevar a cabo la descripción de la duda, aunque sea la que mejor enlaza con las mentes jurídicas actuales, muy influidas por la vigencia secular de dicho silogismo en la doctrina y en la jurisprudencia”. FENOLL, Jordi Nieva. *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 19.

¹²⁵⁴ FEYERABEND, Paul. *Adeus à razão*. Trad. Vera Joscelyne. São Paulo: Unesp, 2010. p. 167.

¹²⁵⁵ SNELL, Bruno. *Gesammelte Schriften*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1966. p. 18. O autor desenvolve melhor o tema em: SNELL, Bruno. *A Cultura Grega e as Origens do Pensamento Europeu*. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2005.

¹²⁵⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

¹²⁵⁷ Segundo argumenta Bruno Snell, “Em Homero, não existe a consciência da espontaneidade do espírito humano, isto é, a consciência de que as determinações da vontade e, em geral, dos movimentos do ânimo e dos sentimentos tenham origem no próprio homem. O que vale para os acontecimentos da epopeia vale também para

A akrasia pode também ser encarada como “fraqueza da vontade” ou “incontinência”, expressões para as quais Ricardo Tavares da Silva¹²⁵⁸, a partir de Donald Davidson¹²⁵⁹, sustenta significar a “não correspondência entre o que se faz e o que se julga ser o melhor a fazer, não da não-correspondência entre o que se faz e o que é o melhor a fazer”. Trata-se de uma questão puramente psicológica (“o juízo do que seja o melhor a fazer pode estar ou não de acordo com o que efetivamente é o melhor a fazer”), e não ético-normativa. Ricardo Tavares da Silva argui: “Por que razão despertam tais casos tanta atenção por parte de filósofos e investigadores da mente?”; e responde:

Porque está em questão a validade do princípio de causalidade ao nível mental, nomeadamente, ao nível da relação entre valoração (positiva) e volição: a existência de casos de fraqueza da vontade parece falsificar o determinismo psicológico (expressão usada, por exemplo, por Kenny em *Free Will and Responsibility*^[1260]). Está em jogo a verdade de duas condicionais (causais):

i) Se o agente *a* considera que *x* é mais valioso do que *y*, então *a* faz *x*

ii) Se o agente *a* não considera que *x* é mais valioso do que *y*, então *a* não faz *x*

Não é, portanto, tão simples chegar-se a conclusões estabelecendo relações causais do tipo “se ele agiu é porque ele queria”, ou ainda, “se ele sabia é porque ele queria” ou “se ele previu e mesmo assim agiu é porque ele queria o resultado”. Donald Davidson¹²⁶¹ hipotetiza assim:

P1. If an agent wants to do *x* more than he wants to do *y* and he believes himself free to do either *x* or *y*, then he will intentionally do *x* if he does either *x* or *y* intentionally

P2. If an agent judges that it would be better to do *x* than to do *y*, then he wants to do *x* more than he wants to do *y*

Segundo a perspectiva de Ricardo Tavares da Silva¹²⁶², o que Davidson defende seria:

nos casos nos quais o agente é fraco, no momento da formação da volição, não tem em conta todas as eventuais razões relevantes para querer (ou para não querer) o que quer. Assim, queremos o que julgamos ser o melhor de entre as opções consideradas no caso mas não de entre todas as opções que temos internamente ao nosso dispor (de que poderíamos e, como tal, deveríamos dispor no caso).

O problema é que não há como garantir que a pessoa tenha ponderado tudo quanto havia para ponderar na situação enfocada pelo sistema de controle e de punição. Assim como também será difícil avaliar como adequada ou não a valoração do sujeito diante da decisão tomada com base nas circunstâncias que utilizou para realizar a ponderação no caso enfocada, se é

o sentimento, o pensamento e a vontade: cada um deles tem sua origem nos deuses”. SNELL, Bruno. *A Cultura Grega e as Origens do Pensamento Europeu*. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 30.

¹²⁵⁸ SILVA, Ricardo Tavares da. Fraqueza da vontade e liberdade. *Dissertatio Revista de Filosofia*, Pelotas/RS, n. 51, 2020. p. 314. Doi: [HTTPS://DOI.ORG/10.15210/DISSERTATIO.V51I0.14962](https://doi.org/10.15210/dissertatio.v51i0.14962).

¹²⁵⁹ DAVIDSON, Donald. *How is Weakness of the Will Possible? Essays on Actions and Events*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1969.

¹²⁶⁰ KENNY, A. *Freewill and Responsibility*. London: Routledge & Kegan Paul, 1978.

¹²⁶¹ DAVIDSON, Donald. *How is Weakness of the Will Possible? Essays on Actions and Events*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1969. p. 23.

¹²⁶² SILVA, Ricardo Tavares da. Fraqueza da vontade e liberdade. *Dissertatio Revista de Filosofia*, Pelotas/RS, n. 51, 2020. p. 314. Doi: [HTTPS://DOI.ORG/10.15210/DISSERTATIO.V51I0.14962](https://doi.org/10.15210/dissertatio.v51i0.14962).

que houve mesmo uma ponderação. Portanto, não há fórmulas prontas para que se realize uma ponderação padrão. Não há como estabelecer, com alguma segurança, uma tabela de valores que pesariam mais do que outros, porque, a depender das circunstâncias, quanto mais complexas elas forem, a valoração pode exigir variação imprevista. Para Ricardo Tavares da Silva¹²⁶³, a perspectiva de Donald Davidson seria a de que “os supostos casos de não querer o que se considera ser o melhor e querer o que não se considera ser o melhor somente revelam a existência de *imponderação*, não que o determinismo psicológico é uma tese incorreta. O incontinente é, afinal, um imponderado”, ou, segundo Richard Holton¹²⁶⁴, um “volátil”.

No aprofundamento do estudo da akrasia, autores como Gary Watson¹²⁶⁵, segundo Ricardo Tavares da Silva¹²⁶⁶, distinguem “avaliação de motivação: a avaliação não é necessariamente fonte de motivação, pelo que pode haver desfasamento entre o que se avalia e o que se quer”. Assim é que “o autor está, portanto, a dissociar a força interna que compele o querer da avaliação que, eventualmente, serve de guia a esse querer, tornando verdadeiramente concebível a fraqueza da vontade”. Ricardo Tavares da Silva arremata:

A “razão” não é, conseqüentemente, fonte de motivação; não concorre com a “paixão” na conquista pelas volições. A razão não se impõe causalmente, isto é, pela força do estado mental avaliativo em si, mas racionalmente, isto é, pelas razões que apresenta (pela pertinência do conteúdo avaliativo). Algo (a vontade, dir-se-á) pode fazer com que razão (as razões) se superiorize(m) à paixão (às paixões); mas ela não o faz por si. O entendimento que vê na razão uma faculdade de motivação fá-lo porque não distingue os dois significados da expressão “querer mais”. Para o autor, há que distinguir o sentido avaliativo – preferir x a y ou considerar x mais valioso do que y – do sentido motivacional – estar mais motivado para x do que para y.

Fernando Martins Mendonça¹²⁶⁷ aborda mais especificamente a questão da akrasia, inventariando suas variações e as contribuições da filosofia grega no seu desenvolvimento. Perpassa sucintamente os alegados cálculos racionais que as pessoas fazem para a tomada de decisões em determinadas situações, muito embora acabem deliberando contrariamente a tais cálculos, o que aponta para um viés de certa irracionalidade.

¹²⁶³ SILVA, Ricardo Tavares da. Fraqueza da vontade e liberdade. *Dissertatio Revista de Filosofia*, Pelotas/RS, n. 51, 2020. p. 316. Doi: [HTTPS://DOI.ORG/10.15210/DISSERTATIO.V51I10.14962](https://doi.org/10.15210/dissertatio.v51i10.14962).

¹²⁶⁴ HOLTON, Richard. Intention and Weakness of the Will. *Massachusetts Institute of Technology Education*, 1999. Disponível em: <http://web.mit.edu/holton/www/pubs/Weakness.pdf>. Acesso em 5.6.2021.

¹²⁶⁵ WATSON, Gary. Free Agency. *The Journal of Philosophy*, v. 72, n. 8, 1975. p. 205-220; Ou ainda: WATSON, Gary. Skepticism about Weakness of Will. *The Philosophical Review*, v. 86, n. 3, 1977. p. 316-339.

¹²⁶⁶ SILVA, Ricardo Tavares da. Fraqueza da vontade e liberdade. *Dissertatio Revista de Filosofia*, Pelotas/RS, n. 51, 2020. p. 322-323. Doi: [HTTPS://DOI.ORG/10.15210/DISSERTATIO.V51I10.14962](https://doi.org/10.15210/dissertatio.v51i10.14962).

¹²⁶⁷ MENDONÇA, Fernando Martins. Sobre a akrasia em Aristóteles: sua possibilidade, a abordagem dialética e a resposta antissocrática ao problema. *Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Filosofia*, 2011. p. 12 ss. Disponível em: <https://philpapers.org/archive/MENSAA-3.pdf>. Acesso em 23.5.2021.

Daniel Kahneman¹²⁶⁸ sublinha as incoerências nesses pressupostos “cálculos mentais”. Segundo o autor, não raramente, “resultados que são quase certos recebem menos peso do que a probabilidade deles justifica”, enquanto “O peso excessivo dado a probabilidades pequenas aumenta a atratividade tanto de apostas como de apólices de seguro”. O autor sustenta que “os pesos de decisão que as pessoas atribuem a resultados não são idênticos às probabilidades desses resultados, contrariamente ao princípio da expectativa”. Logo, “Resultados improváveis recebem peso excessivo – isso é o efeito de possibilidade. Resultados que são quase certos recebem peso insuficiente em relação à certeza existente”. Argumenta que “Quando você presta atenção numa ameaça, você se preocupa – e os pesos de decisão refletem até que ponto se preocupa”. Ocorre que, “graças ao efeito de possibilidade, a preocupação não é proporcional à probabilidade da ameaça. Diminuir ou amenizar o risco não é adequado; para eliminar a preocupação, a probabilidade deve ser reduzida a zero”.¹²⁶⁹

Segundo Fernando Martins Mendonça¹²⁷⁰, sobretudo pelas lentes de Aristóteles, “A deliberação (*bouleusis*) é” [...] “algo bastante próximo do querer (*boulesis*), já que têm relação com a razão. Mas não ocorre apenas em relação ao querer, pois há deliberação acerca de apetites e impulsos”¹²⁷¹. A realidade é que, naquele contexto, como dissemos, o que prevalecia era a “vontade divina”¹²⁷², e quem não a seguisse era encarado como transgressor.

As questões que se colocam sobre o período enfocado, controversas até hoje, a partir das reflexões apresentadas por Julian Jaynes e sobretudo por Bruno Snell, como, aliás, argumentado por Christiano Pereira de Almeida¹²⁷³, são: “os heróis dessa extensa trama seriam capazes de tomar decisões por si mesmos? Ou seriam destituídos da consciência de seus atos e totalmente submissos às intervenções divinas?”. Assim é que se vê acesa a

¹²⁶⁸ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar* – duas formas de pensar. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 389-390.

¹²⁶⁹ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar* – duas formas de pensar. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 394.

¹²⁷⁰ MENDONÇA, Fernando Martins. Sobre a acrasia em Aristóteles: sua possibilidade, a abordagem dialética e a resposta antissocrática ao problema. *Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Filosofia*, 2011. p. 12 ss. Disponível em: <https://philpapers.org/archive/MENSAA-3.pdf>. Acesso em 23.5.2021.

¹²⁷¹ MENDONÇA, Fernando Martins. Sobre a acrasia em Aristóteles: sua possibilidade, a abordagem dialética e a resposta antissocrática ao problema. *Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Filosofia*, 2011. p. 30. Disponível em: <https://philpapers.org/archive/MENSAA-3.pdf>. Acesso em 23.5.2021.

¹²⁷² Ricardo Freitas, em texto sobre o direito penal grego, observa essa presença divina constante na construção do sistema de controle e de punição: “Platão nos fala que o governo que atua em obediência às leis é aquele que mais se aproxima do governo divino. Para ele, entre as leis sabiamente concebidas está aquela que ‘proíbe que os jovens questionem o que é certo ou errado no conjunto das leis, tendo todos, ao contrário, que declarar em uníssono, de uma só voz, que todas são retamente estabelecidas por decreto divino’”. FREITAS, Ricardo. *Direito penal grego: um estudo com base em Platão*. *Revista Acadêmica*, v. 85, n. 2, 2013. p. 140.

¹²⁷³ ALMEIDA, Christiano Pereira de. Consciência e decisão na *Ilíada*: uma discussão da hipótese de Julian Jaynes. *Rónai: Revista de Estudos Clássicos e Tradutórios*, Juiz de Fora, v. 7 n. 1, 2019. p. 61.

circunstância desenvolvida por Snell, e lembrada por Feyerabend, sobre se teria sido “Aquiles capaz de ponderar?”¹²⁷⁴, ou seja, de tomar realmente uma decisão consciente, ou agiria sempre impellido pelos deuses? O texto homérico está repleto de dilemas vivenciados por seus heróis e de intervenções divinas, diante das quais os heróis sempre cediam, que deixam transparecer um contexto no qual “decisões humanas são apenas manifestações de vontades divinas”¹²⁷⁵, levando-nos a perceber que não se dava a devida importância ao tema da *volição*.¹²⁷⁶

Como dissemos no início, de maneira mais densa e estruturada, é apenas com Descartes que o ato de duvidar e, por consequência, a ideia de pensamento racional e mesmo de volição, começam a figurar como o centro das atenções. Segundo a perspectiva de Christiano Pereira de Almeida¹²⁷⁷, “a existência de um ‘eu’ que pensa a única certeza que resta de sua dúvida hiperbólica: ‘verifico aqui que o pensamento é um atributo que me pertence; só ele não pode ser separado de mim. Eu sou, eu existo: isto é certo (DESCARTES, 1973 [1641], p. 102)¹²⁷⁸”. O autor adverte: “Isso não implica que o pensamento só tenha surgido após a formulação cartesiana, assim como não faz sentido acreditar que uma língua que não disponha de um nome para determinada tonalidade de cor impeça seus falantes de percebê-la”.

¹²⁷⁴ ALMEIDA, Christiano Pereira de. Consciência e decisão na *Ilíada*: uma discussão da hipótese de Julian Jaynes. *Rónai*: Revista de Estudos Clássicos e Tradutórios, Juiz de Fora, v. 7 n. 1, 2019. p. 62.

¹²⁷⁵ ALMEIDA, Christiano Pereira de. Consciência e decisão na *Ilíada*: uma discussão da hipótese de Julian Jaynes. *Rónai*: Revista de Estudos Clássicos e Tradutórios, Juiz de Fora, v. 7 n. 1, 2019. p. 63.

¹²⁷⁶ O que tem relação com a própria história do desenvolvimento da filosofia [nesse caso, no início, aquela chamada de *antiga*], com os gregos sobretudo, uma vez que em seu primeiro momento a preponderância era no ser, no ontológico, no que parecia ser objetivo, na busca constante pelo belo e ordenado, pelo harmônico, baseada na ideia do cosmo, onde cada coisa deveria, naturalmente, ocupar o seu devido lugar, o que estrutura uma relação de passividade, de aceitação, da pessoa em relação à natureza das coisas, dissociada, portanto, da ideia de vontade. Assim, a pessoa não conduz sua vida conforme sua vontade, mas é conduzida pela natureza das coisas, pela ordem estabelecida. Alimenta-se uma atmosfera determinista, avessa ao livre-arbítrio, ao poder de decidir, em que os deuses, nesse contexto, viviam à espreita, castigando quem desrespeitasse a ordem das coisas. Somente com a filosofia encarada como moderna é que a ênfase passou a ser na racionalidade do ser humano, na sua autonomia e na ideia de individualidade (e de autodeterminação), que é justamente quando René Descartes se notabiliza com a propulsão da viragem do *teocentrismo* ao *antropocentrismo*, instigando-se retirar o ser humano da passividade em relação às coisas. Emancipa-se, portanto, esse sujeito, que passa a ser crítico do estado de coisas de certa maneira passivo com o qual convivia até ali. Por fim, é na filosofia contemporânea que as atenções se voltam para a linguagem humana, cujo processo de capilarização na filosofia pode ser acompanhado, por todos, em: OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1997. O presente resumo sobre a filosofia e suas fases, de maneira propositalmente simplificada, dadas as complexidades envolvidas e a falta de linearidade, realizamos, com eventuais impropriedades correndo por nossa conta, com base em: SOUZA, Draiton Gonzaga de. *Pensar ordenadamente*: lógica. Aula 1, Parte 3. Curso virtual de extensão ofertado pela PUC/RS, 2021.

¹²⁷⁷ ALMEIDA, Christiano Pereira de. Consciência e decisão na *Ilíada*: uma discussão da hipótese de Julian Jaynes. *Rónai*: Revista de Estudos Clássicos e Tradutórios, Juiz de Fora, v. 7 n. 1, 2019. p. 69.

¹²⁷⁸ DESCARTES, René. *Meditações*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

Sobre a perspectiva de Descartes, Hegel¹²⁷⁹ argumenta que ele defende ser “necessário duvidar de tudo, quer dizer, abandonar todos os pressupostos. De *omnibus dubitandum est* foi a primeira proposição de Descartes, na qual desabam todos os pressupostos e as próprias determinações”. Segundo Hegel, “Isto não é tomado no sentido do ceticismo, que não se propõe outro objetivo do que a própria dúvida e a permanência nesta indecisão do espírito”. Ainda em Hegel¹²⁸⁰, sobre a perspectiva do ato de duvidar, em uma de suas obras mais destacadas, a expressão aparece mais de três dezenas de vezes, sobretudo como retórica argumentativa. Numa delas, por exemplo, naquilo que mais nos interessa, que é o seu ponto de vista filosófico, o autor conduz a explicação da seguinte maneira:

78 - [*Das natürliche*] A consciência natural vai mostrar-se como sendo apenas conceito do saber, ou saber não real. Mas à medida que se toma imediatamente por saber real, esse caminho tem, para ela, significação negativa: o que é a realização do conceito vale para ela antes como perda de si mesma, já que nesse caminho perde sua verdade. Por isso esse caminho pode ser considerado o caminho da dúvida [*Zweifeln*] ou, com mais propriedade, caminho de desespero [*Veizweilflung*]; pois nele não ocorre o que se costuma entender por dúvida: um vacilar nessa ou naquela pretensa verdade, seguido de um conveniente desvanecer-de-novo da dúvida e um regresso àquela verdade, de forma que, no fim, a Coisa seja tomada como era antes. Ao contrário, a dúvida [que expomos] é a penetração consciente na inverdade do saber fenomenal; para esse saber, o que há de mais real é antes somente o conceito irrealizado. Esse ceticismo, que atingiu a perfeição, não é, pois, o que um zelo severo pela verdade e pela ciência tem a ilusão de ter aprontado e aparelhado para elas, a saber: o propósito de não se entregar na ciência à autoridade do pensamento alheio, e só seguir sua própria convicção; ou melhor ainda: tudo produzir por si mesmo, e só ter o seu próprio ato como sendo o verdadeiro.

Se percorrêssemos a perspectiva fenomenológica, veríamos ainda a ideia de vontade como um ingrediente de tratamento privilegiado entre os mais destacados autores. No caso de Edmund Husserl¹²⁸¹, conforme advertido por Julio César Vargas Bejarano¹²⁸², mesmo diante do “horizonte oscuro de la conciencia”, “la descripción fenomenológica de la voluntad no se restringe al campo ético, sino que ofrece los cimientos para una teoría de la acción”. O autor¹²⁸³ deixa claro que, a partir de Husserl¹²⁸⁴, “la resolución no siempre está precedida de una ponderación de los valores, pues en algunas ocasiones, no hay tiempo para ello. Cuando apremia el peligro, se debe actuar de inmediato”. E arremata: “en estos casos la aspiración

¹²⁷⁹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Leçons sur L'Histoire de la Philosophie*. Trad. Pierre Garniron. Paris: Vrin, 1985. p.1390; Veja-se ainda: HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Vorlesungen über der Geschichte der Philosophie III. Werke in zwanzig Bänden*, v. 20. Frankfurt: Suhrkamp, 1993. p. 127.

¹²⁸⁰ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do espírito*. Parte I. Trad. Paulo Meneses. 2. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 1992. p. 66-67.

¹²⁸¹ HUSSERL, Edmund. *Crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental*. Barcelona: Crítica, 1954.

¹²⁸² BEJARANO, Julio César Vargas. Venturas y desventuras de la voluntad. Reflexiones a partir de la fenomenología de Edmund Husserl. *Revista Civilizar*, n. 14 (26), enero-junio, 2014. p. 238-239.

¹²⁸³ BEJARANO, Julio César Vargas. Venturas y desventuras de la voluntad. Reflexiones a partir de la fenomenología de Edmund Husserl. *Revista Civilizar*, n. 14 (26), enero-junio, 2014. p. 240.

¹²⁸⁴ HUSSERL, Edmund. *Einleitung in die Ethik*. Texte aus dem Nachlass (1920-1924). Dordrecht: Springer, 2004. p. 232.

volitiva se orienta hacia valores y principios morales, que se anuncian a través de la afectividad y de los sentimientos, sin que intervenga una deliberación serena”. O tema, entretanto, haveria de se desenvolver a partir de uma dupla perspectiva:

por una parte, la voluntad como una “capacidad” o estructura psíquica que permite unificar los actos y esfuerzos, todo ello en favor de metas que se busca alcanzar. Desde esta perspectiva psicológica, la voluntad es un atributo innegable – aunque controvertido – de la condición humana. Por otra parte, la cuestión de la voluntad puede considerarse desde la fenomenología trascendental. El asunto a indagar – en perspectiva filosófica, fenomenológica – es en qué medida interviene la voluntad en la constitución del mundo y en la configuración de lo real, lo ideal y lo posible.¹²⁸⁵

Francesco Carrara¹²⁸⁶, a respeito das cobranças por vezes existentes em cálculos relativamente serenos sobre as consequências do comportamento humano, argumenta:

El hombre irritado o amedrentado, que se apodera de un arma en medio de su ira o del pavor, asesta golpes por efecto del sentimiento que le agita; hiere por herir, no piensa en la muerte de su enemigo, o si esta idea cruza por su mente, no es como un efecto que absolutamente se proponga conseguir. En tales condiciones el hecho debe ser el único criterio para definir el título del delito, porque es el único dato en donde la justicia encuentra certeza.

Se fôssemos partir da “teoria da vontade” de Friedrich Nietzsche¹²⁸⁷, que, segundo Brian Leiter¹²⁸⁸, “tem sido corroborada por pesquisas recentes sobre a vontade desenvolvidas pela psicologia empírica”, seguiríamos uma trilha tão (ou mais) tortuosa quanto todas as outras. O autor, diante de um trecho de *Aurora*, ao identificar uma espécie de ironia elaborada por Nietzsche, argumenta que “quando agimos e dizemos ‘eu quero’ não é diferente e nem menos ridículo do que quando aquele ‘que saiu do seu aposento no minuto em que o Sol deixa o dele [...] diz: ‘Eu quero que o Sol nasça’”. E assim conclui que “a experiência do querer que precede uma ação não rastreia uma relação causal real: a experiência do querer é epifenomenal (em um sentido a ser especificado) com respeito a ação”. Nietzsche¹²⁸⁹, ainda conforme seu comentador,¹²⁹⁰ em *Gaia Ciência*, anota: “basta [a uma pessoa] o sentimento da vontade [...] para a suposição de causa e efeito”. E argumenta contrariamente a isso.

Fica evidente que são muitas as perspectivas sobre a vontade, sua formação e sua importância na interpretação (e na atribuição de responsabilidades) dos comportamentos humanos, quer

¹²⁸⁵ BEJARANO, Julio César Vargas. Venturas y desventuras de la voluntad. Reflexiones a partir de la fenomenología de Edmund Husserl. *Revista Civilizar*, n. 14 (26), enero-junio, 2014. p. 239.

¹²⁸⁶ CARRARA, Francesco. *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito*. Trad. Vicente Romero Girón. Madrid: F. Góngora, 1877. ponto 40.

¹²⁸⁷ Abstraída especialmente de: NIETZSCHE, Friedrich. *Aurora*. Trad. de Paulo César de Souza. São Paulo: Cia. das Letras, 2004.

¹²⁸⁸ LEITER, Brian. A teoria nietzschiana da vontade. *Cad. Nietzsche*, Guarulhos/Porto Seguro, v. 38, n. 3, setembro/dezembro, 2017. p. 18-19. DOI: <https://doi.org/10.1590/2316-82422017v3803bl>

¹²⁸⁹ NIETZSCHE, Friedrich. *A gaia Ciência*. Trad. de Paulo César de Souza. São Paulo: Cia. das Letras, 2001. p. 127.

¹²⁹⁰ LEITER, Brian. A teoria nietzschiana da vontade. *Cad. Nietzsche*, Guarulhos/Porto Seguro, v. 38, n. 3, setembro/dezembro, 2017. p. 19. DOI: <https://doi.org/10.1590/2316-82422017v3803bl>

seja na filosofia clássica (mesmo que nesta estivessem os comportamentos dependentes da “vontade dos deuses”), quer seja na filosofia moderna.¹²⁹¹ O fato é que são muitas as tentativas de capturar conceitualmente a ideia de vontade, e isso justamente dada a sua importância nesse contexto de compreensão da natureza humana, de modo que dificuldades ou mesmo a impossibilidade de mensuração segura do ponto de vista dogmático não autorizam o seu pronto descarte, a ponto de se perspectivar um dolo sem vontade, por exemplo. A impossibilidade de uma delimitação deve nos levar a interpretações mais favoráveis à liberdade, como se espera numa democracia. Ignorar a vontade no dolo com todas as suas complexidades é fechar os olhos para uma circunstância fundamental do comportamento humano.

Dessa maneira, com a filosofia nos ajudando a demonstrar que o nível de complexidade envolvido pode ser muito maior do que aquele normalmente admitido pela doutrina e pelos tribunais, a opção pelo dolo eventual, em que a dúvida (mais ou menos intensa) frutifica, da nossa perspectiva, só tem se sustentado por questões de política criminal, e não por questões eminentemente dogmáticas,¹²⁹² porque nessas não há segurança jurídica. A pretensão naquele campo do debate é a de que se puna mais intensamente quem, não tendo vontade em sua concretização, embora o tenha previsto, não atuou para evitar o resultado do seu comportamento. Ocorre que a circunstância estará presente tanto no dolo encarado como eventual quanto na negligência consciente, proliferando-se critérios de diferenciação entre uma coisa e outra. Assim, quem quer punir mais intensamente aquele comportamento encontra numerosa doutrina, enquanto quem não, também as encontra, só que em número bem escasso.

5. Referências conclusivas

Diante de todas as complexas questões abordadas, o que persiste é: se o dolo eventual é realmente seguro do ponto de vista da coerência (ou lógica) dogmática, ao que se deve essa

¹²⁹¹ Nesta última, a propósito, Julio César Vargas Bejarano argumenta que a vontade ganhou “estatuto central”, “al punto de erigirla como el carácter esencial del espíritu humano, de la razón y de la acción, de la realidad”. BEJARANO, Julio César Vargas. *Venturas y desventuras de la voluntad. Reflexiones a partir de la fenomenología de Edmund Husserl. Revista Civilizar*, n. 14 (26), enero-junio, 2014. p. 238.

¹²⁹² O que não é de se estranhar. Veja-se, por exemplo: “Con todo, y aun cuando de este modo el debate se reviste del bagaje propio de la discusión dogmática, tampoco se oculta la cuota de protagonismo que en él ocupa el juicio en torno a la conveniencia y necesidad de su castigo. A nadie debiera extrañar que así sea teniendo en cuenta, entre otras razones, que el dolo eventual es una figura a menudo difícil de deslindar en sus límites respecto a la imprudencia, y que en ésta el legislador ha renunciado al castigo de las formas de imperfecta ejecución por razones, no conceptuales, sino estrictamente de política criminal”. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *Tentativa y dolo eventual: bases para su convivencia. Revista Justicia e Sistema Criminal*, v. 7, n. 13, p. 65-110, jul./dez. 2015. p.79-80. A autora menciona ainda: GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La imputación de los resultados producidos a largo plazo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p. 121 ss.

proliferação de perspectivas sobre sua existência, seu conceito, sua fundamentação, suas bases de sustentação e seus limites com as demais categorias dogmáticas? Não que a quantidade de argumentos seja propriamente um empecilho ao debate sobre o funcionamento do sistema jurídico-criminal, mas passa a sê-lo quando aqueles preponderantes eclipsam o que é fundamental numa democracia, sobretudo porque a caracteriza a estruturação de ferramentas que limitam o exercício do poder punitivo com estruturas que garantam o *status libertatis* no máximo de espaço possível. O que temos, na realidade – convém que se diga com todas as letras –, é um ambiente de certo modo caótico no contexto enfocado,¹²⁹³ com uma proliferação de perspectivas dúbias, no sentido aproximado àquele identificado por Antonio Vicente Marafioti Garnica¹²⁹⁴:

um caos de estabilidades possíveis, um caos que responde a uma ordem e atende a uma intencionalidade, qual seja, a possibilidade de um exercício de análise que se deixe levar pelas compreensões e indícios que surgem no emaranhado do rizoma [perspectivado como um *labirinto*, “com infinitos caminhos e infinitos atalhos”] no qual nos vemos inseridos desde o momento em que optamos por ter algo como objeto de análise. Ou mesmo antes disso: quando nos percebemos em meio ao rizoma das compreensões e interpretações que fiam a própria existência. ^[1295]

Por mais que resistamos a admitir um dolo do tipo eventual, o fato é que a legislação portuguesa o reconhece e admite (art. 14º.-3 do Código Penal), de modo que a crítica que temos feito ao longo da tese, se não haverá de servir para vê-lo ser ignorado ou mesmo abandonado, que sirva ao menos para que se perceba que sua utilização diante da tentativa, que também tem seus problemas de delimitação quanto à preparação, é uma providência demasiadamente expansiva de uma categoria ainda mal conformada em suas bases, uma categoria ainda em discussão sobre seus fundamentos, inclusive com proposta, como vimos, de ser substituída por outras, especialmente por conta das indefinições que traz consigo.

¹²⁹³ Na realidade, um verdadeiro labirinto, repleto de caminhos possíveis, como já fizemos constar no início de nossa tese, em que o Minotauro que justificou sua construção, aqui, representa extamente essa ideia de caos, cuja natureza é “hostil, incontrolável”, uma espécie de “símbolo de morte e de fecundidade (vida)”, como um espaço fecundo para o ato de duvidar. GARNICA, Antonio Vicente Marafioti. *A experiência do labirinto – metodologia, história oral e educação matemática*. São Paulo: Unesp, 2008. p. 26.

¹²⁹⁴ GARNICA, Antonio Vicente Marafioti. *A experiência do labirinto – metodologia, história oral e educação matemática*. São Paulo: Unesp, 2008. p. 14. A interpolação é nossa.

¹²⁹⁵ O autor retoma a ideia de “caótico”, especialmente para que não sejam cometidos equívocos na interpretação, mais adiante em seu texto, explicando que o desenvolvimento de uma “análise”, como a proposta na presente tese, será “um exercício caótico em sua essência”, sobretudo porque estaremos diante de “um manancial inesgotável de motivações que brota de todos e de toda parte”. Dito pormenorizadamente, segundo o autor, com quem de certo modo concordamos, “o adjetivo ‘caótico’”, também associado à “figura do labirinto”, “não tem aqui a acepção de ‘meramente desorganizado’”. Talvez seja o contrário disso: o contrário configura-se na aceitação de interferências várias (incluindo aquelas *aprioristicamente* julgadas ilegítimas), como vitais para a compreensão. O caótico, portanto, aqui, atende a uma intencionalidade: em síntese, aquela de mostrar a potencialidade de modos de compreender alternativos a um determinado cânone acadêmico”. GARNICA, Antonio Vicente Marafioti. *A experiência do labirinto – metodologia, história oral e educação matemática*. São Paulo: Unesp, 2008. p. 89.

Não se nega que subjetividades estejam presentes em toda a dogmática jurídico-criminal, inclusive no próprio dolo direto; não se trata de colocar tudo em xeque e de advogar uma paralisação do sistema, mas de resistir à aceitação de uma carga de subjetividade e de indefinições que é incompatível com uma dogmática atenta aos valores democráticos, restritiva do poder punitivo, ou seja, com uma estrutura que somente se prestará a exercer o seu papel de reguladora da vida das pessoas a partir de um cenário menos fértil às arbitrariedades dos eventuais intérpretes da norma. Da nossa perspectiva, uma estrutura dogmática em democracia deve ser, antes de tudo, sinônimo de frustração à tendência natural à expansão¹²⁹⁶ e deve servir como obstáculo, barreira e solo árido para as arbitrariedades.

¹²⁹⁶ Sobre essa tendência natural de expansão do exercício do poder, veja-se, entre outros: MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 164 ss.

CAPÍTULO II – AS TESES SOBRE A (IN)CONGRUÊNCIA ENTRE A TENTATIVA E O DOLO EVENTUAL PARA EFEITO DE RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL: EXPLORANDO O CERNE DA PROBLEMATIZAÇÃO PROPOSTA A PARTIR DE PORTUGAL

1. Considerações iniciais

Com o início dos trabalhos de revisão do Código Penal português em 1989, a questão da tentativa com dolo eventual foi apresentada, embora não propriamente discutida, em 23 de janeiro daquele ano. O Conselheiro Manso Preto reconheceu existirem “algumas dificuldades quanto à compatibilidade entre a tentativa e o dolo eventual, colocando-as no plano da interpretação da lei e no da necessidade de modificação legislativa”. Naquela oportunidade, Jorge de Figueiredo Dias ponderou que uma modificação no art. 23.º do Código Penal, que estabelece a punibilidade da tentativa, “levaria à afirmação, na Parte Especial, num grande número de crimes, de que a tentativa era punível, o que exige um grande cuidado na concretização desta solução”.¹²⁹⁷ Adiada a discussão, ela só foi retomada em 12 de setembro do mesmo ano, quando, sem maiores explicações e sem se discutir novamente a compatibilidade de ambas as categorias, foi aprovada a ideia da “punibilidade da tentativa se o crime consumado respectivo corresponder a pena superior a 3 anos de prisão”.¹²⁹⁸

O legislador português, no processo de (re)formulação da parte geral do código penal, não se debruçou de maneira demorada sobre o tema, tratando-o no estilo *en passant*, ao menos naquilo que ficou documentado nas atas dos trabalhos da comissão, o que nos impede de afirmar o que exatamente pode ter sido levado em consideração como preponderante ao se deixar tão demasiadamente aberta a possibilidade de uma tentativa com dolo eventual. Isso estimula a proliferação de uma série discussões, com prós e contras, muito embora o fluxo seja mais frequentemente observado mais para um lado (a favor) do que para o outro (contra). O que se pressupõe aqui, e que se argumentará mais pormenorizadamente no próximo capítulo, é que a inclinação para uma possibilidade de punição se deve a questões de política criminal.

Ainda durante o curso de mestrado, um sucinto inventário sobre as doutrinas a respeito da (in)congruência entre a tentativa e o dolo eventual já havia sido moldado por nós, conforme

¹²⁹⁷ PORTUGAL. Ministério da Justiça. Código Penal – actas e projecto da comissão de revisão. Lisboa: Rei dis Livros, 1993. p. 12.

¹²⁹⁸ PORTUGAL. Ministério da Justiça. Código Penal – actas e projecto da comissão de revisão. Lisboa: Rei dis Livros, 1993. p. 151.

destacado no item 1.1 de nossas Considerações Introdutórias.¹²⁹⁹ Ocorre que, passados alguns anos dessa iniciativa, o cenário se mantém, de modo que, neste capítulo, a intenção é estabelecer uma análise crítica mais profunda e avançada a respeito da temática.

Não obstante as controvérsias que ainda persistem sobre a possibilidade de uma tentativa com dolo eventual, o que nos parece menos problemático – embora, como veremos, encontremos quem defenda o contrário – é a impossibilidade da tentativa com negligência, seja ela qual for (consciente ou inconsciente). Segundo Juarez Tavares¹³⁰⁰, apesar de nos ser possível a identificação de uma espécie de *iter criminis* no crime negligente, “o início da execução da ação típica por meio da violação da norma de cuidado não implica, desde logo, a incidência da norma penal”. Assim, por se constituírem crimes vinculados à inobservância de “normas regulamentares” ou “extrapenais”, o autor alega que o fato “só passa a interessar ao direito penal na medida em que produza um resultado de tal forma grave que esteja previsto em um tipo de delito”. Para ele, nesses crimes, “não se lhes pode reconhecer a forma tentada”.

Maria Fernanda Palma¹³⁰¹ também argumenta não ser possível uma tentativa negligente. A autora, para quem “a tentativa é uma extensão da punibilidade de tipos dolosos, nos termos do artigo 22.º, n.º 1, que expressamente requer a existência de decisão criminosa”, alega não ser possível uma tentativa nesses moldes por conta da “inviabilidade de os actos de execução, só por si e na ausência de resultado, serem identificados como acção de certa espécie, a do crime consumado, abstraindo do dolo de consumação (intenção no sentido de finalidade)”. Assim, “uma tentativa negligente não seria mais do que um crime de perigo negligente previsto em termos genéricos – e, portanto, com um diminuto grau de respeito pela exigência de tipicidade”. A conclusão da autora é a de que “a admissão de tentativa negligente seria incorrecta nos planos lógicos e linguístico”. Logo, “*tentar algo* pressupõe *intencionar*”.

José Arturo González Quintanilla¹³⁰² constata que Luís Jiménez de Asúa¹³⁰³ admitia já existirem discussões sobre a possibilidade de tentativa em crimes negligentes. Embora reconheça como possível a hipótese enfocada, o autor conclui que isso “no quiere decir que lo sea en la dogmática española y argentina: *de lege lata* no es posible construirla en las acciones

¹²⁹⁹ O trabalho final aprovado está disponível para consulta em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/44825>. Acesso em 24 mar. 2021.

¹³⁰⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 427-428

¹³⁰¹ PALMA, Maria Fernanda. *Da “tentativa possível” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 78-79. No mesmo sentido: CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal – parte geral – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982 – II penas e medidas de segurança*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 440.

¹³⁰² GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. *Derecho penal mexicano – parte general y parte especial*. 5. ed. México: Editora Porrúa, 1999. p. 514.

¹³⁰³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. *Tratado de derecho penal – el delito y su exteriorización – tomo VII*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1977. p. 507-509-918.

culposas, y solo quedarían las observaciones que preceden para la posible reforma de la ley penal; es decir, *de lege ferenda*”.

Juan Carlos Ferré Olivé [*et al.*]¹³⁰⁴, embora se posicione contrário à congruência de ambas as categorias dogmáticas mencionadas [tentativa e negligência], observa que “Muitos autores admitem a tentativa de crime culposo em alguns casos clássicos entre a doutrina tradicional (casos de culpa consciente – o homem embriagado que decide conduzir um veículo; [...])”. O autor adverte, entretanto, com amparo em Esteban Sola Reche¹³⁰⁵, que admitir uma tentativa com negligência seria dar lugar “ao absurdo de se entender que ‘o autor perseguia, com seu comportamento, um resultado que não queria que se produzisse’”.

Para Günter Stratenwerth¹³⁰⁶, “Una tentativa ejecutada sin dolo no sólo no está abarcada por la definición legal, sino que no es siquiera concebible”. Já para Francesco Carrara¹³⁰⁷, imaginar uma tentativa com negligência seria como sonhar com uma *aberração* lógica. Nesse contexto, da perspectiva da legislação portuguesa, a ideia de tentativa “pressupõe já, *per definitionem*, a existência de um plano ou de uma decisão no sentido da prática do crime (artigo 22.º, n.º 1, do CP); está desde logo bloqueada a possibilidade de se falar numa tentativa negligente”¹³⁰⁸. Logo, o que se tem é que o fato tentado “é uma forma de expressão dos factos dolosos”; “sustentar o contrário seria uma notória contradição nos termos”¹³⁰⁹. Segundo José de Faria Costa¹³¹⁰, “a punibilidade da tentativa a título de negligência seria não uma contradição, mas antes uma incongruência”, isso porque,

[...] já que a introdução da punibilidade da conduta no âmbito da dignidade penal tem de corresponder à valência axiológica que aquela explicita e, manifestamente, a hipótese jurídica de uma tentativa presidida subjectivamente pela negligência não é abarcada sequer pelo limiar mínimo do sentido unitário que buscamos.

O problema é que a força e a solidez dos argumentos contrários à ideia de uma tentativa com negligência – sendo, a todas as luzes, a congruência, uma iniciativa dogmaticamente insustentável – não parecem influenciar receios mais numerosos por parte da doutrina que advoga uma tentativa com dolo do tipo eventual, sobretudo porque a barreira entre uma coisa

¹³⁰⁴ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal brasileiro – parte geral: princípios fundamentais e sistema. Apresentação e prólogo de Claus Roxin*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 578 ss.

¹³⁰⁵ SOLA RECHE, Esteban. *La llamada “tentativa inidónea” de delito*. Granada: Comares, 1996.

¹³⁰⁶ STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal – parte general I – el hecho punible*. 4. ed. Trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 334.

¹³⁰⁷ CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal – parte general*. Trad. José J. Ortega Torres e Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1971. p. 254.

¹³⁰⁸ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 433.

¹³⁰⁹ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 433.

¹³¹⁰ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v. I, 1984. p. 684.

(negligência) e outra (dolo eventual) não é tão clara. Sendo este tipo de dolo, como antevisto, construído paredes-meias com a negligência consciente, ou seja, com a separação de ambas as categorias por uma linha tênue e esmaecida, isso parece não estimular maiores ressalvas. A conclusão da doutrina é que, sendo modalidade de dolo, não seria nenhum absurdo combinar dolo eventual com tentativa, já que esta só se admite punir legalmente pela via dolosa. Assim, convenhamos, ainda que bastante discutível, esta conclusão seria bem menos *estranha* do que um compromisso com a defesa de uma tentativa do tipo negligente, por exemplo.

Ficou, portanto, evidente que a fronteira entre a negligência consciente e o dolo eventual “paira sob uma penumbra, uma zona gris”¹³¹¹, logo, já o dissemos, não é por acaso que o dolo eventual tem sido “percebido e tematizado como uma zona cinzenta ou como espaço de dúvida situado entre o dolo e a negligência”¹³¹². Como observado por Paul Feyerabend¹³¹³, mesmo que em outro contexto, “casos duvidosos sempre apresentam especialistas a favor de um dos lados, especialistas a favor do outro e especialistas que defendem uma posição intermediária”. Aqui, evidentemente, não seria diferente. Receia-se que o alargamento da punibilidade dolosa da tentativa, justificado mais por questões de política criminal do que dogmáticas, para não deixar situações injustas sem responsabilização alegadamente mais adequada, pode servir a pavimentar um ambiente de viés um tanto quanto expansivo do poder punitivo, que faz sua estrutura valendo-se justamente da utilização de categorias desmedidamente subjetivas.

Em algumas oportunidades autores como Elena Farre Trepát¹³¹⁴, Josep-Maria Tamarit Sumalla¹³¹⁵, Miguel Ángel Nuñez Paz¹³¹⁶, José de Faria Costa¹³¹⁷, entre outros, o fazem de uma maneira pormenorizada. Inventários sobre os posicionamentos doutrinários a respeito do tema enfocado foram realizados procurando demonstrar que a problematização proposta ao longo da presente tese parece estar longe de ser uma espécie de “página virada” na dogmática jurídico-criminal. Os esforços de iniciativas como essas vão sempre no sentido de se destacar

¹³¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito* – uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira. Coimbra: Almedina, 2007. p. 177.

¹³¹² FÁRIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 410.

¹³¹³ FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Trad. Cezar Augusto Mortari. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2011. p. 318.

¹³¹⁴ FARRE TREPAT, Elena. Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución – comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1982. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, serie 1, n. 3, 1986.

¹³¹⁵ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. XLV, 1992.

¹³¹⁶ NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *El delito intentado* – fundamento de su punición. Concepto, naturaleza y elementos. La llamada tentativa inidónea. El desistimiento en la tentativa. Madrid: Colex, 2003. p. 48 ss.

¹³¹⁷ FÁRIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual revisitados. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 132, n. 3.903, 1999.

que há sim resistência fundamentada, mesmo diante da instalação de um certo *clima de aceitação* da possibilidade de punição de uma tentativa com dolo eventual.

É nesse contexto que, na sequência, passaremos em revista o posicionamento dos principais nomes de Portugal e de alguns outros países, especialmente da Europa,¹³¹⁸ com os quais há uma relação de proximidade da doutrina portuguesa, sobre o tema enfocado, bem como o posicionamento de alguns dos principais tribunais europeus, incluindo-se, é evidente, os portugueses, no mesmo contexto discursivo. No caso da análise jurisprudencial, é importante que se esclareça que o nosso foco será tanto na pesquisa das decisões mais recentes quanto naquelas que podem ser encaradas como paradigmáticas, que, embora não sejam recentes, constituíram-se num marco no debate sobre o tema enfocado.

2. Argumentos favoráveis à punibilidade

Em Portugal, que é, como antevisto, o nosso foco principal, Manuel Cavaleiro de Ferreira¹³¹⁹ argumenta a partir de uma perspectiva lógico-formal, defendendo que “o objecto jurídico do crime de tentativa é o mesmo que a norma incriminadora do crime consumado tutela”. Afirma que “O dolo, na tentativa, é o dolo do crime consumado”. No entanto, percebe-se certa hesitação do autor quando constata e questiona: “A única dúvida, porventura possível, é acerca da noção de dolo na tentativa. A ‘decisão voluntária’ do agente da tentativa equivale só a dolo directo ou também a dolo eventual?”. E conclui: “Não parece que tal dúvida tenha razão de ser suficiente. Tanto o dolo directo como o dolo eventual são dolo, como são também decisão voluntária”.

Esse tipo de argumento sintetiza bem a linha comumente adotada, praticamente sem reservas, por autores em Portugal e em outras partes da Europa. No caso de Portugal, essa posição,

¹³¹⁸ Nosso foco, portanto, além de Portugal, será em Espanha, Alemanha e Itália, onde as discussões se encontram num estágio mais amadurecido e avançado com a presença de, ao menos, três correntes doutrinárias distintas. Os sistemas jurídicos dos mencionados países, embora distintos, compartilham semelhanças e se influenciam mutuamente de tempos em tempos. Seria inviável se nos deslocássemos, com o intuito de ver desenvolvido o debate, para um país cujas raízes estivessem fincadas numa cultura jurídica de *common law*, pelas diferenças na construção de categorias conceituais. Entretanto, se nos dedicássemos a observar o sistema dos Estados Unidos, por exemplo, Fernando Londoño Martínez nos advertiria que se constataria que o equivalente ao nosso elemento subjetivo não seria o mesmo tanto no crime consumado quanto no tentado. O autor dirá: “la situación ha sido menos discutida y una solución sería relativamente incierta en el *common law*, en principio, si bien la solución estándar en el derecho estadounidense limitaría la punibilidad de la tentativa (*attempt*) a la concurrencia de un propósito (*purpose*), estableciéndose, en su caso, una exigencia de *mens rea* más alta para el *attempt* que para el delito consumado”. MARTÍNEZ, Fernando Londoño. Estudio sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual en Chile. ¿Hacia una noción de tipo penal diferenciado para la tentativa? *Revista de Ciencias Penales Sexta Época*, v. XLIII, n. 3, 2016. p. 100. O autor se ampara em: FLETCHER, George P.. *Basic concepts of criminal law*. New York: Oxford Univ. Press, 1998. p. 174 ss.

¹³¹⁹ CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal – parte geral – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982 – II penas e medidas de segurança*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 404.

além de Manuel Cavaleiro de Ferreira, agrupa autores como Eduardo Correia, Jorge de Figueiredo Dias, Manuel de Oliveira Leal-Henriques, Manuel José Carrilho de Simas Santos, Inês Almeida Costa, Maria Fernanda Palma e, ao que tudo indica, Júlio Gomes.

Em Espanha, tem-se, na defesa da punibilidade da tentativa com dolo eventual, autores como Miguel Ángel Núñez Paz, Enrique Bacigalupo, Francisco Muñoz Conde, Jesus-Maria Silva Sánchez, José Cerezo Mir, Diego-Manuel Luzón Peña, Elena Farré Trepas, Mirentxu Corcoy Bidasolo, José Antón Oneca, Gonzalo Rodríguez Mourullo, Luis Jiménez de Asúa, Rafael Alcácer Guirao, Manuel Cobo del Rosal, Tomás Salvador Vives Antón, entre outros.

Em Alemanha, apresentam-se Hans Welzel, Hans-Heinrich Jescheck, Claus Roxin, Günther Jakobs, Günter Stratenwerth, Rolf Dietrich Herzberg, Wolfgang Frisch, Kristian Kühl, Reinhart Maurach, Johannes Wessels, Eduard Dreher e Herbert Tröndle, Hans-Joachim Rudolphi, Karl Lackner, Jürgen Baumann, Walter Peters e Holger Preisendanz, Wolfgang Joecks, Edmund Mezger, Hugo Meyer, August Finger, Wilhelm Sauer, Franz von Liszt, entre outros.

E, por último, em Itália, embora exista maior resistência, há Biagio Petrocelli, Ottorino Vannini, Mario Romano, Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini, entre outros.

Entre os portugueses, na perspectiva de Eduardo Correia¹³²⁰, sobre a ideia de “intenção” utilizada pelo Código Penal (art. 14.º), seria “evidente” que com a expressão se associasse “o dolo necessário ou eventual, já que se trata de formas inteiramente equivalentes de um ponto de vista normativo e, portanto, que devem merecer o mesmo tratamento”. Em linha de aproximação, para Jorge de Figueiredo Dias¹³²¹, não há “incompatibilidade lógica e dogmática entre o tentar cometer um facto doloso e a representação da realização apenas como possível, conformando-se o agente com ela”. Também para Manuel de Oliveira Leal-Henriques e Manuel José Carrilho de Simas Santos¹³²², não há incompatibilidade entre tentativa e dolo eventual, de modo que “o requisito ‘decidir cometer um crime’ (art. 22.º, n.º 1, do C. Penal de 1982) pode satisfazer-se com a representação da realização de um facto como consequência possível da conduta, tendo o agente actuado conformando-se com aquela realização”.

¹³²⁰ CORREIA, Eduardo. *Direito criminal: I – Tentativa e frustração. II – Participação criminosa. III – Pena conjunta e pena unitária*. Coleção Stvdivm – temas filosóficos, jurídicos e sociais. Coimbra: Coimbra, 1953. p. 31-32.

¹³²¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I, 2. ed., Coimbra: 2012. p. 695.

¹³²² LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira; SIMAS SANTOS, Manuel José Carrilho. *Código Penal anotado – volume I (art.ºs 1.º a 130.º)*. 3. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2002. p. 289.

Na mesma linha, ainda com a doutrina portuguesa, argumentam favoravelmente à congruência: Inês Almeida Costa¹³²³, para quem “à tentativa não devem ser feitas exigências mais severas que aquelas feitas para qualquer tipo de ilícito doloso, pelo que, se aqui basta a verificação do dolo eventual, também assim ali será”. Segundo a autora, existe “igual dignidade punitiva e de semelhante necessidade de pena em relação aos restantes casos de tentativa”, sem necessidade de “tratamento distinto”; Maria Fernanda Palma¹³²⁴, para quem, “na perspectiva do desvalor da acção, do ilícito, não há qualquer razão para diferenciar qualitativamente o dolo eventual”. A autora faz críticas à perspectiva contrária à punibilidade da tentativa com dolo eventual apresentada por José de Faria Costa, argumentando que “o preceito legal (artigo 14.º) se refere à realização do facto e não à tentativa de realização do facto”; conclui que “é o próprio autor que, colocando com transparência os seus argumentos, os destrói ao reconhecer que o problema também se poria perante outras formas de dolo, para além do dolo eventual”.¹³²⁵

Em sentido aproximado, embora não se possa dizer que sua posição é propriamente clara sobre o tema enfocado, não se pode deixar de lado a perspectiva de Júlio Gomes¹³²⁶, que também passa em revista, com um viés essencialmente crítico, a posição sustentada por José de Faria Costa. O autor destaca os argumentos utilizados por este e os contrapõe especialmente aos argumentos da doutrina alemã majoritária – favorável, como se verá na sequência, à punibilidade –, mas encerra a análise “deixando em aberto” uma série de questionamentos que faz sobre a ideia de inviabilidade da punibilidade. O fato é que, da análise, deduz-se uma inclinação pela aceitação da punibilidade da tentativa com dolo eventual.

Em Espanha, a perspectiva de Miguel Ángel Núñez Paz¹³²⁷ é a de que “No parece, sin embargo, que la tentativa con dolo eventual deba tener un tratamiento distinto del que corresponde a la tentativa con dolo directo, a pesar de la disposición del artículo 16.1 del

¹³²³ ALMEIDA COSTA, Inês. *A chamada tentativa inidónea por inaptidão do sujeito no contexto global do problema da tentativa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 94.

¹³²⁴ PALMA, Maria Fernanda. *Da “tentativa possível” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 80-81.

¹³²⁵ Para nós, entretanto, reconhecer que também outras formas de dolo padecem do problema enfocado não significa enfraquecer o argumento, nem muito menos destruí-lo; serve apenas para que se perceba que no caso específico do dolo eventual, embora existam problemas comuns entre as formas de dolo, os problemas são bem maiores e imensamente mais imprecisos, e, portanto, preocupantes.

¹³²⁶ GOMES, Júlio. *A desistência da tentativa: novas e velhas questões*. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1993. p. 120 ss.

¹³²⁷ NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *El delito intentado – fundamentos de su punición. Concepto, naturaleza y elementos*. La llamada tentativa inidónea. El desistimiento en la tentativa. Madrid: Colex, 2003. p. 49.

Código penal que emplea el término ‘directamente’”. Enrique Bacigalupo¹³²⁸, por sua vez, conclui, também a partir de uma logicidade formal, que “si para la consumación es suficiente con el dolo eventual, también lo será para la tentativa”. Francisco Muñoz Conde¹³²⁹, na mesma linha, defende que “la tentativa es un *tipo dependiente*, ya que todos sus elementos van referidos a un delito consumado”, e assevera inexistir uma tentativa “en sí”, arrematando que “el *dolo* sea el mismo que en el delito consumado”, no que, como antevisto, está acompanhado de Jesus-Maria Silva Sánchez¹³³⁰, José Cerezo Mir¹³³¹, Diego-Manuel Luzón Peña¹³³², Elena Farré Trepát¹³³³, Mirentxu Corcoy Bidasolo¹³³⁴, José Antón Oneca¹³³⁵, Gonzalo Rodríguez Mourullo¹³³⁶, Rafael Alcácer Guirao¹³³⁷, Manuel Cobo del Rosal, Tomás Salvador Vives Antón¹³³⁸ – este, com sua visão particularizada sobre o dolo e a negligência –, além de Luis Jiménez de Asúa¹³³⁹ – sendo este, como se sabe,¹³⁴⁰ um dos mais influentes autores espanhóis em matéria de dogmática criminal. Embora a doutrina espanhola possa apresentar argumentação de certo modo variante quanto aos fundamentos, o fato é que, assim como a doutrina portuguesa, converge para a admissão plena da punibilidade de uma tentativa com dolo eventual.

¹³²⁸ BACIGALUPO, Enrique. *Comentários al código penal* – arts. 1 al 108. Barcelona: Bosch, 2007. p. 119; BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal* – parte geral. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 431; BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1994. p. 154.

¹³²⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 454.

¹³³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Consideraciones dogmáticas y política legislativa sobre el fenómeno de la conducción suicida. *La Ley*, Madrid, v. 3, p. 970-980, 1988.

¹³³¹ CERESO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. parte general. v. III. Madrid: Tecnos, 2001. p. 186.

¹³³² LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Dolo y dolo eventual: reflexiones. ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto, BERDUGO; Ignacio (Coord.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*: “in memoriam”. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha/Universidad de Salamanca, 2001. p. 1127 ss.

¹³³³ FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito*: doctrina y jurisprudencia. Barcelona: Edisofer, 1986; FARRÉ TREPAT, Elena. Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1986. p. 17 ss.

¹³³⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Homicidio y lesiones en el ámbito del tráfico viario. MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; CARDENAL MONTRAVETA, Sergi (Coord.). *Seguridad vial y derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 74 ss; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; CARPIO BRIZ, David I. La llamada conducción “suicida” y la responsabilidad de la víctima a propósito de la STS de 17 de noviembre de 2005. *La Ley*, Barcelona, n. 2, 2007.

¹³³⁵ ANTÓN ONECA, José [Bearb.]. *Derecho penal* – parte general. Madrid: Gráfica administrativa, 1949. p. 408.

¹³³⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo [coord.]. *Comentarios al código penal*. t. I. Madrid: Civitas, 1997. p. 96.

¹³³⁷ GUIRAO, Rafael Alcácer. *La tentativa inidónea* – fundamento de punición y configuración del injusto. Granada: Comares, 2000. p. 228 ss.

¹³³⁸ BOIX REIG, Javier; ORTS BERENGUER, Enrique; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *La reforma penal de 1989*. Valencia: Tirant lo blanch, 1989. p. 63 ss; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. COBO DEL ROSAL, Manuel. *Derecho penal* – parte general. Valencia: Univ., 1988. p. 508.

¹³³⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. El delito y su exteriorización. t. 7. Buenos Aires: Losada, 1970. p. 899.

¹³⁴⁰ CUERDA RIEZU, Antonio Rafael. Tabla genealógico-científica de los profesores españoles de Derecho penal en el siglo XX. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 43, n. 1, 1990. p. 99-116.

Em Alemanha o cenário não é diferente, seja em termos quantitativos, seja na fundamentação. A perspectiva de Hans Welzel¹³⁴¹ é a de que a tentativa “es la concreción de la decisión de realizar un crimen o delito a través de acciones que constituyen un comienzo de ejecución del delito (§ 43)”. Com a tentativa, o tipo objetivo não estaria “plenamente cumplido”. Segundo Welzel, “el tipo subjetivo debe existir completamente y, por cierto, en la misma forma como debe ser en el delito consumado. Por lo tanto, si basta para la consumación el *dolus eventuales*, entonces basta, también, para la tentativa (RG., 68-341)”.

Hans-Heinrich Jescheck¹³⁴², a respeito da tentativa, defende que “el dolo cabe igualmente en su modalidad de *eventual*, siempre que éste sea suficiente conforme al tipo respectivo”. Ainda que não perfeitamente coincidente na fundamentação, nos demais autores alemães, tal como no caso de Claus Roxin¹³⁴³, para quem a corrente contrária, embora minoritária, também é merecedora de atenção, a conclusão impõe uma punibilidade.

A posição, portanto, mantém-se intocável, com alguns autores admitindo, quando muito, uma punição relativamente atenuada, no campo majoritário do debate ao longo dos anos, sobretudo na doutrina alemã, em autores como Günther Jakobs¹³⁴⁴, Günter Stratenwerth¹³⁴⁵, Rolf Dietrich Herzberg¹³⁴⁶, Wolfgang Frisch¹³⁴⁷, Kristian Kühl¹³⁴⁸, Reinhart Maurach¹³⁴⁹, Johannes Wessels¹³⁵⁰, Eduard Dreher e Herbert Tröndle¹³⁵¹, Hans-Joachim Rudolphi¹³⁵², Karl Lackner¹³⁵³, Jürgen Baumann¹³⁵⁴, Walter Peters e Holger Preisendanz¹³⁵⁵, Wolfgang

¹³⁴¹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal* – parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, prólogo.

¹³⁴² JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal* – parte general. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares, 1993. p. 466.

¹³⁴³ ROXIN, Claus. *Strafrecht* – Allgemeiner Teil – 2. München: Beck, 2003. § 29.

¹³⁴⁴ JAKOBS, Günther. *Derecho penal* – parte general. Trad. Cuello Contreras y González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1977. p. 866.

¹³⁴⁵ STRATENWERTH, Günter. *Strafrecht* – Allgemeiner Teil. Köln/Berlin/Bonn/München: Vahlen, 1981. p. 108.

¹³⁴⁶ HERZBERG, Rolf Dietrich. AIDS: Herausforderung und Prüfstein des Strafrecht. *Juristenzeitung*, v. 44, n. 10, 1989. p. 470 ss.

¹³⁴⁷ FRISCH, Wolfgang. Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat? *Juristische Schulung*, 1990. p. 366.

¹³⁴⁸ KÜHL, Kristian. Grundfälle zur Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung. *Juristische Schulung*, München, 1980. p. 274.

¹³⁴⁹ MAURACH, Reinhart. *Deutsches Strafrecht* – Allgemeiner Teil. 4. Aufl. Karlsruhe: Müller, 1971. p. 501.

¹³⁵⁰ WESSELS, Johannes. *Strafrecht* – Besonderer Teil. VII. 14. Aufl. Heidelberg: Müller, 1990. p. 177.

¹³⁵¹ DREHER, Eduard; TRÖNDLE, Herbert [VerfasserIn]. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 45. Aufl. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991. p. 151 ss.

¹³⁵² RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Systematische Kommentar zum StGB (SK)*, Allg. Teil, I. Frankfurt: Metzner, 1975. § 22, n. 17.

¹³⁵³ LACKNER, Karl [VerfasserIn]. *Strafgesetzbuch*. 21. Aufl. München: C.H. Beck, 1995. § 22, 1, a.

¹³⁵⁴ BAUMANN, Jürgen [VerfasserIn]. *Strafrecht* – allgemeiner Teil – ein Lehrbuch. 7. Aufl. Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking, 1975. p. 501.

¹³⁵⁵ PETERS, Walter; PREISENDANZ, Holger [VerfasserIn]. *Strafgesetzbuch*. 27. Aufl. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1971. p. 155.

Joecks¹³⁵⁶, Edmund Mezger¹³⁵⁷, Hugo Meyer¹³⁵⁸, August Finger¹³⁵⁹, Wilhelm Sauer¹³⁶⁰, Franz von Liszt¹³⁶¹, entre outros.

Já na Itália, apesar de se perceber um equilíbrio maior no debate, sobretudo a partir de meados dos anos de 1990,¹³⁶² entre as posições favoráveis e contrárias à punibilidade,¹³⁶³ ainda com base na perspectiva lógico-formal, de que o que vale para a consumação valeria também para a tentativa, há autores como Biagio Petrocelli¹³⁶⁴, Ottorino Vannini¹³⁶⁵, Mario Romano¹³⁶⁶, Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini¹³⁶⁷, entre outros,¹³⁶⁸ que defendem a punibilidade.

Em resumo, segundo Elena Farré Trepát¹³⁶⁹, sendo esta a doutrina majoritariamente adotada em praticamente todos os mencionados sistemas, e, como ela mesma afirma, numa espécie de “clima de aceptación incuestionada sobre la punición de la tentativa con dolo eventual”¹³⁷⁰, com uma frequente falta de fundamentação mais demorada para uma consequência tão grave como uma privação da liberdade, constata-se a defesa da punibilidade a partir de duas premissas silogísticas básicas: a) o dolo eventual consiste em uma forma de dolo direto; b) o tipo subjetivo da tentativa será exatamente o mesmo da consumação. Assim é que, ainda com a autora, “la conclusión a la que se llega es, por consecuente, que siempre que el dolo

¹³⁵⁶ JOECKS, Wolfgang [VerfasserIn]. *Strafgesetzbuch – Studienkommentar*. 5. Aufl. München: C. H. Beck, 2004. p. 92.

¹³⁵⁷ MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. t. II. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1957. p. 233. E ainda em: MEZGER, Edmund. *Derecho penal – libro de estudio*. Tijuana: Cardenas, 1985. p. 280. No caso de Mezger, este havia defendido a impunibilidade em: *Neue Juristische Wochenschrift*, t. II, 1927. p. 1314.

¹³⁵⁸ MEYER, Hugo [VerfasserIn]. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Leipzig: A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf. (Georg Böhme), 1895. p. 204.

¹³⁵⁹ FINGER, August. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Berlin: Heymann, 1904. p. 309 ss.

¹³⁶⁰ WILHELM Sauer. *Derecho penal – parte general*. Barcelona: Bosch, 1956. p. 183.

¹³⁶¹ LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. t. III. Trad. Luis Jiménez de Asúa e Quintiliano Saldaña. Madrid: Reus, 1929. p. 4.

¹³⁶² MARTÍNEZ, Fernando Londoño. Estudio sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual en Chile. ¿Hacia una noción de tipo penal diferenciado para la tentativa? *Revista de Ciencias Penales Sexta Época*, v. XLIII, n. 3, 2016. p. 100.

¹³⁶³ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992. p. 521. Nesse mesmo sentido: LAGO, Anna. Art. 56, *Codice Penale Commentato* (Marinucci & Dolcini, a cura di). Vicenza: Wolters Kluwer, 2006. p. 694-695.

¹³⁶⁴ PETROCELLI, Biagio. *Il delitto tentato*. Padova: Cedam, 1955. p. 36.

¹³⁶⁵ VANNINI, Ottorino. *Il problema giuridico del tentativo*. Milano: Giuffrè, 1952. p. 51.

¹³⁶⁶ ROMANO, Mario. *Commentario sistematico del Codice penale*. Milano: Giuffrè, 1987. p. 506 ss.

¹³⁶⁷ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di Diritto Penale – parte generale*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 259 ss; DOLCINI, Emilio. MARINUCCI, Giorgio. *Codice penale – commentato*. 2. ed. Vicenza: IPSOA, 2006. p. 693 ss.

¹³⁶⁸ Como, p. ex.: BOSCARRELLI, Marco. Tentativo circostanziato e tentativo di delitto circostanziato. *Scuola positiva*, 1962. p. 662; SINISCALCO, Marco. Delitto tentato e limite iniziale della punibilità. *Scuola positiva*, 1962.

¹³⁶⁹ FARRE TREPAT, Elena. Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución – comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1982. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, serie 1, n. 3, 1986. p. 264.

¹³⁷⁰ FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito: doctrina y jurisprudencia*. Barcelona: Edisofer, 1986. p. 93.

eventual sea suficiente para el delito consumado lo será también para la tentativa o la frustración”.

Por fim, em países com os quais Portugal mantém estreitas relações acadêmicas, essa é também uma perspectiva que se tem observado. Para exemplo, a Argentina, com Marcelo A. Sancinetti¹³⁷¹, Esteban Righi¹³⁷², Jorge Frías Caballero¹³⁷³, Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar¹³⁷⁴; o Brasil, com Tobias Barreto¹³⁷⁵, Cezar Roberto Bitencourt¹³⁷⁶, Miguel Reale Jr.¹³⁷⁷, Heleno Cláudio Fragoso¹³⁷⁸, Juarez Cirino dos Santos¹³⁷⁹, José Frederico Marques¹³⁸⁰, José Henrique Pierangeli¹³⁸¹, Julio Fabbrini Mirabete¹³⁸², Edgard Magalhães Noronha¹³⁸³ e Nelson Hungria¹³⁸⁴, este último um dos idealizadores do código penal brasileiro atualmente em vigência (que é de 1940)¹³⁸⁵, para quem “se o agente *aquiesce* no advento do resultado específico do crime, previsto como possível, é claro que este entre na órbita de sua volição [...]: logo, se, por circunstâncias fortuitas, tal resultado não ocorre, é inegável que o

¹³⁷¹ SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción* – una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción. Buenos Aires: Hammurabi, 1991. p. 146; SANCINETTI, Marcelo A. Tentativa y dolo eventual: algo más sobre la prueba del dolo y el mito del resultado. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 10, 37/40, p. 781-796, 1987.

¹³⁷² RIGHI, Esteban. El dolo eventual en la tentativa. *Nuevo pensamiento penal: revista de derecho y ciencias penales*, Buenos Aires, v. 1, n. 2. p. 303-307, 1972.

¹³⁷³ FRÍAS CABALLERO, Jorge. *El proceso ejecutivo del delito* – ensayo de dogmática jurídica sobre el artículo 42 del código penal. 2. ed. Buenos Aires: Ed. bibliográfica argentina, 1956. p. 217.

¹³⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal* – parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2003. p. 823.

¹³⁷⁵ BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1892. p. 139. O autor só fazia ressalva quanto ao *dolus indeterminatus* (o correspondente ao que se considera por “dolo de ímpeto” – entretanto, dificilmente dissociado, na prática, do dolo eventual). Segundo ele, “por este compreende-se aquela direção da vontade que, sem esclarecer-se bem sobre o seu alvo, só em geral e vagamente procura realizar a ofensa projetada; não pode servir de base à punição da tentativa a mera possibilidade do resultado mais grave”.

¹³⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito* – uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira. Coimbra: Almedina, 2007. p. 422.

¹³⁷⁷ REALE JR., Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 191 ss.

¹³⁷⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal* – parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 299 ss.

¹³⁷⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal* – parte geral. 9. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020. p. 392.

¹³⁸⁰ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal* – v. II. Campinas: Bookseller, 1997. p. 384.

¹³⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa* – doutrina e jurisprudência. Bauru: Jalovi, 1981. p. 59 ss.

¹³⁸² MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 128.

¹³⁸³ MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito penal* – introdução e parte geral – v. 1. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 127.

¹³⁸⁴ O autor admite, porém, que “na prática, será difícil identificar-se a tentativa no caso de dolo eventual, notadamente quando resulta totalmente *improfícua* (tentativa *branca*). Mas, repita-se: a dificuldade de prova não pode influir na conceituação da tentativa”. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal* – v. I. t. II. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 90. Entretanto, seja como for, é fato que a dificuldade de provar não pode significar propriamente a inexistência de algo, mas também o é que, em uma democracia, a conclusão a respeito daquilo que não se conseguiu provar não deve pesar contra o investigado (*in dubio pro reo*).

¹³⁸⁵ Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

agente deve responder por tentativa”; e, por fim, o Chile, com Eduardo Novoa Monreal¹³⁸⁶, Mario Garrido Montt¹³⁸⁷, Sergio Lifschitz Politoff¹³⁸⁸ e Roberto Salim-Hanna Sepúlveda¹³⁸⁹, entre outros.

3. Argumentos contrários à punibilidade

Não é numerosa a doutrina contrária à punibilidade da tentativa com dolo eventual; justamente por isso, seu esforço tem sido maior na tentativa de refutar o estado de aceitação atualmente vigente. Em Portugal, a principal referência teórica é José de Faria Costa, acompanhado por Manuel Lopes Maia Gonçalves. Em Espanha, destaca-se especialmente Josep-Maria Tamarit Sumalla. Em Alemanha, tem-se, por exemplo, Wolfram Bauer. Já em Itália, onde se percebe uma resistência maior à congruência entre as categorias dogmáticas enfocadas, o principal nome é o de Ferrando Mantovani.

Apesar da escassa adesão, a defesa da não punibilidade da tentativa com dolo eventual está longe de ser encarada como desarticulada ou menos coerente. Muito longe disso. Na perspectiva de José de Faria Costa¹³⁹⁰, não seria nenhum absurdo uma “absolvição do arguido pela prática de uma tal infração”. Ainda que reprovável moralmente um comportamento em que se observe que um bem jurídico tenha sido colocado em perigo ou mesmo afetado, o autor chama a atenção para que não se permita perverter a dogmática sob uma alegada necessidade de realização de justiça.¹³⁹¹ Será preciso atuar para evitar, ainda com o autor, “que a pura ideia de necessidade se apodere do fundamento material do direito penal”. Se tal nos fosse permitido, “aquela tudo explicaria, mesmo as mais consequentes arbitrariedades ou as não menos intoleráveis injustiças”. Por consequência, dirá ainda o autor¹³⁹² que, “se o discorrer dogmático nos aponta em uma direção em que não seja possível punir, impune deve ficar a conduta”.

¹³⁸⁶ NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de derecho penal chileno*. t. II. Santiago: Ed. jurídica, 1966. p. 143.

¹³⁸⁷ GARRIDO MONTT, Mario. *Etapas de ejecución del delito – autoría y participación*. Santiago: Ed. Jurídica, 1984. p. 132 ss. O autor havia defendido o contrário em: GARRIDO MONTT, Mario. *El homicidio y sus figuras penales*. Santiago: Encina, 1976. p. 124-125.

¹³⁸⁸ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración – estudio de dogmatica penal y de derecho penal comparado. Santiago: Ed. Jurídica, 2010. p. 158 ss.

¹³⁸⁹ SALIM-HANNA SEPÚLVEDA, Roberto. Tentativa con dolo eventual. *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, n. 7, 2003. p. 249-253.

¹³⁹⁰ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual revisitados. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 132, n. 3.903, 1999. p. 181.

¹³⁹¹ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984. p. 688.

¹³⁹² FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual revisitados. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 132, n. 3.907, 2000. p. 309.

José de Faria Costa argumenta dogmaticamente, colocando-se, a partir de Portugal, contrário à punibilidade, considerando as categorias dogmáticas aqui enfocadas como inconciliáveis coerentemente. Essa, não custa lembrar, há de ser a função mais destacada da dogmática em um ambiente democrático: atuar como barreira ao arbítrio, obstáculo à expansão desmedida do sistema de controle e de punição, colocando-se como critério de contenção da atuação dos agentes estatais, seja do Legislativo ou do Judiciário, tudo para que não se perca a racionalidade, ou seja, a sustentação coerente de uma estrutura que deve se destinar à proteção da dignidade humana, ainda que isso contrarie a vontade da maioria.

Partindo-se de uma perspectiva em que o que mais parece interessar é a dimensão da previsão legal, mas não propriamente a coerência dogmática, ainda em Portugal, especialmente com o que se observa em vigência no art. 22.º do Código Penal, Manuel Lopes Maia Gonçalves¹³⁹³ argumenta que a conciliação da tentativa apenas com o dolo eventual é inviável. Para o autor, a expressão “*de que decidiu cometer*” nos obriga a levar em consideração uma espécie de “*elemento de interioridade*, parecendo assim que o dolo, na tentativa, terá de assumir a forma de directo (intenção criminosa directa), excluindo-se, portanto, o dolo eventual”. O autor, entretanto, não desenvolve mais o argumento apresentado, deixando-nos a impressão de que suas reservas quanto à punibilidade estão mais vinculadas à previsão legal do que a uma impossibilidade essencialmente dogmática de conciliação entre as categorias enfocadas.

Sobre o aspecto da interpretação da previsão legal (art. 22.º do Código Penal), José de Faria Costa¹³⁹⁴ advoga a inviabilidade da punibilidade, sobretudo porque, segundo ele, não haveria “uma equiparação normativa entre ‘intenção do agente’ e ‘decidiu cometer’, o que aliás é reconhecido quando se exprime opinião de que a actual formulação é ‘menos incisiva’ que a anterior”. O autor argumenta que “Pareceria até, porque menos incisiva, que deveria abranger menos casos, restringir o seu âmbito de aplicação, logo, afastar o dolo eventual”. José de Faria Costa aprofunda a ideia argumentando que não são igualáveis expressões como “decisão” e “intenção”, e que fazê-lo seria algo como “inconsequente”.

Em Espanha, Josep-Maria Tamarit Sumalla¹³⁹⁵ observa que a defesa da punibilidade da tentativa com dolo eventual, na prática, dirige-se a preencher certos “espaços de impunidade”, o que, da nossa perspectiva, perverte perigosamente a dogmática em favor de uma

¹³⁹³ MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes. *Código Penal Português – anotado e comentado – legislação complementar*, 18. ed., Coimbra: Almedina, 2007. p. 132.

¹³⁹⁴ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984. p. 742-743-757-759-765.

¹³⁹⁵ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992. p. 547.

determinada política criminal. O autor destaca a autonomia típica da tentativa e adverte para as consequências do endosso de equiparações que não se sustentam do ponto de vista dogmático. Percebem-se interpretações que poderiam nos levar a concluir que se existem justificativas para “equiparar el tratamiento del dolo eventual al dolo directo en ciertas ocasiones, también puede haberlas para asimilarlo en otros casos a la culpa consciente, y eso es lo que debiera suceder en los tipos de imperfecta realización”¹³⁹⁶, o que carrega consigo um potencial expansivo perigoso.

Desse modo de ver, para que não se perceba o que se acaba de alertar como uma preocupação distante, tal como não nos deixa esquecer José Arturo González Quintanilla¹³⁹⁷, veja-se a posição de Luis Jiménez de Asúa¹³⁹⁸, para quem há “ocasiones de una posible tentativa culposa”. Para o autor, “no nos parece posible asignar la característica de la tentativa en el dolo, mucho más si, como hoy se afirma, cabe tentativa con dolo eventual y hasta se discute si puede haber tentativa en los delitos culposos”. Embora admita dificuldades em argumentar a defesa da punibilidade de uma tentativa com dolo eventual, o autor expressa que “parece posible la tentativa en los delitos culposos, no quiere decir que lo sea en la dogmática española y argentina”, mas, na sequência, conclui da seguinte maneira: “*de lege lata* no es posible construirla en las acciones culposas, y solo quedarían las observaciones que preceden para la posible reforma de la ley penal; es decir, *de lege ferenda*”.

Já há, no entanto, como antevisto nas considerações iniciais do presente capítulo, na doutrina contemporânea, quem sustente existirem crimes negligentes mesmo que na forma tentada. Na perspectiva de Damásio Evangelista de Jesus¹³⁹⁹, esses também seriam os crimes praticados pela negligência encarada como imprópria, em situações em que se quer o resultado, mas com o sujeito “em erro de tipo inescusável”. Em tais casos, o que há é uma tentativa dolosa, com a utilização de uma pena que, por decisão legislativa, será a de um crime negligente. O fato é que a “aberração lógica”, aos poucos, por construções de política criminal, e não por uma estruturação dogmática coerente, vai ganhando terreno. Nelson Hungria¹⁴⁰⁰ adverte que há “uma classe de crimes culposos”, que “não o são propriamente por sua estrutura, mas, antes, *por equiparação*”, em que seria “perfeitamente possível a tentativa”.

¹³⁹⁶ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992. p. 551.

¹³⁹⁷ GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. *Derecho penal mexicano – parte general y parte especial*. 5. ed. México: Editora Porrúa, 1999. p. 514.

¹³⁹⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal – el delito y su exteriorización – tomo VII*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1977. p. 507-509-918.

¹³⁹⁹ JESUS, Damásio E. de; *Direito Penal – parte geral*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 378.

¹⁴⁰⁰ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal – v. I. t. II*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 85.

Assim, retomando a crítica do pensamento lógico-formal, crítica comum entre os que são contrários à punibilidade da tentativa com dolo eventual, Santiago Mir Puig¹⁴⁰¹, ao constatar que o crime tentado, segundo a doutrina prevalente, tem o mesmo tipo subjetivo do crime consumado, adverte que “Debe matizarse la afirmación de que la tentativa posee el mismo tipo subjetivo que el delito consumado”. Para o autor, “La voluntad de realización de los actos ejecutivos efectivamente practicados no puede identificarse con el dolo del delito consumado”. Assim, dirá ele “Que el autor haya querido realizar (haya impulsado la realización de) una parte de la ejecución con ánimo de consumación (esto es la tentativa) no prueba *todavía* que el mismo hubiera mantenido su voluntad hasta llegar a la total ejecución”.

Da doutrina chilena, mas muito influentes no desenvolvimento da doutrina espanhola também, autores como Juan Bustos Ramirez e Hernán Hormazábal Malarée¹⁴⁰² se posicionam contrários à punibilidade de uma tentativa com dolo eventual de maneira muito próxima àquela defendida por nós. Para ambos os autores, o dolo encarado como eventual possui a estruturação muito característica de uma negligência; sobretudo por questões de política criminal é que se decide aplicar a pena de um crime doloso.

Na doutrina alemã, para Carl Stooss¹⁴⁰³, a punibilidade é inadmissível conceitualmente. Assim também para Karl Binding¹⁴⁰⁴. Wolfram Bauer¹⁴⁰⁵, argumentando que os limites entre o dolo eventual e a negligência consciente é ainda um problema para o qual não há solução na dogmática jurídico-criminal – e justamente por isso faz críticas à jurisprudência alemã, que parece tratar o tema como se já estivesse resolvido –, não hesita em concluir que “Die Rechtsprechung (des Bundesgerichtshofes) hat dieses Problem durch die Formel mehr umschrieben als gelöst, ‘die Abgrenzung (setze) nach der Rspr eine Gesamtwürdigung der objektiven und subjektiven Tatstände voraus’”. Aproximando-se do que temos aqui defendido, exceto no que toca à ideia de indispensabilidade do dolo eventual, ataca sobretudo o próprio dolo eventual e a necessidade de sua delimitação em termos de responsabilização:

Diese wechselseitige Abhängigkeit objektiver und subjektiver Zurechnungskriterien kennzeichnet im übrigen auch andere Tatbestände des Strafrechts, wie insbesondere

¹⁴⁰¹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal* – parte general. 3. ed. Barcelona: PPU, 1990. p. 370.

¹⁴⁰² BUSTOS RAMIREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal* – v. II. Madrid: Trotta, 1999. p. 269. E ainda: BUSTOS RAMIREZ, Juan. Política-criminal y dolo eventual. *Revista Jurídica de Cataluña*, n. 2, 1984.

¹⁴⁰³ STOOSS, Carl. Dolus eventualis und Gefährdung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1895. p. 100.

¹⁴⁰⁴ BINDING, Karl. *Schuld und Vorsatz*. t. II, v. II. Leipzig: Engelmann, 1877. p. 820.

¹⁴⁰⁵ BAUER, Wolfram. Die Abgrenzung des dolus eventualis – ein Problem der Versuchsdogmatik, Offizielle und apokryphe Abgrenzungskriterien in der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. *Wistra, Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht*, 1991. p. 168 ss. Em resposta às críticas, também em: *NStZ*, 2015, 241. Disponível em: https://www.rechtsanwalt-drwbauer.de/pdf/Abgrenzung_dolus_eventualis.pdf. Acesso em 14.5.2021.

die kupierten Erfolgsdelikte. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt für diese Interdependenz ist § 43 StGB a.F., der – im Gegensatz zu dem jetzt geltenden § 22 StGB – die Wechselbeziehung zwischen objektiven und subjektiven Zurechnungskriterien zum Ausdruck bringt, indem dort von dem, beabsichtigten Verbrechen oder Vergehen die Rede ist.

Wegen weiterer Gründe für die oben dargestellte Mindermeinung verweise ich auf meine Ausführungen in wistra 1991, 168ff. Dort habe ich im Einzelnen dargelegt, dass eine Rechtsfigur wie der *dolus eventualis* zwar unentbehrlich ist, seine dogmatischen Schwierigkeiten unter Wahrung der Rechtssicherheit jedoch nur dann behoben werden können, wenn man sich entschließt, die Haftung für *dolus eventualis* insofern nach allgemeinen Kriterien zu beschränken, als man den *dolus eventualis* im Bereich der Versuchsstrafbarkeit nicht für ausreichend hält.

Para Ingeborg Puppe, segundo Jorge de Figueiredo Dias¹⁴⁰⁶, não seria viável uma tentativa com dolo eventual, mas isso “por analogia com a tentativa acabada, quando o agente vem a impedir a consumação”, como nos casos de desistência, portanto. Ora, se o que importa é a preservação do bem jurídico que autorizou a proteção da norma, e aquele é, de algum modo, preservado pelo agente, não há razão para a sua punição. Ocorre que, para Figueiredo Dias, do nosso modo de ver, dando-se mais ênfase à conduta, “na desistência o agente abandona o dolo do facto, na tentativa com dolo eventual o dolo persiste”, o que impediria a diminuição da dignidade criminal do fato. Puppe¹⁴⁰⁷ ainda reconhecerá, em outra oportunidade, que “entre dolo e imprudencia existe un ‘limite fluido’, y que su separación es, en cierta medida, ‘artificial’ (Arzt, *FS-Rudolphi* [2004], pág. 3[4])”. A autora adverte que “univocidad y exactitud absolutas no se puede esperar de un concepto del lenguaje natural; entonces, tampoco de un concepto jurídico”. Assim, dirá ela, “El dolo eventual es una especie de forma raquítica, en la cual el verdadero elemento del dolo, a saber, la voluntad, sólo está desarrollado débilmente”.

Já na perspectiva de Ernst-Joachim Lampe¹⁴⁰⁸, segundo o mencionado por José de Faria Costa¹⁴⁰⁹, sobre a ideia disseminada de equiparação quase que absoluta em termos de elemento subjetivo entre consumação e tentativa, “em parte alguma é dada uma fundamentação para uma tal opinião”, impondo-se questionar a “bondade” desse tipo de

¹⁴⁰⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal* – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime, tomo I, 2. ed., Coimbra: Coimbra, 2012. p. 695; PUPPE, Ingeborg. *Entscheidungsbesprechung, Aufsatz - Der halbherzige Rücktritt. NStZ*, 1984. p. 488-491.

¹⁴⁰⁷ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia* – comentario al §15 del código penal alemán. Trad. Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2009. p. 98-136. E ainda: PUPPE, Ingeborg. *Der halbherzige Rücktritt. Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1984. p. 491.

¹⁴⁰⁸ LAMPE, Ernst-Joachim. Genügt für der Entschluss der Täters in § 43 StGB sein bedingter Vorsatz? *Neue Juristische Wochenschrift*. München: Beck, 1958, p. 332 ss.

¹⁴⁰⁹ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984. p. 745-746.

conclusão. Lampe é ainda mencionado por Elena Farre Trepát¹⁴¹⁰, para quem o autor havia “planteado la impunidad de la tentativa con dolo eventual”. Segundo ela, “Este autor afirma que en el dolo eventual el sujeto acepta el resultado ‘para el caso en que éste se produzca’”, no que “‘el dolo eventual no puede en ningún caso imaginable fundamentar la pena de la tentativa’”. Ou seja, as conclusões de que “o que serve para a consumação servirá também para a tentativa” ou “onde se admite um dolo direto se admitirá também um dolo eventual” possuem premissas que são, no mínimo, discutíveis. José de Faria Costa¹⁴¹¹ adverte para o fato de que essa lógica formal poderia levar à violação do n.º 3 do art. 1.º do Código Penal, que veda uma analogia incriminadora.

Maria del Carmen Gómez Rivero¹⁴¹², observando a doutrina alemã, coloca como próximos em termos de argumentação, no sentido de se resistir à punibilidade da tentativa com dolo eventual, autores como Jürgen Wolter¹⁴¹³ e Gunther Arzt¹⁴¹⁴, congruentes com a perspectiva da doutrina espanhola de Josep Maria Tamarit Sumalla¹⁴¹⁵ e María Inmaculada Ramos Tapia¹⁴¹⁶.

É somente em Itália onde a doutrina parece equilibrar melhor as perspectivas sobre a (im)punibilidade da tentativa com dolo eventual. Nesse particular, Ferrando Mantovani¹⁴¹⁷ tem se destacado. O autor expõe sua perspectiva da maneira que segue:

Preferibile appare la tesi negativa [pela incongruência], per cui il dolo del tentativo è intenzione di commettere il delitto perfetto, con conseguente esclusione del dolo eventuale. Essa si fonda sul duplice argomento: a) dello stesso concetto di tentativo, che implica una volontà orientata verso uno scopo e non la mera accettazione di un rischio di possibile evento; b) della ricezione di tale concetto nella dizione legislativa della “direzione univoca” degli atti, la quale, pur riguardando innanzitutto

¹⁴¹⁰ FARRE TREPAT, Elena. Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución – comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1982. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, serie 1, n. 3, 1986. p. 266.

¹⁴¹¹ FÁRIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984. p. 770.

¹⁴¹² GÓMEZ RIVERO, Maria del Carmen. Tentativa y dolo eventual: bases para su convivencia. *Revista Justicia e Sistema Criminal*, v. 7, n. 13, p. 65-110, jul./dez. 2015. p. 81.

¹⁴¹³ WOLTER, Jürgen. *Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in eine funktionalen Straftätsystem*. Berlin: Duncker & Humblot, 1981. p. 192 ss.

¹⁴¹⁴ ARZT, Gunther. Falschaussage mit bedingtem Vorsatz. *Festschrift Für Hans-Heinrich Jescheck*, Berlin, 1985. p. 391 ss.

¹⁴¹⁵ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992.

¹⁴¹⁶ RAMOS TAPIA, María Inmaculada. El delito de conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás: (A propósito de la STS 25 de octubre de 1999). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, n. 2, 2000. p. 3.

¹⁴¹⁷ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale parte generale*. 6. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2009. p. 434. No mesmo sentido, inclusive mencionando Ferrando Mantovani: FÁRIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984. p. 774.

il comportamento materiale, implica anche un corrispondente atteggiamento della volontà. E, pertanto, ha una funzione limitatrice anche del dolo del tentativo.

No contexto da legislação criminal italiana, Vincenzo Manzini¹⁴¹⁸ enumera os critérios aceitáveis para que se autorize punir a tentativa do crime: a) intenção criminosa não equívoca; b) idoneidade dos atos; c) incompletude do fato típico. Segundo Giulio Battaglini¹⁴¹⁹, será necessário que “os atos realizados revelem *em si mesmos* – pelo que são, pelo modo como foram praticados – a existência de uma vontade dirigida a cometer um delito”. Os parâmetros exigidos pela legislação italiana, sobretudo quando se exige uma “intenção criminosa não equívoca”, tornam o campo discursivo mais árido para uma tentativa com dolo eventual.

Na perspectiva italiana, na esteira também de Antonio Pagliaro¹⁴²⁰ e Giovanni Fiandaca e Enzo Musco¹⁴²¹, defende-se que não haja uma equiparação entre as formas de dolo (como o direto e o eventual) na consideração da tentativa, o que, ocorrendo, certamente violaria o princípio que veda a analogia *in malam partem*, sobretudo porque a legislação italiana, na perspectiva desses autores, cobra a realização dos requisitos acima mencionados.

A partir de Itália, sendo essa a perspectiva flagrantemente majoritária, contrários, também, à punibilidade de uma tentativa com dolo eventual, estão Marco Siniscalco¹⁴²², Francesco Antolisei¹⁴²³, Alberto Cadoppi e Paolo Veneziani¹⁴²⁴, Federico Stella e Giuseppe Zuccalà¹⁴²⁵, além de Francesco Carrara¹⁴²⁶.

Na doutrina argentina, Adrián Marcelo Tenca¹⁴²⁷ sustenta que “El dolo directo y el eventual tienen estructuras diametralmente opuestas”. Segundo o autor, “en el dolo directo el autor quiere el resultado prohibido, mientras que en el dolo eventual ello no sucede”. É dessa maneira que, “en este último caso, conforme la posición del autor de que se trate, se lo ‘representará’, se lo ‘consentirá’, se lo ‘aceptará’, se lo ‘tolerará’, se lo ‘asentirá’, pero nunca se ‘querrá’ el resultado prohibido y se elegirá un medio para conseguirlo”. Logo, “En cuanto

¹⁴¹⁸ MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale italiano* – volume secondo. Chieri: Unione Tipografico-editrice torinese, 1950. p. 426 e ss.

¹⁴¹⁹ BATTAGLINI, Giulio. *Direito Penal parte geral* – v. 2. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Armida Bergamini Miotto. São Paulo: EdUSP, 1973. p. 502.

¹⁴²⁰ PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto pénale*, P.G. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1998. p. 506 ss.

¹⁴²¹ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto pénale*. Parte general. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1997. p. 421

¹⁴²² SINISCALCO, Marco. *La struttura del delitto tentato*. Milano: Giuffrè, 1959. p. 206 ss.

¹⁴²³ ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*. 16. ed. Milano: Giuffrè, 2003. p. 481.

¹⁴²⁴ CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. *Manuale di diritto penale*. Padova: Cedam, 2005. p. 448.

¹⁴²⁵ STELLA, Federico; ZUCCALÀ, Giuseppe. *Commentario breve al codice penale* – complemento giurisprudenziale. Padova: CEDAM, 1990. p. 56.

¹⁴²⁶ CARRARA, Francesco. Sinopsi delle mie opinioni sul conato composta ad uso dei miei scolari. Lucca: Canovetti, 1878. p. 8 ss.

¹⁴²⁷ TENCA, Adrián Marcelo. *Dolo eventual* – viabilidad de su aplicación a los delitos en particular – diferencias con la culpa – política criminal – autoría – participación – tentativa – crisis de la figura – jurisprudencia aplicable. Buenos Aires: Astrea, 2010. p. 215.

al segundo de los considerandos, cabe decir que la estructura del dolo del delito consumado y la del dolo de la tentativa son completamente diferentes”.

Ricardo C. Núñez¹⁴²⁸ aduz que “la lenguaje de la ley habla claramente a favor de que la tentativa requiere que su autor tenga por objeto motivo de su acción el logro de un determinado delito”, o que só se compatibilizaria com o que se chama de dolo direto. Carlos Fontán Balestra¹⁴²⁹ segue linha argumentativa muito parecida, limitando a tentativa com o dolo chamado de direto. No mesmo sentido, ainda no âmbito da doutrina argentina, Gabriel Pérez Barberá¹⁴³⁰ conclui que “nuestro derecho positivo vigente exige dolo directo de primer grado para la tentativa, no siendo suficiente por tanto el dolo eventual”. Assim também Federico Larraín¹⁴³¹, com o argumento de que “el que con el fin de cometer un delito determinado comienza su acción pero no lo consuma por causas ajenas a su voluntad, la expresión ‘con el fin de cometer un delito determinado’ [referindo-se ao art. 42 do Código Penal argentino] resulta incompatible con la eventualidade”. Também Carlos Creus¹⁴³² defende que só haverá tentativa quando o autor realizar atos com o “fin de cometer un delito determinado”, concluindo que:

En principio, el que quiere consumir un particular delito y actúa con esa finalidad, lo hace con dolo directo, pero no con *dolo eventual* ya que en éste su querer no puede contener el *fin* de cometer un delito, sino la *previsión* de cometerlo: el autor no se dirige a la “comisión” con su conducta, sino que sólo admite la perpetración del delito como una contingencia de la actividad que despliega en procura de otro fin. En nuestro derecho al menos, dado lo estricto de la definición legal del art. 42 del Cód. Penal, la tentativa parece incompatible con el *dolo eventual*.

Já na doutrina brasileira, dos poucos autores contrários à punição da tentativa com dolo eventual, Alexandre Araripe Marinho e André Guilherme Tavares de Freitas¹⁴³³ equiparam estruturalmente as categorias do dolo eventual e da negligência consciente, em que o legislador se utiliza da política criminal para definir a punição daquela primeira mais gravosamente; Rogério Greco¹⁴³⁴, para quem “Apesar da força do argumento” contrário, “acreditamos ser o dolo eventual completamente incompatível com a tentativa”; Celso

¹⁴²⁸ NÚÑEZ, Ricardo C.. *Tratado de derecho penal* – parte general. Cordoba: Lerner, 1976.

¹⁴²⁹ FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de derecho penal* – parte general. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980.

¹⁴³⁰ BARBERÁ, Gabriel Pérez. *Dolo como reproche* – Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/dolo-como-reproche.pdf>. Acesso em: 3. mar. 2021. p. 178.

¹⁴³¹ LARRAÍN, Federico. ¿La tentativa de homicidio admite dolo eventual? Disponível em: <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/dolo.htm>. Acesso em: 31.7.2021.

¹⁴³² CREUS, Calos. *Derecho penal*. 6. ed. Buenos Aires: Astrea, 1995. Pode-se aqui também mencionar, em sentido aproximado: GÓMEZ, Eusebio. *Tratado de derecho penal* – Doctrinas y principios fundamentales. Buenos Aires: Cop. argentina de editores, 1939. p. 473; ODERIGO, Mario A.. *Código penal*, anotado. Buenos Aires: Ideas, 1942. p. 56.

¹⁴³³ MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Manual de Direito Penal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 273.

¹⁴³⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal* – parte geral. v. I. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 264.

Delmanto¹⁴³⁵ [et al.], para quem, pela menção ao elemento *vontade* no art. 14, II, do Código Penal, “deve haver dolo direito”, assim, “é impossível” uma tentativa “nos crimes culposos ou praticados com dolo eventual”, bem como Fábio Roque Araújo¹⁴³⁶; Cristiano Rodrigues¹⁴³⁷; e ainda, Eugênio Pacelli e André Callegari¹⁴³⁸.

Rogério Greco¹⁴³⁹ argumenta que “mediante a palavra *vontade*”, o código estabelece que “a tentativa somente será admissível quando a conduta do agente for finalística e diretamente dirigida à produção de um resultado, e não nas hipóteses em que somente assuma o risco de produzi-lo, nos termos propostos pela teoria do assentimento”. O autor exemplifica:

Para aqueles que admitem, até mesmo, a possibilidade de ocorrência de dolo eventual nas infrações de trânsito, como seria a solução do problema em que o agente, por exemplo, dirigindo embriagado e em velocidade excessiva, viesse, com seu automóvel, causar a morte de duas pessoas, ferindo outras três. Teria, para aqueles que admitem essa possibilidade, de ser denunciado por dois homicídios consumados e três tentativas? Ou, como forma alternativa de raciocínio, de ser denunciado por dois homicídios consumados e três lesões corporais?

As duas conclusões são inadmissíveis. A primeira porque, admitindo-se a tentativa no dolo eventual, nos casos de delito de trânsito, embora o agente tenha atingido cinco pessoas, matando duas e ferindo outras três, temos de apontar o início da execução dos crimes. Quando seria tal início de execução? Poderíamos dizer que, segundo a fórmula já mencionada – embriaguez + velocidade excessiva = dolo eventual –, quando o agente, embriagado, estivesse imprimindo velocidade excessiva em seu veículo, já estaria praticando atos de execução? Entendendo-se dessa forma, imagine-se que agente, naquelas condições apontadas, partisse do ponto A com seu automóvel, a fim de chegar ao ponto B, destino por ele pretendido. Entre o ponto A e o ponto B houve o atropelamento, no local que chamaremos de ponto X. Entre o ponto A e o ponto X o agente passou por aproximadamente 100 pessoas, até que o acidente ocorresse. Teríamos aqui, também, de computar mais de 100 tentativas de homicídio, já que, admitindo-se a tentativa com dolo eventual, não poderíamos deixar de lado aquela considerada tentativa branca [aquela em que o bem sequer é atingido]?

No segundo caso, ou seja, quando o agente é denunciado pelas mortes e pelas lesões, também tal solução não é apropriada, uma vez que não podemos trabalhar com um “dolo bipartido”. Se mata, responde pelo homicídio; se fere, com o mesmo comportamento em virtude do qual já responde o agente pelo delito de homicídio, deverá ser responsabilizado pelas lesões corporais.

Na doutrina chilena, sendo este o entendimento tradicionalmente majoritário, autores como Alfredo Etcheberry¹⁴⁴⁰, Gustavo Labatut Glenda¹⁴⁴¹ e Enrique Cury Urzúa¹⁴⁴² rechaçam uma tentativa com dolo eventual. Este último, que já havia defendido a punibilidade, conclui que

¹⁴³⁵ DELMANTO, Celso [et al.]. *Código Penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 25.

¹⁴³⁶ ARAÚJO, Fábio Roque. *Curso de Direito Penal – parte geral*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 488.

¹⁴³⁷ RODRIGUES, Cristiano. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Foco, 2019. p. 136.

¹⁴³⁸ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal – parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

¹⁴³⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – parte geral*. v. I. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 265 ss. A interpolação é nossa.

¹⁴⁴⁰ ETCHEBERRY, Alfredo. *El Derecho Penal en la jurisprudencia* (Sentencias 1967- 1982). 2. ed. Santiago, 1987.

¹⁴⁴¹ LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho penal*. Santiago: Ed. Jurídica, 2006.

¹⁴⁴² CURY URZÚA, Enrique. *Tentativa y delito frustrado – (el proceso ejecutivo del delito)*. Santiago: Ed. Jurídica, 1977. p. 97.

“La tentativa exige, por definición, una actitud positiva, esto es, la persecución del resultado típico como objetivo principal. El que sólo se ‘tolera’ como alternativa ‘subsidiaria’, puede ser puesto a cargo del sujeto únicamente si se concreta”.

4. Argumentos diferenciadores sobre a punibilidade

A se posicionar como uma espécie de *síntese* desse processo dialético de desenvolvimento da dogmática jurídico-criminal, quase como se estivéssemos diante de “uma teoria que preserve os melhores pontos da tese e da antítese”,¹⁴⁴³ um pequeno grupo de autores, sobretudo a partir da doutrina alemã, defende uma solução do tipo moderada, intermediária ou conciliatória, se é que isso seja possível, ou ainda, diferenciadora.¹⁴⁴⁴ Na realidade, o que esses autores fazem é admitir de uma maneira mais restrita a possibilidade de uma punição nos casos de tentativa com dolo eventual. Assim, a responsabilização estaria condicionada a determinadas circunstâncias, como quando, por exemplo, diante de uma tentativa encarada como idônea.

Em Espanha, Maria del Carmen Gómez Rivero¹⁴⁴⁵ enfatiza a necessidade de existir um ponto de equilíbrio entre as posições que considera como extremadas, a exemplo das defesas, sem reservas, da punibilidade e da não punibilidade. A autora, reconhecendo as dificuldades ainda existentes, mas chamando a atenção para uma espécie de função político-criminal a ser exercida, conclui, de maneira crítica, que seria conveniente que a decisão

evitase dejar a sus destinatarios huérfanos de cualquier clave explicativa del porqué, por ejemplo, la víctima de un atentado terrorista que sufre lesiones es sujeto pasivo de un delito de asesinato intentado con dolo eventual y no se considere como tal, sin embargo, a la persona que se encontraba en el lugar de los hechos y sólo de forma más o menos milagrosa consigue salir ilesa de la situación.

Em um primeiro momento, tem-se, por exemplo, o caso de Karl Salm¹⁴⁴⁶, que é quem, segundo Maria del Carmen Gómez Rivero¹⁴⁴⁷, “condiciona el castigo [da tentativa com dolo eventual] a que se produzca un resultado conmovedor del Derecho (‘rechtserschütternden Erfolg’)”. Para Josep Maria Tamarit Sumalla¹⁴⁴⁸, foi justamente Salm, mesmo que de maneira pouco precisa, o pioneiro da estruturação de uma terceira via de entendimento. Sua proposta

¹⁴⁴³ POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. p. 345.

¹⁴⁴⁴ Esta última expressão se justifica em: TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992. p. 529.

¹⁴⁴⁵ GÓMEZ RIVERO, Maria del Carmen. Tentativa y dolo eventual: bases para su convivencia. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 7, n. 13, p. 65-110, jul./dez. 2015. p. 105.

¹⁴⁴⁶ SALM, Karl. *Das vollendete Verbrechen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1963. p. 51 ss. A interpolação é nossa.

¹⁴⁴⁷ GÓMEZ RIVERO, Maria del Carmen. Tentativa y dolo eventual: bases para su convivencia. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 7, n. 13, p. 65-110, jul./dez. 2015. p. 81.

¹⁴⁴⁸ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992. p. 529-530.

padecería de objeciones normalmente también discutidas cuando diante da teoria da impressão, “que es la vía de fundamentación de la tentativa que mayor acogida ha tenido en la doctrina alemana, pero resuelta poco satisfactoria al introducir un insuficiente, arbitrario y peligroso límite al fundamento preponderantemente subjetivo de la tentativa”.

Eberhard Schmidhäuser¹⁴⁴⁹ segue em linha aproximada; na realidade, dedica-se a elaborar uma engenhosa gramática para permitir a punição da tentativa com dolo eventual apenas nos casos em que aquela for encarada como idônea. Como interpretado por Josep Maria Tamarit Sumalla¹⁴⁵⁰, Schmidhäuser “mantiene una posición diferente a la dominante en Alemania respecto a los supuestos que pueden integrar el tipo de la tentativa”. O autor classifica a tentativa em quatro categorias:

tentativa peligrosa intencional, tentativa peligrosa no intencional, tentativa intencional no peligrosa y tentativa no intencional y no peligrosa, siendo esta última la única combinación que no revestiría carácter antijurídico. De esta manera se fundamenta la punibilidad de la tentativa inidónea con dolo directo y de la tentativa idónea con dolo eventual, y queda impune la tentativa inidónea con dolo eventual.¹⁴⁵¹

É apenas com Monika Kölz-Ott¹⁴⁵² que, segundo Josep Maria Tamarit Sumalla¹⁴⁵³, as teses intermediárias encontraram maior grau de desenvolvimento. A autora parte da perspectiva de que “en la problemática de la tentativa con dolo eventual convergen dos momentos en los que el delito se muestra debilitado”¹⁴⁵⁴. Na realidade, agora dizemos nós, temos aí duas categorias dogmáticas “debilitadas” por conta das imensas dificuldades de suas delimitações e verificabilidade (como, por exemplo, na identificação de: onde terminam os atos preparatórios e onde exatamente começam aqueles encarados como executórios? Onde termina a negligência consciente e onde exatamente começa o dolo chamado de eventual?). Ainda com Josep Maria Tamarit Sumalla, o mérito da autora estaria, sobretudo, no seguinte:

en la introducción de una distinción, que la doctrina no había efectuado ni ha tenido repercusión posterior, entre dos situaciones: cuando el dolo eventual se basa en la incerteza del autor respecto de la aparición del resultado, o bien cuando el dolo eventual consiste en la duda sobre la concurrencia de una circunstancia del hecho fundamentadora de la penalidad. Este es el caso en que, por ejemplo, el sujeto duda

¹⁴⁴⁹ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht*, Allgemeiner Teil – Studienbuch. 2. Aufl. Tübingen: Mohr, 1984. p. 333 ss. De maneira aproximada, com uma perspectiva de *prevenção geral positiva*, e, portanto, de política criminal, também: ALWART, Heiner. *Strafwürdiges Versuchen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1982. p. 219.

¹⁴⁵⁰ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992. p. 530 ss.

¹⁴⁵¹ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht*, Allgemeiner Teil – Studienbuch. 2. Aufl. Tübingen: Mohr, 1984. p. 348. A tradução é encontrada em: TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992. p. 530.

¹⁴⁵² KÖLZ-OTT, Monika. *Eventualvorsatz und Versuch*. Zürich: Schulthess, 1974. p. 28 ss.

¹⁴⁵³ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992. p. 531 ss.

¹⁴⁵⁴ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992. p. 531.

sobre si el reloj que adquiere con mala conciencia es o no robado, o quien vende un coche sin saber con seguridad si le pertenece a él o a la empresa por la que trabaja. En estos casos, si no hay consumación, la tentativa no debería ser punible pues el dolo eventual no sería más que un “fenómeno psíquico interno del autor”.

No desenvolvimento de suas ideias, no esforço para justificar o caráter diferenciador de sua teoria sobre o tema, Monika Kölz-Ott tem recebido críticas, como as de Elena Farré Trepát¹⁴⁵⁵, de que há indefinições sobre a ideia de “ações perigosas”.

Como constatado por Miguel Ángel Nuñez Paz¹⁴⁵⁶, esses “autores consideran punible la tentativa con dolo eventual cuando crea un peligro para el bien jurídico”. Segundo Elena Farre Trepát¹⁴⁵⁷, essas teses pretendem restringir a punição com base na menor ou na nula possibilidade de o resultado representado ocorrer. De acordo com a autora:

A través de caminos distintos excluyen del ámbito de la punición aquellas tentativas cometidas con dolo eventual en las que no concurre ningún peligro objetivo. Es decir, ante la inexistencia de una peligrosidad objetiva de la acción, el dolo eventual se considera insuficiente para fundamentar la pena de la tentativa.

Na perspectiva de Inês Almeida Costa¹⁴⁵⁸, nos casos de Schmidhäuser e Alwart, a tentativa apenas seria punível quando houvesse “intenção de realizar o tipo ou a intenção de conduzir a um perigo objetivo. Portanto, a tentativa inidônea só seria punível quando houvesse uma actuação intencional – e não quando o autor actuasse com dolo necessário ou eventual”.

Ainda que se admitisse esse tipo de pretensa racionalização da punibilidade, que, ao contrário de restringir, na realidade, expande o exercício do poder punitivo, mesmo que em termos mais modestos, os limites impostos permaneceriam tão fluidos que ainda assim estaríamos não apenas a contrariar a perspectiva a que nos filiamos, mas, além disso, estaríamos mitigando a ideia de segurança jurídica em favor de uma opção que, repita-se, é mais consentânea com postulados da política criminal do que com a dogmática propriamente dita.

5. O posicionamento dos tribunais europeus

Quando apresentamos as justificativas para o desenvolvimento da problemática que serve de base à presente tese (item 1.2. de nossas Considerações Introdutórias), dissemos que, embora os tribunais portugueses se debruçassem sobre o tema, não se percebia um maior aprofundamento nas inúmeras complexidades envolvidas, de maneira que o seu

¹⁴⁵⁵ FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito*. Barcelona: Bosch, 1986. p. 93.

¹⁴⁵⁶ NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *El delito intentado – fundamentos de su punición*. Concepto, naturaleza y elementos. La llamada tentativa inidónea. El desistimiento en la tentativa. Madrid: Colex, 2003. p. 49.

¹⁴⁵⁷ FARRÉ TREPAT, Elena. Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución – comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1982. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, serie 1, número 3, 1986. p. 268.

¹⁴⁵⁸ ALMEIDA COSTA, Inês. *A chamada tentativa inidónea por inaptidão do sujeito no contexto global do problema da tentativa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 71.

enfrentamento, como na doutrina, parecia-nos ocorrer quase sempre ao estilo *en passant*. Não se desenvolve a coerência dogmática por trás da decisão *naquele caso específico*, o que não quer dizer que não exista fundamentação. O fato é que as soluções apresentadas são frequentemente referenciadas, ou seja, as conclusões geralmente se escoram no que mencionam a jurisprudência já existente e/ou a doutrina prevalente.¹⁴⁵⁹ A impressão que fica, na maioria das vezes, é a de que os tribunais não criam soluções, mas apenas as reproduzem nos casos que julgam.

Evidente que uma decisão judicial, para ser encarada como adequadamente fundamentada, como deve ser em uma democracia, não precisa assumir a forma de uma tese doutoral. Não é isso. Ocorre que a técnica da reprodução, quando automatizada, ou seja, incorporada à rotina do tribunal, sem maiores desenvolvimentos (fechada, portanto), torna menos prováveis eventuais mudanças e pode ainda fazer com que se deixe de levar em consideração as particularidades não apenas do caso apresentado ao tribunal, mas das contingências dos tempos vividos. A entrada em vigência do Tratado de Lisboa (2007), com a imposição de um “espaço penal europeu”, estabelece desafios para a compatibilização de expectativas provenientes de culturas jurídicas que, embora possuam pontos de certa coincidência, são, na maior parte das vezes, bem diferentes.¹⁴⁶⁰ Uma “narrativa penal” comum, que, segundo José

¹⁴⁵⁹ É rico atualmente o debate sobre os termos que devem ser encarados como suficientes para a fundamentação de uma decisão judicial em ambiente democrático. Ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem* são algumas das preocupações nutridas pelos processualistas. No caso da fundamentação *per relationem*, esta que, por vezes, é aceita pelos tribunais, não é de hoje que sua legitimidade tem sido colocada em xeque por violação da ideia de “máxima discutibilidade” dos argumentos levados ao processo pelas partes. Segundo Michele Taruffo, a alegada legitimidade desse tipo de decisão poderia ser excluída “mesmo nos limites mais restritos em que a jurisprudência prevalecente tem caracterizado o fenômeno”. O autor adverte para o escamoteamento da exigida fundamentação pela simples menção à lógica jurídica de decisões anteriores em casos semelhantes. TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975. p. 425 ss. O trecho citado foi mencionado em: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 122-141, abr./jun., 2002; Para aprofundar, veja-se: BELLAVISTA, Girolamo. I provvedimenti penale e le motivazioni implicite, per relationem e sommariè. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 1, n. 2, p. 336-406, abr./jun., 1958;

¹⁴⁶⁰ Veja-se, como representativo dos problemas possíveis: BERNARDI, Alessandro; CUPELLI, Cristiano (editori.). *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti – L’ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale*. Ferrara: Jovene Editore, 2017. E ainda: BERNARDI, Alessandro. I Principi di Sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo. MIR PUIG, Santiago; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; MARTÍN, Víctor Gómez. *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*. Madrid: Marcial Pons, 2012. Tem-se que a primeira manifestação da competência penal da União Europeia concretizou-se na Diretiva 2014/57/UE, que dispõe sobre *infrações e sanções penais aplicáveis ao abuso de mercado*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0057&from=PT>. Acesso em 19.6.2021. A preocupação com o contraste entre o direito interno e o direito comunitário não é nova. Veja-se, por exemplo: CUERDA RIEZU, Antonio Rafael; COLOMÉ, Ruiz. La aplicación en España del Derecho comunitario y el Derecho penal español: algunas reflexiones. Comentario a la STS (Sala 2.ª) de 21 de diciembre de 1988. *La Ley*, 1989, t. 2, p. 349-373.

de Faria Costa¹⁴⁶¹, “nas suas múltiplas e cruzadas intertextualidades”, nos planos legislativo, doutrinário e jurisprudencial, construída a partir da legalidade, é o que se pretende.

Assim, se as circunstâncias exigem, por um lado, uma postura mais aberta,¹⁴⁶² tanto de legisladores quanto de juízes e doutrinadores para que se obtenha essa narrativa comum,¹⁴⁶³ por outro, exigem também um cuidado redobrado com o avanço do exercício do poder punitivo.

António Castanheira Neves¹⁴⁶⁴ adverte que “O poder judicial, a função judicial ou, sobretudo e melhor, a jurisdição tornaram-se um tema e um problema centrais no universo jurídico dos nossos dias”. Diante das demandas da (pós-)modernidade, o autor revela certa preocupação com o alargamento das cobranças (e das expectativas) sobre os juízes, figuras indispensáveis à realização do direito, “eminente a sua tarefa e nobre o papel que dele[s] se espera”¹⁴⁶⁵, a partir do que também identifica uma espécie de “crise”, somente superada por uma “crítica” ou, conforme suas palavras, por uma “uma reflexão refundadora de um novo sentido”. O que não se espera em uma democracia é que tenhamos na figura do juiz, ainda com o autor, um “mero funcionário, funcionalmente enquadrado e nisso comprazido, servidor passivo de qualquer legislador, simples burocrata legitimante da coação”.

Aos juízes, segundo Eduardo de Melo Lucas Coelho¹⁴⁶⁶, caberá a interpretação da lei como sua “tarefa imediata”. Ademais, “o desenvolvimento do direito pelos tribunais significa que uma possível actuação de tríplice conteúdo se encontra eventualmente ao alcance dos juízes: precisar a lei, complementá-la e corrigi-la”. O autor acrescenta que “os actos jurisdicionais

¹⁴⁶¹ FARIA COSTA, José de. A Europa e a narrativa penal. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, stvdia ivridica 106, ad honorem 6, v. V, 2012. p. 47 ss.

¹⁴⁶² Cada vez mais difícil diante de iniciativas que tentam estancar a quantidade de judicialização de conflitos perante os tribunais, como quando proliferam iniciativas de “uniformização de jurisprudência”, bem como “súmulas vinculantes”. De maneira crítica, sobre o papel e a legitimidade dos juízes em uma democracia, recomenda-se: BRITO, Wladimir. O Poder Judicial. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 80, n. 231, 2004.

¹⁴⁶³ No caso dos juízes, será preciso manter certos cuidados para que não se observe o que se convencionou encarar contemporaneamente por *ativismo judicial*, com uma invasão dos integrantes do judiciário no campo reservado ao legislativo. José Gonçalves da Costa constata a “intervenção cada vez mais alargada e aprofundada dos tribunais em áreas tão sensíveis”, reacendendo-se a “polêmica em torno da questão da legitimidade do poder judicial”. GONCALVES DA COSTA, José. O Sistema Judiciário Português. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 74, n. 173, 1998. p. 207.

¹⁴⁶⁴ CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o Legislador a Sociedade e o Juiz ou Entre Sistema Função e Problema – Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Unversidade de Coimbra*, n. 74, 1998. p. 1.

¹⁴⁶⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o Legislador a Sociedade e o Juiz ou Entre Sistema Função e Problema – Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Unversidade de Coimbra*, n. 74, 1998. p. 43.

¹⁴⁶⁶ COELHO, Eduardo de Melo Lucas. Conceito e validade do Direito: O Direito dos Juízes. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 86, n. 259, 2010. p. 272 ss.

operam efeitos, para além do caso concreto, extensivos, como quer que seja, ao mesmo tipo de casos, conduzindo à formação de um direito judiciário, ou direito dos juízes”. E conclui:

Vindo, todavia, a interpretação a revelar-se inadmissível supervenientemente, devido a mutação entretanto operada nas concepções de justiça, nessa situação existirá muitas vezes uma causa justificativa (*wichtiger Grund*) para abandonar a jurisprudência anteriormente vigente.

Causas justificativas deste gênero podem promover a ideia de o tribunal se desviar de decisões anteriores. Mas o essencial é que um *desvio* carece impreterivelmente de justificação. A este respeito é sempre de ponderar nomeadamente se os argumentos em prol do desvio pesam mais do que os princípios da segurança jurídica e da igualdade, a insinuarem, por seu turno, a manutenção inalterada dos julgados.

A intenção aqui é demonstrar como os tribunais enfocados (em Portugal, Espanha, Itália e Alemanha) têm se pronunciado a respeito da punibilidade da tentativa com dolo eventual, para que, a partir daí, possamos refletir criticamente sobre como a doutrina e a jurisprudência se retroalimentam nesse contexto. Nesse tema especificamente, como antevisto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, em sua maioria, assumem uma postura muito parecida, reproduzindo praticamente os mesmos argumentos e tratando do tema como se já estivéssemos diante de um problema dogmático resolvido, o que, como vimos, além de não ser a realidade, dificulta uma eventual mudança de perspectiva. Como se constata, existem sim razões mais do que coerentes para que se opere uma modificação jurisprudencial sobre esse tema na maior parte dos tribunais abaixo apresentados.

É evidente que o *direito dos professores* e o *direito dos juízes*, embora independente um do outro,¹⁴⁶⁷ podem (e muitas vezes até devem) coincidir,¹⁴⁶⁸ mas sempre com a cautela de se cultivar o espaço discursivo para que as fundamentações e as conclusões apresentadas em favor do exercício do poder punitivo não nutram pretensão de serem totalizantes e, na sequência, automatizadas diante dos demais casos submetidos à jurisdição. O que está previamente fundamentado é a liberdade, e o que precisa de constante fundamentação no atuar judiciário é a sua privação. Essa relação, que deve ser de constante tensão, precisa frequentemente levar em conta que, sobretudo no caso dos juízes, que estão obrigados a respeitar os termos legais no exercício das suas atividades, será preciso o equilíbrio entre o que diz a lei e o que nos permite como coerente os termos da estrutura dogmática correspondente.

¹⁴⁶⁷ Sobre o sistema jurídico português e a independência dos tribunais, por todos, recomenda-se: GONCALVES DA COSTA, José. O Sistema Judiciário Português. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 74, n. 173, 1998.

¹⁴⁶⁸ A relação entre doutrina e jurisprudência é objeto de interessante análise crítica, dentre outros trabalhos, em: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, v. 891, jan., 2010. p. 65-106.

5.1. Em Portugal

Em Portugal, não se pode discorrer sobre a problemática proposta sem que se mencione o Acórdão de 3.7.1991 do Supremo Tribunal de Justiça. Isso porque a mencionada decisão inaugurou uma fundamentação que não pode ser desprezada no contexto enfocado. O fundamento principal foi o de que os termos da censura criminal ao dolo (direto ou eventual) corresponderiam “à imposição, ao mesmo agente, da obrigação de abstenção da conduta que conduza ou possa conduzir, ainda que não necessariamente e só potencialmente, à produção desse resultado”. Isso teria gerado “um específico dever de omissão daquela conduta potencialmente geradora do resultado proibido, que, não obstante se encontrar formulado de uma maneira genérica, não deixa de caber na previsão daquele n.º 2 do artigo 10.º [dever de garante], na medida em que resulta de uma concreta previsão legal”¹⁴⁶⁹.

O fato é que a inovação de fundamentação imposta pelo Supremo Tribunal de Justiça despertou as mais variadas críticas, mas não apenas de quem sustenta a não punibilidade da tentativa com dolo eventual, como é o caso de José de Faria Costa¹⁴⁷⁰ –, curiosamente também de partidários da ideia de punibilidade, como no caso de Américo A. Taipa de Carvalho¹⁴⁷¹, conforme destacado no item 1.5.

De lá para cá, embora a menção à tese contrária, liderada, em Portugal, por José de Faria Costa, esteja quase sempre presente nos acórdãos, não tem sido outra a conclusão apresentada pelos tribunais portugueses sobre o tema enfocado. A punibilidade da tentativa com dolo eventual é, de maneira recorrente, a tese consagrada no Judiciário português, senão vejamos.

No Tribunal da Relação do Porto, entre os acórdãos mais recentes, há um de 28.10.2020, de relatoria de Pedro Vaz Pato, cujo processo é o 2139/19.0JAPRT.P1; sua conclusão é que “A factualidade provada integra, assim, a prática, pelo arguido, de um crime de homicídio simples, com dolo eventual, na forma tentada, pelas disposições conjugadas dos artigos 131.º, 14.º, b), 22.º e 23.º do Código Penal”. Fundamenta-se nos seguintes argumentos:

Há que salientar que a jurisprudência vem considerando (na esteira de Figueiredo Dias e contra a opinião da Faria Costa) que são compatíveis a tentativa e a atuação com dolo eventual (ver, neste sentido, entre outros, os acórdãos do Supremo tribunal de Justiça de 10 de novembro de 1993, in C.J.-S.T.J. 1993. III, pgs. 228 e segs, e de 2 de abril de 2009, proc. n.º 08P3277, relatado por Souto Moura, in dgsi.pt, e os acórdãos desta Relação de 25 de fevereiro de 2004, proc. n.º 0344749, relatado por

¹⁴⁶⁹ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual revisitados. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 132, n. 3.903, 1999. p. 178. A interpolação é nossa.

¹⁴⁷⁰ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual revisitados. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 132, n. 3.903, 1999.

¹⁴⁷¹ TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *A legítima defesa*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 225.

Isabel Pais Martins, de 20 de outubro de 2004, proc. n.º 0413680, relatado por Élia São Pedro, e de 2 de junho de 2013, proc. n.º 267/05.5GBMBR.P2, relatado por Maria dos Prazeres Silva). Na verdade, a “decisão” de cometer o crime, a que se reporta o artigo 22.º, n.º 1, do Código Penal quando define a tentativa, é compatível com qualquer das modalidades de dolo e, portanto, também com a decisão de se conformar com o resultado própria do dolo eventual; este também implica, como as outras modalidades de dolo, representação e vontade, mesmo que esbatidas ou enfraquecidas.¹⁴⁷²

Outro julgado, anterior, de 12.6.2013, de relatoria de Maria dos Prazeres Rodrigues Silva, cujo processo é o 267/05.8GBMBR.P2, embora mantenha a preocupação de desenvolver um tópico ponderando a punibilidade ou não, no primeiro ponto da ementa consta que:

I – Conquanto Faria Costa defenda a incompatibilidade entre a tentativa e o dolo eventual, a jurisprudência, no seguimento de Figueiredo Dias, tem-se pronunciado no sentido da sua compatibilidade, entendendo que a expressão legal “crime que decidiu cometer” se reporta apenas ao comportamento que o agente decidiu levar a cabo, comportamento esse que é tipificado como crime, irrelevando se o dolo se configura como directo, necessário ou eventual.¹⁴⁷³

No Tribunal da Relação de Coimbra, a conclusão não tem sido outra. No acórdão de 20.6.2012, da relatoria de Alberto Mira, cujo processo é o 158/11.3PATNV.C1, sem maiores ponderações entre os argumentos doutrinários a respeito do tema, limitando-se apenas a mencionar algumas decisões do Supremo Tribunal de Justiça, a conclusão a que se chegou foi a de que, para o crime tentado, exige-se o dolo, em qualquer modalidade.¹⁴⁷⁴ Assim também no acórdão de 2.4.2008, da relatoria de Fernando Ventura, cujo processo é o 1541/06.1PB AVR, em que a conclusão foi:

III – A admissão do dolo eventual como forma de comissão do crime doloso encontra-se hoje bem sedimentada na doutrina e jurisprudência e é admitida pela generalidade dos ordenamentos penais. Nem mesmo a dúvida suscitada quanto à sua aplicação à figura do crime tentado subsiste com significado pois a jurisprudência é largamente maioritária no sentido positivo. Decisivo para o preenchimento dessa modalidade da vontade mostra-se o conhecimento pelo agente da idoneidade do instrumento usado para provocar a morte – no caso, bem claro – a representação pelo agente do concreto resultado (perigo para a vida) não directamente querido e, por fim, a actuação indiferente a esse resultado concreto. Como se escreve no Ac. STJ de 21/11/84, “... pelo facto de no dolo eventual não existir uma intenção directamente dirigida à consumação do crime, nem por isso se pode dizer que o agente não tomou uma decisão sobre o crime. O acto de conformação com a realização do facto criminoso representado (...) vale essa decisão indubitavelmente, ao invés do que acontece na negligência ou mera culpa em que não existe decisão de delinquir: o agente não chega sequer a representar a realização do acto, ou se a representa actua sem se conformar com a mesma realização. Importa acentuar que o resultado aceite tem de ser o concreto resultado verificado ou projectado, no caso da

¹⁴⁷² Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/229f66dd969b34188025862a004e4057?OpenDocument>. Acesso em 18.6.2021.

¹⁴⁷³ Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/e60494379fe240a980257b91003f8146?OpenDocument>. Acesso em 18.6.2021.

¹⁴⁷⁴ Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/25eed5f19e67c9a080257a32003ccf6e?OpenDocument>. Acesso em 18.6.2021.

tentativa, e não apenas a probabilidade da sua verificação (teoria da probabilidade, por oposição à teoria do consentimento adoptada pelo artº 14º nº3 do CP)”.¹⁴⁷⁵

No Tribunal da Relação de Lisboa, no acórdão de 2.12.2020, de relatoria de Vieira Lamim, cujo processo é o 214/19.0JDLSB.L1-5, a decisão foi no sentido de que “O crime de homicídio qualificado, na forma tentada, é compatível com o dolo eventual”. Os juízes desembargadores, embora tenham feito menção à divergência exposta na doutrina, argumentaram que “a nível subjetivo a ação ficou completa (representou a possibilidade de morte e conformou-se), falhando só a verificação objetiva do resultado, mas por mero acaso, pois dúvidas não se suscitam em relação à idoneidade dos atos praticados para o provocar”.¹⁴⁷⁶

No acórdão de 28.11.2018, da relatoria de João Lee Ferreira, cujo processo é o 542/17.9PEOER.L1-3, a conclusão não havia sido outra para os juízes desembargadores, amparados pelo que chamaram de “jurisprudência e doutrina dominantes”: se houve conformação da possibilidade do resultado morte, o arguido “praticou actos de execução de um crime que decidiu cometer e incorreu no cometimento do crime de homicídio na forma tentada e sob a forma de dolo eventual (artigo 22º do Código Penal)”¹⁴⁷⁷.

Por último, para que não nos alonguemos muito, tendo em vista que é esse o entendimento nos tribunais portugueses, no Tribunal da Relação de Évora, no acórdão de 18.6.2002, de relatoria de Manuel Nabais, cujo processo é o 972/02-1, ao mencionar “a jurisprudência largamente dominante dos tribunais superiores”, o argumento pela punibilidade foi o de que “embora no dolo eventual não exista uma intenção directamente dirigida à consumação do crime, nem por isso se pode dizer que o agente não tomou uma decisão sobre ele”¹⁴⁷⁸.

Uma das poucas resistências encontradas à punibilidade da tentativa com dolo eventual esboçadas na jurisprudência portuguesa merece destaque no âmbito do Supremo Tribunal de Justiça, mais especificamente ainda no Acórdão de 10.11.1993.¹⁴⁷⁹ Nesse processo, de

¹⁴⁷⁵ Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/0ef638bfd00d644280257426003a6473?OpenDocument>. Acesso em 18.6.2021.

¹⁴⁷⁶ Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/65f68b84e77ca4a9802586570031bc58?OpenDocument&Highlight=0,tentativa,dolo,eventual>. Acesso em 18.6.2021.

¹⁴⁷⁷ Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/4583abc18fe619098025837d0031ab62?OpenDocument&Highlight=0,tentativa,dolo,eventual>. Acesso em 18.6.2021.

¹⁴⁷⁸ Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/86113ed4e34a0f4080257de1005747bf?OpenDocument&Highlight=0,tentativa,dolo,eventual>. Acesso em 18.6.2021.

¹⁴⁷⁹ Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3c3b50debec002fe802568fc003a94eb?OpenDocument>. Acesso em 26.6.2021.

número 044110, decidido com um único voto vencido, justamente o de Sá Nogueira, destacado como o relator do caso, embora tenha existido resistência, sumariou-se que “Verificados os restantes requisitos, a tentativa de crime é punível ainda que cometido com dolo eventual”.

5.2. *Em Espanha*

Na justiça espanhola, a situação não é muito diferente daquela encontrada entre os tribunais portugueses. Veja-se, por exemplo, que no Tribunal Superior de Justicia de Madrid, na decisão de 25.3.2021, da relatoria de Maria de La Almudena Alvarez Tejero, cujo processo é o 392/2020, destacou-se, sem maiores aprofundamentos, fazendo-se apenas referências a decisões anteriores, que o “‘ánimo de matar’ se comprenden generalmente en la jurisprudencia el dolo directo como el eventual”¹⁴⁸⁰, admitindo-se, ao final, a punibilidade da tentativa. Em outra oportunidade, de maneira sucinta, na decisão de 28.12.2020, da relatoria de Mario Pestana Perez, cujo processo é o 1144/2019, o tribunal argumentou que “concorre el tipo objetivo del delito de homicidio en grado de tentativa, así como la existencia del tipo subjetivo, es decir, del dolo de matar, que como mínimo concurre en la modalidad de dolo eventual”¹⁴⁸¹.

No Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, na decisão de 17.2.2021, da relatoria de Carlos Climent Duran, cujo processo é o 25/2021, fazendo-se menção a “lo señalado por la STS 1281/2004, de 10 de noviembre (recurso 1086/2003)”, destaca-se que “ya hemos dicho que para la tentativa es válido también el dolo eventual”, concluído-se que “estos tres elementos son necesarios para que haya un delito de homicidio (consumado o intentado) en su modalidad de homicidio con dolo directo de primer grado, o con dolo eventual”¹⁴⁸².

Na decisão de 20.11.2019, da relatoria de Carmen Llombart Perez, cujo processo é o 203/2019, concluiu-se que “tanto con dolo directo como con dolo eventual concurren los

¹⁴⁸⁰ Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/135bb8e50d105c4b/20210603>. Acesso em 18.6.2021.

¹⁴⁸¹ Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fff63bbdf66b7a7a/20210322>. Acesso em 19.6.2021.

¹⁴⁸² Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/25e042fd24ede268/20210521>. Acesso em 19.6.2021.

requisitos exigidos para resultar acreditada la concurrencia del delito de homicidio en grado de tentativa ya que no consiguió su propósito por circunstancias ajenas a su voluntad”¹⁴⁸³.

No Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, embora mantenha a condenação, na decisão de 26.10.2020, da relatoria de Javier Hernandez Garcia, cujo processo é o 137/2020, já se percebe uma perspectiva mais crítica a respeito da problemática enfocada:

Ahora bien, de dicha posibilidad normativa de imputación no cabe extraer como consecuencia necesaria que en el supuesto de formas intentadas pueda operar con la misma contundencia el dolo eventual. La transposición de soluciones parte de un silogismo mal planteado según el cual si el dolo de la tentativa es el mismo del delito consumado y este admite el dolo eventual también la tentativa debe admitir tal clase de dolo. Esta conclusión, extraída de un intachable razonamiento lógico-formal, debe ser puesta en duda en la medida en que la primera premisa se cuestiona. En este punto, y aun cuando existe, en efecto, un océano de soluciones doctrinales, muchas de ellas en colisión, consideramos que en los delitos intentados debe hacerse más exigible que la prueba plenaria patentice una voluntad de consumación, un grado más elevado de intencionalidad en el desvalor de acción que permita, en los supuestos de resultados que satisfacen las exigencias típicas de otros delitos, trazar la frontera entre tal delito consumado y el alternativo delito intentado. Cuando en términos probatorios, se ha identificado con seguridad un dolo directo de lesionar y solo una posibilidad de dolo de matar, la solución subsuntiva sólo puede venir dada por la opción más probada que además resulta la más beneficiosa para el reo.¹⁴⁸⁴

Em outra oportunidade, o mesmo tribunal, na decisão de 29.7.2020, da relatoria de Carlos Ramos Rubio, cujo processo é o 178/2019, mencionando outras decisões, destaca que

el dolo homicida tiene dos modalidades, el dolo directo o de primer grado y el dolo eventual, por lo que, en los supuestos de tentativa de homicidio - o de asesinato - presidida por un dolo eventual, lo relevante para afirmar la existencia del animus necandi es la constancia de una voluntad dirigida al empleo de medios capaces para producir la muerte, como indudablemente es el caso de un arma de fuego.¹⁴⁸⁵

No Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, na decisão de 30.12.2020, da relatoria de Maria Lourdes Marin Fernandez, cujo processo é o 14/2019, consta: “lo que significa que en todo caso se actuó con dolo eventual pues se representaron la posibilidad de que muriese y aceptaron el resultado, cometiendo los procesados un delito de homicidio en grado de tentativa”¹⁴⁸⁶.

Por fim, no Tribunal Supremo, o que se percebe é que se pune o dolo eventual nos casos de tentativa, mas opta-se por reduzir a pena do condenado. Foi assim, por exemplo, na decisão

¹⁴⁸³ Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f6d118fde44a2bfc/20210208>. Acesso em 19.6.2021.

¹⁴⁸⁴ Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/64e726d24c6d65a9/20210205>. Acesso em 19.6.2021.

¹⁴⁸⁵ Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/435a2b24a0472902/20210420>. Acesso em 19.6.2021.

¹⁴⁸⁶ Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fb290d8fd889f7b6/20210422>. Acesso em 19.6.2021.

de 19.2.2020, da relatoria de Edgar Amando Cloos Fernandez, cujo processo é o 1/2019.¹⁴⁸⁷ Em outra oportunidade, o tribunal espanhol enfrentou mais explicitamente a questão da punibilidade da tentativa com dolo eventual:

Admisión del dolo eventual en la tentativa.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 44/2019 de 1 Feb. 2019, Rec. 1275/2018

“La delimitación entre esas modalidades subjetivas resulta de una enorme dificultad al tener que operar los aplicadores del derecho con la estratificación de fenómenos psíquicos que presentan una difícilísima comprobación empírica en el ámbito procesal.

El dolo eventual no se excluye cuando no se produce el resultado. Basta asumir la eventual (que no real o efectivamente producida) muerte de la víctima.

También en la tentativa es proyectable el dolo eventual. El dolo homicida, en su modalidad de dolo eventual, se da en aquellas situaciones en las que el sujeto activo conoce que con su conducta crea un grave riesgo de que se produzca la muerte del sujeto pasivo, pese a lo cual continua con su acción, bien porque acepta ese resultado como probable, o bien porque su producción le resulta indiferente.

Para la tentativa se exige el mismo dolo que para el delito consumado, ya se trate de dolo directo o eventual. La diferencia entre tentativa y consumación en el delito de homicidio no se halla en el elemento subjetivo, sino en el objetivo, en tanto que para la consumación es preciso que se produzca como resultado la muerte de la víctima. La compatibilidad de dolo eventual y tentativa, está asentada en la jurisprudencia.

La tipicidad subjetiva del hecho y su subsunción en el dolo.

El dolo admite diversas modalidades. Sin embargo no hay un dolo de primer orden, el dolo directo, y otros de menor intensidad, el de consecuencias necesarias o el eventual. Se trata de distintas modalidades para explicar la misma forma de tipicidad subjetiva. [...]”.¹⁴⁸⁸

5.3. Em Alemanha

Dos tribunais enfocados no presente capítulo, é inegável que os da Alemanha são aqueles cujos casos (e assim também as decisões) têm servido quase sempre como parâmetro para os debates mais desenvolvidos da doutrina sobre os rumos de determinadas categorias conceituais e sobre as limitações da própria dogmática jurídico-criminal. Nesse contexto, observe-se o debate gerado com o que se convencionou chamar de o caso do “racha de Berlim”, em que jovens disputaram uma corrida de carro em via pública e provocaram um acidente com morte,¹⁴⁸⁹ tendo o caso originado decisões relativamente conflitantes entre o

¹⁴⁸⁷ Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9e7a3939d64acafa/20200304>. Acesso em 19.6.2021.

¹⁴⁸⁸ Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/60fc861ec7c0ff16/20200706>. Acesso em 19.6.2021.

¹⁴⁸⁹ Em comunicado à imprensa, o *Bundesgerichtshof* resumiu da seguinte maneira: “Nach den Feststellungen des Landgerichts befuhren die Angeklagten in der Nacht vom 31. Januar zum 1. Februar 2016 gegen 0:30 Uhr mit ihren leistungsstarken Fahrzeugen den Kurfürstendamm in Berlin. Kurz hinter dem Adenauerplatz verabredeten sie spontan ein Wettrennen (sog. "Stechen") entlang des Kurfürstendamms und der Tauentzienstraße. Nachdem sie bereits mehrere Kreuzungen passiert hatten, fuhren die Angeklagten bei Rotlicht

Landgericht Berlin (LG Berlim – o Tribunal de Berlim) e o *Bundesgerichtshof* (BGH – o Tribunal Federal Alemão). O primeiro,¹⁴⁹⁰ tendo considerado presente o dolo eventual, condenou os envolvidos. Já o segundo,¹⁴⁹¹ tendo considerado insuficiente a valoração feita pelo tribunal de origem sobre a presença do dolo eventual no evento referido, requereu uma nova fundamentação.

Não são poucas as questões passíveis de discussão em ambas as decisões, No que mais nos interessa, ficam evidentes as dificuldades na identificação e na delimitação de um dolo do tipo eventual, sobretudo quando se discute a possibilidade de uma tentativa. Como destacado por Eduardo Viana e Adriano Teixeira¹⁴⁹², o problema é que, em casos análogos, haverá de ser discutida também a questão da tentativa. Assim, nas situações em que nada ocorrer, apontando-se um dolo eventual, haveria uma suposta necessidade de punição dos envolvidos por tentativa de homicídio contra todas as pessoas nas proximidades do percurso, o que seria, para dizermos o mínimo, uma conclusão bastante discutível do ponto de vista dogmático.¹⁴⁹³ O fato é que são muitas as indefinições a respeito, não sendo “possível afirmar que agentes já adentraram na zona da tentativa quando ligaram os motores, quando excederam o limite de velocidade pela primeira vez ou quando avançaram o primeiro sinal vermelho”.

Sobre esse específico caso, Ingeborg Puppe¹⁴⁹⁴ destaca que o *Bundesgerichtshof* havia se debruçado sobre uma perícia a respeito da atitude dos jovens naquela situação, mas que não

und mit Geschwindigkeiten von 139 bis 149 km/h bzw. 160 bis 170 km/h in den Bereich der Kreuzung Tauentzienstraße/Nürnberger Straße ein. Hierbei nahmen sie den Tod anderer Verkehrsteilnehmer billigend in Kauf. Im Kreuzungsbereich kollidierte einer der Angeklagten mit einem Kraftfahrzeugführer, der bei grünem Ampellicht aus der Nürnberger Straße kommend in die Kreuzung eingefahren war; dieser erlag noch am Unfallort seinen schweren Verletzungen. Die Beifahrerin im Fahrzeug eines der Angeklagten wurde bei dem Unfall ebenfalls verletzt”. Disponível em: <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=1ea3cee917f972ee2624f135c96f2227&nr=80488&linked=pm&Blank=1>. Acesso em 20.6.2021. Pormenorizadamente, analisando a questão, também em: PREUß, Tamina. Tötung infolge eines illegalen Kraftfahrzeugrennens als Mord? Eine Anmerkung zu Lg Berlin, Urteil vom 27.2.2017 – 535 Ks 8/17 (nichtrechtskräftig). *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, München, p. 303-306, 2017. Sobre outras decisões em casos em que as discussões perpassam em alguma medida a problemática aqui enfocada, veja-se: “Drei Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zur Annahme bedingten Tötungsvorsatzes bei illegalen Autorennen oder sonstigen groben Rechtsverstößen im Straßenverkehr. Bedeutung der Eigengefährdung”. *Juristische Rundschau*, v. 2018, n. 7, 2018. p. 340-350. <https://doi.org/10.1515/juru-2018-0086>

¹⁴⁹⁰ Disponível em: https://www.burhoff.de/asp_weitere_beschluesse/inhalte/4001.htm. Acesso em 20.6.2021.

¹⁴⁹¹ Disponível em: <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=1ea3cee917f972ee2624f135c96f2227&nr=81558&pos=2&anz=5&Blank=1.pdf>. Acesso em 20.6.2021.

¹⁴⁹² VIANA, Eduardo; TEIXEIRA, Adriano. A imputação dolosa no caso do “racha em berlim” comentários à decisão do Tribunal de Berlim, de 27 de fevereiro de 2017 – (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16). *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, n. 36, jul.-dez., 2018. p. 81.

¹⁴⁹³ Veja-se a discussão em: WALTER, Tonio. Der vermeintliche Tötungsvorsatz von “Rasern”. *Neue Juristische Wochenschrift*, v. 70, n. 19, 2017. p. 1.350-1.353, 2018. p. 1.352.

¹⁴⁹⁴ PUPPE, Ingeborg. A determinação do conceito do dolo eventual e sua prova em juízo. *24º Seminário Internacional de Ciência Criminais*, São Paulo, 31. ago. 2018. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/951-24o-edicao-do-Seminario-Internacional-de-Ciencias-Criminais.

havia concordado com a conclusão apresentada. Para a perícia de segurança de trânsito, os motoristas, com seus carros potentes e equipamentos modernos de segurança, sentiam-se normalmente seguros,¹⁴⁹⁵ com o que o tribunal discordou, advertindo que não se deveriam ouvir psicólogos sobre as emoções ou sentimentos daquelas pessoas, mas qual teria sido a motivação naquele caso concreto. A autora questionou: como fazer isso sem recorrer a um psicólogo? O fato é que, normalmente, essas condenações ocorriam por negligência, mas, ainda com a autora, há muitos indicadores ambivalentes na jurisprudência alemã.¹⁴⁹⁶

Em outra oportunidade, também envolvendo corrida entre automóveis em via pública,¹⁴⁹⁷ ficam claras as inseguranças sobre a resolução da problemática, sobretudo quando uma decisão do BGH contrasta com a do LG Köln. Anette Grünewald¹⁴⁹⁸ aduz que:

Die neuere erstinstanzliche Rechtsprechung zu Fällen illegaler Autorennen mit tödlichem Ausgang changiert zwischen zwei Extremen. Auf der einen Seite steht die erstaunlich milde Entscheidung des LG Köln aus dem Jahr 2016. Das LG verurteilte die beiden Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren bzw. einem Jahr und neun Monaten und setzte die Vollstreckung der Strafen zur Bewährung aus. Der BGH hat dieses Urteil zwar inzwischen aufgehoben. Da die von der Staatsanwaltschaft eingelegte Revision auf den Strafausspruch beschränkt war, stand die Verurteilung der Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung jedoch nicht zur Disposition. Am anderen Ende der Skala bewegt sich die vorliegende Entscheidung des LG Berlin. Es verurteilt die Angeklagten neben einer gefährlichen Körperverletzung und einer vorsätzlichen Gefährdung des Straßenverkehrs wegen

Acesso em 20.6.2021. O manuscrito da palestra pode ser encontrado em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5389017/mod_folder/content/0/PUPPE%2C%20Ingeborg.%20O%20do%20lo%20eventual%20e%20a%20sua%20prova.pdf?forcedownload=1. Acesso em 21.6.2021.

¹⁴⁹⁵ É o que tem se convencionado chamar, na literatura a respeito do risco, de “efeito Peltzman”, senão vejamos: “Em 1975, o economista Sam Peltzman, da Universidade de Chicago, observou que o aumento da segurança dos automóveis acarretou mais acidentes, porque as pessoas passaram a se arriscar mais. Com direção assistida, freios ABS, cintos de segurança, sinais de alerta para o motorista se nos aproximamos demais de veículos ou pedestres, os automóveis ficaram mais seguros, mas também aumentamos a velocidade média. Assumir mais riscos porque a tecnologia transmite a sensação de segurança é fenômeno comum, conhecido como ‘efeito Peltzman’”. SCHRAGER, Allison. *Viver com risco – como enfrentar as situações incertas da vida cotidiana*. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: Portfolio-Peguin, 2021. p. 170. A autora adverte, mais adiante, que “O mundo moderno oferece a chance de assumir maior risco do que o devido”. *Op. cit.* p. 177.

¹⁴⁹⁶ O *Bundesgerichtshof*, entretanto, manteve condenação, levando-se em conta o dolo eventual, em caso análogo, tendo sido a sentença proferida pelo *Landgericht Hamburg*. Decisão final disponível em: <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2019&Seite=94&nr=93009&pos=2841&anz=2957>. Acesso em 21.6.2021. A decisão causou estranheza no público, sobretudo porque no “racha de Berlim” o *Bundesgerichtshof* mandou o tribunal de origem refazer julgamento. Algumas das reações, veja-se, por exemplo em:

<https://www.tagesspiegel.de/berlin/mord-urteil-was-die-kudamm-raser-vom-hamburger-fall-unterscheidet/24058990.html>. Acesso em 21.6.2021. Ou ainda: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/bgh-4str34518-raser-hamburg-mord-toetungsvorsatz-revision/>. Acesso em 21.6.2021.

¹⁴⁹⁷ A jurisprudência alemã, aliás, é rica em exemplos nesse sentido, em que se discute a responsabilização pela alegada assunção do risco com o desenvolvimento de velocidade considerada excessiva em via pública. Veja-se, por exemplo, o apanhado (e também as inúmeras críticas) em: SCHWEIGER, Theresa. Zur Tendenz der Normativierung der Vorsatzfeststellung am Beispiel der aktuellen Raser-Fälle. *HRRS Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*. Jahrgang 19, Oktober, 2018. Recomendam-se também: KUBICIEL, Michael; HOVEN, Elisa. Die Strafbarkeit illegaler Straßenrennen mit Todesfolge. *NStZ*, 2017. p. 439 ss; WALTER, Tonio. Der vermeintliche Tötungsvorsatz von „Rasern“. *NJW*, 2017. p. 1350.

¹⁴⁹⁸ GRÜNEWALD, Anette. Anmerkung. *Juristenzeitung*, Jahrgang 72, Heft 21, 2017. p. 1069. DOI: 10.1628/002268817X15035731333039.

Mordes in Mittäterschaft. Für die beiden Angeklagten hat das zwangsläufig eine lebenslange Freiheitsstrafe zur Folge, weil der Mordtatbestand eine Strafzumessung nicht zulässt. Angesichts dieser stark voneinander abweichenden Judikate liegt schon prima facie die Vermutung nahe, dass weder das milde Urteil des LG Köln noch die überraschend harte Entscheidung des LG Berlin im Ergebnis zu überzeugen vermögen. Ob der BGH das Urteil des LG Berlin ebenfalls aufheben wird, bleibt jedoch abzuwarten.

A autora reconhece as dificuldades de distinções entre dolo eventual e negligência consciente. Argumenta que “der Übergang zwischen dolus eventualis und Fahrlässigkeit ohnehin fließend und es lässt sich durchaus bestreiten, dass die Grenze zwischen dolus eventualis und Fahrlässigkeit überhaupt axiologisch hinreichend begründbar ist”¹⁴⁹⁹. E, logo na sequência, resumidamente, critica as previsões legais a respeito:

Vor diesem Hintergrund erweist sich die gesetzliche Regelung als unzulänglich. Teilt man nämlich die Prämisse, dass dolus eventualis und Fahrlässigkeit normativ nahe beieinander liegen (können) und im Grenzbereich kaum unterscheidbar sind (falls sie es dort überhaupt sein sollten),²⁹ dann vermag die Regelung von § 212 StGB und § 222 StGB nicht zu überzeugen. Denn die Mindeststrafe für eine einfache vorsätzliche Tötung (§ 212 Abs. 1 StGB) ist zugleich die Höchststrafe der fahrlässigen Tötung (§ 222 StGB); sie liegt bei fünf Jahren Freiheitsstrafe.

De fato, esse não é um daqueles casos cuja resposta é dada de maneira pronta e acabada. Quando se observa a jurisprudência alemã conclui-se rapidamente que a tentativa com dolo eventual não conhece maiores obstáculos para se estabelecer, especialmente quando se discute um suposto crime de homicídio. Sobre o dolo eventual, a propósito, fica clara sua observância quando da séria possibilidade de ocorrência do resultado:

Die jüngere Rechtsprechung des BGH stellt klar, dass Gleichgültigkeit gegenüber der erkannten Möglichkeit des Erfolgeintritts für den dolus eventualis bei Tötungsdelikten genügt. Ferner betont sie die Bedeutung der Größe und Anschaulichkeit der vom Täter wissentlich geschaffenen Lebensgefahr auch für das Willenselement des Vorsatzes. Liegt eine große und anschauliche Todesgefahr vor, so genügt das zur Begründung der Zuschreibung des dolus eventualis. Will das Tatgericht trotz einer solchen Gefahr keinen Vorsatz annehmen, so bedarf dies besonderer Begründung (vgl. Puppe NStZ 2016, 575 ff.)

[...]

Bei einer wertenden Gesamtbetrachtung aller vorstehenden Umstände ist danach das Wissenselement des Eventualvorsatzes als gegeben anzusehen; denn die extreme Gefährlichkeit der Tathandlung war geeignet, jedem Verkehrsteilnehmer, auch den in keinsten Weise psychisch beeinträchtigten Angeklagten, deutlich vor Augen zu führen, dass ein solches Verhalten tödliche Folgen zeitigen konnte. Dies gilt insbesondere für die im Kollisionszeitpunkt erreichte Geschwindigkeit, die bezüglich der Handlung ein lediglich fahrlässiges Verhalten nicht mehr nahelegt (BGH, 4 StR 84/15, a. a.O.) [. . .].¹⁵⁰⁰

¹⁴⁹⁹ GRÜNEWALD, Anette. Anmerkung. *Juristenzeitung*, Jahrgang 72, Heft 21, 2017. p. 1071. DOI: 10.1628/002268817X15035731333039. Veja-se uma perspectiva essencialmente crítica a respeito desse posicionamento em: HERZBERG, Rolf D. Setzt vorsätzliches Handeln (§ 15 StGB) ein Wollen der Tatbestandsverwirklichung voraus? *Juristenzeitung*, Jahrgang 73, Heft 3, 2018. p. 129 ss.

¹⁵⁰⁰ *Juristenzeitung*, Jahrgang 72, Heft 21, 2017. p. 1064-1066. DOI: 10.1628/002268817X15035731333039

Outro caso emblemático da jurisprudência alemã, também mencionado por Puppe¹⁵⁰¹, é o caso Lacmann, que refuta a fórmula de Frank¹⁵⁰². Dois jovens, armados, apostam acertar um tiro numa bola que uma jovem segura. Ocorre que a moça é alvejada. A questão é: haveria dolo nesse caso? Provavelmente não; o agente não teria atirado se soubesse que acertaria a moça porque evidentemente perderia a aposta. A mesma coisa teria ocorrido com os participantes do “racha de Berlin”, uma vez que, ocorrendo o acidente, a aposta estaria perdida. Puppe desenvolve uma interpretação em que será preciso identificar indicadores, para os quais o decisivo seria o “tamanho do risco assumido” pelo agente com sua conduta. Mas agora, dizemos nós: o que seria um “grande” perigo e como mensurar isso? A autora reconhece inexistir certa exatidão.

Em outro contexto, também paradigmático, o *Bundesgerichtshof*, em 4 de novembro de 1988 (StR 262/88)¹⁵⁰³, decidiu a respeito de relações sexuais por pessoas com a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS, na sigla em inglês), e, de certo modo, admitiu uma tentativa de lesão com dolo eventual, como comentado por Wolfgang Frisch¹⁵⁰⁴.

Dessa maneira, percebe-se que os tribunais alemães, como antevisto, na generalidade (e assim também a própria doutrina), aceitam a punibilidade de uma tentativa com dolo eventual.

5.4. Em Itália

O cenário discursivo sobre a problemática proposta na presente tese é, em comparação com o que vimos até aqui em termos de jurisprudência, contramajoritário em Itália, com os tribunais do país assumindo uma postura mais resistente para admitir a punibilidade da tentativa com um dolo encarado como eventual. Desse modo, vê-se como mais presente nas decisões da

¹⁵⁰¹ PUPPE, Ingeborg. A determinação do conceito do dolo eventual e sua prova em juízo. *24º Seminário Internacional de Ciência Criminais*, São Paulo, 31 ago. 2018. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/951-24o-edicao-do-Seminario-Internacional-de-Ciencias-Criminais. Acesso em 20.6.2021. O manuscrito da palestra pode ser encontrado em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5389017/mod_folder/content/0/PUPPE%2C%20Ingeborg.%20O%20dolo%20eventual%20e%20a%20sua%20prova..pdf?forcedownload=1. Acesso em 21.6.2021.

¹⁵⁰² Conhecida no âmbito do que é encarado como uma *teoria positiva do consentimento*, além de uma *teoria hipotética do conhecimento*, que denunciam a indiferença do agente em relação ao resultado obtido.

¹⁵⁰³ Com origem em: *LG Nürnberg-Fürth*, 16 de novembro de 1987 - 13 KLS 345 Js 31316/87.

¹⁵⁰⁴ FRISCH, Wolfgang. Riskanter Geschlechtsverkehr eines VIH Infizierten als Straftat? – BGH St 36.1. *JuS*, 1990. p. 362-370. Uma série de argumentos, com menção, inclusive, a outras decisões de tribunais regionais alemães, a respeito da decisão mencionada pode ser encontrada em: <https://www.aidshilfe.de/sites/default/files/documents/2011%20Sammlung%20Urteile.pdf#page=7>. Acesso em 21.6.2021. E ainda em: SIEBECK, Mohr. BGH, 4. 11. 1988 – 1 StR 262/88. Zur Strafbarkeit eines HIV-Infizierten, der in Kenntnis seiner Ansteckung mit einem anderen ohne Schutzmittel Sexualverkehr ausübt. *JuristenZeitung*, 44. Jahrg., n. 10, 19.5.1989. p. 496-501. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/20819961.pdf?refreqid=excelsior%3A6e46123043e84a4379427d843d38a3a2>. Acesso em 21.6.2021.

Corte Suprema di Cassazione, com amparo nas previsões do Código Penal, a ideia de que a tentativa apenas se compatibilizaria com o dolo direto, não se admitindo, portanto, um dolo do tipo eventual diante de um crime tentado, exigindo-se, por consequência, um comportamento idôneo dirigido univocamente ao resultado típico pretendido¹⁵⁰⁵.

Na decisão mais recentemente encontrada sobre o tema, de 5.5.2021, prolatada pela sezione 7 da Suprema Corte di Cassazione, com a relatoria de Liuni Teresa, cujo número é o 23.437, a conclusão foi que “Ne consegue che il dolo eventuale non è configurabile nel caso di delitto tentato, in quanto è ontologicamente incompatibile con la direzione univoca degli atti compiuti nel tentativo, che presuppone il dolo diretto”¹⁵⁰⁶. Em outra oportunidade, mas agora a partir da sezione 1 do mesmo tribunal, em 14.4.2021, com a relatoria de Galati Vincenzo, cujo número é o 21.340, de maneira ainda mais incisiva, concluiu-se o seguinte:

Con esso si lamenta un vizio di logicità della motivazione nella parte in cui ha adottato il criterio di valutazione dell'elemento soggettivo del delitto di tentato omicidio secondo i parametri propri del dolo eventuale che costituisce categoria di classificazione dell'elemento soggettivo incompatibile con il tentativo [...].

L'assunto dal quale prende le mosse il ragionamento della difesa è corretto laddove esclude la compatibilità del dolo eventuale con il tentativo (Sez. 6, n. 14342 del 20/03/2012, R., Rv. 252565-01) ma errato nel caso in cui pretende di affermare che, nel caso di specie, la Corte abbia fatto concreta applicazione del predetto criterio.¹⁵⁰⁷

A decisão da mesma sezione 1, em 17.12.2020, com relatoria de Bianchi Michele, cujo número é o 16100, arremata: “Si deve infine osservare che la incompatibilità tra il tentativo e il dolo eventuale viene affermata, in giurisprudenza, in ragione delle caratteristiche dell'elemento oggettivo del delitto tentato, con riguardo, in particolare, alla direzione univoca degli atti”¹⁵⁰⁸. No mesmo sentido, da sezione 1, é a decisão de 1.12.2020, de relatoria de Liuni Teresa, com número 7439, que estabelece: “Alla stregua di tali osservazioni, si sarebbe dovuto riconoscere che lo Spera era ispirato da dolo eventuale, incompatibile con il tentativo di omicidio ed integrante la diversa fattispecie delittuosa di cui all'art. 582-585 cod. pen.”¹⁵⁰⁹

¹⁵⁰⁵ Sentença de 21.10.1970. Diversas sentenças são enumeradas em: TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992. p. 526 e ss.

¹⁵⁰⁶ Disponível em:

<http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpen&id=./20210615/snpen@s70@a2021@n23437@tO.clean.pdf>. Acesso em 22.6.2021.

¹⁵⁰⁷ Disponível em:

<http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpen&id=./20210531/snpen@s10@a2021@n21340@tS.clean.pdf>. Acesso em 22.6.2021.

¹⁵⁰⁸ Disponível em:

<http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpen&id=./20210428/snpen@s10@a2021@n16100@tS.clean.pdf>. Acesso em 22.6.2021.

¹⁵⁰⁹ Disponível em:

<http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpen&id=./20210225/snpen@s10@a2021@n07439@tS.clean.pdf>. Acesso em 22.6.2021.

Massimo Filìè¹⁵¹⁰, enumerando exemplos, recorda que a questão nem sempre foi pacífica na jurisprudência italiana:

Questa Corte ha avuto modo, altresì di ritenere (da ultimo, Sez. I, 13 novembre 1980, Vedele) che il dolo eventuale è del tutto compatibile col delitto tentato. Invero il requisito della non equivocità degli atti rispetto all'evento di pericolo si riferisce alla struttura obiettiva della condotta, mentre sotto il profilo subiettivo del dolo il delitto tentato per nulla si differenzia dal reato consumato.

Andrea Canepa¹⁵¹¹, em pormenorizado estudo da perspectiva italiana sobre o tema, destaca que tanto a doutrina quanto a jurisprudência, em um primeiro momento, advogavam a punibilidade da tentativa com dolo eventual, na medida em que “tale punto di vista trova conferma in una fondamentale decisione delle Sezioni Unite della Cassazione risalente al 1983”, colacionando-se diversos outros exemplos de tal posicionamento jurisprudencial. A autora, analisando o processo legislativo italiano, adverte que “L'esclusione del dolo eventuale in relazione al delitto tentato è prevista anche nel Progetto Pagliaro nell'ambito del quale viene comunque mantenuta la figura del dolo eventuale tra le forme di dolo rilevanti”¹⁵¹².

Já Nicola Erminio Paone¹⁵¹³, tendo se debruçado sobre o tema do dolo eventual e passado em revista algumas previsões da legislação e decisões da justiça italiana, conclui que qualquer iniciativa de distinção entre dolo eventual e negligência consciente “è destinato all'insuccesso, in quanto si è in presenza di modalità di realizzazione del fatto identiche, potendosi al più distinguere l'intensità della previsione, a seconda del coefficiente probabilistico della stessa”. Para o autor, “L'unica soluzione coerente pare dunque essere quella che rinuncia a distinguere il dolo eventuale dalla colpa con previsione, accomunandoli in una forma di imputazione unica”. E adverte: “Si tratta, in fin dei conti, della soluzione adottata dal codice vigente, una volta ricostruita la definizione di dolo contenuta nell'art. 43 c.p. in termini tali da ritenere che essa non comprenda il dolo eventuale”.

Essas, portanto, as perspectivas italianas, evidentemente contramajoritárias em comparação aos demais países mencionados, sobre a viabilidade da responsabilização criminal de uma tentativa com dolo eventual. Como antevisto, embora não exista unanimidade, o entendimento

¹⁵¹⁰ FILIÈ, Massimo. Delitto tentato e dolo eventuale [Comentário de jurisprudência]. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 26, p. 744-750., 1983. p. 746.

¹⁵¹¹ CANEPA, Andrea. Dolo eventuale e tentativo: possibilità e limiti di una compatibilità. *L'indice penale*, Padova, v. 12, n. 2, p. 421-458, jul./dez., 2009. p. 422.

¹⁵¹² CANEPA, Andrea. Dolo eventuale e tentativo: possibilità e limiti di una compatibilità. *L'indice penale*, Padova, v. 12, n. 2, p. 421-458, jul./dez., 2009. p. 452.

¹⁵¹³ PAONE, Nicola Erminio. Dolo eventuale ed imputazione soggettiva dell'evento del reato. *Tesi di Dottorato di ricerca in "sistema penale integrato e processo" XXV ciclo*, Università Degli Studi di Napoli "FEDERICO II", 2013. p. 245-246.

prevalente rechaça que sejam as categorias dogmáticas enfocadas de algum modo compatíveis.

6. Referências conclusivas

Como antevisto, com exceção sobretudo de Itália (e assim também em França¹⁵¹⁴), a aceitação da punibilidade da tentativa com dolo eventual tem se instalado há anos num ambiente bastante favorável, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Em Portugal, Espanha e Alemanha, muito especialmente, mas assim também em outros países da Europa, como a Suíça¹⁵¹⁵ ou mesmo a Bélgica¹⁵¹⁶, as dificuldades em se conseguir destacar alguma resistência

¹⁵¹⁴ Os franceses, observa José de Faria Costa, na doutrina ou nos tribunais, “advogam a impossibilidade de se estar perante uma tentativa quando perpetrada com dolo eventual”. FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). *Estudos em homenagem ao prof. Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. I, 1984. p. 758. O autor menciona ainda: MERLE, Roger; VITU, André. *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*. T. I. 5. éd. Paris: Cujas, 1984. p. 583-702. Na mencionada obra, portanto, vê-se: “464. La référence à l'intention. - En lisant la plupart des arrêts de la chambre criminelle, on est porté à supposer que la Cour de cassation se réfère à la notion doctrinale d'acte univoque. En effet, chaque fois qu'elle retient une tentative punissable, on peut généralement constater que les faits accomplis par l'agent ne pouvaient s'expliquer que par la volonté bien arrêtée de consommer une infraction déterminée.”. *Op. cit.* p. 583 [nas páginas 704-705 os mesmos autores, muito resumidamente, discorrem sobre o *dol éventuel*]. Ainda sobre o interesse dos franceses a respeito da problemática, de maneira muito sucinta, veja-se ainda: HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal – v. I. t. II. 4.* ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 121. Para uma análise contextualizada, inclusive com decisões a respeito, em que se explica “L'insuffisance de la simple insouciance, du dol indéterminé ou du dol éventuel”, veja-se: BON, Céline. L'infraction de tentative en droit pénal canadien et en droit pénal français - De la conciliation entre la nécessaire anticipation de la répression et l'exigence de culpabilité morale. *Université Laval Québec, Canada, Maître en droit (LL. M.) et Université de Toulouse I Capitole Toulouse, France, Master (M.)*, 2017. p. 48 ss. Disponível em: <https://corpus.ulaval.ca/jspui/bitstream/20.500.11794/28035/1/33085.pdf>. Acesso em 12.9.2021.

¹⁵¹⁵ O *Bundesgericht*, tribunal federal, na esfera penal, tem decidido que: “Vi è tentativo quando l'autore ha realizzato tutti gli elementi soggettivi del reato e manifestato la sua decisione di commetterlo, ma gli elementi oggettivi difettano in tutto o in parte (DTF 140 IV 150 consid. 3.4; 137 IV 113 consid. 1.4.2). È quindi dato un tentativo di omicidio, quando l'autore, agendo intenzionalmente, inizia l'esecuzione di questo reato, manifestando così la sua decisione di commetterlo, senza tuttavia che il risultato si compia (sentenza 6B_86/2019 dell'8 febbraio 2019 consid. 2.1 e rinvii). L'equivalenza delle due forme di dolo, diretto ed eventuale, si applica pure al tentativo (DTF 122 IV 246 consid. 3a; 120 IV 17 consid. 2c; sentenza 6B_1177/2018 del 9 gennaio 2019 consid. 1.1.3)”. A decisão é de 8.11.2019, mas menciona inúmeras outras. Disponível em: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F08-11-2019-6B_1146-2018&lang=de&type=show_document&zoom=YES&. Acesso em 26.6.2021. Assim também em decisão ainda mais recente, de 2020, em que se destaca que: “5.1.3. Il y a tentative lorsque l'auteur a réalisé tous les éléments subjectifs de l'infraction et manifesté sa décision de la commettre, alors que les éléments objectifs font, en tout ou en partie, défaut (ATF 140 IV 150 consid. 3.4 p. 152). La jurisprudence a affirmé à plusieurs reprises que l'équivalence des deux formes de dol – direct et éventuel – s'appliquait également à la tentative (ATF 122 IV 246 consid. 3a p. 247 s.; 120 IV 17 consid. 2c p. 22)”. Disponível em: https://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/2020/200702_6B_148-2020.html. Acesso em 27.8.2021.

¹⁵¹⁶ Dentre outras, veja-se como bastante representativa e atual: “Assassinat – Tentative – Élément moral – Dol éventuel: La cour d'appel de Liège, dans un arrêt du 13 mars 2017 qui confirme le premier jugement, a estimé qu'il y a tentative d'assassinat, et non coups et blessures volontaires avec préméditation, lorsque l'auteur de l'envoi d'un colis piégé destiné à exploser lors de son ouverture avec pour objectif de blesser les futures victimes aux mains mais sans aucune garantie que l'ouverture suivrait précisément le scénario qu'il avait conçu, atteint ainsi un tiers en des endroits vitaux du corps. L'auteur a de la sorte commis un acte dont les conséquences normales prévisibles et connues, qu'il a ainsi nécessairement acceptées, pouvaient être fatales, ce qui correspond

às conclusões apresentadas pela doutrina e jurisprudência majoritárias são claras; a imensa maioria é favorável à punibilidade, ora por conta dos termos da legislação de cada um desses países, que, segundo se argumenta, parecem mandar que a punição exista nesses termos, ora por conta da ideia de não se deixar passar impune uma situação de alegada reprovação social.

Desse modo, não se pode descartar prontamente a hipótese de incidência do que Daniel Kahneman¹⁵¹⁷ chamou de a “lei do menor esforço”, aplicável “tanto ao esforço cognitivo quanto ao físico”. Segundo o autor, “Essa lei determina que se há vários modos de atingir um mesmo objetivo, as pessoas acabarão por tender ao custo de ação menos exigente”, o que pode explicar, em boa medida, a falta de esforço de fundamentação na literatura a respeito. O autor conclui que “a preguiça é algo profundamente arraigado em nossa natureza”. A problemática enfocada tem sido, na generalidade, “resolvida” como se estivéssemos diante de uma obviedade, com a fórmula de que “o que vale para a consumação vale para a tentativa”.

Não se pode também deixar de levar em consideração que boa parte dos debates sobre a possibilidade dogmática de punir a tentativa com dolo eventual gira em torno daquele que tem sido o bem valorado como o mais importante na atuação do sistema jurídico-criminal, o que, aliás, justifica a proteção de todos os demais. Dos julgados apresentados, quase todos diziam respeito ao tipo legal do homicídio. É, portanto, de ofensas graves contra a vida do que geralmente se trata, o que pode acabar produzindo aquilo que Daniel Kahneman¹⁵¹⁸ denominou de “gatilhos associativos”, ou seja – agora dizemos nós –, sendo considerado como o mais grave dos crimes, com a maior pena e repulsa social, o homicídio,¹⁵¹⁹ e mesmo a sua tentativa, tende a levar as pessoas, através de uma espécie de “associação de ideias”, a não deixar a pessoa envolvida passar impune ou a não deixar ela ser punida menos severamente.

à la notion de « dol éventuel » (Liège, (18e ch.), 13 mars 2017, Rev. dr. pén. crim., 2018, p. 344, note A. delannay, “Tentative et dol éventuel: une occasion manquée de ‘démminer un colis piégé’”, J.T., 2018, p. 374, note F. Kutu, “La notion de dol éventuel et son application à la tentative punissable”). Disponível em: https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal%3A220150/datastream/PDF_01/view. Acesso em 27.8.2021.

¹⁵¹⁷ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar* – duas formas de pensar. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 48. “O sistema nervoso consome mais glicose do que outras partes do corpo, e a atividade mental trabalhosa parece ser particularmente dispendiosa na moeda da glicose”. *Op. cit.* p. 57.

¹⁵¹⁸ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar* – duas formas de pensar. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 73 ss.

¹⁵¹⁹ “Se crimes fossem cores, assassinato seria um matiz de vermelho mais profundo que roubo. Se crimes fossem expressos como música, assassinato em massa seria tocado em fortíssimo enquanto o acúmulo de multas por estacionamento seria um leve pianíssimo. E é claro que você partilha de sentimentos semelhantes sobre a intensidade das punições. Em experimentos clássicos, as pessoas ajustaram a altura de um som à gravidade dos crimes; outras pessoas ajustaram a altura à gravidade das punições legais. Se você escutava duas notas, uma para o crime e uma para a punição, sentiria uma sensação de injustiça se um tom fosse bem mais alto do que outro”. KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar* – duas formas de pensar. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 122. O autor se ampara sobretudo em: STEVENS, Stanley S. *Psychophysics: Introduction to Its Perceptual, Neural and Social Prospects*. New York: Wiley, 1975.

Assim é que, ao crime mais grave, leva-se a cabo uma interpretação mais expansiva do exercício do poder punitivo.

Não é porque a doutrina e/ou os tribunais enfocados têm acolhido mais frequentemente uma determinada ideia, não é porque ela pode parecer mais familiar (porque mais repetida) aos que se deparam com a problemática enfocada, ou porque ela tenha o potencial de nos dar mais “conforto cognitivo”, que vamos sedimentá-la ou associá-la como aquela correta ou a mais coerente do ponto de vista dogmático. Nesse sentido, será preciso manter aguçado algum senso crítico quando a solução encontrada traduzir-se na possibilidade de expansão do sistema de responsabilização criminal. É evidente que um atentado contra a vida alheia produz, na generalidade, repulsa, tendo ela ou não sido atingida efetivamente, o que dificulta a aceitação de soluções restritivas do exercício do poder punitivo.

Como constatado por Paul Rozin e Edward B. Royzman¹⁵²⁰, a perspectiva negativa (como um atentado contra a vida alheia), não raramente, acaba superando aquela eventualmente encarada como positiva (como a necessidade de manter a integridade e a coerência da estruturação dogmática em uma democracia)¹⁵²¹. Conforme os autores, “uma única barata irá arruinar completamente o atrativo de uma tigela de cerejas, mas uma cereja não fará nada por uma tigela de baratas”. Assim é que se conclui, ainda com os autores, que “Impressões ruins e estereótipos ruins formam-se rapidamente e são mais resistentes à desconfirmação do que os bons”. Daniel Kahneman¹⁵²² argumenta que “Todo mundo sabe que uma amizade que levou anos para se desenvolver pode ser arruinada com um único gesto”. Tais correlações podem até parecer absurdas, mas uma coisa é certa: embora difíceis de ser reveladas, não se pode afirmar que estejam completamente ausentes de todos os casos.

Estar com a maioria não significa necessariamente estar certo, ou mesmo estar com os melhores autores, ou ainda ser mais coerente do que aqueles que argumentam a partir do campo minoritário, especialmente no debate sobre a punibilidade da tentativa com dolo eventual. Estar com a maioria, no contexto enfocado, não nos diz mais do que o fato de existir apenas uma vantagem numérica na defesa dessa ideia. Como não se resolvem problemas dogmáticos com base pura e simplesmente em uma votação, como, aliás, acaba ocorrendo no

¹⁵²⁰ ROZIN, Paul; ROYZMAN, Edward B. Negativity bias, negativity dominance and contagion. *Personality and Social Psychology Review*, 5, 2001. p. 296 ss.

¹⁵²¹ Partindo-se do pressuposto de que esta tem na dogmática uma ferramenta de contenção (racionalização) do poder punitivo.

¹⁵²² KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar – duas formas de pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 376.

trabalho legislativo e no dos tribunais,¹⁵²³ a maioria sedimentada a esse respeito não está isenta de ser tida como equivocada em razão de sua eventual superioridade numérica.

¹⁵²³ Os limites da atuação legislativa, com a qual estão vinculados os tribunais, que muitas vezes decidem questões angariando votos de desembargadores, conselheiros e ministros, é um dos focos de nosso próximo (e último) capítulo.

CAPÍTULO III – A DEFESA DE NOSSA POSIÇÃO

1. Considerações iniciais

Nesta altura, cumpre considerarmos o terreno devidamente preparado para que se impulsione uma defesa mais enfática da posição que adotamos. Todo o trajeto até o momento foi estruturado a fim de que tivéssemos a base conceitual necessária para a defesa da ideia de que a tentativa não é compatível com um dolo do tipo eventual. Nessa linha, fomos deixando absolutamente clara a preocupação em justificar as opções acolhidas em cada uma das bifurcações do complexo labirinto dogmático com o qual interagimos. Se há qualquer tipo de inconsistência na construção do que apresentamos ao longo da tese, embora não a tenhamos percebido conscientemente, estamos também seguros de que mesmo se estivéssemos com a corrente contrária (aquela, portanto, *majoritária*), não poderíamos argumentar a existência de perfeição. O fato é que, embora estejamos no campo minoritário, ou seja, em desvantagem numérica, em nenhum momento estivemos propriamente isolados naquilo que defendemos.

Desse modo, o desenvolvimento do presente capítulo, na mesma medida que se presta a deflagrar uma defesa mais enfática de nossa posição, objetiva também chamar a atenção para a necessidade de se observar, da maneira mais crítica possível, as limitações impostas em uma democracia àqueles que participam do processo de articulação do sistema oficial de controle e de punição. O que significa dizer que estruturar coerentemente categorias conceituais, moldar tipos legais de crime e suas respectivas consequências, bem como decidir fundamentadamente a partir desses parâmetros legais os casos submetidos, são providências que, além de incontornáveis, requerem, ao menos em uma democracia, um compromisso inalienável com a otimização da dignidade humana. Tal não ocorre com a criação e a manutenção de um ambiente em que se observa a possibilidade de expansão desmedida do exercício do poder punitivo.

O trabalho empreendido até aqui tem se desenvolvido com vistas a organizar, de maneira evidentemente fundamentada, perspectivas que consideramos como minimalistas do sistema oficial de controle e de punição, ou seja, aquelas encaradas como as menos favoráveis a uma eventual expansão indevida (ou arbitrariedade) do exercício do poder punitivo nas liberdades individuais ou na dignidade humana. Ocorre que, como se sabe, esse é um tipo de providência metodológica que carrega consigo um grau elevado de complexidade, considerando-se sobretudo a exigência de cuidado redobrado na articulação dos aspectos dogmático, legislativo e jurisprudencial diante da problemática enfocada. O que deve restar claro é que do

primeiro aspecto, o dogmático, já cuidamos, restando-nos as preocupações com os dois últimos aspectos: o legislativo e o jurisprudencial. Vamos a eles.

2. A responsabilização criminal é uma questão meramente legal? Trata-se de se fazer justiça pura e simplesmente? Afinal, pode o legislador (e a política criminal) (ou mesmo o juiz e a jurisprudência) subverter a dogmática jurídico-criminal?

Não nos resta dúvida de que o papel de esculpir os tipos legais de crime, em obediência ao princípio da separação dos poderes, deve mesmo ficar com o Legislativo (art. 165.º, n.º 1, alínea c, da Constituição de Portugal).¹⁵²⁴ É nele, ao menos em ambiente que se apresenta como democrático, que encontramos o espaço representativo ideal para os desenvolvimentos dos debates que movem a construção das normas que regem nosso cotidiano. É, portanto, exatamente aí que devem ser formadas as maiorias, dentro daquilo que lhes é permitido decidir (vejam-se as vedações provenientes do princípio da limitação das penas – perpétua e de morte, por exemplo), sem, no entanto, deixar de garantir a participação das minorias.

Na perspectiva de José de Faria Costa¹⁵²⁵, com a qual concordamos, “a decisão política, a decisão político-criminal de limitar direitos, liberdades e garantias, através da definição de comportamentos penalmente proibidos, é e deverá continuar a ser do Parlamento”. Isso porque, diz ele, “é bom que seja o espaço público da vontade política, democraticamente representada, o único lugar que possa limitar os direitos, as liberdades e as garantias do cidadão”.

Começemos por dizer o óbvio: “devemos obediência à lei”.¹⁵²⁶ O presente capítulo não haverá de se insurgir desmedidamente contra o papel crucial exercido pelo Legislativo na construção e na manutenção de um Estado de Direito Democrático. Também não pretendemos nos debruçar esmiuçadamente sobre a legitimidade do legislador, como representante estatal, para o estabelecimento de tipos legais de crime. Jorge de Figueiredo Dias¹⁵²⁷ refere que “ao buscar-se o fundamento de uma norma ou de toda uma ordem jurídica, pode perguntar-se pelo seu critério próprio, intrínseco (e portanto ‘autónomo’) de *validade*, ou simplesmente pela entidade que detém o poder de a ‘pôr’ e de exigir a obediência dos seus destinatários, e portanto pela sua *legitimidade*”. O que nos interessa são os limites do exercício desse poder.

¹⁵²⁴ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 136 ss.

¹⁵²⁵ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 231.

¹⁵²⁶ FARIA COSTA, José de. *A interpretação da norma penal num sistema jurídico complexo*. Aula em DVD no curso de Pós-graduação sobre a doutrina geral da infração criminal revisitada do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, São Paulo, 19 ago. 2011.

¹⁵²⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. Coimbra: Almedina, 1969. p. 120.

Como constatado por Antonio Rafael Cuerda Riezu¹⁵²⁸, “La preocupación inmediata del jurista há sido la aplicación de las normas y no los procesos de creación de las normas”, sendo justamente esta última providência aquela que “plantea el problema de cómo debe configurarse una disposición, qué objetivos debe perserguir y qué grupos de casos debe abarcar”. O autor, com amparo em Peter Noll¹⁵²⁹ e exaltando a doutrina alemã, já argumentava que “En los últimos tiempos há crecido, no obstante, el interés teórico por estos temas”, emoldurando-se, sem dúvida, de lá para cá, uma espécie de “teoría de la legislación”.

Assim, é inegável que, no campo democrático, existem limites nessa *legítima* atuação. O legislador, e assim também o julgador, não são absolutamente livres na realização de seus papéis. Não nos parece existirem dúvidas, nesse particular, sobre o exagero na posição assumida por Feuerbach¹⁵³⁰, para quem “onde o legislador fala, a filosofia cala”. Haverá, entretanto, uma série de limitações mais evidentes, mais facilmente observáveis, como também uma série de limitações decorrentes da estrutura do próprio sistema democrático, que, embora se pautem pela vontade da maioria, deve garantir a participação nos debates e a preservação de determinados direitos das minorias.

Como não nos deixa esquecer Charles Seife¹⁵³¹, em 1897, o senador pelo estado americano de Indiana, Taylor I. Record, apresentou projeto de lei que intencionava mudar o valor de pi (π), dos atuais 3,14159 para 3,2, tudo para facilitar os cálculos. O autor do projeto achava o valor original “totalmente insatisfatório e enganoso”, o que, embora tenha recebido o aval das comissões internas, só não foi aprovado definitivamente por conta da intervenção do chefe do Departamento de Matemática da Universidade de Purdue. Se com a matemática vê-se esse tipo de problema, imaginemos então as dificuldades enfrentadas pelo Direito, com legisladores (e por vezes até a dinâmica dos próprios tribunais)¹⁵³² definindo categorias dogmáticas, como, por exemplo, o que poderia e o que não poderia ser o dolo.

¹⁵²⁸ CUERDA RIEZU, Antonio Rafael. *El legislador y el derecho penal*. – una orientación a los orígenes. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1991. p. 74-75.

¹⁵²⁹ NOLL, Peter. Von der Rechtsprechungswissenschaft zur Gesetzgebungswissenschaft. *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 2, Düsseldorf, 1972. p. 524.

¹⁵³⁰ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positive Rechtswissenschaft*. Darmstadt: Wiss. Buchges, 1969. A citação traduzida é encontrada em: GRECO, Luís. Dolo sem vontade. D’ALMEIDA, Luís Duarte; SILVA DIAS, Augusto; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (Orgs.). *Liber amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário*: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009. p. 885.

¹⁵³¹ SEIFE, Charles. *Os números (não) mentem* – como a matemática pode ser usada para enganar você. Trad. Ivan Weisz Kuck. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 176-177.

¹⁵³² Seife recorda o emblemático caso do processo de paternidade de Charlie Chaplin. O ator, na investigação de paternidade, havia sido declarado pai da criança, mesmo com o fato de os exames de sangue terem apontado para a inviabilidade da conclusão. A criança tinha sangue tipo B, a mãe tipo A e Chaplin tipo O. O pai da criança, portanto, teria de ter sangue tipo B ou AB, sendo impossível ser Chaplin. Mas o promotor ignorou a prova irrefutável insistindo com o argumento da semelhança física perante os jurados. SEIFE, Charles. *Os números*

Como é forçoso concluir, o legislador em nada pode alterar, embora já o tenha tentado, determinadas leis da natureza, da matemática ou da física. Não por acaso Hans Welzel¹⁵³³ já chamava a atenção para o fato de o legislador ter de respeitar a “natureza das coisas”. Para Eduardo Correia¹⁵³⁴, no contexto da crítica ao finalismo, corrente doutrinária que nos orienta à vinculação junto às leis da natureza física e a uma alegada estrutura ontológica das coisas, anota: “Parece-nos exacto, é verdade, que não se deve considerar o legislador – e também, da mesma forma a dogmática jurídica – inteiramente livre nas possibilidades de regulamentação, como se a ordenação da vida não criasse já, ela própria, certas necessidades, não impusesse já, ela mesma, certos fins”.

Embora não se constitua propriamente no foco do debate aqui proposto, importa destacar que, nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias¹⁵³⁵, “o legislador foi-se deixando seduzir pela ideia, perniciosa mas difícil de evitar, de pôr o aparato das sanções criminais ao serviço dos mais diversos fins de política social”. Não raro, será preciso fazer com que as pessoas em geral compreendam que nem tudo haverá de convir ao direito criminal. O anseio popular, sobretudo aquele mediatizado pelos veículos de comunicação em massa,¹⁵³⁶ apesar de, na maioria das vezes, direcionar a atividade legislativa, não deve ser levado às últimas consequências. Existirão limites intransponíveis e inegociáveis, mesmo diante da vontade da maioria. Se assim não fosse, teríamos desnaturada, especialmente num ambiente que se apresenta como democrático, a vocação desse ramo jurídico aos espaços mínimos, direcionando sua atuação apenas às situações realmente graves, intoleráveis e transcendentais.

A alegada necessidade de definição jurídica no âmbito do direito criminal, pelos reflexos que produz nas liberdades individuais e, por consequência, na própria dignidade humana, assume, como constatado por Alberto Cadoppi¹⁵³⁷, “un rilievo ed una coloritura tutta speciale”. Para o autor, tão importante é o direito criminal que “É solo in questa branca del diritto, infatti, che

(*não*)*mentem* – como a matemática pode ser usada para enganar você. Trad. Ivan Weisz Kuck. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 186. No Brasil, entretanto, será possível o reconhecimento da paternidade, mesmo com o exame de DNA apontando no sentido contrário, acaso se comprove um “vínculo socioafetivo” entre o suposto pai e a criança. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-06-22_09-37_Turma-reafirma-que-reconhecimento-espontaneo-e-vinculo-socioafetivo-impedem-negativa-posterior-de-paternidade.aspx. Acesso em 21.12.2021.

¹⁵³³ WELZEL, Hans. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1962. p. 198.

¹⁵³⁴ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015. p. 212.

¹⁵³⁵ FIGUEREDO DIAS, Jorge de. Para uma dogmática do direito penal secundário. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n. 116, 1983-4. p. 265.

¹⁵³⁶ Veja-se a crítica desenvolvida em: CUERDA RIEZU, Antonio Rafael. Los medios de comunicación y el derecho penal. NIETO MARTÍN, Adán. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam I*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Universidad Salamanca, 2001.

¹⁵³⁷ CADOPPI, Alberto (Coord.). *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*. Padova: Cedam, 1996. p. 6.

vige un rigoroso *principio di legalità*”, o que se desdobra em outros princípios tão importantes quanto aquele, tais como o da reserva de lei, o da taxatividade e o da irretroatividade. Preocupação que se intensifica com as investidas de pensadores iluministas, que popularizaram a ideia de codificação, movimento deflagrado sobretudo por Cesare Beccaria.

Alberto Cadoppi¹⁵³⁸ argumenta que há um dever do legislador de realizar a definição legal no direito criminal e que “Solo se vi sono ‘buone regione’ per non definire, si può evitare di ricorrere alla definizione”, advertindo-se o seguinte: “Ma cosa ‘non può’ essere definito; o, detto in altro modo, quando si può dire che vi siano buone ragioni per non considerarsi ‘pericolosa’”. Embora não a acolha de maneira definitiva e acrítica, o autor faz questão de mencionar a perspectiva de Francesco Carrara¹⁵³⁹ a respeito do tema:

È pericolosa una definizione [...] quando presenta uno di questi due vizi: 1° di essere perplesa ed ambigua in ordine al proprio soggetto, oppure in ordine al proprio oggetto, e peggio ancora ad entrambo; 2° di essere indefinita ed elastica nel punto di vista delle sue pratiche applicazioni: per guisa da potere servire di base o porgere appiglio alle più sperticate deduzioni.

Segundo José de Faria Costa¹⁵⁴⁰, “Em princípio o legislador não tem de fazer definições legais, não é tarefa do legislador definir conceitualmente, dogmaticamente, o que quer que seja. Essa é uma tarefa do intérprete [...]. As definições legais são uma forma de império intolerável”. É evidente que levar em consideração o texto-norma fixado pelo legislador, onde se observa o tipo legal de crime, é um dever de qualquer intérprete, mas esse há de ser apenas o ponto de partida. Esse parâmetro, como constata José de Faria Costa¹⁵⁴¹, “em caso algum fica imune ao ato de interpretação que a aplicação do direito sempre desencadeia”.

Nossa sujeição ao “cânone da opção legislativa”, ainda com o autor, não deve significar que se “esmaguem ou posterguem os ‘dados da ciência’”. O autor dirá:

Se, efetivamente, o legislador define mal ou define de forma a criar insanáveis antagonismos normativos dentro do todo unitário que a ordem jurídica representa, então tudo aponta, para não dizermos tudo impõe, que o intérprete se desligue, legitimamente, da opção legislativa e (re)interprete a realidade normativa dentro do (con)texto sistemático em que está a trabalhar.

¹⁵³⁸ CADOPPI, Alberto (Coord.). *Omnis definitio in iure periculosa?* Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Padova: Cedam, 1996. p. 19.

¹⁵³⁹ CARRARA, Francesco. *Lineamenti di pratica legislativa penale*. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 11.

¹⁵⁴⁰ FARIA COSTA, José de. *Prelúdio e variações sobre o direito penal*. Palestra em DVD no 17º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, 25 ago. 2011. No mesmo sentido veja-se ainda: FARIA COSTA, José de. *A interpretação da norma penal num sistema jurídico complexo*. Aula em DVD no curso de Pós-graduação sobre a doutrina geral da infração criminal revisitada do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, São Paulo, 19 ago. 2011.

¹⁵⁴¹ FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017. p. 425.

São variadas, portanto, as interpretações possíveis do sistema oficial de controle e de punição na tentativa de se compreender as limitações impostas normativamente aos seus agentes mais representativos. Obviamente que essas perspectivas se apresentam como ainda mais urgentes quando da construção do tipo legal de crime, sobretudo a partir do trabalho do Legislativo, que, como já se constata, não pode tudo, impondo-se uma convivência relativamente tensa com outras perspectivas sobre o sistema enfocado. Segundo Juan Pablo Mañalich R.¹⁵⁴², evidenciando-se também a filosofia política, seria preciso que “los penalistas académicos asumamos que el discurso de la dogmática jurídica *es uno, y sólo uno*, de los variados discursos que es necesario integrar reflexivamente en pos de una teorización comprensiva de los sistemas penales contemporáneos”.

Indesmentível, portanto, é o fato de que, embora esta não seja a única fonte de preocupação, como destacado por Antonio Rafael Cuerda Riezu¹⁵⁴³, “dejar sin control científico a la actividade del legislador en materia penal comportaría graves riesgos”. Há de existir alguma limitação.¹⁵⁴⁴ Ainda na linha do autor, a dogmática jurídico-criminal, “al ofrecer diversas posibilidades de explicación, garantiza una mayor seguridad jurídica y facilita el trabajo del defensor, del fiscal, del juez y del funcionario de instituciones penitenciarias”. É nesse contexto que argumenta o mencionado autor: “la Dogmática jurídico-penal no debe ser abandonada”, sobretudo por seu caráter científico, em que se desenvolve uma “discusión racional”¹⁵⁴⁵. É justo aí que José de Faria Costa¹⁵⁴⁶ a perspectiva como um “privilegiado estrato de reflexão crítica”, “uma sede de controlo e contenção” da intervenção estatal.

Sobre as limitações possíveis na produção legislativa e o próprio papel da dogmática jurídico-criminal, Alberto Jorge Correia de Barros Lima¹⁵⁴⁷ defende uma “que traduza um rígido controle nas instâncias criminalizadoras e descriminalizadoras, que torne possível conter a

¹⁵⁴² MAÑALICH R., Juan Pablo. El principalismo político-criminal como fetiche. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 27, n. 161, nov., 2019. p. 66-67.

¹⁵⁴³ CUERDA RIEZU, Antonio Rafael. *El legislador y el derecho penal*. – una orientación a los orígenes. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1991. p. 62-63.

¹⁵⁴⁴ “La célebre frase ‘tres palabras rectificadoras del legislador, y bibliotecas enteras se convierten en papel mojado’, que encontramos en el discurso de *Julius von Kirchmann* del año 1847 sobre ‘La ausencia de valor de la jurisprudencia como ciencia’, sigue describiendo hoy como antes la imagen que no sólo profanos, sino también muchos juristas tiene de la Ciencia del Derecho. Es cierto que el positivismo jurídico se considera superado ya desde hace varios decenios”. HIRSCH, Hans Joachim. ¿Existe una ciencia del derecho penal nacionalmente independiente? *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª época, n. 5, 2000. p. 171.

¹⁵⁴⁵ Observando-se “una cierta objetividad, dado que toda investigación jurídica pasa por la criba de las críticas, positivas o negativas, de los demás sujetos que participan en la actividad jurídica”. CUERDA RIEZU, Antonio Rafael. *El legislador y el derecho penal*. – una orientación a los orígenes. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1991. p. 102.

¹⁵⁴⁶ FARIA COSTA, José de. *Direito penal e liberdade*. Lisboa: Âncora, 2020. p. 45-46.

¹⁵⁴⁷ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. Limites constitucionais do legislador e do juiz na incriminação e descriminalização de condutas – a imposição dos princípios constitucionais. *Tese de doutoramento apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Pernambuco*, 2006. p. 14. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4090/1/arquivo6084_1.pdf. Acesso em 19.8.2021.

inflação de leis criminalizadoras”, o que, dada a difusão de certo modo descontrolada, muitas vezes por pressão popular e midiática, compromete a efetividade. Observa o autor, no entanto, mais adiante, que “a dogmática atual já não responde às necessidades de uma sociedade pós-industrial, pós-moderna ou sociedade global do risco”¹⁵⁴⁸, razão por que adaptações já estariam em curso, amparadas nas previsões constitucionais¹⁵⁴⁹.

Enric Fossas Espadaler¹⁵⁵⁰ também advoga a necessidade de se observarem as limitações constitucionais, sobretudo a partir da perspectiva material em um espaço plural. O autor argumenta categoricamente, apontando para fontes supranacionais, que “El legislador penal español, que opera en un espacio de pluralismo constitucional, se encuentra sometido a límites materiales contenidos en la Constitución y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”.

Para além do processo de produção legislativa do sistema jurídico-criminal, José de Faria Costa¹⁵⁵¹ conclui: “É seguro, pois, que o campo interpretativo tem limites e que esses limites são, muitas vezes, fornecidos pela dogmática jurídico-penal ou pelo contributo actualizado das chamadas ciências exactas”. O que se observa são advertências para a existência de limitações recíprocas entre as perspectivas possíveis sobre o sistema jurídico que aqui nos interessa. Nesse ambiente de tensão discursiva, haverá sempre a necessidade de se encontrar certos pontos de equilíbrio, cujas construção e manutenção não são tão simples assim. Como argumenta Sergio Seminara:¹⁵⁵²

se le correnti criminologiche a cavallo tra il XIX e il XX secolo intesero gli istituti penalistici come mezzo rispetto a finalità politico-criminali e poi gli Stati totalitari li trasformarono in strumento di consolidamento del potere, occorre riconoscere che nell’attuale realtà penalistica agiscono forze antinomiche, produttive di tensioni che vanno poste in equilibrio e in ogni caso non possono essere risolte attraverso una monolitica episteme presentata in una forma logico-deduttiva.

Mesmo com todos os esforços possíveis numa tentativa de convergência entre todos os envolvidos no processo de interpretação, obviamente, não haveria imunidade a contradições, com sérias dificuldades para se emoldurar um sistema jurídico encarado como perfeito. Veja-

¹⁵⁴⁸ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. Limites constitucionais do legislador e do juiz na incriminação e descriminalização de condutas – a imposição dos princípios constitucionais. *Tese de doutoramento apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Pernambuco*, 2006. p. 116. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4090/1/arquivo6084_1.pdf. Acesso em 19.8.2021

¹⁵⁴⁹ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. Limites constitucionais do legislador e do juiz na incriminação e descriminalização de condutas – a imposição dos princípios constitucionais. *Tese de doutoramento apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Pernambuco*, 2006. p. 126. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4090/1/arquivo6084_1.pdf. Acesso em 19.8.2021

¹⁵⁵⁰ ESPADALER, Enric Fossas. Límites materiales al legislador penal en un espacio de pluralismo constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 103, enero-abril, 2015. p. 329.

¹⁵⁵¹ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 452.

¹⁵⁵² SEMINARA, Sergio. *Il delitto tentato*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2012. p. 1024.

se, na sequência do trecho acima destacado, mesmo quando se coloca em evidência uma única categoria conceitual, como ressalta Sergio Seminara:

L'ultimo grande assertore di questa visione dogmatica à Zimmerl, *Aufbau des Strafrechtssystems*, cit., il quale comunque afferma a p. 128 che la punizione del tentativo costituisce una “incongruenza sistemática” in una prospettiva sai oggettiva che soggettiva: nella prima, che pone l'illecito oggettivo come presupposto per l'accertamento della colpevolezza, in quanto nel tentativo viene ascritta un'intenzione criminosa che ha oltrepassato la condotta realizzata; nella seconda, che invece ai fini dell'imputazione considera sufficiente il dolo esternamente manifestato, perché comunque il tentativo rimane distinto dalla consumazione. In tale lavoro, con un'originale posizione critica nei confronti della dogmatica in una prospettiva riformistica, l'A. si diparte dall'assunto che l'ordinamento giuridico ha come oggetto la singola azione e la personalità dell'agente (la prima come presupposto e la seconda come fine della sanzione) e, posta come priorità la lesione del bene giuridico, traccia un parallelismo tra colpevolezza e pericolosità, delle quali sottolinea l'autonomia ma anche la possibilità di interferenze, concludendo che un perfetto sistema penale sarebbe dato dal coordinamento dei seguenti binomi: sul piano oggettivo azione – colpevolezza e azione – pericolosità, sul piano soggettivo personalità – colpevolezza e personalità – pericolosità. Vd. Anche Id., *Strafrechtliche Arbeitsmethode*, cit., ove l'A. enuncia il manifesto del suo pensiero razionalista, rilevando le contraddizioni dell'ordinamento giuridico – volta a volta orientato verso il fatto o la volontà, la prevenzione speciale o generale – e chiedendo al legislatore di compiere una chiara opzione e poi procedere per deduzioni logiche, indipendentemente da valutazioni etiche, politiche o di scopo, al fine di costruire un sistema che porti in unità armonica i vari istituti, conferendo loro una “*systematische Rassenreinheit*” (p.14 s.).

Dito resumidamente, diante de tudo quanto já se argumentou no presente item da tese, fica mais do que evidente que a responsabilização criminal, bem como a busca por um sistema que nutra segurança e coerência diante dos postulados basilares de uma democracia, não é pura e simplesmente uma questão legal, de mero impulso legislativo. O legislador não está livre para fazer o que lhe convém ou para criminalizar o que quiser ou para determinar o conteúdo e o alcance de uma determinada categoria conceitual como bem entender – como são o dolo e a tentativa –, ainda que argumente ser portador da vontade da maioria da população. É nesse contexto que a dogmática, por seu rigor metodológico, haverá de funcionar como barreira ao arbítrio, como ferramenta de racionalização do poder punitivo, como filtro a determinadas investidas da política criminal.

Não à toa, quando se perspectiva essa racionalização de uma maneira mais ampla, e não apenas como uma dogmática jurídico-criminal, mas como uma dogmática jurídica, como no caso de Manuel Atienza¹⁵⁵³, esta se vê colocada como o elemento central da “Ciência do Direito”, o que realça a sua importância, mas, ao mesmo tempo, expõe o fato de que será constantemente preciso manter um cuidado redobrado no seu uso. Como destacado por

¹⁵⁵³ ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997. p. 16-17.

Adalberto Narciso Hommerding e Ariele Dutra Lopes¹⁵⁵⁴, com base em Atienza, será preciso evitar “perder-se em ‘especulações pseudocientíficas’ do tipo da ‘busca de naturezas jurídicas’ ou mesmo do formalismo que se desenvolveu ‘alheio ao saber social’, erros esses cometidos pela dogmática”. É com essa cautela que a dogmatização da teoria do crime, da qual tratamos na Parte I, Capítulo I, item 2, em boa medida, deve seguir.

A dogmática, embora não constitua uma perspectiva única,¹⁵⁵⁵ com a elaboração e sistematização de suas categorias conceituais, haverá de se colocar como barreira, como filtro, como uma verdadeira garantia a interferências indevidas da política no âmbito do sistema de controle e de punição,¹⁵⁵⁶ devendo ser assim ao menos nos sistemas que nutrem pretensões democráticas e que se preocupam com a expansão indevida do invasivo exercício do poder punitivo. Não se admite que agentes que articulam o referido sistema, sejam legisladores ou juízes, ante situações que suscitem eventual apelo popular, a pretexto de tornar mais “justa” e, conseqüentemente, mais intensa, a pena de um crime essencialmente negligente, considerem-no como se ele fosse praticado no halo de uma suposta categoria dolosa.

Eis o que Adrián Marcelo Tenca¹⁵⁵⁷, ao analisar a possível punibilidade de crimes negligentes em território argentino, argumenta:

Es indudable que en el delito culposos la pena no cumple la finalidad de prevención especial de la que hemos dado cuenta. Ello trae aparejado algo de suma importancia, que a mi criterio no ha sido debidamente analizado, que es la reticencia existente a que los delitos culposos sean sancionados con penas importantes, lo que se advierte en dos planos, a saber: a) en el plano legislativo; las penas de los delitos culposos son mínimas frente a los delitos dolosos, lo que resulta de leer cualquier código penal moderno y b) en el plano judicial; existe una gran reticencia de los jueces en aplicar penas de cumplimiento efectivo para los delitos culposos. Todo lo referido conlleva a que en la práctica, cuando las conductas culposas causan resultado de gran impacto social (por ejemplo en número de víctimas), la pena del delito culposos resulte exigua, no cumpliendo en consecuencia su función de prevención general positiva fundamentadora. En esos casos, se recurre al dolo eventual, que opera en consecuencia como un ilegítimo correctivo político criminal pues teniendo la estructura del tipo culposos se le aplica la pena del delito doloso.

O fato é que a relação estabelecida desde Liszt (*die gesamte Strafrechtswissenschaft*), entre a dogmática da teoria do crime e a política criminal¹⁵⁵⁸, contrariando Binding¹⁵⁵⁹, tem nos

¹⁵⁵⁴ HOMMERDING, Adalberto Narciso; LOPES, Ariele Dutra. Breves considerações sobre dogmática jurídica, ciência da legislação e teoria da legislação. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 7, n. 12, jan./jun. 2012. p. 273.

¹⁵⁵⁵ CUERDA RIEZU, Antonio Rafael. *El legislador y el derecho penal*. – una orientación a los orígenes. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1991. p. 64-65.

¹⁵⁵⁶ Em sentido aproximado: GOMES FILHO, Dermeval Farias. *Dogmática penal* – fundamentos e limite à construção da jurisprudência penal no Supremo Tribunal Federal. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 228.

¹⁵⁵⁷ TENCA, Adrián Marcelo. El dolo eventual como creación dogmática en perjuicio del imputado. Una asignatura pendiente de la CSJN. *Revista Jurídica La Ley*, Suplemento Penal, setiembre 2010.

¹⁵⁵⁸ Aqui entendida como “o conjunto dos procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal”. DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. São Paulo:

apresentado problemas graves de compatibilização até hoje pendentes. Fabio Roberto D’Avila¹⁵⁶⁰, a partir do marco de Claus Roxin¹⁵⁶¹, chamando a atenção para os limites da influência da política criminal no âmbito do processo de responsabilização criminal, observa que “haveria aqui de se questionar sobre o eventual conflito entre a solução adequada ao sistema e aquela adequada aos olhos da política criminal”. Para o autor, o entendimento de Roxin é que “o positivismo jurídico, ao afastar da esfera do direito o social e o político, confere sustento à tensão entre direito penal e política criminal”.

D’Avila argumenta conclusivamente:

Aqui, o cuidar do conteúdo social e dos fins do direito penal é tarefa que compete à política criminal, e ela, porém, está fora do âmbito jurídico, restrita aos espaços de *lege ferenda* e de execução penal. Daí que a solução encontrada pelo autor [Roxin] não poderia se perfazer, senão em uma aproximação que se revela, ao fim e ao cabo, em uma verdadeira síntese entre o direito penal e a política criminal.

[...]

A versatilidade que confere Roxin à noção de política criminal implica uma excessiva abertura e, portanto, também a perda do seu rigor conceitual como critério de orientação na resolução de casos, servindo, muitas vezes, de recurso meramente retórico [a depender dos critérios de valor utilizados como parâmetros].

Nessa ordem de ideias, no Brasil, mesmo na mais alta corte de Justiça, como no caso do Supremo Tribunal Federal, Dermeval Farias Gomes Filho¹⁵⁶² destaca inúmeras decisões em que se observa “o abandono da dogmática e o predomínio do uso dos princípios penais na solução dos casos, com uma aparente aproximação entre neoconstitucionalismo e o funcionalismo penal teleológico”.¹⁵⁶³ Segundo o autor, naquele espaço discursivo, há “decisões que mitigam a dogmática em matéria de execução penal, com opções de política

Manole, 2004. p. 3. Na sequência, para tentar explicar mais detalhadamente como a política criminal emergiu, a autora desenvolve uma contextualização sobre a “perda de especificidade das categorias penais”.

¹⁵⁵⁹ Segundo Antonio Rafael Cuerda Riezu, para Binding, um positivista, “las normas y sólo las normas deben merecer la atención del jurista”, este, portanto, não “debía ocuparse de la política criminal”, mas apenas de “las normas ya promulgadas”. CUERDA RIEZU, Antonio Rafael. *El legislador y el derecho penal*. – una orientación a los orígenes. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1991. p. 77.

¹⁵⁶⁰ D’AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal* – escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 21-26. As interpolações são nossas.

¹⁵⁶¹ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

¹⁵⁶² GOMES FILHO, Dermeval Farias. *Dogmática penal* – fundamentos e limite à construção da jurisprudência penal no Supremo Tribunal Federal. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 117.

¹⁵⁶³ Miguel Reale, a propósito, adverte que: “A Ciência do Direito, especialmente no Brasil, ainda está muito imbuída de ‘racionalidade abstrata’, no sentido de que a experiência jurídica possa toda ela ser reduzida a uma sucessão de silogismos ou de atos atribuíveis a uma entidade abstrata, ao ‘homo juridicus’. A técnica jurídica, operando com meros dados lógico-formais, vai, aos poucos, firmando a convicção errônea de que o juiz deve ser a encarnação desse mundo abstrato de normas, prolatando sentenças como puros *atos de razão*. Na realidade, sabemos que o juiz, antes de ser juiz, é homem partícipe de todas as reservas afetivas, das inclinações e das tendências do meio social, e que nós não podemos prescindir do exame dessas circunstâncias, numa visão concreta da experiência jurídica, por maior que deva ser necessariamente a nossa aspiração de certeza e de objetividade. Sentenciar não é apenas um ato racional, porque envolve, antes de mais nada, a atitude de estimativa do juiz diante da prova”. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 136.

criminal dissonantes de propostas do Executivo e do Legislativo”, observando-se “a ausência da dogmática penal como fundamento e como limite ao poder de decidir sobre matéria penal”.

Mais adiante, o mesmo autor anota:

Essa necessidade de apego do jurista à dogmática, que não se confunde com dogmatismo irrefletido, tem sido defendida até por expoente do direito constitucional mais aberto, do modelo de direito alternativo. Nesse sentido, Clèmerson Merlin defende que, para inovar, não se pode abrir mão do fundamento dogmático, que as forças jurídicas conservadoras e contemporâneas devem guerrear ombro a ombro no território dogmático, uma vez que “a dogmática constitui o saber jurídico instrumental e auxiliar da solução de conflitos, individuais ou coletivos, de interesses [...] não há direito sem doutrina e, portanto, sem dogmática [...], não basta o discurso antropologicamente simpático ou amigo, como diz Canotilho.¹⁵⁶⁴

Não há hipótese de se prescindir da perspectiva dogmática por seu caráter, como vimos, de racionalização limitadora do exercício do poder punitivo, sobretudo aquele conferido legitimamente aos agentes públicos, quer seja no Legislativo, quer seja no Judiciário. As diversas funções de contenção que ao longo dos anos foram sendo atribuídas ao pensamento dogmático,¹⁵⁶⁵ embora não estejam imunes às críticas,¹⁵⁶⁶ não estão à disposição para que se faça um uso arbitrário, por conveniência política ou social, por exemplo. Esses critérios também são responsáveis pela necessária otimização da dignidade humana, base das democracias, a serem respeitados e disseminados, especialmente no contexto do ensino jurídico, no processo legislativo e, ainda, no trabalho do próprio Judiciário.

Dermeval Farias Gomes Filho¹⁵⁶⁷ adverte para a necessidade de um equilíbrio entre a dogmática e a política criminal, o que deve ser buscado a partir de uma reanálise de “propostas normativistas e ontológicas”. Mas em que medida compatibilizar cada uma delas? É aí que reside o desafio mais dramático, mormente em casos demasiadamente complexos, como na problemática aqui proposta sobre a tentativa e o dolo eventual. Mais adiante, o autor observa: “O manto político-criminal proposto por Roxin não evita subjetivações extremas nas decisões judiciais e ainda traz o risco da abertura desordenada do sistema penal”¹⁵⁶⁸. E conclui: “é imprescindível a argumentação sólida com os conceitos doutrinários, no convívio

¹⁵⁶⁴ GOMES FILHO, Dermeval Farias. *Dogmática penal – fundamentos e limite à construção da jurisprudência penal no Supremo Tribunal Federal*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 249.

¹⁵⁶⁵ BURKHARDT, Björn. Dogmática penal afortunada y sin consecuencias. MUÑOZ CONDE, Francisco (coord.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004. p. 127-130.

¹⁵⁶⁶ CUERDA RIEZU, Antonio Rafael. *El legislador y el derecho penal. – una orientación a los orígenes*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1991. p. 45 ss. A esse respeito, o autor defende que “Ninguna actividad científica puede carecer totalmente de adversarios, pues esto es lo que permite su carácter dinámico y evolutivo”. *Op. cit.* p. 56.

¹⁵⁶⁷ GOMES FILHO, Dermeval Farias. *Dogmática penal – fundamentos e limite à construção da jurisprudência penal no Supremo Tribunal Federal*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 117.

¹⁵⁶⁸ GOMES FILHO, Dermeval Farias. *Dogmática penal – fundamentos e limite à construção da jurisprudência penal no Supremo Tribunal Federal*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 253-256.

com os princípios constitucionais penais, com a contextualização do caso sob exame, com a possibilidade de recurso e de crítica das decisões”.

Ao longo do desenvolvimento da investigação já tivemos a oportunidade de afirmar (veja-se o item 1.3. das considerações introdutórias) que a posição majoritária e historicamente assumida pela congruência entre a tentativa e o dolo eventual tem mais razões de política criminal do que propriamente dogmáticas para a conclusão que apresenta. Como vimos, a opção pela punição se dá num espaço de subjetividade em que não seria um absurdo dogmático uma decisão pela não punição. Há margem para isso, sobretudo quando se pretende realizar substancial justiça, mesmo quanto ao papel do legislador. Como constata Enrique Gimbernat Ordeig¹⁵⁶⁹, “é a justiça que o legislador, ao estabelecer o Direito, persegue”. E assim também haverá de ser na doutrina ou na jurisprudência.

Justiça é critério interpretativo importante e, não raramente, necessário, mas esbarra em determinados limites infranqueáveis. Evidentemente que não é fácil se articular entre o “law in the books” e o “law in action”. Nas palavras de Alberto Cadoppi¹⁵⁷⁰, “È questo un fenomeno che ancor oggi caratterizza il diritto (anche penale) e la sua applicazione”. O autor discorre a respeito das inúmeras contingências do processo de interpretação, no sentido de que “non di rado diverse da un luogo ad un altro, nella realtà la pretesa ‘uniformità’ del ‘diritto comune’ non trova riscontro se non parziale in un’analisi obiettiva della giustizia criminale di quei tempi”.

Nem sempre há de ser possível compatibilizar postulados de política criminal (como é a necessidade de se fazer justiça, de não se fomentar a impunidade) com a estrutura da dogmática jurídico-criminal, sendo esta que haverá de servir como limitação importante na defesa de direitos e garantias fundamentais. Não se pode negar a influência do argumento da impunidade nos debates sobre a criminalização e descriminalização de tempos em tempos. No entanto, como José de Faria Costa¹⁵⁷¹, concebemos que “o direito penal não é um ordenamento fechado que fique imune às solicitações da justiça e, por isso, tem cânones dogmáticos; mas também não menos reforçada sai a nossa convicção de que todas as tensões sócio-jurídicas não têm que ser filtradas pela ordem penal”. Segundo o autor, esperar isso “é erro dogmático, como é, do mesmo passo, miopia ou incapacidade político-legislativa”.

¹⁵⁶⁹ ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Trad. José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: RT, 2002. p. 75.

¹⁵⁷⁰ CADOPPI, Alberto [et al.]. *Trattato di diritto penale – parte generale – il diritto penale e la legge – v. I*. Torino: Utet Giuridica, 2012. p. 15-16.

¹⁵⁷¹ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 314-315.

Desse modo, não percamos de vista que a dogmática jurídico-criminal e, por consequência, a própria teoria do crime são, além de um coerente/racional “ato de explicação”, responsáveis por “estabelecer os parâmetros pelos quais o poder de intervenção seja delimitado, a fim de não violar os fundamentos do Estado Democrático de Direito”, assumindo ainda “a importante função de instrumento controlador da jurisdição” e procurando manter afastado o mero arbítrio.¹⁵⁷² Esse instrumental é um dos principais responsáveis por “conciliar os dois corações do atual Estado Constitucional, o princípio majoritário (governo da maioria, com soberania popular) e a proteção aos direitos e garantias fundamentais, inclusive da minoria”¹⁵⁷³.

Não é de se admitir em um ambiente que se anuncia como democrático, que, com a finalidade velada de se evitar a absolvição de alguém, para que não se estimule um eventual sentimento de impunidade, por conta da alegada repugnância do fato, ou mesmo com base no clamor público ou na ideia de preservação da credibilidade da justiça, que a política criminal, como instância decisória, seja movida pelo puro e simples receio da opinião pública – um mito, segundo Karl Popper¹⁵⁷⁴, de que se possa atribuir “à opinião popular uma sabedoria sem limites, e a autoridade final”. Para o autor, a *vox populi*, o que quer que isso signifique, “é muito poderosa”, mas “*uma modalidade irresponsável de poder*”.

Daí por que só há de se ventilar legitimidade/validade no processo de articulação entre as agências do sistema criminal (normalmente situadas no Executivo, no Legislativo, no Ministério Público e no Judiciário) se houver, em especial, certo respeito às categorias da dogmática respectiva. No caso do Legislativo, mais destacadamente, porque centro produtor das normas criminalizadoras, tem-se uma atividade que, como dirá Juarez Tavares, “não pode ficar adstrita a uma forma de estruturalismo jurídico, de modo a ser concebida sem alguma relação com os dados da realidade empírica, apenas sob a atenção dos interesses do legislador”¹⁵⁷⁵.

Essa relação complexa parece-nos ainda mais problemática por conta da existência dos *mandados de criminalização*, que, na realidade, são mandados de expansão do poder punitivo,

¹⁵⁷² TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 28.

¹⁵⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. WEINGARTNER NETO, Jayme. *Constituição e direito penal – temas atuais e polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p.126.

¹⁵⁷⁴ POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. p. 379 ss.

¹⁵⁷⁵ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 29. O autor aponta como critério para se alcançar alguma legitimidade nessa produção legislativa a ideia de busca pela proteção da liberdade, trabalhada especialmente em: HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2011. Com tradução para o português em: HONNETH, Axel. *O direito da liberdade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

encontrados não apenas na Constituição da República Portuguesa (art. 34, 3; art. 117, 3; por exemplo), mas, como já tivemos a oportunidade de mencionar (item 1.2., das considerações introdutórias), sobretudo após a consagração da competência penal da União Europeia – EU. Esta, por força do Tratado de Lisboa (2007),¹⁵⁷⁶ apesar de não “emanar normas penais com eficácia imediata”, passou a ter “competência para impor aos Estados-Membros deveres de editar normas [criminais] primárias e respectivas regras de aplicabilidade”¹⁵⁷⁷.

Seria, entretanto, possível uma dogmática criminal tão ampla ao ponto de abarcar as diferentes culturas jurídicas presentes no espaço comum europeu? Conseguiria esta realmente impor limites à atuação legislativa e judicial, ou o campo ficaria ainda mais aberto à utilização da política criminal de cada país diante de cobranças pela realização de alegada justiça? Como observado por Hans Joachim Hirsch¹⁵⁷⁸, o fato é que as divergências sempre existirão, com uma dogmática que terá, evidentemente, suas inclinações (mais objetivas – como no caso japonês – ou mais subjetivas – como no caso alemão) a depender da cultura de onde germine e dos interesses de quem a manuseia. O que não nos impede, na esteira do autor, de concluir que “No hay una Ciencia del Derecho Penal sólo alemana, sólo japonesa, italiana u otra puramente nacional, sino que con respecto al ámbito central de la investigación, según las reglas científicas generales, hay sólo una, total o parcialmente correcta, o falsa”¹⁵⁷⁹.

A intenção de se fomentar um *ideal de justiça* a partir da Constituição, com a utilização do direito criminal, por certo que intensifica, ainda mais, a reponsabilidade da dogmática e da teoria do crime como mecanismos de limitação da atuação das instituições que participam desse processo de criminalização, onde quer que esteja, muito especialmente do papel assumido pelo Legislativo. Segundo Juarez Tavares¹⁵⁸⁰, “como os mandados de criminalização afetam direitos subjetivos, não podem ser acolhidos sem determinadas restrições e condições, as quais serão impostas pela dogmática penal”. Entretanto, para o

¹⁵⁷⁶ Recomenda-se: LOPES PORTO, Manuel; ANASTÁCIO, Gonçalo (coordenadores). *Tratado de Lisboa* – anotado e comentado. Coimbra: Almedina, 2012.

¹⁵⁷⁷ CAEIRO, Pedro. “A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* – estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho – v. III – direitos e interconstitucionalidade: entre dignidade e cosmopolitismo – stvdia iuridica 104. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 181-182.

¹⁵⁷⁸ HIRSCH, Hans Joachim. ¿Existe una ciencia del derecho penal nacionalmente independiente? *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª época, n. 5, 2000. p. 173.

¹⁵⁷⁹ HIRSCH, Hans Joachim. ¿Existe una ciencia del derecho penal nacionalmente independiente? *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª época, n. 5, 2000. p. 187.

¹⁵⁸⁰ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 37. O autor direciona ainda importantes reflexões críticas às propostas encontradas em: NAUCKE, Wolfgang. *Direito penal negativo*. GRECO, Luís. MARTINS, Antonio (orgs.). *Direito penal como crítica da pena* – livro-homenagem a Juarez Tavares, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 473 ss; VORMBAUM, Thomas. Die Entwicklung der Strafgesetzgebung im Lichte der juristischen Zeitgeschichte. *Berliner Anwaltsblatt, Heft 1-2*, Berlin: Erich Schmidt, 2017. p. 30.

autor, “as circunstâncias de constarem da Constituição não significa que esses mandados podem rivalizar com direitos fundamentais”¹⁵⁸¹.

Uma teoria do crime atenta aos valores que são caros a um Estado de Direito Democrático deve ter “por objetivo definir com absoluta precisão a conduta criminosa”, não permitindo que “os mandados de criminalização se sobreponham aos direitos fundamentais”.¹⁵⁸² Limitar o exercício do poder punitivo, “independentemente da forma de Estado”, há de ser um compromisso perene.¹⁵⁸³ Karl Popper¹⁵⁸⁴ conclui que “o Estado é um perigo constante”. Nesse sentido, a Constituição da República Portuguesa (art. 272, 3) dirá, em termos limitativos, que “a prevenção dos crimes, incluindo a dos crimes contra a segurança do Estado, só pode fazer-se com observância das regras gerais sobre polícia e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos”.

Da nossa perspectiva, a defesa da ideia de punição da tentativa com dolo eventual é mais ínsita à dogmática de viés funcionalista. Isso porque, como se sabe, é mais aproximada da influência da política criminal, da alegada necessidade de abertura ou flexibilização de categorias conceituais para se fazer frente à criminalidade que se apresentava com a modernidade, sobretudo aquela proveniente das relações empresariais, o que impulsiona o desenvolvimento de um direito penal econômico,¹⁵⁸⁵ de onde provêm com ainda mais força, dado o impacto das consequências do comportamento empresarial (com danos ambientais, corrupção no setor público, comprometimento dos sistemas tributário e bancário, em especial com branqueamento de capitais etc.), preocupações com relação à ideia de impunidade.

Ocorre que essa movimentação não se restringiria apenas ao viés econômico do direito criminal. O discurso sobre a necessidade de evitar a impunidade tem se alastrado, e não é de hoje, por todo o sistema de controle e de punição (formal ou informal), como se nos fosse necessário suportar uma espécie de *argumento de ouro*, que praticamente tudo permitiria, diante do qual a dogmática deveria ceder, uma vez que revestido de finalidades sociais

¹⁵⁸¹ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 38.

¹⁵⁸² TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 38. Há sempre, nas constituições democráticas, um “elenco de limitações que a ordem constitucional impõe às normas criminalizadoras”. Papel assumido, por exemplo, pelos princípios da legalidade, da dignidade humana, da lesividade, da intervenção mínima, da proporcionalidade, entre outros. TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 71.

¹⁵⁸³ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 38. E ainda: MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. *Dogmática penal e política criminal*. Bogotá: Ibañez, 2018. p. 374 ss.

¹⁵⁸⁴ POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. p. 382.

¹⁵⁸⁵ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos. *Revista Penal*, Valencia, n. 43, jan., 2019. p. 204-228.

encaradas como “nobres”, como, por exemplo, a prevenção da criminalidade. Isso mantém um considerável espaço para o expansionismo do poder punitivo.

Laura Zuñiga Rodríguez¹⁵⁸⁶, nesse contexto, constata a viragem valorativa ocorrida, em que a causa deixa de ser propriamente o foco, “como no podía ser de otra maneira, de otro lado —, sino a los mecanismos consensuados de atribución de la responsabilidad penal de acuerdo a cálculos de probabilidad (previsibilidad objetiva, teoría de la probabilidad en el dolo eventual) etc.”.

É nesse cenário que, ainda segundo Laura Zuñiga Rodríguez¹⁵⁸⁷, Massimo Donini¹⁵⁸⁸ aponta para um “abrazo mortal” entre a dogmática e a política criminal. Para este, o funcionalismo propugnado por Claus Roxin, ainda dominante, e que, de certo modo, dá proeminência à política criminal, “se ha convertido en el avenir de un relativismo jurídico, donde cabe la tentación de legitimar ‘a toda costa’ la ley por parte del legislador, la sentencia por parte del juez o la posición doctrinaria por parte de la Academia”, com uma dogmática que se volta para os fins sociais, para o prevencionismo.¹⁵⁸⁹ É possível afirmar que, a partir daí, observa-se que “o proprio método dogmático orientado al fin social, a las valoraciones político-criminales, a la Política Criminal, posee en su ADN el germen de esta relativización”.

Para Francisco Muñoz Conde¹⁵⁹⁰, embora seja conflitiva, uma relação entre a dogmática e a política criminal é necessária, com o que obviamente concordamos. Não imaginamos um isolamento de uma em relação à outra. Longe disso. Nesse passo, o cenário ideal seria, nem uma dogmática completamente apolítica nem uma política criminal sem critérios dogmáticos. O desafio está justamente nessa calibragem entre uma coisa e outra. Francisco Muñoz Conde¹⁵⁹¹ a esse respeito assevera que não podemos ignorar “el alejamiento que esta forma de entender la Dogmática produjo en la praxis del Derecho penal, es decir, en la Jurisprudencia”. E, mais adiante, conclui de maneira crítica: “No en vano se ha dicho alguna vez que la Dogmática no es más que la muleta que utiliza el Juez para fundamentar una decisión

¹⁵⁸⁶ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos. *Revista Penal*, Valencia, n. 43, jan., 2019. p. 206.

¹⁵⁸⁷ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos. *Revista Penal*, Valencia, n. 43, jan., 2019. p. 206.

¹⁵⁸⁸ DONINI, Massimo. *Europeismo giudiziario e scienza penale – dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*. Milano: Giuffrè, 2011.

¹⁵⁸⁹ Não à toa, José de Faria Costa adverte: “Funcionalizar o direito penal à segurança, por mor das ‘exigências’ deste desmando pós-moderno, é estupidamente deitar fora as mais importantes conquistas históricas, filosóficas e dogmáticas de todo o percurso milenar do direito penal”. FARIA COSTA, José de. *Direito Penal e liberdade*. Lisboa: Âncora, 2020. p. 34.

¹⁵⁹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. Dogmática jurídico-penal y política criminal: una relación conflictiva, pero necesaria. *Revista Penal*, Valencia, n. 33, jan., 2014. p. 117-129.

¹⁵⁹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Dogmática jurídico-penal y política criminal: una relación conflictiva, pero necesaria. *Revista Penal*, Valencia, n. 33, jan., 2014. p. 120.

político-criminal”. Para o autor, essa relação, por vezes, “contradictoria y atormentada, y en todo caso conflictiva” “es inevitable”, sem que se hipervalorize uma ou outra e sem “ingerencias abusivas entre ellas”¹⁵⁹². No dizer de José de Faria Costa¹⁵⁹³, embora se relacionem, será preciso observar uma “separação nítida entre dogmática e política criminal”.

Nessa relação entre a dogmática e a política criminal, será preciso redobrar o cuidado com a ideia de *justiça* (que será o objetivo de toda política) no âmbito de uma persecução, sobretudo porque, muito frequentemente, essa tem sido uma espécie de invólucro para a busca por vingança, expandindo-se o poder punitivo em níveis absurdos.¹⁵⁹⁴

Para Claus Roxin¹⁵⁹⁵, “efectivamente, o sentimento de justiça só muito raramente se engana de forma completa”. Não obstante a inegável importância do professor de Munique em sua doutrina da estruturação dogmática, é de se destacar também que isso não o torna imune às críticas. Algumas delas inclusive por conta da demasiada influência que a política criminal chega a exercer em determinados aspectos da teoria do crime.

Veja-se, entre outras, a crítica de Juarez Tavares¹⁵⁹⁶ no debate sobre a coautoria. A partir de um caso que envolve dois operários que, em comum acordo, fazem rolar pedras num vale; uma delas, não se sabe exatamente qual, mata uma pessoa – exemplo narrado originalmente por Günter Stratenwerth. O jurista brasileiro argumenta que “Roxin quer resolver esta hipótese, em atenção à finalidade de política criminal e com o único propósito de evitar a absolvição de ambos, como uma autêntica situação de coautoria”. Isso, ainda nas palavras de Juarez Tavares, violaria um preceito dogmático fundamental, porquanto se deve demonstrar efetivamente a relação causal entre a conduta e o resultado proibido. Não identificado o autor da pedra mortífera, não há alternativa senão o *in dubio pro reo*, com a absolvição de ambos, conclui.

Logo, a pergunta que se coloca aqui é: não teria de ser assim também diante da tentativa com dolo eventual, dadas as inúmeras (e ainda não resolvidas) questões subjetivas a respeito de ambas as categorias dogmáticas enfocadas? A conclusão a que chegamos é a de que certamente sim. Existem, portanto, dificuldades ainda não superadas de maneira

¹⁵⁹² MUÑOZ CONDE, Francisco. Dogmática jurídico-penal y política criminal: una relación conflictiva, pero necesaria. *Revista Penal*, Valencia, n. 33, jan., 2014. p. 128.

¹⁵⁹³ FARIA COSTA, José de. *Direito penal e liberdade*. Lisboa: Âncora, 2020. p. 149.

¹⁵⁹⁴ No Brasil, o estudo que segue demonstra bem essa relação: GOMES, Luiz Flávio, GAZOTO, Luís Wanderley. *Populismo penal legislativo – a tragédia que não assusta as sociedades de massas*. Salvador: JusPodivm, 2016.

¹⁵⁹⁵ ROXIN, Claus. *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*. Berlin/N. York: de Gruyter, 1973. p. 159. A tradução é de José de Faria Costa em: FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 506.

¹⁵⁹⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 503.

suficientemente convincente tanto no que toca à identificação dos limites entre o fim do ato preparatório e o início da execução, o que proporcionaria pensar em uma eventual tentativa, quanto na identificação dos limites entre o dolo (eventual) e a negligência (consciente). Na presente tese, como seu subtítulo permite identificar, o foco deu-se sempre na segunda questão.

Tais problemas, pela perspectiva desenvolvida no presente item, não podem ser resolvidos pura e simplesmente pela vontade do legislador nacional (ou mesmo do Judiciário). Há, como se sabe, sobretudo hoje, uma rede de poderes (veja-se o espaço europeu) cujo funcionamento, não raro, ganha contornos dramáticos (veja-se o caso Taricco, na Itália)¹⁵⁹⁷. O que não pode (nem deve) legitimamente se admitir é que o discurso da impunidade se sobreponha às articulações que nos oferece a dogmática, como estrutura de racionalização do poder punitivo, como barreira ao arbítrio, portanto. Assim é que, por mais *impressivo* que seja o caso, é imprescindível manter – as palavras são de José de Faria Costa¹⁵⁹⁸, ainda que noutro contexto – uma certa “frieza intelectual”. Assim, “devemos esconjurar o envolvimento emocional para nos mantermos nos limites da *racionalidade* prática”.

Com enfoque nesse cuidado é que María del Mar Díaz Pita¹⁵⁹⁹ aduz que uma política criminal ciosa dos valores constantes em um Estado de Direito Democrático, respeitosa, portanto, dos direitos e liberdades fundamentais, trabalhará sempre para conter reações extremadas, ou para evitar os excessos, “submetendo-as às diretrizes dos princípios constitucionais, dotando assim de limites racionais os possíveis excessos que a sociedade não observa como indesejáveis”.

Esse tipo de preocupação se intensifica especialmente quando já se constata a elaboração de uma política criminal europeia com base nos termos mais genéricos previstos nas convenções europeias, em que são emitidos mandados de criminalização. Isso exige um esforço de estruturação de uma dogmática comum jamais visto antes, com a necessidade de compatibilização de culturas jurídicas distintas, fazendo com que alguns autores questionem se isso seria realmente desejável, como é o caso de Hans Joachim Hirsch. Segundo o autor, a criação de um direito criminal unificado “seguirá siendo por mucho tiempo algo bastante poco realista”, o que “puede ser comprobado adicionalmente con la experiencia del *Model*

¹⁵⁹⁷ Por todos, recomenda-se: BERNARDI, Alessandro; CUPELLI, Cristiano (editori.). *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti* – L’ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale. Ferrara: Jovene Editore, 2017. José de Faria Costa, por exemplo, chama a atenção para a crise da centralidade dos poderes políticos tradicionais. No caso do espaço europeu, com atuações locais cada vez mais condicionadas às políticas ditas comunitárias. FARIA COSTA, José de. *Direito penal e liberdade*. Lisboa: Âncora, 2020. p. 34.

¹⁵⁹⁸ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 513.

¹⁵⁹⁹ DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização. BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e direito penal* – modernas tendências. 3. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019. p. 36.

Penal Code de los Estados Unidos de América de 1962 y del Código Penal tipo para Latinoamérica de 1973”, que efetivamente não serviram como modelo nessas regiões¹⁶⁰⁰.

3. Algumas das *fragilidades* do entendimento majoritário

Como visto (especialmente no item 2.1., do Capítulo II, da Parte I), a lógica comumente utilizada para resolver a questão da punibilidade da tentativa com dolo eventual, de que aquela seria uma categoria *dependente*, e que, justo por isso, *o que valeria para a consumação valeria também para a tentativa*, não é imune a críticas. Mesmo porque esse tipo de conclusão mais nos parece que seja tributário de alguma espécie de intuição¹⁶⁰¹ do que propriamente da articulação segura e coerente da dogmática jurídico-criminal. Como temos destacado, em democracia, a dogmática trabalhará para restringir o exercício do poder punitivo no máximo possível, sobretudo nas situações em que existem consideráveis incertezas acerca dos limites de determinadas categorias, como no caso da problemática enfocada na presente tese.

Assim, quando nos deparamos com doutrina e jurisprudência majoritárias, embora argumentem no campo da lógica, será possível identificar fragilidades. Daniel Kahneman¹⁶⁰² utiliza-se do seguinte encadeamento silogístico para nos advertir: “Todas as rosas são flores; Algumas flores murcham rápido; logo, algumas rosas murcham rápido”. O autor explica que a maioria das pessoas tende a considerar como correta a conclusão apresentada acima a partir do silogismo desenvolvido (haveria aqui uma espécie de “viés de crença”, possível mesmo entre as pessoas de inteligência elevada), e isso simplesmente porque seria esta uma resposta plausível (“superá-la exige trabalho duro”), mas, na realidade, o problema é que “o argumento é falho, pois é possível que as rosas não estejam entre as flores que murcham rápido”. O citado autor arremata pontuando que “quando as pessoas acreditam que uma conclusão é verdadeira [porque a maioria a aceita, por exemplo], também ficam muito propensas a acreditar nos argumentos que parecem sustentá-la, mesmo que esses argumentos não sejam confiáveis”.

¹⁶⁰⁰ HIRSCH, Hans Joachim. Cuestiones acerca de la armonización del derecho penal y del derecho procesal penal en la Unión Europea. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 56, v. 13, 2005. p. 263-264.

¹⁶⁰¹ A respeito dos inúmeros problemas e das ilusões que a ideia de intuição, mesmo nos mais renomados especialistas, pode vir a produzir, veja-se: KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar – duas formas de pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 277 ss.

¹⁶⁰² KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar – duas formas de pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 60. A interpolação é nossa.

Embora a tentativa e a consumação exijam a presença de algumas premissas comuns, como a necessidade do início da execução direcionada ao bem jurídico-criminal, tais não podem ser encaradas como suficientes para que se conclua que ambas deverão receber o mesmo tratamento dogmático, que passarão, portanto, pela mesma regra silogística. Por mais que mantenham estreita relação uma com a outra e compartilhem algumas premissas, são categorias essencialmente diferentes.

William L. Reese¹⁶⁰³, ao analisar o termo “necessary and sufficient condition”, faz questão de destacar que:

These terms apply to both causal and logical explanations. Let "p" and "q" represent events, ideas, or propositions. (1) Given any p and q, p is a sufficient condition of q if, given p, then q. (2) Given any p and q, p is a necessary condition of q if, given – p, then – q. In causal terms the presence of oxygen is a necessary but not a sufficient condition for fire. Oxygen plus combustibles plus the striking of a match would illustrate a sufficient condition for fire. In logical terms, since a syllogism requires both major and minor premises in order to gain the conclusion, the major and minor premises together constitute a sufficient condition for the conclusion. Each premise taken separately is a necessary condition for the conclusion. Also q.o. Fichte (2).

O fato é que, como já deixamos antever pormenorizadamente, os recursos advindos do *pensamento matemático*, como o silogismo, a probabilidade ou a estatística, embora sejam apresentados como de natureza objetiva e nos ajudem com a dinâmica social, podem ser articulados de maneira a deixar espaços para todo tipo de interpretação e também comportam certas subjetividades. Basta uma premissa imprecisa, uma informação duvidosa ou um dado de origem insondável, para que se ponha toda a pretensão de exatidão a perder. Estamos, sim, a tratar de comportamentos humanos; é disso que trata a teoria do crime, e não de atuações robotizadas determinadas por algoritmos matematizados. Logo, não é aceitável que se argumente pura e simplesmente que, por se aproximarem em alguns de seus aspectos, *o que vale para a consumação deve valer também para a tentativa*. É por demais simplificador, além de, em termos de responsabilização, não justificar absolutamente nada.

Assim, a alta chance (probabilística ou estatística) de algum evento acontecer e a decisão consciente pela realização do comportamento que poderia levar a ele não garantem automaticamente que tenha existido um dolo eventual, ou seja, que a pessoa tenha aceitado ou mesmo se conformado ou anuído com aquilo. Haverá sempre espaço para o acaso.

Não se pode, diante da impossibilidade de acessar a mente da pessoa, concluir que a alta chance de ocorrência seja prova de aquiescência. Esse resultado seguramente não lhe seria desejado, nem indiretamente, quando também se perspectivam sérios problemas quando de

¹⁶⁰³ REESE, William L. *Dictionary of Philosophy and Religion: Eastern and Western Thought*. New York: Humanities Press, 1981. p. 381.

sua eventual ocorrência. Veja-se o caso do atirador de facas ou o do participante do globo da morte ou o dos lutadores de MMA ou o dos cirurgiões; essas pessoas todas têm consciência do que pode acontecer (a morte, por exemplo)¹⁶⁰⁴. Pode inclusive existir uma alta chance de ocorrência de violação de um bem jurídico-criminal, mas não há vontade de ocorrência do resultado mais grave previsto, porque isso as prejudicaria. Assume-se um risco, mas não se quer aquele resultado mais gravoso.

Por outro lado, e na situação em que, nos casos acima, todas as normas de segurança fossem seguidas, com todos aqueles requisitos (consciência e previsibilidade do resultado), mas com uma espécie de torcida interna do agente pelo acaso, como para a ocorrência da morte do outro com quem se lida, não tendo esta, entretanto, acontecido efetivamente, haveria então uma tentativa com dolo eventual? Não nos parece que seja esse o caso, embora se possa apontar não só para uma conformação, senão para uma verdadeira torcida para que o evento ocorra.

De todo modo, existem claros déficits de atribuição e de verificabilidade dos argumentos utilizados em defesa da punibilidade da tentativa com dolo eventual, insuperáveis até o presente momento, especialmente com os recursos de que dispomos no atual estágio da humanidade. Mas isso, obviamente, não significa dizer que os argumentos contrários à punibilidade sejam perfeitos ou imunes à crítica.

Diante de tantas questões ainda em aberto, a única certeza é a de que diante de impasses como os que discutimos não resta alternativa a não ser construir o caminho menos invasivo à liberdade humana, aquele que limita o exercício do poder punitivo e otimiza a liberdade, que é a única, entre ambos, já previamente fundamentada nas constituições democrática. Para isso devemos nos servir da dogmática jurídico-criminal.

No caso da problemática enfocada, para se conseguir punir alguém da maneira mais rigorosa possível, tem-se alargado a ideia de vontade (com a de aquiescência, conformação, aceitação etc.) e equiparado uma categoria dogmática com outra sem maiores explicações, utilizando-se de uma espécie de silogismo, o que é, como vimos, falho. Não se pode esquecer que tanto o dolo eventual quanto a tentativa já são formas de alargamento da punição, e, como tais, devem ter suas fundamentações adequadamente articuladas, sem formulações mecânicas ou matemáticas, justo porque se prestam a restringir direito fundamental de viver plenamente

¹⁶⁰⁴ Nesses casos, é também de se avaliar, no âmbito da possibilidade de imputação, as tormentosas questões da autocolocação e da heterocolocação em perigo livremente aceite, o que fugiria de nosso principal objetivo. Resumidamente, veja-se: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal* – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 340-478-891.

como cidadão, locomovendo-se e exercendo seus direitos civis e políticos, o que uma condenação prejudica.

Não se pode negar a observância de argumentos ligeiros na conclusão pela punibilidade da tentativa com dolo eventual. Quando não se utiliza o silogismo mecânico, puro e simples, os argumentos usados como justificativa estão quase sempre escorados na ideia de que essa tem sido a solução da maioria, sem que se desenvolva pormenorizadamente o fundamento dogmático. Afinal, é do impacto sobre a liberdade das pessoas que se trata, devendo a dogmática ser articulada adequadamente como filtro que é do exercício do poder punitivo. Citam-se dois ou três autores como referência, mas não se desenvolve uma justificativa detalhada até a conclusão apresentada, o que se aproxima de um argumento de autoridade. Isso é inadmissível. Interessa-nos, assim, arguir: onde exatamente está essa justificação ou fundamentação de que o dolo eventual serve para a responsabilização do crime tentado?

Da nossa perspectiva, portanto, diante das incertezas ainda fortemente presentes na dogmática jurídico-criminal, especialmente no que toca ao limite entre o ato preparatório e a execução, ou no limite entre o dolo e a negligência, não parece existir justificativa plausível para que se faça tão comumente a opção pela punição da tentativa com dolo eventual. Uma opção em favor de uma providência mais severa contra a liberdade individual das pessoas demanda uma pormenorizada e rigorosa fundamentação. O fato é que utilizar o silogismo ou se escorar no que disse a doutrina, ou no que “falou” o tribunal, ou mesmo na ideia de que o legislador mandou, não pode servir como fundamento de nada. Como antevisto, o silogismo pode ter sido articulado com premissas defeituosas, e o tribunal e o legislador nem sempre se utilizam de categorias dogmáticas nas suas atuações, atuando, muitas vezes, em sede de política criminal, o que demanda, como vimos, certas ressalvas.

4. Referências conclusivas

Com a introdução da política criminal junto ao ambiente discursivo outrora dominado pela perspectiva eminentemente dogmática – isso sobretudo a partir da abertura proporcionada pelas teses funcionalistas no intuito de corrigir alegadas distorções e de aproximar o sistema jurídico-criminal das expectativas sociais por alegada cobrança por justiça (mais desenvolvidamente no item 2, Capítulo I, Parte I) –, o que se viu, foi um preocupante alastramento de seus critérios (principiológicos) um tanto subjetivos em variadas perspectivas doutrinárias. Sua faceta mais radical se apresentou sob o rótulo de *direito penal do inimigo*, a corroborar um ambiente em que os interesses, sobretudo os políticos, no exercício do poder

punitivo, se infiltrassem na estrutura dogmática a ponto de fazer com que esta fosse capturada por àqueles.

Inegável que este tipo de cenário, com o passar dos anos, tenha favorecido a utilização da dogmática apenas como *mera referência*, e não como um critério de utilização obrigatória na articulação do sistema jurídico-criminal, quer seja no exercício da legislatura, quer seja no da judicatura. Numa perspectiva ainda mais abrangente dos problemas provenientes da abertura dogmática,¹⁶⁰⁵ Lenio Luiz Streck¹⁶⁰⁶ aponta para o que chama de *pamprincipiologismo*: “minhas preocupações”, escreve ele, “giram em torno do problema da decisão judicial e da existência ou não do chamado ‘poder discricionário dos juízes’ no momento da solução dos chamados ‘casos difíceis’”. O autor adverte:

É como se ocorresse uma espécie de “hiperestesia” nos juristas que os levasse a descobrir, por meio da sensibilidade (o senso de justiça, no mais das vezes, sempre é um álibi teórico da realização dos “valores” que subjazem o “Direito”), a melhor solução para os casos jurisdicionalizados.

“Positivização dos valores”: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a “criação” (sic), em um segundo momento, de todo tipo de “princípio” (sic), como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a “pedra filosofal da legitimidade principiológica”, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para resolver os casos difíceis ou “corrigir” (sic) as incertezas da linguagem.

Nessa ordem de ideias, o sistema jurídico-criminal, moldado pelo legislador e articulado pelos tribunais, subverte a dogmática como um critério rigorosamente limitador, de racionalidade do exercício do poder punitivo. Uma vez submetida à política criminal, regida tradicionalmente pela “vontade popular” (afinal, é em nome dela que as decisões são tomadas pelas autoridades), parecerá mais um instrumento potencializador da expansão daquele poder do que de sua contenção. Qualquer oportunidade de expansão, é usual que aqueles que gerem o sistema de controle e de punição o utilizem em seu favor e ampliem suas influências sobre as pessoas.

Para Karl Popper¹⁶⁰⁷, citando David Katz¹⁶⁰⁸, “Um animal faminto divide o ambiente em objetos comestíveis e não comestíveis. Um animal que foge enxerga caminhos para a fuga e esconderijos. De modo geral, os objetos mudam... de acordo com as necessidades do animal”. O autor arremata a ideia argumentando que, “no caso do cientista, são seus interesses teóricos, o problema que está investigando, suas conjecturas e antecipações, as teorias que aceita como

¹⁶⁰⁵ Nossa preocupação, esclareça-se, não é tanto a abertura da dogmática, mas, diante da dúvida ou da incerteza em determinadas circunstâncias, a solução a partir de alternativas que expandam o exercício do poder punitivo.

¹⁶⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio Dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 49, n. 194 abr./jun. 2012. p. 8-9.

¹⁶⁰⁷ POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. p. 76-77.

¹⁶⁰⁸ KATZ, David. *Animals and Men*. London: Longmans, Green & Co., 1937. Cap. VI, nota.

pano de fundo: seu quadro de referências, seu ‘horizonte de expectativas’”. Uma articulação teórica perspectivada, preponderantemente, a partir da política criminal – com a ideia de que o centro de gravidade do sistema de controle e de punição deve ser ocupado pela proteção de bens/valores/interesses –, não raro, é mais suscetível de ser atraída pelos discursos sobre impunidade. Haverá, portanto, espaços mais flexíveis para que se atenda aos anseios (às necessidades) da opinião pública.

Assim, como antevisto, com a nossa perspectiva sendo a de sempre se utilizar de qualquer instrumento normativo que se apresente, inclusive os dogmáticos, como critério de contenção do poder punitivo, diante da falta de limitação clara das categorias conceituais enfocadas, não haveria de existir alternativa diferente daquela que aponta para uma solução menos invasiva à liberdade, ou seja, a impossibilidade de uma congruência entre a tentativa e o dolo eventual.

CONCLUSÕES

Nosso principal esforço foi no sentido de demonstrar que, a respeito da problemática enfocada, existem duas alternativas em evidência: uma pela punição e outra pela não punição do crime tentado, diante da dúvida do agente na concretização do resultado. Não se pode negar que há argumentos que podem até ser encarados como sedutores em ambos os lados da discussão, mas nosso principal questionamento residiu na razão de, majoritariamente, acolher-se justamente aquela alternativa cuja punição tende a ser a mais gravosa. Para além de investigarmos se seria legítima uma punição, interessou-nos saber: por que optar por uma responsabilização mais severa se existem ainda inúmeras questões em aberto nos argumentos utilizados como base? Por que proporcionar a expansão do poder punitivo em detrimento da liberdade, mesmo diante de tantas incertezas? E assim nossa investigação se desenvolveu.

Nosso percurso, repleto de bifurcações, deixa como produto uma espécie de mosaico, em que procuramos escolher e organizar as engrenagens que mais nos pareciam coerentes num ambiente de pretensões democráticas e liberais – o mais estreito possível para o exercício do poder punitivo sobre as pessoas ao seu alcance.¹⁶⁰⁹ As escolhas que tivemos de realizar – para contextualizá-las e fundamentá-las, serviu-nos, muito especialmente, o desenvolvimento da Parte I – raramente são fáceis, sendo, como é próprio do debate científico, absolutamente suscetíveis de uma contraposição. Convém não esquecer, na linha do argumentado por José de Faria Costa¹⁶¹⁰, que o direito criminal será “sempre lugar de encruzilhada de valores fundantes da sua própria natureza, mas também encruzilhada de olhares vários e críticos desses valores que a história torna mais dignos de serem vividos”.

Embora tivéssemos a obrigação de aprofundar o objeto de estudo – como, aliás, fizemos –, não tínhamos pretensão de esgotá-lo, nem a de produzir uma investigação definitiva, impondo-se reconhecer que, como aduz Arthur Kaufmann¹⁶¹¹, “todas as doutrinas têm pontos fracos e não há nenhuma que não possa, desde que se queira, ser levada *ad absurdum*”. Evidente que outras investigações, ainda que sobre a mesma problemática proposta, poderão trilhar caminhos bem diversos. Cientes das dificuldades impostas, não nos afastamos da necessidade de enfrentar a posição prevalente, tanto na doutrina quanto nos tribunais

¹⁶⁰⁹ Com uma dogmática que deve operar com funções como, p. ex., a contenção do poder punitivo no menor espaço possível e a otimização das liberdades individuais, e, por consequência, da própria dignidade humana.

¹⁶¹⁰ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 354.

¹⁶¹¹ KAUFMANN, Arthur. Zur Lehre von den negative Tatbestandsmerkmalen, *JuristenZeitung*, 9. Jahrg., n. 21, 5. nov. 1954. p. 658. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/20803629?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em 30. out. 2019. A tradução é de José de Faria Costa, em: FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 431.

portugueses, demonstrando as razões de nossa discordância e as consequências de se acolher argumentos ainda tão controversos.

Para nós, em casos dogmáticos controversos, como o que ora se apresenta, não deveria existir alternativa, por força do princípio democrático, que não a de restringir o exercício do poder punitivo. Aqui, se quisermos, haverá sim de funcionar uma das facetas do *in dubio pro reo*, que, na realidade, significará um *in dubio pro libertatis*. Se existem, portanto, argumentos em ambos os lados, opte-se por aquele que se apresenta como menos invasivo às liberdades individuais. Assim estaríamos menos suscetíveis a uma discricionariedade que tende a adotar critérios político-criminais, não raro submetidos à “vontade da maioria”. Aury Lopes Jr.¹⁶¹², a propósito, há muito tem advertido que, em uma persecução pretensamente democrática, não deveria existir espaço para um “reducionismo binário do *interesse público x interesse privado*, para justificar a restrição de direitos fundamentais (e, no caso, até a condenação) a partir da ‘prevalência’ do interesse público”.

Assim é que a investigação agora concluída se insere no arco de reflexões críticas sobre a flagrante expansão do exercício do poder punitivo, especialmente em democracias. A solução aqui apresentada não se dissocia da necessidade de contenção, sobretudo nos casos em que lidamos com categorias dogmáticas cujos limites são bastante duvidosos. Se, por exemplo, dois adultos conscientemente negociam uma droga qualquer, e aquele que a adquiriu, digamos que um conhecido usuário problemático, tem, logo na sequência, uma *overdose*, só não morrendo por ter sido socorrido por profissionais em tempo hábil, significa que, pelo risco que assumiu, aquele que vendeu terá de responder por homicídio tentado? Essa tem sido a postura de determinadas autoridades norte-americanas¹⁶¹³. É, da nossa perspectiva, expandir demasiado o exercício do poder punitivo pensar-se assim; um contrassenso em termos democráticos, submetendo a pessoa a um grau considerável de invasividade de sua dignidade diante de questões para as quais as bases ainda são imprecisas.

A defesa da punibilidade da tentativa diante da dúvida do agente na concretização do resultado, mesmo que sem bases dogmáticas convincentes, ganhou ares de certa *convicção*, considerada por nós no sentido atribuído por Rubem Alves, o de que seria a convicção de “um

¹⁶¹² LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 477. Item 5.6.3.

¹⁶¹³ HART, Carl. *Drogas para adultos*. Trad. Pedro Maia Soares. Rio de Janeiro: Zahar, 2021. p. 290-291.

pensamento que parou, que se imobilizou”.¹⁶¹⁴ Indesejável, portanto, em termos de cientificidade.

Jesús-María Silva Sánchez¹⁶¹⁵ adverte que há “uma razão psico-sociológica que explica[ria] a dificuldade em comover uma opinião dominante”. Segundo o autor, a dificuldade em contraposição da perspectiva dominante se daria porque “a adesão garante, além da segurança, que não será necessário assumir o ônus e o risco de uma argumentação pessoal; a discrepância, ao contrário, leva consigo o risco argumentativo de atacar algo que já é perfeitamente firme”, como – agora dizemos nós – no caso de uma autêntica convicção. Perceba-se, portanto, que decidimos – mesmo tomando todos os cuidados que uma investigação como esta exige – correr todos os riscos possíveis.

Nossa intenção era *dessacralizar* o estado de coisas que atualmente permite a manutenção de uma conclusão que tem suas inegáveis fragilidades. De certo modo, insistimos nos argumentos contra o dolo eventual, amealhando o maior número possível de críticas sobre sua fundamentação e seus limites conceituais, demonstrando que sua existência nos ordenamentos jurídicos era, no mínimo, controversa, e que sua punibilidade em crimes tentados, dadas as indefinições em ambos os lados (tanto na tentativa quanto no dolo encarado como eventual), não se sustentava. Demonstramos que as dúvidas ainda presentes no debate não se resolvem com a elaboração de fórmulas matemáticas, área do conhecimento que também convive com subjetividades, ou tão somente com as iniciativas do Legislativo ou dos tribunais.

Dessa maneira, enfrentamos, em especial, o dolo eventual para explicitar suas fraquezas, sua demasiada subjetividade, seu potencial perigosamente expansivo, para, então, argumentar que sua junção com uma outra forma de expansão da responsabilização, a tentativa, que tem também seus problemas de limitação, não seria viável do ponto de vista de uma estrutura dogmática que mantém compromissos com valores democráticos – uma estrutura que se faz sustentar por sua função preciosa que é a limitação (ou racionalização) do poder punitivo.

Seguimos os passos de Karl Popper¹⁶¹⁶, segundo o qual uma correta orientação para quem pretende realizar uma pesquisa científica seria: “procure saber o que se discute hoje na

¹⁶¹⁴ ALVES, Rubem. *Ostra feliz não faz pérola*. São Paulo: Planeta, 2008. p. 54. Nietzsche, por exemplo, compara (e critica veementemente) o termo “convicção” com a ideia de “crença”. NIETZSCHE, Friedrich. *Fragmentos póstumos* – VII. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p. 398.

¹⁶¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: RT, 2011. p. 262. A interpolação é nossa. Veja-se, para uma contextualização do que se disse da perspectiva da argumentação jurídica: DROSDECK, Thomas [VerfasserIn]. *Die herrschende Meinung - Autorität als Rechtsquelle. Funktionen einer juristischen Argumentationsfigur*. Berlin: Duncker & Humblot, 2019.

¹⁶¹⁶ POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. p. 155.

ciência. Descubra onde estão surgindo dificuldades e se interesse pelos desacordos – essas são as questões que você deve abordar. Em outras palavras, deve-se estudar a *situação-problema* atual”. Ainda segundo o mencionado autor: “Na ciência, queremos fazer progresso, o que significa que precisamos subir nos ombros dos nossos predecessores”. Logo, é exatamente onde imaginamos estar agora, “nos ombros de nossos predecessores”, que, embora não sejam tão numerosos em Portugal, permitiram-nos, com a divulgação de suas perspectivas, percorrer trilhas tão tortuosas com alguma segurança, sem que nos sentíssemos propriamente isolados.

A problemática enfocada é inegavelmente espinhosa. Esforçamo-nos para fundamentar bem os argumentos que apresentamos ao longo da investigação. De nossa parte, procuramos não nos deixar intimidar, sobretudo por estarmos no campo minoritário do debate, o que só nos foi permitido desenvolver especialmente pela inspiração encontrada nas reflexões de Platão¹⁶¹⁷, de que “um conhecimento certo disso tudo é, na vida presente, se não impossível, pelo menos extremamente difícil de obter”, e que “se as opiniões relacionadas com tudo isso não forem submetidas a uma crítica realmente aprofundada, se se abandonar o assunto sem antes ser examinado em todos os sentidos – então, é porque se tem uma natureza fraca!”.

Por fim, diante do cenário apresentado, alinhamo-nos ao alegado por José de Faria Costa¹⁶¹⁸:

Não é bom para ninguém – e com isto queremos desde já afirmar que tão-só o valor de uma convicção, que vale, por isso, o que vale –, não é bom para ninguém, dizíamos, e muito menos para a dilucidação do problema que nos preocupa, navegar ao sabor dos ventos de uma “razão débil”. Bem sabemos que estes são tempos de “razão débil” e que quando se ousa ir contra o tempo, de duas uma: ou se não tem razão ou se tem razão para outro tempo. De qualquer maneira, correndo todos os riscos de se estar preso a uma razão que se quer “forte”, pensamos que é por aí o caminho.

¹⁶¹⁷ PLATÃO. *Fédon* – seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Trad. e notas de José Cavalcante de Souza, Jorge Paleikat e João Cruz Costa. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991 p. 153. Disponível em: <https://projetoaletheia.files.wordpress.com/2014/05/os-pensadores-platc3a3o.pdf>. Acesso em 9.4.2021.

¹⁶¹⁸ FARIA COSTA, José de. *Linhas de Direito Penal e de Filosofia* – alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: 2005. p. 208; Assim também em: FARIA COSTA, José de; MOURA, Bruno de Oliveira. *Filosofia do direito*. Lisboa: Âncora, 2021. p. 41.

BIBLIOGRAFIA

- ABATE, Mario. *Il codice penale*. Piacenza: La tribuna, 1990.
- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- AFTALION, Enrique R.; OLANO, Fernando Garcia; VILANOVA, José. *Introducción al Derecho*. 9. ed. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho e Ciencias Sociales, 1972.
- AIRES DE SOUSA, Susana. *A responsabilidade criminal pelo produto e o topus causal em Direito Penal – contributo para uma protecção penal de interesses do consumidor*. Coimbra: Coimbra, 2014.
- ALBRECHT, Peter. *Der untaugliche Versuch*. Basel-Stuttgart: Helbing & Lichtenhahn, 1973.
- ALEO, Salvatore. *Il disvalore e le forme generali della responsabilità penale – prospettive di teoria e riforma del diritto penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1989.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ALMEIDA COSTA, António Manuel de. *Ilícito pessoal, imputação objectiva e participação em Direito Penal*. t. II. Coimbra: Almedina, 2017.
- ALMEIDA COSTA, Inês. *A chamada tentativa inidónea por inaptidão do sujeito no contexto global do problema da tentativa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2014.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *História do direito português*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.
- ALMEIDA, Christiano Pereira de. Consciência e decisão na Ilíada: uma discussão da hipótese de Julian Jaynes. *Rónai: Revista de Estudos Clássicos e Tradutórios*, Juiz de Fora, v.7 n.1, 2019.
- ALTAVILLA, Enrico. *La colpa*. Torino: Torinese, 1957.
- ÁLVAREZ, Rogelio Barba. El reconocimiento del principio de ofensividad en la reforma del Código penal para el Estado de Jalisco (México), análisis y proyección. *Repositório institucional da Universidad Politécnica de Nicaragua*, 2016. Disponível em: <http://repositorio.upoli.edu.ni/258/1/455-1815-1-PB.pdf>. Acesso em 30 abr. 2020.
- ALVES, Rubem. *Filosofia da ciência – introdução ao jogo e suas regras*. São Paulo: Loyola, 2002.
- ALVES, Rubem. *Ostra feliz não faz pérola*. São Paulo: Planeta, 2008.
- ALWART, Heiner. *Strafwürdiges Versuchen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1982.
- AMELUNG, Knut. Der Zweifel als Irrtum - ei n Irrtum zum Verzweifeln. AMELUNG, Knut [Hrsg.]. *Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9. Juli 2010*. Stuttgart: Kohlhammer, 2010.

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro. *Revista Sequência*, v. 29, n. 57, p. 237-260, dez., 2008.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*. 16. ed. Milano: Giuffrè, 2003.
- ANTOLISEI, Francesco. *L'azione e l'evento nel reato*. Milano: Instituto Editoriale Scientifico, 1928.
- ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal – parte general*. Madrid: Gráfica administrativa, 1949.
- ARAGÃO, Alexandra. Breves reflexões em torno da investigação jurídica. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXXXV, 2009.
- ARAÚJO, Fábio Roque. *Curso de Direito Penal – parte geral*. Salvador: Juspodivm, 2019.
- ARENDT, Hannah. *A vida do espírito*. Trad. Antônio Abranches. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- ARISTÓTELES. *Organon*. Trad. Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães Editores, 1985.
- AROSO LINHARES, José Manuel. Direito e ópera: Na ópera? Como ópera? (and...: in...? as...?) – uma “conversa sem música” sobre um encontro inesperado. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 89, 2013.
- ARZT, Gunther. Falschaussage mit bedingtem Vorsatz. *Festschrift Für Hans-Heinrich Jescheck*, Berlin, 1985.
- ASCENSÃO, Oliveira. A teoria finalista e o direito civil, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, n. XXVII, 1986.
- ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997.
- BACIGALUPO, Enrique. ¿Qué importancia tiene la discusión dogmática actual respecto de la jurisprudencia? GRECO, Luís. MARTINS, Antonio (orgs.). *Direito Penal como crítica da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- BACIGALUPO, Enrique. *Comentários al código penal – arts. 1 al 108*. Barcelona: Bosch, 2007.
- BACIGALUPO, Enrique. *Hacia el nuevo derecho penal*. Hammurabi: Buenos Aires, 2006.
- BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal – parte geral*. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BACIGALUPO, Enrique Zapater. El método comparativo en la elaboración del derecho penal europeo. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 83, 2004.

- BACIGALUPO, Enrique. *Tipo y error*. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal – parte general*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1994.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 122-141, abr./jun., 2002.
- BAIGÚN, David. *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2007.
- BALCETIS, Emily. DUNNING, David. See what you want to see, motivational influences on visual perception. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 91, n. 4, 2006.
- BAPTISTA PEREIRA, Miguel. *Modernidade e tempo: para uma leitura do discurso moderno*. Coimbra: Livraria Minerva, 1990.
- BAR, Carl Ludwig von. *Gesetz und Schuld im Strafrecht*. Band II. Berlin: J. Guttentag, 1907.
- BAR, Carl Ludwig v. *Gesetz und Schuld im Strafrecht*. Berlin: Keip, 1903.
- BAR, Carl Ludwig von. Dolus eventualis? *ZStW*, 18, 1898.
- BAR, Carl Ludwig von. *Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte*. Leipzig: Tauchnitz, 1871.
- BARBERÁ, Gabriel Pérez. *Dolo como reproche – Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/dolo-como-reproche.pdf>. Acesso em: 3. mar. 2021.
- BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual – hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Dolo como concepto objetivo. Dolo e imprudencia: relación y delimitación. Datos psíquicos: relevancia. Prueba del dolo en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.
- BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1892.
- BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. Limites constitucionais do legislador e do juiz na incriminação e descriminalização de condutas – a imposição dos princípios constitucionais. *Tese de doutoramento apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Pernambuco*, 2006. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4090/1/arquivo6084_1.pdf. Acesso em 19.8.2021.
- BARTOLI, Roberto. Brevi considerazioni sull'elemento oggettivo del delitto tentato in una prospetive de lege ferenda. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 45, p. 915-933., 2002. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=54775. Acesso em: 6 abr. 2020.

- BASTIDE, Roger. *Usos e sentidos do termo “estrutura” nas ciências humanas e sociais*. Trad. Maria Heloiza Schabs Capellato. São Paulo: Herder & Editôra da Universidade de São Paulo, 1971.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.
- BATTAGLINI, Giulio. *Direito Penal parte geral – v. 2*. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Armida Bergamini Miotto. São Paulo: EdUSP, 1973.
- BAUER, Wolfram. Die Abgrenzung des dolus eventualis – ein Problem der Versuchsdogmatik, Offizielle und apokryphe Abgrenzungskriterien in der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. *Wistra, Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht*, 1991.
- BAUMANN, Jürgen. *Grundbegriffe und System des Strafrecht - eine Einführung in die Systematik an Hand von Fällen*. 5. Aufl. Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz: W. Kohlhammer, 1979.
- BAUMANN, Jürgen [VerfasserIn]. *Strafrecht - allgemeiner Teil - ein Lehrbuch*. 7. Aufl. Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking, 1975.
- BAUMGARTEN, Isidor. *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen - criminalistische Studie*. Stuttgart: Enke, 1888.
- BBC NEWS. *O homem que levou 13 tiros, sobreviveu e hoje vive com três balas na cabeça*. Reportagem de 06.03.2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-47464101>. Acesso em 26.3.2021.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco — rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2011.
- BECKER, Marina. *Tentativa Criminosa*. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.
- BEHRENDT, Hans-Joachim. *Die Unterlassung im Strafrecht: Entwurf eines negative Handlungsbegriffs auf psychoanalytischer Grundlage*. Baden-Baden: Nomos, 1979.
- BEJARANO, Julio César Vargas. *Venturas y desventuras de la voluntad. Reflexiones a partir de la fenomenología de Edmund Husserl*. *Revista Civilizar*, n. 14 (26), enero-junio, 2014.
- BELEZA DOS SANTOS, José. *Ensaio sobre a introdução ao direito criminal*. Coimbra: Atlântida, 1968.
- BELEZA DOS SANTOS, José. Crimes de moeda falsa (continuado do n. 2.402, p. 306). *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 66, n. 2.503, 1934.
- BELEZA DOS SANTOS, José. Crimes de moeda falsa (continuado do n. 2.505, p. 355). *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 66, n. 2.506, 1934.
- BELEZA DOS SANTOS, José. Crimes de moeda falsa (continuado do n. 2.507, p. 387). *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 66, n. 2.508, 1934.

- BELEZA DOS SANTOS, José. Crimes de moeda falsa (continuado do n. 2.508, p. 404). *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 67, n. 2.509, 1934.
- BELING, Ernst von. Die Lehre vom Tatbestand. *Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, 16. August 1930*. Tübingen: Mohr, 1930.
- BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal – la doctrina del delito-tipo*. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.
- BELING, Ernst von. *Grundzüge des Strafrechts*. 11, Auflage. Tübingen: Mohr, 1930.
- BELLAVISTA, Girolamo. I provvedimenti penale e le motivazioni implicite, per relationem e sommarie. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 1, n. 2, p. 336-406, abr./jun., 1958.
- BERNARDI, Alessandro; CUPELLI, Cristiano (editori.). *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti – L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale*. Ferrara: Jovene Editore, 2017.
- BERNARDI, Alessandro. I Principi di Sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo. MIR PUIG, Santiago; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; MARTÍN, Víctor Gómez. *Garantias constitucionales y Derecho penal europeo*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- BERNER, Albert Friedrich. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 18. ed. Leipzig: Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1898.
- BERNER, Albert Friedrich. *Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa*. Berlin: Heymann, 1847.
- BERNSTEIN, Peter. *Against the Gods: The Remarkable Story of Risk*. Hoboken/NJ: John Wiley & Sons, 1996.
- BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria Geral dos Sistemas*. Fundamentos, desenvolvimento e aplicações. Trad. Francisco M. Guimarães. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2008.
- BETTIOL, Giuseppe. *Scritti giuridici, 1966 – 1980*. Padova: CEDAM, 1980.
- BETTIOL, Giuseppe. *Scritti giuridici*. t. II. Padova: CEDAM, 1966.
- BINAVINCE, Emilio. *Die vier Moment der Fahrlässigkeitsdelikte*. Bielefeld: Giesecking, 1969.
- BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung – I*. Leipzig: Felix Meiner, 1922.
- BINDING, Karl. Seltsame Vorschläge zu einer neuen Verderbnis der Lehre wie der gesetzgeberischen Behandlung von Vorsatz: Fahrlässigkeit und Irrtum. *Der Gerichtssaal*, LXXXVII, 1919.
- BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung – IV*. Leipzig: Felix Meiner, 1919.
- BINDING, Karl. *Die Schuld im deutschen Strafrecht - Vorsatz, Irrtum, Fahrlässigkeit: kurzes Lehrbuch*. Leipzig: Felix Meiner, 1919.
- BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung: Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des delikts*. Leipzig: W Englemann, 1877.

- BINDING, Karl. *Schuld und Vorsatz*. t. II, v. II. Leipzig: Engelmann, 1877.
- BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de derechos para el concepto de delito*. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2010.
- BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung. *Archiv des Criminalrechts*. Neue Folge Band 15, 1834.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito – uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira*. Coimbra: Almedina, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Sraiva, 2004.
- BLOCH, Marc. *Apologia da história ou o ofício de historiador*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.
- BOCKELMANN, Paul. VOLK, Klaus. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 4. Aufl. München: C. H. Beck, 1987.
- BOCKELMANN, Paul. *Strafrecht*. 2. Aufl. München, Beck, 1975.
- BOIX REIG, Javier; ORTS BERENGUER, Enrique; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *La reforma penal de 1989*. Valencia: Tirant lo blanch, 1989.
- BOLLNOW, Otto Friedrich. Die Objektivität der Geisteswissenschaften und die Frage nach dem Wesen der Wahrheit, *Zeitschrift für philosophische Forschung*, Bd. 16, H. 1, Jan. - Mar., 1962. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/20481238?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em 22 mar. 2019.
- BON, Céline. L'infraction de tentative en droit pénal canadien et en droit pénal français - De la conciliation entre la nécessaire anticipation de la répression et l'exigence de culpabilité morale. *Université Laval Québec, Canada, Maître en droit (LL. M.) et Université de Toulouse I Capitole Toulouse, France, Master (M.)*, 2017. p. 48 ss. Disponível em: <https://corpus.ulaval.ca/jspui/bitstream/20.500.11794/28035/1/33085.pdf>. Acesso em 12.9.2021.
- BOSCARELLI, Marco. Tentativo circostanziato e tentativo di delitto circostanziato. *Scuola positiva*, 1962.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.
- BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal – parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BRANDÃO, Junito de Souza. *Dicionário Mítico-Etimológico*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2014.
- BRANDÃO, Nuno. Bem jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de protecção e a proibição do excesso. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade – v. I*, Coimbra, 2017.

- BRANDÃO, Nuno. *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*. Coimbra: Coimbra, 2016.
- BRITO MIRANDA, Ana Marta de Almeida Teixeira de. *Desafios da Tradução Jurídica de Alemão para Português*. Lisboa: Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova Lisboa, 2016.
- BRITO, Wladimir. O Poder Judicial. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 80, n. 231, 2004.
- BRUCK, Felix Friedrich. *Zur Lehre von der Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Strafrecht*. Breslau: Koebner, 1885.
- BRUNS, Hans-Jürgen. *Das Recht der Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für die Praxis*. 2. Aufl. Köln/Berlin/München: Heymann, 1985.
- BUNG, Jochen. *Wissen und Wollen im Strafrecht - zur Theorie und Dogmatik des subjektiven Tatbestands*. Frankfurt am Main: Klostermann, 2009.
- BUNGE, Jochen. *Wissen und Wollen im Strafrecht: zur Theorie und Dogmatik des subjektiven Tatbestands*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2009.
- BUNGE, Mario. *Kausalität, Geschichte und Probleme*. Tübingen: Mohr, 1987.
- BURKHARDT, Björn. Dogmática penal afortunada y sin consecuencias. MUÑOZ CONDE, Francisco (coord.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.
- BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e direito penal – modernas tendências*. 3. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019.
- BUSATO, Paulo César. *La tentativa del delito – análisis a partir del concepto significativo de la acción*. Curitiba: Juruá, 2011.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. MALARÉE, Hernán Hormozábal. *Lecciones de derecho penal: parte general*. Madrid: Trotta, 2006.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan. Política criminal y dolo eventual. *Revista Jurídica da Catalunya*, II, 1984.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal – v. II*. Madrid: Trotta, 1999.
- BYDLINSKI, Franz. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. Wien: Springer, 1982.
- CABRAL DE MONCADA, J. Para a História da Filosofia em Portugal no Século XX. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. 36, 1960.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Dolo e linguagem – rumo a uma nova gramática do dolo a partir da filosofia da linguagem*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020.
- CADOPPI, Alberto [et al.]. *Trattato di diritto penale – parte generale – il diritto penale e la lege – v. I*. Torino: Utet Giuridica, 2012.

- CADOPPI, Alberto (Coord.). *Omnis definitio in iure periculosa?* Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Padova: Cedam, 1996.
- CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. *Manuale di diritto penale*. Padova: Cedam, 2005.
- CAEIRO DA MATTA, José. A norma de direito penal. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 5, 1918.
- CAEIRO, Pedro. “A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho – v. III – direitos e interconstitucionalidade: entre dignidade e cosmopolitismo – stvdia iuridica* 104. Coimbra: Coimbra, 2012.
- CALLEGARI, André Luís. A tentativa e o crime impossível no código penal brasileiro, *Revista dos Tribunais*, v. 755, 1998, Set., 1998.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. António Menezes Cordeiro. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. Consideraciones sobre una regulación común europea de la tentativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 51, Nov. – Dez., 2004.
- CANEPA, Andrea. Dolo eventuale e tentativo: possibilità e limiti di una compatibilità. *L'indice penale*, Padova, v. 12, n. 2, p. 421-458, jul./dez., 2009.
- CARMIGNANI, Giovanni. *Elementos de derecho criminal*. Trad. Antonio Forero Otero. Bogotá: Temis, 1979.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del reato*. Padova: Cedam, 1933.
- CARNIELLI, Walter A.; EPSTEIN, Richard L.. 4. ed. *Pensamento Crítico – o poder da lógica e da argumentação*. São Paulo: Rideel, 2019.
- CARPZOV, Benedict. *Practicae novae imperialis Saxonicae rerum criminalium*. Wittebergae: T. Mevius & E. Schumacher, 1677.
- CARRARA, Francesco. *Lineamenti di pratica legislativa penale*. Bologna: Il Mulino, 2007.
- CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal – parte general*. Trad. José J. Ortega Torres e Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1971.
- CARRARA, Francesco. *Programa de direito criminal – parte geral*. Trad. J. L. de Azevedo Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956.
- CARRARA, Francesco. Sinopsi delle mie opinioni sul conato composta ad uso dei miei scolari. Lucca: Canovetti, 1878.

- CARRARA, Francesco. *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito*. Trad. Vicente Romero Girón. Madrid: F. Góngora, 1877.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. *Abolicionismo penal e(m) Nietzsche*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o Legislador a Sociedade e o Juiz ou Entre Sistema Função e Problema - Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 74, 1998.
- CASTILLA DEL PINO, Carlos. *Teoría de los sentimientos*. 3. ed. Barcelona: Tusquets Editores, 2000.
- CASTRO, Alexander de. MACRI, Francesco. Il problema dei delitti di bagatella nell'emergenza dello stato costituzionale: breve analisi dell'evoluzione del suo trattamento tecnico-dogmatico in Brasile e in Italia. *Revista direitos sociais e políticas públicas (unifafibe)*, v. 6, n. 2, 2018. p. 559-560. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/486/pdf%20%28italiano%29>. Acesso em 30 abr. 2020.
- CASTRONUOVO, Donato. *La colpa penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2009.
- CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal – parte geral – I a lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982 – II penas e medidas de segurança*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- CAVANNA, Adriano. *La codificazione penale in Italia*. Milano: Giuffrè, 1975.
- CECCHI, Orfeo. *L'evento nel reato – primo contributo allo studio sistematico dell'argomento*. Napoli: Edizioni Del Giornale “La Toga”, 1931.
- CEDRAS, Jean. L'actualité pénale en France depuis de 1994. *Revue Internationale de Droit Penal*, Toulouse, v. 67, 1996.
- CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. parte general. v. III. Madrid: Tecnos, 2001.
- CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*. v. I. Madrid: Tecnos, 1985.
- CERQUETTI, Giovanni. *Il dolo*. Torino: Giappichelli, 2010.
- CESARO, Jean-François. *Le Doute en Droit Privé*. Paris: Panthéon -Assas, 2003.
- COELHO, Eduardo de Melo Lucas. Conceito e validade do Direito: O Direito dos Juizes. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 86, n. 259, 2010.
- COMANDUCCI, Paolo. La motivazione in fatto. UBERTIS, Giulio [Hrsg.], *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1992.
- COMTE, Auguste. *Système de politique positive ou traité de Sociologie instituant la Religion de l'Humanité*. 3. ed. Paris: Larousse, 1890.

- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cândido. *Derecho Penal*. Parte general. 2. ed. Madrid: Colex, 1990.
- CONTADA, Fernando Coutinho. A polissemia dos conceitos e suas implicações para a sociologia: os usos do termo “sistema”, *Revista Educação & Sociedade*, Campinas/SP, v. 35, n. 128, p. 629-996, jul.-set., 2014.
- COPELLO, Patricia Laurenzo. Algunas reflexiones críticas sobre la tradicional división tripartita del dolo. CERESO MIR, José [et al]. *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos: libro homenaje al professor doctor Don Ángel Torío López*. Granada: Comares, 1999. (Estudios de derecho penal).
- COPELLO, Patricia Laurenzo. El estado actual de las teorías del dolo y su reflejo en el derecho penal positivo. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, 7/8, n. 12, 2002.
- COPELLO, Patricia Laurenzo. *Dolo y conocimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- COPELLO, Patricia Laurenzo. *El resultado en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Homicidio y lesiones en el ámbito del tráfico viario. MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; CARDENAL MONTRAVETA, Sergi (Coord.). *Seguridad vial y derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; CARPIO BRIZ, David I. La llamada conducción “suicida” y la responsabilidad de la víctima a propósito de la STS de 17 de noviembre de 2005. *La Ley*, Barcelona, n. 2, 2007.
- CORREIA, Eduardo. A Influência de Franz v. Liszt sobre a reforma penal portuguesa, Coimbra, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 46, 1970.
- CORREIA, Eduardo. Código Penal – projecto da parte geral. *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, 1963.
- CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015.
- COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- COSTA ANDRADE, Manuel da. A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal» como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *RPCC*, n. 2, abr.-jun., 1992.
- COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra, 1991.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito penal e proteção dos bens jurídicos. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 53, p. 07-15, 2011.
- COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro? *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 3, n. 11, 2003.

- CREUS, Calos. *Derecho penal*. 6. ed. Buenos Aires: Astrea, 1995.
- CROSBY, Alfred W. *A mensuração da realidade – a quantificação e a sociedade ocidental – 1250-1600*. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: Unesp/Cambridge, 1999.
- CROSSEN, Cynthia. *O fundo falso das pesquisas – a ciência das verdades torcidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal*. 15. ed. Barcelona: Bosch, 1968.
- CUERDA RIEZU, Antonio Rafael. *El legislador y el derecho penal*. – una orientación a los orígenes. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1991.
- CUERDA RIEZU, Antonio Rafael. Los medios de comunicación y el derecho penal. NIETO MARTÍN, Adán. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam I*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Universidad Salamanca, 2001.
- CUERDA RIEZU, Antonio Rafael. Tabla genealógico-científica de los profesores españoles de Derecho penal en el siglo XX. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 43, n. 1, 1990.
- CUERDA RIEZU, Antonio Rafael; COLOMÉ, Ruiz. La aplicación en España del Derecho comunitario y el Derecho penal español: algunas reflexiones. Comentario a la STS (Sala 2.^a) de 21 de diciembre de 1988. *La Ley*, 1989.
- CURY URZÚA, Enrique. *Tentativa y delito frustrado - (el proceso ejecutivo del delito)*. Santiago: Ed. Jurídica, 1977.
- CURY URZUA, Enrique. La teoría del principio de ejecución en la tentativa. *Revista de Ciencias Penales*, Buenos Aires, v. 22, n. 2., 1963.
- D'AVILA, Fábio Roberto. Tipo, ilícito e valor. Notas conceituais e sistemáticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 121, jul.-ago., 2016.
- D'AVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista justiça e sistema criminal: modernas tendências do sistema criminal*, Curitiba, v. 3, n. 4, p. 103-123, jan./jun.. 2011.
- D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Coimbra: Coimbra, 2005.
- DAHM, Georg. *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*. Berlin: Junker u. Dünnhaupt, 1935.
- DALBY, D. A. Mapa linguístico da África. KI-ZERBO, Joseph (ed.) *História geral da África I – Metodologia e pré-história da África*. 2. ed. Brasília: UNESCO, 2010.
- DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes – emoção, razão e o cérebro humano*. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- DARWIN, Charles. *A origem das espécies*. Trad. Auly de Soares. Brasília: UnB, 1981.

- DAVIDSON, Donald. *How is Weakness of the Will Possible? Essays on Actions and Events*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1969.
- DE BOOR. Vorwort. DECKERS, Rüdiger [Mitarb.]. *Unrechtsbewusstsein: Aus der Sicht des Täters, Aus der Sicht des Richters*. Basel: Karger, 1982.
- DECIANI, Tiberii. *Tractatvs criminalis*. Veneza: Franciscum de Franciscis Senesem, 1590.
- DELMANTO, Celso [et al.]. *Código Penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. São Paulo: Manole, 2004.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Le flou du droit*. Paris: PUF, 1986.
- DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo – svolgimento storico del concetto*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2007.
- DENCKER, Friedrich. El resultado y la idea de culpabilidad – acerca de la discusión sobre la significación sistemática y material del resultado en el derecho penal. *Doctrina penal – teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, año 13, n. 49-52, 1990.
- DESCARTES, René. *O discurso do método*. 4. ed. Trad. Maria Ermantina de Almeida Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- DESCARTES, René. *Meditações*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- DÍAZ PITA, Maria del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização. BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e direito penal – modernas tendências*. 3. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019.
- DÍAZ PITA, Maria del Mar. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo blanch, 1994.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique. Teorías del dolo eventual. *Criminalia*, México, v. 63, n. 2, mai./ago., 1997.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. Trad. de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005.
- DIMAKIS, Alexandros. *Der Zweifel an der Rechtswidrigkeit der Tat - eine Untersuchung zur Problematik des bedingten Unrechtsbewußtseins*. Berlin: Duncker und Humblot, 1992.
- DOHNA, Alexander Graf zu. *La estructura de la teoría del delito*. Trad. Carlos Fontan Balestra. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.
- DOLCINI, Emilio. MARINUCCI, Giorgio. *Codice penale – commentato*. 2. ed. Vicenza: IPSOA, 2006.
- DOLCINI, Emilio. MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 4, n. 2, p. 151-198., abr./jun. 1994.
- DONINI, Massimo. *Europeismo giudiziario e scienza penale – dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*. Milano: Giuffrè, 2011.

- DORNSEIFER, Gerhard. Unrechtsqualifizierung durch den Erfolg. Ein Relikt der Verdachtsstrafe? DORNSEIFER, Gerhard [et. al.] (Hrsg.). *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. Köln: Heymanns, 1989.
- DREHER, Eduard; TRÖNDLE, Herbert [VerfasserIn]. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 45. Aufl. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991.
- DROSDECK, Thomas [VerfasserIn]. *Die herrschende Meinung - Autorität als Rechtsquelle. Funktionen einer juristischen Argumentationsfigur*. Berlin: Duncker & Humblot, 2019.
- DUARTE, Rui Pinto. Algumas notas acerca da dúvida no Direito. *Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, v. II, Lisboa, Universidade Católica, 2013.
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 15. ed., Trad. Gilson Cesar Cardoso de Sousa. São Paulo: Perspectiva, 1999.
- EINSTEIN, Albert. *Significado da relatividade: coma teoria relativística do campo não-simétrico*. 2. ed. Trad. Mario Silva. Coimbra: Armenio Amado, 1984.
- EINSTEIN, Albert. *Ideas and opinions*. New York: Crown Publishers, 1954.
- EISELE, Andreas. *Direito penal – teoria do crime*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- ELLENBERG, Jordan. *O poder do pensamento matemático – a ciência de como não estar errado*. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.
- ELLSBERG, Daniel. Risk, ambiguity and the savage axioms. *Quarterly Journal of Economics*, v. 75, n. 4, 1961.
- ENGISCH, Karl. *Einfuehrung in das juristische Denken*. 8. Aufl. Stuttgart; Berlin; Köln; Mainz: Kohlhammer, 1983.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Gulbenkian, 1988.
- ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Aalen: Scientia, 1964.
- ENGISCH, Karl. Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken. *Münchener Universitätsreden, Neue Folge*, Vol. 35, München: Hueber, 1963. Disponível em: <https://epub.ub.uni-muenchen.de/22479/1/218.pdf>. Acesso em 22 mar. 2019.
- ENGISCH, Karl. *Die Einheit der Rechtsordnung*. Heidelberg: Winter, 1935.
- ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Berlin: de Gruyter, 1930.
- ESPADALER, Enric Fossas. Límites materiales al legislador penal en un espacio de pluralismo constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 103, enero-abril, 2015.
- ESPEJO MIRANDA, I. *Estadística descriptiva y probabilidad*. 3. ed. Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2006.

- ESPING-ANDERSEN, Gøsta, Los tres mundos del Estado del bienestar, trad. de Begoña Arregui Luco, Alfons el Magnànim, Valencia, 1993, pp. 44-45, 63-64 y 85-88.
- ETCHEBERRY, Alfredo. *El Derecho Penal en la jurisprudencia* (Sentencias 1967- 1982). 2. ed. Santiago, 1987.
- EXNER, Franz. *Das Wesen der Fahrlässigkeit: Eine strafrechtliche Untersuchung*. Leipzig: Deuticke, 1910.
- FARIA COSTA, José de. A Europa e a narrativa penal. CORREIA, Fernando Alves. MACHADO, Jónatas E. M.. LOUREIRO, João Carlos (orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho – v. V*, Coimbra: Coimbra, 2012.
- FARIA COSTA, José de. *Direito Penal e liberdade*. Lisboa: Âncora, 2020.
- FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017.
- FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de Direito Penal – fragmenta iuris poenalis*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2015.
- FARIA COSTA, José de. *A interpretação da norma penal num sistema jurídico complexo*. Aula em DVD no curso de Pós-graduação sobre a doutrina geral da infração criminal revisitada do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, São Paulo, 19 ago. 2011.
- FARIA COSTA, José de. A análise das formas (ou a análise das “formas do crime”: em especial a tentativa. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 139, n. 3962, 2010.
- FARIA COSTA, José de. *A análise das formas (ou a análise das “formas do crime”: em especial, a tentativa)*. Palestra em DVD no 16º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, 24 ago. 2010.
- FARIA COSTA, José de. *Direito Penal e globalização – reflexões não locais e pouco globais*. Coimbra: Coimbra, 2010.
- FARIA COSTA, José de. *Prelúdio e variações sobre o direito penal*. Palestra em DVD no 17º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, 25 ago. 2011.
- FARIA COSTA, José de. *Reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal hoje*. Palestra em DVD no 15º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, 25 ago. 2009.
- FARIA COSTA, José de. *Linhas de Direito Penal e de Filosofia – alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra, 2005.
- FARIA COSTA, José de. *Direito Penal Especial – contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- FARIA COSTA, José de. Ilícito-típico, resultado e hermenêutica: ou o retorno à limpidez do essencial. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 12, n. 1, 2002.
- FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000.

- FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual revisitados. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 132, n. 3907, 2000.
- FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual revisitados. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 132, n. 3903, 1999.
- FARIA COSTA, José de. Ler Beccaria hoje. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. 74, 1998.
- FARIA COSTA, José de. As definições legais de dolo e de negligência enquanto problema de aplicação e interpretação das normas definitórias em Direito Penal. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 69, 1993.
- FARIA COSTA, José de. *O perigo em Direito Penal* (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas). Coimbra: Coimbra, 1992.
- FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v. I, 1984.
- FARIA COSTA, José de; MOURA, Bruno de Oliveira. “A interpretação em Direito Penal: um multiversum”. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n. 4001, ano 146, nov.-dez., 2016.
- FARIA COSTA, José de; MOURA, Bruno de Oliveira. *Filosofia do direito*. Lisboa: Âncora, 2021.
- FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito – doctrina y jurisprudencia*. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2011.
- FARRÉ TREPAT, Elena. Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución – comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1982. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, serie 1, número 3, 1986.
- FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito: doctrina y jurisprudencia*. Barcelona: Edisofer, 1986.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Dolo eventual*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2018.
- FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo José. La distinción entre dolo e imprudência en los delitos de resultado lesivo – sobre la normativización do dolo. *CPC*, n. 65, 1998.
- FENOLL, Jordi Nieva. *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- FERNÁNDEZ, Fernando Molina. A quadratura do dolo: problemas insolúveis, sorites e Direito penal. BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e Direito penal – modernas tendências*. 3. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. OLIVEIRA, William Terra de. BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal brasileiro – parte geral: princípios fundamentais e sistema*. Apresentação e prólogo de Claus Roxin. São Paulo: RT, 2011.

- FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco Antonio de M. L.. The Humanization of International Law. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 93, n. 2, 2017.
- FERRY, Luc. *A sabedoria dos mitos*. Trad. Pedro Vidal. Lisboa: Círculo de Leitores, 2014.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positive Rechtswissenschaft*. Darmstadt: Wiss. Buchges, 1969.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 4. Aufl. Giefsen: George Friederich Heyer, 1808.
- FEYERABEND, Paul. *A ciência em uma sociedade livre*. Trad. Vera Joscelyne. São Paulo: Unesp, 2011.
- FEYERABEND, Paul. *Adeus à razão*. Trad. Vera Joscelyne. São Paulo: Unesp, 2010.
- FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Trad. Cezar Augusto Mortari. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2011.
- FIANDACA, Giovanni. MUSCO, Enzo. *Diritto Penale – parte generale*. 4. ed. Bologna: Zanichelli, 2001.
- FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto pénale. Parte general*. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1997.
- FIANDACA, Giovanni. MUSCO, Enzo. *Diritto penale: parte generale*. 3. ed. Bolonha: Zanichelli, 1995.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional implícito, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n. 3998, 2016.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 2009.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas básicos da doutrina penal – sobre os fundamentos da doutrina penal – sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra, 2001.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A ciência conjunta do direito penal. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.
- FIGUEREDO DIAS. Jorge de. Para uma dogmática do direito penal secundário. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n. 116, 1983-4.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n. 3718, 1984-1985.

- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito penal e estado de direito material: sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 31, 1981.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. Coimbra: Almedina, 1969.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Responsabilidade pelo resultado e crimes preterintencionais*. Coimbra: Coimbra, 1961.
- FILHO, Wagner Marteleto. O problema do desconhecimento no dolo: os dois planos de normatização do elemento intelectual, com particular aplicação ao erro e aos desvios dos processos causais. *Tese especialmente elaborada para a obtenção do grau de Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa, Especialidade de Ciências Jurídico-Criminais*, Lisboa, 2019.
- FILIÈ, Massimo. Delitto tentato e dolo eventuale [Comentário de jurisprudência]. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 26, p. 744-750., 1983.
- FINGER, August. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Berlin: Heymann, 1904.
- FIGORE, Carlo. *Il principio di offensività*. Prospettive di riforma del código penale e valori costituzionale. Milano: Giuffrè, 1996.
- FLETCHER, George. *Gramática del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hamurabi, 2008.
- FLETCHER, George P.. *Basic concepts of criminal law*. New York: Oxford Univ. Press, 1998.
- FLUSSER, Vilém. *Da dúvida*. São Paulo: É Realizações, 2018.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de derecho penal – parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Jurisprudência criminal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. Trecho especificamente sobre o dolo eventual e a dúvida disponível em: http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171003004319-dolo_eventual.pdf. Acesso em 9.6.2021.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Buenos Aires: B de F, 2002.
- FRANK, Reinhard. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich – m nebst dem Einführungsgesetz*. 18 Aufl. Tübingen: Mohr, 1931.
- FRANK, Reinhard. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze herausgegeben und erläutert*. 4. Aufl. Leipzig: C. L. Hirschfeld, 1903.

- FRANK, Reinhard. Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, B. 10, 1890.
- FRANKFURT, Harry. *La importancia de lo que preocupa*. Ensaïos filosóficos. Buenos Aires: Katz, 2006.
- FRANKFURT, Harry. Willensfreiheit und der Begriff der Person. BIERI, Peter (Hrsg.). *Analytische Philosophie des Geistes*. Beltz: Weinheim, 1981.
- FRANKLIN, James. *The science of conjecture: evidence and probability before Pascal*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2001.
- FREITAS, Ricardo de Brito A. P.. As condições da pesquisa científica em direito penal. *Revista Verba Juris*, ano 6, n. 6, jan./dez. 2007. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/view/14871/8426>. Acesso em 29 jan. 2019.
- FREITAS, Ricardo. Direito penal grego: um estudo com base em Platão. *Revista Acadêmica*, v. 85, n. 2, 2013.
- FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad e reproche en el Derecho Penal*. Buenos Aires: B de F, 2003.
- FRÍAS CABALLERO, Jorge. *El proceso ejecutivo del delito - ensayo de dogmática jurídica sobre el artículo 42 del código penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ed. bibliográfica argentina, 1956.
- FRISCH, Wolfgang. An den Grenzen des Strafrechts. *Beiträge zur Rechtswissenschaft - Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: Müller, 1993.
- FRISCH, Wolfgang. Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat? *Juristische Schulung*, 1990.
- FRISCH, Wolfgang. *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*. Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg: Müller, 2012.
- FRISCH, Wolfgang. Vorsatz und Risiko - *Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes*; zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen. Köln/Berlin/Bonn/München: Heymann, 1983.
- FRISTER, Helmut. Vorsatzdogmatik in Deutschland. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsgematik*, Gießen, n. 7-8, p. 381-386, 2019. Disponível em: <http://www.zisonline.com/dat/artikel/2019_7-8_1305.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2020. A tradução do texto para o português pode ser encontrada em: http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/SRC_76_miolo.pdf. Acesso em 21 abr. 2020.
- GALLAS, Wilhelm. Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs. KAUFMANN, Arthur. BEMMANN, Günter. KRAUSS, Detlef. VOLK, Klaus. *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*. München: Beck, 1979.
- GARCÍA SÁNCHEZ, Justo; GARCÍA FUEYO, Beatriz; COVARRUBIAS Y LEYVA, Diego de. *Diego de Covarrubias y Leyva: Summa de delictis et eorum poenis*. Año 1540

- (primer tratado de derecho penal, parte especial, en Europa). Oviedo: Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, 2018.
- GARNICA, Antonio Vicente Marafioti. *A experiência do labirinto – metodologia, história oral e educação matemática*. São Paulo: Unesp, 2008.
- GARRAUD, Roger. *Traité theorique et pratique du droit penal français*. Paris: Larose et Forcel, 1888.
- GARRIDO MONTT, Mario. *Etapas de ejecución del delito - autoría y participación*. Santiago: Ed. Jurídica, 1984.
- GARRIDO MONTT, Mario. *El homicidio y sus figuras penales*. Santiago: Encina, 1976.
- GARRIDO, Álvaro; COSTA, Leonor Freire; DUARTE, Luís Miguel (orgs.). *Estudos em homenagem a Joaquim Romero Magalhães – economia, instituições e império*. Coimbra: Almedina, 2012.
- GAUER, Ruth Maria Chittó. *A modernidade portuguesa e a reforma pombalina de 1772*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.
- GEPPERT, Klaus. Zur Abgrenzung von bedingter Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit. *JURA* 11, 1986.
- GILLINGS, R. J.. The So-Called Euler-Diderot Incident. *The American Mathematical Monthly*, v. 61, n.2. p. 77-80. DOI: 10.1080/00029890.1954.11988419.
- GINTERS, Rudolf. *Werte und Normen - Einführung in die philosophische und theologische Ethik*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht [u.a.], 1982.
- GIULIANI-BALESTRINO, Ubaldo. Sull'inizio della punibilità a titolo di delitto tentato. *L'indice penale*, Padova, v. 3, n. 2, p. 487-500., mai./ago. 2000.
- GODINHO, Ines Fernandes. Justice and Symbolism in Criminal Law: Considerations on Criminal Protection of Human Life. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 92, n. 1, 2016.
- GODINHO, Inês Fernandes. KINDHÄUSER, Urs. VERREL, Torsten (Hrsg.). *Dasein und Gerechtigkeit - Ser-ai e Justiça*. Liber amicorum Festgabe für José de Faria Costa zum 70. Geburtstag. Baden-Baden: Nomos, 2020.
- GOLDSCHMIDT, James. *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*. Trad. de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Núñez. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2002.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. “Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal – contributo para uma teoria da legislação – I Parte”. *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1984.

- GOMES FILHO, Dermeval Farias. *Dogmática penal – fundamentos e limite à construção da jurisprudência penal no Supremo Tribunal Federal*. Salvador: JusPodivm, 2019.
- GOMES, Júlio. *A desistência da tentativa: novas e velhas questões*. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1993.
- GOMES, Luiz Flávio, GAZOTO, Luís Wanderley. *Populismo penal legislativo – a tragédia que não assusta as sociedades de massas*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- GOMES, Renato. *Teorias da conduta – antecedentes, tendências e impasses*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
- GÓMEZ RIVERO, Maria del Carmen. Tentativa y dolo eventual: bases para su convivencia. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 7, n. 13, p. 65-110, jul./dez. 2015.
- GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La imputación de los resultados producidos a largo plazo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- GÓMEZ, Eusebio. *Tratado de derecho penal - Doctrinas y principios fundamentales*. Buenos Aires: Cop. argentina de editores, 1939.
- GONCALVES DA COSTA, José. O Sistema Judiciário Português. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 74, n. 173, 1998.
- GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. *Derecho penal mexicano – parte general y parte especial*. 5. ed. México: Editora Porrúa, 1999.
- GÖSSEL, Karl-Heinz. Velhos e novos caminhos da doutrina da negligência. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 59, 1983.
- GRAF ZU DOHNA, Alexandre. *Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. Auflage. Bonn: Röhrscheid, 1950.
- GRECO, Luís. Dos formas de hacer dogmática jurídico-penal. *Revista Discusiones: Dilemas morales y Derecho*, n. 8, 2008. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/dos-formas-de-hacer-dogmtica-juridicopenal-0/>. Acesso em 29 jan. 2019.
- GRECO, Luís. Comentário ao estudo de Schünemann “o direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídico: sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal”. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais [et al]. IBCCRIM 25 anos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- GRECO, Luís. Dolo sem vontade. D'ALMEIDA, Luís Duarte; SILVA DIAS, Augusto; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (Orgs.). *Liber amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário: estudos de direito e filosofia*. Coimbra: Almedina, 2009.
- GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*, Cuiabá, v. 2, n. 3, p. 249-276, jul./dez.. 2007.
- GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, n. 32, out.-dez., 2000.

- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – parte geral*. v. I. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.
- GRIFFON, René. *De l'intention en droit penal*. Paris: Sirey, 1911.
- GRISPIGNI, Filippo. *Corso di diritto penale II*. Cedam: Padova, 1932. p. 404; LA CUTE, Giuseppe. *Il dubbio nel processo penale*. Roma: Pogar, 1961.
- GROLMANN, Karl Ludwig Wilhelm von. *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft - nebst einer systematischen Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetze*. Giessen: Heyer, 1798.
- GRÜNDEL, Johannes. *Temas atuais de teologia moral*. Trad. José dos Santos Gonçalves. Petrópolis: Vozes, 1973.
- GRÜNEWALD, Anette. Anmerkung. *Juristenzeitung*, Jahrgang 72, Haeft 21, 2017. DOI: 10.1628/002268817X15035731333039.
- GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal – um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.
- GUIRAO, Rafael Alcácer. *Tentativa y Formas de Autoria*. Madrid: Edisofer Libros Jurídicos, 2001.
- GUIRAO, Rafael Alcácer. *La tentativa inidónea - fundamento de punición y configuración del injusto*. Granada: Comares, 2000.
- GUTIERRÉZ, Mariano Hernán. Contra el dolo eventual. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal: criminología, teoría y praxis*, Buenos Aires, v. 1, n. 1, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Fundamentação linguística da sociologia*. Lisboa: Edições 70, 2020.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo – I: racionalidade da ação e racionalização social*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11. ed. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.
- HART, Carl. *Drogas para adultos*. Trad. Pedro Maia Soares. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.
- HAUS, Jacques Joseph. *Principes généraux de droit penal belge*. Paris: Ernst Thorin, 1879.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Vorlesungen über der Geschichte der Philosophie III. *Werke in zwanzig Bänden*, v. 20. Frankfurt: Suhrkamp, 1993.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do espírito*. Parte I. Trad. Paulo Meneses. 2. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 1992.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Leçons sur L'Histoire de la Philosophie*. Trad. Pierre Garniron. Paris: Vrin, 1985.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e verdade*. 1. *A questão fundamental da filosofia*. 2. *Da essência da verdade*. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2012.

- HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. 18. Aufl. Tübingen: Max Niemayer, 2001.
- HEIDERMANN, Werner (org.). *Antologia Bilíngue – Clássicos da Teoria da Tradução*. v. I – Alemão-Português. 2. ed. Florianópolis: UFSC/Núcleo de Pesquisas em Literatura e Tradução, 2010. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/178909/Werner_Heidermann_%28Org.%29._Classicos_da_Teoria_da_Traducao_-_Alemao-Portugues.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 15 abr. 2019.
- HENRICH, Dieter. *Between Kant and Hegel: Lectures on German Idealism*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003.
- HERRERA, Maria Rosa Moreno-Torres. *Tentativa de delito y delito irreal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- HERZBERG, Rolf D. Setzt „vorsätzliches Handeln“ (§ 15 StGB) ein „Wollen“ der Tatbestandsverwirklichung voraus? *Juristenzeitung*, Jahrgang 73, Haeft 3, 2018.
- HERZBERG, Rolf Dietrich. AIDS: Herausforderung und Prüfstein des Strafrecht. *Juristenzeitung*, v. 44, n. 10, 1989.
- HERZBERG, Rolf Dietrich. Gesamtbetrachtung und Einzelakttheorie beim Rücktritt vom Versuch: Entwurf einer Synthese. *NJW*, 1988.
- HERZBERG, Rolf-Dietrich. Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung von bewusst fahrlässigen Verhalten. *JZ*, 1988.
- HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*. Berlin/N. York: de Gruyter, 1972.
- HILLESHEIM, Valério. O gramatical e as formas de vida em Wittgenstein. *Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ensino, Filosofia e História das Ciências da Universidade Federal da Bahia, Universidade Estadual de Feira de Santana, para a obtenção do grau de Doutor em Ensino, Filosofia e História das Ciências, na área de Filosofia das Ciências*, 2012.
- HIRSCH, Hans Joachim. Los conceptos de “desvalor de acción” y “desvalor de resultado o sobre el estado de cosas”. *Derecho Penal*. Obras completas. t. III. Trad. Eduardo Demetrio Crespo. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007.
- HIRSCH, Hans Joachim. Cuestiones acerca de la armonización del derecho penal y del derecho procesal penal en la Unión Europea. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 56, v. 13, 2005.
- HIRSCH, Hans Joachim. ¿Existe una ciencia del derecho penal nacionalmente independiente? *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª época, n. 5, 2000.
- HIRSCH, Hans Joachim. El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel. *Derecho Penal*. Obras completas. t. I. Trad. Mariano Bacigalupo. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1998.

- HIRSCH, Hans Joachim. *La polémica en torno de la acción y de la teoría del injusto en la ciencia penal alemana*. Trad. Carlos J. Suárez Gonzales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993.
- HOBBS, Thomas. *Man and citizen*. Charles T. Wood [Übers.]. Atlantic Highlands: Humanities Pr., 1978.
- HOCKE, Gustav R. *Maneirismo: o mundo como labirinto*. Trad. Clemente Raphael Mahl. São Paulo: Perspectiva/EDUSP, 1974.
- HOLTON, Richard. Intention and Weakness of the Will. *Massachusetts Institute of Technology Education*, 1999. Disponível em: <http://web.mit.edu/holton/www/pubs/Weakness.pdf>. Acesso em 5.6.2021.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso; LOPES, Ariele Dutra. Breves considerações sobre dogmática jurídica, ciência da legislação e teoria da legislação. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v.7, n.12, jan./jun. 2012.
- HONNETH, Axel. *O direito da liberdade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2017.
- HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2011.
- HORN, Eckhard. *Konkrete Gefährungsdelikte*. Köln: Schmidt, 1973.
- HÖRNLE, Tatjana. Apelo para o abandono da categoria do “dolo eventual”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 178, abr., 2021.
- HÖRNLE, Tatjana. Plädoyer für die Aufgabe der Kategorie “bedingter Vorsatz”, *JuristenZeitung*, v. 74, n. 9, p. 440-449, 2019.
- HRUSCHKA, Joachim. Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?, *Juristen Zeitung*, 40. Jahrg., n. 1 (4, Januar, 1985), pp. 1-10. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/20817293?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em 28 dez. 2018.
- HRUSCHKA, Joachim. *Strukturen der Zurechnung*. Berlin: De Gruyter; Reprint 2011 ed. édition 1, Jan., 1976
- HRUSCHKA, Joachim. Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes. GÖSSEL, Karl Heinz; KAUFFMANN, Hans. (Hrsg.). Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985. München: C. H. Beck, 1985.
- HUMBOLDT, Wilhelm von. *Linguistic Variability and Intellectual Development*. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 1972.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal – v. I. t. II. 4. ed.* Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos – uma história*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

- HUSSERL, Edmund. *Einleitung in die Ethik*. Texte aus dem Nachlass (1920-1924). Dordrecht: Springer, 2004.
- HUSSERL, Edmund. *Crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental*. Barcelona: Crítica, 1954.
- INGOLD, Tim. O dédalo e o labirinto: caminhar, imaginar e educar a atenção. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 21, n. 44, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ha/v21n44/0104-7183-ha-21-44-0021.pdf>. Acesso em 23 abr. 2020.
- JAKOBS, Günther. *Proteção de bens jurídicos?* sobre a legitimação do direito penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- JAKOBS, Günther. ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. JAKOBS, Günther; POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Las condiciones de juridicidad del sistema penal: derecho penal del enemigo y concepto jurídico-penal de acción en una perspectiva funcionalista*. Lima: Grijley, 2007.
- JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. Trad. Manuel CANCIO MELIÁ. JAKOBS, Günther CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Navarra: Civitas, 2006.
- JAKOBS, Günther. Terroristen als Personen im Recht? *ZStW*, 117, 2005.
- JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- JAKOBS, Günther. Gleichgültigkeit als dolus indirectus. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, B. 114, n. 3, 2002.
- JAKOBS, Günther. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. Berlin/N. York: de Gruyter, 1993.
- JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. Auf. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1993.
- JAKOBS, Günther [VerfasserIn]. *Strafrecht*, Allgemeiner Teil. Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1991.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal - parte general*. Trad. Cuello Contreras y González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1977.
- JELLINEK, Georg. *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*. 2. Aufl. Berlin: 1908.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Desenvolvimento, tarefas e método do Direito Comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*, parte general. 4. ed. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Direito Penal – parte general*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares, 1993.

- JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humblot, 1978.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrecht*. 2. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1972.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares Editorial, 2002.
- JESUS, Damásio E. de; *Direito Penal – parte geral*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. El delito y su exteriorización. t. 7. Buenos Aires: Losada, 1970.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal – el delito y su exteriorización – tomo VII*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1977.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal – la culpabilidad*. t. V. Buenos Aires: Losada, 1956.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. *La clasificación de los delitos por su gravedad*. Buenos Aires: La Ley, 1949.
- JOECKS, Wolfgang [VerfasserIn]. *Strafgesetzbuch – Studienkommentar*. 5. Aufl. München: C.H. Beck, 2004.
- JOFFILY, Tiago. *O resultado como fundamento do injusto penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- JOFFILY, Tiago. O resultado como fundamento do injusto penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 119, mar.-abr., 2016.
- JORDÃO, Levy Maria. *Commentário ao Código Penal Portuguez*. Lisboa: Typographia de José Baptista Morando, 1853.
- KADRI, Omar Francisco do Seixo. *O executivo legislador: o caso brasileiro*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar – duas formas de pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- KAHNEMAM, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R.. *Ruído – uma falha no julgamento humano*. Trad. Cássio de Arantes Leite. São Paulo: Objetiva, 2021. (e-book)
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1990.
- KARGL, Walter. *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1993.

- KATZ, David. *Animals and Men*. London: Longmans, Green & Co., 1937.
- KAUFMANN, Armin. Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. KAUFMANN, Armin. *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert – gesammelte Aufsätze und Vorträge*. Köhl/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns, 1982.
- KAUFMANN, Armin. *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*. Köln: Carl Heymanns, 1982.
- KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*. Buenos Aires: Depalma, 1977.
- KAUFMANN, Armin. Das fahrlässige Delikt, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, Wien, 1964.
- KAUFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. XIII, f. II, n. 3, 1960.
- KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. Göttingen: Otto Schwartz, 1959.
- KAUFMANN, Armin. Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze, *ZStW* 70, 1958.
- KAUFMANN, Arthur. Prolegomenos a uma Lógica Jurídica e a uma Ontologia das Relacoes: Fundamento de uma Teoria do Direito Baseada na Pessoa. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. 78, 2002.
- KAUFMANN, Arthur. *Die Parallelwertung in der Laiensphäre - ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemeinen Verbrechenslehre; vorgetragen am 15. Januar 1982*. München: Bayer. Akad. d. Wiss., 1982.
- KAUFMANN, Arthur. Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht. *Schuld und Strafe*. Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymann, 1966.
- KAUFMANN, Arthur. Zur Lehre von den negative Tatbestandsmerkmalen, *JuristenZeitung*, 9. Jahrg., n. 21, 5. nov. 1954. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/20803629?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em 30. out. 2019.
- KENNY, A. *Freewill and Responsibility*. London: Routledge & Kegan Paul, 1978.
- KENNY, Courtney Stanhope; TURNER, James William Cecil [Hrsg.]. *Outlines of criminal law*. 19. ed. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1966.
- KINDHÄUSER, Urs. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 95, p. 85-95, mar./abr.. 2012.
- KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2008.
- KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Straftat - rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1989.

- KINDHÄUSER, Urs Konrad. Der Vorsatz als Zurechnungskriterium, *ZStW* 96, 1984.
- KLEE, Karl. *Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld*. Berlin: Decker, 1906.
- KÖLZ-OTT, Monika. *Eventualvorsatz und Versuch*. Zürich: Schulthess, 1974.
- KONDER, Leandro. *Hegel: a razão quase enlouquecida*. Rio de Janeiro: Campus, 1991.
- KUBICIEL, Michael; HOVEN, Elisa. Die Strafbarkeit illegaler Straßenrennen mit Todesfolge. *NStZ*, 2017.
- KÜHL, Kristian. Grundfälle zur Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung. *Juristische Schulung*, München, 1980.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho penal*. Santiago: Ed. Jurídica, 2006.
- LACKNER, Karl [VerfasserIn]. *Strafgesetzbuch*. 21. Aufl. München: C.H. Beck, 1995.
- LACMANN, W. Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, B. 31, 1911.
- LACMANN, W. Willen und Wollen in ihrer Bedeutung für das Vorsatzproblem. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin: B 30, 1910. p. 794. Recomenda-se: ALMENDINGEN, Ludwig Harscher von. *Darstellung der rechtlichen Imputation*. Giesen: Tasché und Müller, 1803.
- LAGO, Anna. Art. 56, *Codice Penale Commentato* (Marinucci & Dolcini, a cura di). Vicenza: Wolters Kluwer, 2006.
- LALLA, Paolo de. Note sulla coscienza giuridica. *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano XXI, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1978.
- LAMPE, Ernst-Joachim. Genügt für der Entschluss der Täters in § 43 StGB sein bedingter Vorsatz? *Neue Juristische Wochenschrift*. München: Beck, 1958.
- LANGER, Winrich. *Das Sonderverbrechen – eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1972.
- LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. 2.ed. Trad. Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona-Caracas-México: Ariel, 1980.
- LARRAÍN, Federico. ¿La tentativa de homicidio admite dolo eventual? Disponível em: <http://www.terragnejurista.com.ar/doctrina/dolo.htm>. Acesso em: 31.7.2021.
- LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira; SIMAS SANTOS, Manuel José Carrilho. *Código Penal anotado – volume I* (art.ºs 1.º a 130.º). 3. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2002.
- LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal – a atuação nos limites entre o permitido e o proibido*. São Paulo: Atlas, 2013.

- LEITER, Brian. A teoria nietzschiana da vontade. *Cad. Nietzsche*, Guarulhos/Porto Seguro, v. 38, n. 3, setembro/dezembro, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/2316-82422017v3803bl>
- LIEPMANN, Otto. *Apud BUSTOS RAMIREZ, Juan. Política criminal y dolo eventual. Revista Jurídica da Catalunya*, II, 1984.
- LIGUORI, Umberto. L'evoluzione storica del delitto tentato e i reati di mera condotta. *L'indice penale*, Padova, v. 5, n. 2, p. 485-519., mai./ago. 2002.
- LINHARES, José Manuel Aroso. Imaginacao Literaria Justica Poetica: Um Discurso da Area Aberta. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 85, 2009.
- LINHARES, Jose Manuel Aroso. O Logos da Juridicidade sob o Fogo Cruzado do Ethos e do Pathos. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 80, 2004.
- LIPPOLD, Rainer. *Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin*. Wien/New York: Springer, 1989.
- LISBOA, Camila Pereira. Introdução ao existencialismo: perspectivas literárias. *Problemata: R. Intern. Fil.* v. 7. n. 2, 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.7443/problemata.v7i2>.
- LISZT, Franz von. *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*. 20. Aufl. Berlin: J. Guttentag, 1914.
- LISZT, Franz von. Die Behandlung des dolus eventualis im Strafrecht und StrafprozeD. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Band II. Berlin: J. Guttentag, 1905.
- LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Band 2. Berlin: Guttentag, 1905.
- LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal – tomo III*. 3. ed. Trad. Luis Jiménez de Asua. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1987.
- LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. t. III. Trad. Luis Jiménez de Asúa e Quintiliano Saldaña. Madrid: Reus, 1929.
- LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. Tomo II. 3. ed. Trad. Quintiliano Saldaña. Madrid: Reus, 1925.
- LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia., 1899.
- LISZT, Franz von. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. 6. Aufl. Berlin: J. Guttentag, 1894.
- LISZT, Franz von. *Das deutsche Reichsstrafrecht*. Berlin: Guttentag, 1881.
- LLOREDO ALIX, Luís Manuel. *Ideología y filosofía en el positivismo jurídico de Rudolf von Jhering*. Tese apresentada para a obtenção do título de doutor no programa de pós-graduação do Instituto de Direitos Humanos “Bartolomé de las casas” da Universidade de Carlos III de Madrid, 2010. Disponível em: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/10726>. Acesso em 11 abr. 2019.
- LOCKE, John. *Zweite Abhandlung über die Regierung*. Hans Jörn Hoffmann und Ludwig Siep [Übers.]. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2007.
- LOHSE, Eva-Maria. *Johann Michael Franz Birnbaum (1792 - 1877) als Strafrechtslehrer*. Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen Rechts- und

Staatswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau, 1966.

LOMAS, Tim. *A positive cross-cultural lexicography – Towards a positive cross-cultural lexicography*: Enriching our emotional landscape through 216 ‘untranslatable’ words pertaining to wellbeing. London: University of East London, 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Tim_Lomas/publication/290929335_Towards_a_positive_cross-cultural_lexicography_Enriching_our_emotional_landscape_through_216_untranslatable_words_pertaining_to_well-being/links/5a829a060f7e9bda869f6a61/Towards-a-positive-cross-cultural-lexicography-Enriching-our-emotional-landscape-through-216-untranslatable-words-pertaining-to-well-being.pdf.

LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES PORTO, Manuel; ANASTÁCIO, Gonçalo (coordenadores). *Tratado de Lisboa – anotado e comentado*. Coimbra: Almedina, 2012.

LOPES, Paulo Afonso. *Probabilidades e Estatística*. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso Editores, 1999.

LORENZO, Antimo Di. *I limiti tra dolo e colpa*. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1955.

LOUREIRO, João Carlos. O Boletim da Faculdade de Direito e o Instituto Jurídico – A Linha, o Ciclo e a Espiral. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXXXIX, t. I., 2013.

LUCAS, Hermann. *Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrecht – mit besonderer Berücksichtigung der Praxis*. Berlin: Decker, 1883.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo - o problema da chamada “cegueira deliberada”*. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito, com área de concentração: Direito do Estado. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/49523/R%20-%20T%20-%20GUILHERME%20BRENNER%20LUCCHESI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 11 out. 2019.

LUDEN, Heinrich. *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrecht*. 2. Band. Göttingen: Vandenhöck und Ruprecht, 1840.

LUHMANN, Niklas. *Teoria de la sociedad*. Trad. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1992.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Dolo y dolo eventual: reflexiones. ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto, BERDUGO; Ignacio (Coord.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: “in memoriam”*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha/Universidad de Salamanca, 2001.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Die Beziehung von Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit zum Verbrechenbau. SCHÜNEMANN, Bernd [Hrsg.]. *Bausteine des europäischen Strafrechts – Coimbra-Symposium für Claus Roxin*. Köln-Berlin-Bonn-München: Heymann, 1995.

- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Reflexões sobre o dolo e o dolo eventual. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 77, abr.-mai., 2020.
- MACHADO, Fábio Guedes de Paula. A leitura italiana sobre o princípio da ofensividade. PASCHOAL, Janaína Conceição. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coords.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014.
- MACHADO, Raul. *A culpa no Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Universal, 1943.
- MACKIE, John Leslie. *Ethik [inventing right and wrong]*. Stuttgart: Reclam, 1983.
- MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito penal – introdução e parte geral – v. 1*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Do crime culposos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.
- MAGALHÃES, Lúcia Helena. FURTADO, Marcelo Gasque. Da tentativa. *Revista dos Tribunais*, v. 705, Jul., 1994.
- MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes. *Código Penal Português – anotado e comentado – legislação complementar*, 18. ed., Coimbra: Almedina, 2007.
- MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes. *Código Penal português (anotado e comentado)*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1992.
- MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes. A última revisão no projecto de Código Penal. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Estudos em homenagem ao Prof. Eduardo Correia, v. III, 1984.
- MAIHOFER, Werner. Der soziale Handlungsbegriff. BOCKELMANN, Paul. GALLAS, Wilhelm. *Festschrift für Eberhard Schmidt*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1961.
- MALITZ, Kirsten. *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt – zum Strafgrund des Versuchs*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.
- MAÑALICH R., Juan Pablo. El principalismo político-criminal como fetiche. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 161, nov., 2019.
- MAÑALICH R., Juan Pablo. La tentativa de delito como hecho punible - una aproximación analítica. *Revista Chilena de Derecho*, v. 44, n. 2, 2017.
- MANNHEIM, Karl. *Ideologia e utopia*. Trad. Sérgio Magalhães Santeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.
- MANRIQUE PÉREZ, María Laura. *Acción, dolo eventual y doblo efecto - un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale – parte generale*. 6. ed. Padova: Cedam, 2009.
- MANTOVANI, Ferrando. *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*. Milano: Giuffrè, 1996.
- MANTOVANI Ferrando. *Diritto penale – parte generale*. Padova: Cedam, 1988.

- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale: parte generale*. 2. ed. Padova: Cedam, 1988.
- MANTOVANI, Ferrando. Il principio di offensività del reato nella costituzione. *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale* (Scritti in onore di Costantino Mortari) – IV. Milano: Giuffrè, 1977.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale italiano – volume secondo*. Chieri: Unione Tipografico-editrice torinese, 1950.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. 2. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1941.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Milano: Bocca, 1908.
- MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di Diritto Penale – parte generale*. Milano: Giuffrè, 2004.
- MARQUES DA SILVA, Germano. *Direito Penal Português – parte geral II – teoria do crime*. 2. ed. Lisboa: Editorial Verbo, 2005.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal – v. II*. Campinas: Bookseller, 1997.
- MARTÍNEZ, Fernando Londoño. Estudio sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual en Chile. ¿Hacia una noción de tipo penal diferenciado para la tentativa? *Revista de Ciencias Penales Sexta Época*, v. XLIII, n. 3, 2016.
- MATTHEWS, Robert. *As leis do acaso – como a probabilidade pode nos ajudar a compreender a incerteza*. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.
- MAURACH, Reinhart. *Deutsches Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 4. Aufl. Karlsruhe: C. F. Müller, 1971.
- MAURACH, Reinhart. *Deutsches Strafrecht – Allgemeiner Teil*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1958.
- MAURACH, Reinhart. GÖSSEL, Karl Heinz. ZIPF, Heinz. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. B. 2. 7. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1989.
- MAYER, Hellmuth. *Strafrecht, allgemeiner Teil*. Stuttgart: Kohlhammer, 1967.
- MAYER, Hellmuth. *Strafrecht – allgemeiner Teil*. Stuttgart: Kohlhammer, 1953.
- MAYER, Max Ernest. *Derecho penal – parte general*. Trad. Sergio Politoff Lifschitz. Montevideo: BdeF, 2007.
- MAZZACUVA, Nicola. *Il disvalore di evento nell'illecito penale – l'illecito commissivo doloso e colposo*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1983.
- MELIUIJIN, S. *O dialektikie razvitiia noegranichieskoi prirodi*. Moscú: Mezhdunarodnaia Kniga, 1934.

- MELLO FREIRE, Pascoal José de. *Código criminal intentado pela Rainha D. Maria I.* Segunda edição, castigada dos erros / corrector Francisco Freire de Mello. Lisboa: Typographo Simão Thaddeo Ferreira, 1823.
- MENDONÇA, Fernando Martins. Sobre a acrasia em Aristóteles: sua possibilidade, a abordagem dialética e a resposta antissocrática ao problema. *Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Filosofia*, 2011. Disponível em: <https://philpapers.org/archive/MENSAA-3.pdf>. Acesso em 23.5.2021.
- MERKEL, Adolf. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Pedro Dorado Montero. Buenos Aires: Montevideo, 2004.
- MERLE, Roger; VITU, André. *Traité de droit criminel - Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*. T. I. 5. éd. Paris: Cujas, 1984.
- MEYER, Hugo [VerfasserIn]. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Leipzig: A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf. (Georg Böhme), 1895.
- MEZGER, Edmund. BLEI, Hermann. *Strafrecht – 1*. 18. Aufl. München: C. H. Beck, 1983.
- MEZGER, Edmund. *Derecho penal - libro de estudio*. Tijuana: Cardenas, 1985.
- MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. t. II. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1957.
- MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal – tomo 1*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.
- MEZGER, Edmund. *Strafrecht – Ein Lehrbuch*. München: Duncker & Humblot, 1931.
- MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*. Trad. Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Estampa, 2005.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal – parte general*. 8. ed. Barcelona: Reppertor, 2006.
- MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2 ed. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal – parte general*. 3. ed. Barcelona: PPU, 1990.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse - nach der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und deutsche Gesetzbücher in Vergleichung mit den Ansichten des englischen und französischen Strafverfahrens*. Darmstadt: Heyer, 1834.
- MLODINOW, Leonard. *Subliminar – como o inconsciente influencia nossas vidas*. Trad. Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

- MLODINOW, Leonard. *O andar do bêbado – como o acaso determina nossas vidas*. Trad. Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.
- MONIZ, Helena. *Agravação pelo resultado? Contributo para uma autonomização dogmática do crime agravado pelo resultado*. Coimbra: Coimbra, 2009.
- MONIZ, Helena. Aspectos do resultado no direito penal. COSTA ANDRADE, Manuel. FARIA COSTA, José de. RODRIGUES, Anabela Miranda. ANTUNES, Maria João. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- MONTEIRO, Cristina Líbano. *Perigosidade de inimputáveis e in dubio pro reo*. Coimbra: Almedina, 2019.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *De l'Esprit des lois*. Livre XI, Chapitre IV. t. I. Paris: Garnier Frères, 1973.
- MORALES VALDES, Hugo. *Desvalor de acción y desvalor de resultado – análisis en torno a su ubicación dogmático-penal*. Bogotá: Leyer, 2009.
- MOREIRA, Sónia. A interpretação do conceito de dolo do art. 253.º. *Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, v. II, Lisboa, Universidade Católica, 2013.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. *Dogmática penal e política criminal*. Bogotá: Ibañez, 2018.
- MORETTIN, Luiz Gonzaga. *Estatística básica: probabilidade*. V. 1. 7. ed. São Paulo: Makron Books, 1999.
- MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Trad. Eloá Jacobina. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- MORIN, Edgar. *La tête bien faite - Repenser la réforme, réformer la pensée*. Paris: Seuil, 1999.
- MOURA, Bruno de Oliveira. *Ilicitude penal e justificação – reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa*. Coimbra: Coimbra, 2015.
- MULINARI, Filicio. “Saber”, “certeza” e “dúvida”: sobre ceticismo e fundacionalismo da certeza de Wittgenstein. *Griot – Revista de Filosofia*, v.9, n.1, junho, 2014. DOI: <https://doi.org/10.31977/grirfi.v9i1.587>.
- MÜLLER, Max Ludwig. *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*. Tübingen: Mohr, 1912.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *A história política da dogmática jurídico-penal*. Palestra de encerramento do 19º Seminário Internacional de Ciências Criminais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, São Paulo, dez. 2015. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/273-Palestra-de-Encerramento-Historia-Politica-da-dogmatica-juridico-penal. Acesso em 11 abr. 2019.

- MUÑOZ CONDE, Francisco. Dogmática jurídico-penal y política criminal: una relación conflictiva, pero necesaria. *Revista Penal*, Valencia, n. 33, jan., 2014.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Dogmática penal afortunada y sin consecuencias. MUÑOZ CONDE, Francisco (coord.). *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger - Beiträge zu einem Juristenleben*. Berlin: Berliner Wiss., 2007.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Franz von Liszt (1851-1919) als Strafrechtsdogmatiker und Kriminalpolitiker. GRUNDMANN, Stefan. KLOEPFER, Michael. SCHRÖDER, Rainer [et. al.]. *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin*. Berlin: de Gruyter, 2010. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?id=eYq4jEFdwmwC&pg=PA439&lpg=PA439&dq=MU%C3%91OZ+CONDE,+Francisco.+Franz+von+Liszt+\(1851-1919\)+als+Strafrechtsdogmatiker+und+Kriminalpolitiker.&source=bl&ots=rF38jy6Ixf&sig=ACfU3U0dQKYxeXHGMYCZ93X7AGmVRwwhWw&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwiExufD_oDmAhW4IbkGHWuRB_IQ6AEwAXoECAoQAQ#v=onepage&q=deine%20Bewegung&f=false](https://books.google.com.br/books?id=eYq4jEFdwmwC&pg=PA439&lpg=PA439&dq=MU%C3%91OZ+CONDE,+Francisco.+Franz+von+Liszt+(1851-1919)+als+Strafrechtsdogmatiker+und+Kriminalpolitiker.&source=bl&ots=rF38jy6Ixf&sig=ACfU3U0dQKYxeXHGMYCZ93X7AGmVRwwhWw&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwiExufD_oDmAhW4IbkGHWuRB_IQ6AEwAXoECAoQAQ#v=onepage&q=deine%20Bewegung&f=false). Acesso em 23 nov. 2019.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCÍA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Prólogo. DÍAZ PITA, Maria del Mar. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo blanch, 1994.
- NADER, Paulo. *Introdução do estudo do Direito*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- NAESS, Atle. *Galileu Galilei: um revolucionário e seu tempo*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.
- NAHRA, Cinara; WEBER, Hingo. *Atraves da lógica*. 9. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2015.
- NAUCKE, Wolfgang. Direito penal negativo. GRECO, Luís. MARTINS, Antonio. (orgs.). *Direito penal como crítica da pena – livro-homenagem a Juarez Tavares*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- NAUCKE, Wolfgang. *Strafrecht: Eine Einführung*. 10 Aufl. Neuwied-Kriftel: Luchterhand, 2002.
- NAUCKE, Wolfgang. *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*. Stuttgart: Steiner-Verlag-Wiesbaden-GmbH, 1985.
- NETO, Carlos Augusto Daniel. Wittgenstein e a desconstrução da metafísica – efeitos sobre a constituição dos fatos jurídicos. *Revista Eletrônica Sapere Aude*, Rio de Janeiro, ano 1, v. 4, 2012.

- NEUMANN, Ulfried. *Strafgesetzbuch Nomos Kommentar*. Baden-Baden: Nomos, 2013.
- NEUMANN, Ulfried. *Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung*, GA, 1985.
- NEVES, António Castanheira. A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido. *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito*. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro, Coimbra, 1979.
- NEVES, António Castanheira. *Sumários de processo criminal*. Coimbra: Coimbra, 1968.
- NICOLAU, Gilda. Ensinar e pensar o direito com “não juristas” e com juristas que duvidam. *Meritum: revista de direito da Universidade FUMEC*, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 215-256, jul./dez.. 2010.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Fragments póstumos – VII*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce homo*. Porto Alegre: L&PM, 2006.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Aurora*. Trad. de Paulo César de Souza. São Paulo: Cia. das Letras, 2004.
- NIETZSCHE, Friedrich. *A gaia Ciência*. Trad. de Paulo César de Souza. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.
- NIPPERDEY, Thomas. *Arbeitswelt und Bürgergeist - Deutsche Geschichte - 1866-1918*, Bd. 1. München: Beck, 1990.
- NOLL, Peter. Von der Rechtsprechungswissenschaft zur Gesetzgebungswissenschaft. *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 2*, Düsseldorf, 1972.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de derecho penal chileno*. t. II. Santiago: Ed. jurídica, 1966.
- NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria – como a estatística pode reinventar o Direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2019.
- NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *El delito intentado – fundamentos de su punición*. Concepto, naturaleza y elementos. La llamada tentativa inidónea. El desistimiento en la tentativa. Madrid: Colex, 2003.
- NUÑEZ, Ricardo C.. *Tratado de derecho penal – parte general*. Cordoba: Lerner, 1976.
- ODERIGO, Mario A.. *Código penal*, anotado. Buenos Aires: Ideas, 1942.
- OERTER, Rolf. Zur Entwicklung von Willenshandlungen. PETZOLD, Hilarion G (Hrsg.). *Wille und Wollen*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2001.
- OERTER, Rolf. Zur Entwicklung von Willenshandlungen. HILARION, G. Petzold. *Wille und Wollen*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2001.
- OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. OLIVEIRA, Luciano. *Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

- OLIVEIRA, Wagner Teles de. A gramática da certeza em Wittgenstein - critério de medida e resultado de medições. *Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Departamento de Filosofia, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial do grau de Mestre*, 2008.
- ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Trad. José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: RT, 2002.
- ORDEIG, Enrique Gimbernat. El sistema de derecho penal en la actualidad. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1990.
- ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Estudios de derecho penal*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990.
- ORDEIG, Enrique Gimbernat. Acerca del dolo eventual. *Nuevo pensamiento penal: revista de derecho y ciencias penales*, Buenos Aires, v. 1, n. 3, 1972.
- ORDEIG, Enrique Gimbernat. Evolución del concepto de dolo eventual en la doctrina y en la jurisprudencia españolas. MAIER, Julio B. J.; SANCINETTI, Marcelo A.; SCHÖNE, Wolfgang. *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo: libro en homenaje a Eberhard Struensee*. Coordenação de Ezequiel MALARINO, Alejandro KISS. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011.
- OST, François. A tese de doutorado em Direito: do projeto à defesa. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, Rio Grande do Sul, 7(2): 98-116. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.01>. Acesso em 23. fev. 2019.
- OST, François. *O tempo do Direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal – parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto pénale*, P.G. 6. ed. Milano: Giuffré, 1998.
- PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale*. 5. ed. Milão: Giuffrè, 1996.
- PAGLIARO, Antonio. *Principi di Diritto Penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1980.
- PALAZZO Francesco Carlo. I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, Giuffrè, v. 35, 1992.
- PALMA, Maria Fernanda. *Da “tentativa possível” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006.
- PALMA, Maria Fernanda. Dolo eventual e culpa em Direito Penal. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2002.
- PAONE, Nicola Erminio. Dolo eventuale ed imputazione soggettiva dell’evento del reato. *Tesi di Dottorato di ricerca in “sistema penale integrato e processo” XXV ciclo*, Università Degli Studi di Napoli “FEDERICO II”, 2013.

- PARSONS, Talcott. *O Sistema das Sociedades Modernas*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1974.
- PAUEN, Michael. Handlungs- und Kausalerklärungen. BAILER-JONES, Daniela; DULLSTEIN, Monika; PAUEN, Sabina. [HerausgeberInnen]. *Kausales Denken - Philosophische und psychologische Perspektiven*. Paderborn: Mentis, 2007.
- PEREDA, Julian. *Covarrubias penalista*. Barcelona: Bosch, 1959.
- PEREIRA, Kenia Maria de Almeida (Org.). *O Labirinto de Creta*. Uberlândia/MG: Edibrás, 2016.
- PEREIRA, Rui Carlos. *O dolo de perigo – contribuição para a dogmática da imputação subjectiva nos crimes de perigo concreto*. Lisboa: Lex, 1995.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual – hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual – hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Dolo como concepto objetivo. Dolo e imprudencia: relación y delimitación. Datos psíquicos: relevancia. Prueba del dolo en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.
- PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. O conceito “significativo” de dolo: um conceito volitivo normativo. Trad. Paulo César Busato. BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e Direito Penal – modernas tendências*. 3. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019.
- PERRON, Walter. Literaturbericht: Spanien, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbücher und lehrbuchartige Darstellungen. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 99, 1987.
- PETROCELLI, Biagio. *Il delitto tentato*. Padova: Cedam, 1955.
- PETTERS, Walter; PREISENDANZ, Holger [VerfasserIn]. *Strafgesetzbuch*. 27. Aufl. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1971.
- PINTO MONTEIRO, António. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Dissertação para exame de pós-graduação em Ciências Jurídico-Civis na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 1985.
- PLATÃO. *Fédon – seleção de textos de José Américo Motta Pessanha*. Trad. e notas de José Cavalcante de Souza, Jorge Paleikat e João Cruz Costa. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. Disponível em: <https://projetoaletheia.files.wordpress.com/2014/05/os-pensadores-platc3a3o.pdf>. Acesso em 9.4.2021.
- PLATZGUMMER, Winfried. *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes - eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage*. Wien: Springer, 1964.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración - estudio de dogmatica penal y de derecho penal comparado. Santiago: Ed. Jurídica, 2010.

- POPPER, Karl. *O mito do contexto – em defesa da ciência e da racionalidade*. Lisboa: Edições 70, 2009.
- POPPER, Karl R.. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007.
- POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.
- PORTER, Theodore M. *The Rise of Statistical Thinking, 1820–1900*. Princeton: Princeton University Press, 1992.
- PORTUGAL. Actas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal – parte geral. v. I. *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa: Ministério da Justiça, 1965.
- PORTUGAL. Decreto-Lei 48/95, de 15 de março. Código Penal de 1982 – versão consolidada posterior a 1995. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis. Acesso em 6 dez. 2019.
- PORTUGAL. Ministério da Justiça. Código Penal – actas e projecto da comissão de revisão. Lisboa: Rei dis Livros, 1993.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6. ed. São Paulo: RT, 2013.
- PREUß, Tamina. Tötung infolge eines illegalen Kraftfahrzeugrennens als Mord? Eine Anmerkung zu Lg Berlin, Urteil vom 27.2.2017 – 535 Ks 8/17 (nichtrechtskräftig). *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, München, p. 303-306, 2017.
- PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas – tempo, caos e as leis da natureza*. Trad. Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2011.
- PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko - Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1993.
- PROSPERI, Adriano. *Tribunali dela Coscienza – Inquisitori, confessori, missionari*. Turim: Eunaidi, 1996.
- PUPPE, Ingeborg. Der dolus eventualis und sein Beweis. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Gießen, n. 7-8, 2019. p. 409-411. Disponível em: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2019_7-8_1310.pdf. Acesso em 20 abr. 2020.
- PUPPE, Ingeborg. A determinação do conceito do dolo eventual e sua prova em juízo. *24º Seminário Internacional de Ciência Criminais*, São Paulo, 31. ago. 2018. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/951-24o-edicao-do-Seminario-Internacional-de-Ciencias-Criminais. Acesso em 20.6.2021.
- PUPPE, Ingeborg. *Kleine Schule des juristischen Denkens*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2014.
- PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2011.

- PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia* – comentario al §15 del código penal alemán. Trad. Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.
- PUPPE, Ingeborg. Ciência do direito penal e jurisprudência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 58, Jan.-Fev., 2006.
- PUPPE, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 58, Jan. –Fev., 2006.
- PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.
- PUPPE, Ingeborg. Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin: B 103, 1991.
- PUPPE, Ingeborg. Der halbherzige Rücktritt. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1984.
- PUPPE, Ingeborg. Entscheidungsbesprechung, Aufsatz - Der halbherzige Rücktritt. *NStZ*, 1984.
- QUINTERO, Alfonso Cadavid. *Introducción a la teoría del delito* – especial consideración a los fundamentos del delito imprudente. Medellín: Dike, 1998.
- RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción y su importancia para el sistema de derecho penal*. Montevideo: BdeF, 2011.
- RADBRUCH, Gustav. Über den Schuldbegriff, *ZStW*, n. 24, 1904.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999.
- RAMOS TAPIA, María Inmaculada. El delito de conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás: (A propósito de la STS 25 de octubre de 1999). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, n. 2, 2000.
- REALE JR., Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REESE, William L. *Dictionary of Philosophy and Religion: Eastern and Western Thought*. New York: Humanities Press, 1981.
- RIBEIRO, Eduardo Silva. *Pensar ordenadamente: lógica*. Aula 3. Curso virtual de extensão ofertado pela PUC/RS, 2021.
- RICCIO, Stefano. *Il reato colposo*. Milano: Giuffrè, 1952.
- RIGHI, Esteban. El dolo eventual en la tentativa. *Nuevo pensamiento penal: revista de derecho y ciencias penales: revista de derecho y ciencias penales*, Buenos Aires, v. 1, n. 2. p. 303-307, 1972.
- RODA, Juan Córdoba. *Una nueva concepción del delito* – la doctrina finalista. Barcelona: Ariel, 1963.

- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, v. 891, jan., 2010.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. “A europeização do direito penal económico – os Acórdãos Taricco I e II do Tribunal de Justiça da União Europeia”. *Colóquio “Direito Penal Económico em Mudança”*, Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 20 mar. 2018.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal Europeu Emergente*. Coimbra: Coimbra, 2008.
- RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. “O Tribunal de Justiça das comunidades europeias no espaço de liberdade, de segurança e de justiça – A caminhar se faz o caminho”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 17, n. 3, p. 387-413, jul./set. 2007.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. “Um sistema sancionatório penal para a União Europeia: entre a unidade e a diversidade ou os caminhos da harmonização”. DOLCINI, Emílio; PALIERO, Carlo Enrico (orgs.). *Studi in Onore di Giorgio Marinucci* – v. II. Milano: Giuffrè, 2006.
- RODRIGUES, Cristiano. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Foco, 2019.
- RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. “Criônica”: um polêmico mergulho no futuro. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 31, Jan.-jun., 1999.
- RODRÍGUEZ DEVESA, Jose Maria. *Derecho penal español* – parte general. Madrid: Carasa, 1976.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo [coord.]. *Comentarios al código penal*. t. I. Madrid: Civitas, 1997.
- ROMANO, Mario. *Commentario sistematico del Codice penale*. Milano: Giuffrè, 1987.
- RONCO, Mauro. *Le Radici Meta giuridiche del Dolo Eventuale*. Studi in onore Mario Romano. V. 2. Napoli: Jovene, 2011.
- ROSAL, Juan del. *Derecho Penal español*. t. 1. 3. ed. Madrid: Torre, 1960.
- ROUSE, Joseph. *How Scientifics Practices Matter*. Chicago-London: The University of Chicago Press, 2002.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Vom Gesellschaftsvertrag - oder Prinzipien des Staatsrechts*. Berlin: Suhrkamp, 2016.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht – Allgemeiner Teil. Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*. Band I. 4 Aufl. München: Beck, 2006.
- ROXIN, Claus. Das Strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 116, 2004.

- ROXIN, Claus. *Strafrecht - Allgemeiner Teil – 2*. München: Beck, 2003.
- ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal – fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. Parte general. Tomo I. Trad. Diego Manuel Luzón-Peña, Miguel Dias y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht – Allgemeiner Teil, I*. 3. Aufl. München: Beck, 1997.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Band I. 2. Aufl. München: C. H. Beck, 1994.
- ROXIN, Claus. *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*. Berlin/N. York: de Gruyter, 1973.
- ROXIN, Claus. SCHÜNEMANN, Bernd [Bearb.]. *Strafverfahrensrecht - ein Studienbuch*. München: Beck, 2009.
- ROZIN, Paul; ROYZMAN, Edward B. Negativity bias, negativity dominance and contagion. *Personality and Social Psychology Reviewe*, 5, 2001.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim. Inhalt und funktion des Handlungsunwertes im rahmen der personalen Unrechtslehre. *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*. Karlsruhe: Müller, 1972.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Systematische Kommentar zum StGB (SK)*, Allg. Teil, I. Frankfurt: Metzner, 1975.
- RÜMELIN, Max. *Der Zufall im Recht - akademische Antrittsrede*. Freiburg i.B.; Leipzig: Akademische Verlagsbuchhandlung von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1896.
- SAFFERLING, Christoph. *Vorsatz und Schuld - subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- SALIM-HANNA SEPÚLVEDA, Roberto, Tentativa con dolo eventual. *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, n. 7, 2003.
- SALM, Karl. *Das vollendete Verbrechen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1963.
- SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción – una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991.
- SANCINETTI, Marcelo A. Tentativa y dolo eventual: algo más sobre la prueba del dolo y el mito del resultado. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 10, 37/40, p. 781-796, 1987.
- SANDEL, Michael J.. *Justiça - o que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- SANTIAGO NINO, Carlos. *Los limites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea, 2006.

- SANTOS, Bruno C. L.; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de.; SANTOS, Hugo L. R. Práticas judiciais no campo criminal e a construção das verdades na persecução penal: um debate a partir de Michel Foucault. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 1041-1072, mai./jun. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.199>
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 5.ed. Florianópolis: Conceito, 2012.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal – parte geral*. Florianópolis: Conceito editorial, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. WEINGARTNER NETO, Jayme. *Constituição e direito penal – temas atuais e polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- SARRULE, Oscar Emilio. *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (abolicionismo o justificación)*. Buenos Aires: Editora Universidad, 1998.
- SAUER, Wilhelm. *Grundlagen des Strafrechts - nebst Umriss einer Rechts und Sozialphilosophie*. Berlin/Leipzig: de Gruyter, 1921.
- SAVATIER, René. *L'inflation législative et l'indigestion du corps social*. Paris: Dalloz, 1977.
- SAVATIER, René. *Les Métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'Aujourd'hui*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1964.
- SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts: Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina bis Carpzov*. Aalen: Scientia, 1986.
- SCHAFFSTEIN, Friedrich. Handlungsunwert, Erfolgswert und Rechtsfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten. STRATENWERTH, Günter (Hrsg.). *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*. Berlin: De Gruyter, 1974.
- SCHAFFSTEIN, Friedrich. *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo*. Trad. Jose Maria Rodriguez Devesa. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957.
- SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Die europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus*. Göttingen: Schwartz, 1954.
- SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*. Berlin: Springer, 1930.
- SCHALL, Hero. Der Rücktritt vom Versuch bei bedingtem Tötungsvorsatz und wiederholbarer Ausführungshandlung trotz Zielerreichung – BGH, *NStZ*, 1990, 30, JuS 1990.
- SCHEWE, Günter. *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz - strafrechtsdogmatische Aspekte des Willensproblems aus medizinisch-psychologischer Sicht*. Lübeck: Schmidt-Römhild, 1972.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht, Allgemeiner Teil – Studienbuch*. 2. Aufl. Tübingen: Mohr, 1984.

- SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Über Aktualität und Potentialität der Unrechtsbewusstseins. NAUCKE, Wolfgang; GEERDS, Friedrich [Hrsg.]. *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft* - Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965. Berlin: Duncker & Humblot, 1966.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SCHMIDT, Eberhard. Soziale Handlungslehre. BOCKELMANN, Paul. KAUFMANN, Arthur. KLUG, Ulrich. *Festschrift für Karl Engisch*. Frankfurt: am Main: Klostermann, 1969.
- SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst; LENCKNER, Theodor. *Strafgesetzbuch*. München: Beck, 2006.
- SCHRAGER, Allison. *Viver com risco – como enfrentar as situações incertas da vida cotidiana*. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: Portfolio-Peguin, 2021.
- SCHRÖDER, Horst. Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht. *ZStW*, 81, 1969.
- SCHUARTZ, Luís Fernando. *Teoria da Decisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV Direito, 2016.
- SCHÜNEMANN, Bernd. El propio sistema de la teoría del delito. *Revista para el análisis del derecho* – InDret, Barcelona, enero, 1, 2008.
- SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 9-37, mar./abr.. 2005.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación de la ciencia jurídico-penal alemana*. Trad. Cancio Meliá. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 1996.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal - cuestiones fundamentales - estudios en honor de Claus Roxin en su 50. aniversario* Madrid: Tecnos, 1991.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits und Gefährdungsdelikte, *JA*, 1975.
- SCHWEIGER, Theresa. Zur Tendenz der Normativierung der Vorsatzfeststellung am Beispiel der aktuellen Raser-Fälle. *HRRS Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*. Jahrgang 19, Oktober, 2018.
- SEARLE, John. *A redescoberta da mente*. Trad. Eduardo Pereira E. Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- SEARLE, John. *Mentes, cerebros y ciência*. Madrid: Catedra, 1994.
- SEIFE, Charles. *Os números (não)mentem – como a matemática pode ser usada para enganar você*. Trad. Ivan Weisz Kuck. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.
- SEMINARA, Sergio. *Il delitto tentato*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2012.

- SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón. Fundamento da punibilidade da tentativa. *Ciências Penais*, Jan. – Jun., 2004.
- SHAKESPEARE, William. *The tragedy of Hamlet – Prince of Denmark*. London: Andr. Clark, 1676.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 222-238, jan./fev.. 2007.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. Dolo eventual e culpa consciente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 38, Abr. – Jun., 2002.
- SIEBECK, Mohr. BGH, 4. 11. 1988 — 1 StR 262/88. Zur Strafbarkeit eines HIV-Infizierten, der in Kenntnis seiner Ansteckung mit einem anderen ohne Schutzmittel Sexualverkehr ausübt. *JuristenZeitung*, 44. Jahrg., n. 10, 19.5.1989. pp. 496-501. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/20819961.pdf?refreqid=excelsior%3A6e46123043e84a4379427d843d38a3a2>. Acesso em 21.6.2021.
- SILVA DIAS, Augusto. «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*» - uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra, 2008.
- SILVA OLIVEIRA, Lara Emanuella da. Enigmas e labirintos no conto policial “o jardim de caminhos que se bifurcam” de Jorge Luis Borges. *Revista Linguagem*, São Carlos, n. 19, jul.-set., 2012.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: RT, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 9, n. 36, out./dez. 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Consideraciones dogmáticas y política legislativa sobre el fenómeno de la conducción suicida. *La Ley*, Madrid, v. 3, p. 970-980, 1988.
- SILVA, Carlos. *Logos Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia*. V. 1. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1989.
- SILVA, Germano Marques da. *Direito penal português – teoria do crime*. Lisboa: Universidade Católica, 2018.
- SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. *História do Direito Português - Fontes do Direito*. 4. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2006.
- SILVA, Ricardo Tavares da. Fraqueza da vontade e liberdade. *Dissertatio Revista de Filosofia*, Pelotas/RS, n. 51, 2020. Doi: [HTTPS://DOI.ORG/10.15210/DISSERTATIO.V51I0.14962](https://doi.org/10.15210/dissertatio.v51i0.14962).

- SILVESTRONI, Mariano. H., *Teoría constitucional del delito*. Buenos Aires: del Puerto, 2007.
- SINISCALCO, Marco. Delitto tentato e limite iniziale della punibilità. *Scuola positiva*, 1962
- SINISCALCO, Marco. *La struttura del delitto tentato*. Milano: Giuffrè, 1959.
- SNELL, Bruno. *A Cultura Grega e as Origens do Pensamento Europeu*. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- SNELL, Bruno. *Gesammelte Schriften*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1966.
- SOLA RECHE, Esteban. *La llamada "tentativa inidónea" de delito*. Granada: Comares, 1996.
- SOUZA, Draiton Gonzaga de. *Pensar ordenadamente: lógica*. Curso virtual de extensão ofertado pela PUC/RS, 2021.
- STELLA, Frederico; ZUCCALÀ, Giuseppe. *Commentario breve al codice penale – complemento giurisprudenziale*. Padova: CEDAM, 1990.
- STEVENS, Stanley S. *Psychophysics: Introduction to Its Perceptual, Neural and Social Prospects*. New York: Wiley, 1975.
- STEWART. Ian. *Desbravadores da matemática – da alavanca de Arquimedes aos fractais de Mandelbrot*. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2019.
- STOOSS, Carl. Dolus eventualis und Gefährdung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, B. 15, 1895.
- STRATENWERTH, Günter. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.
- STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal – parte general I. El hecho punible*. 4. ed. Trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- STRATENWERTH, Günter. *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft - Rektoratsrede, gehalten an der Jahresfeier der Universität Basel am 26. November 1993*. Basel: Helbing und Lichtenhahn, 1993.
- STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: parte general I*. Trad. Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982.
- STRATENWERTH, Günter. *Strafrecht - Allgemeiner Teil*. Köln/Berlin/Bonn/München: Vahlen, 1981.
- STRATENWERTH, Günter. Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 71, n. 1, 1959.
- STRATENWERTH, Günter. KUHLEN, Lothar. *Strafrecht: Allgemeiner Teil I*. 5. ed. Köln/Berlin/München: Carl Heymanns Verlag, 2004.

- STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio Dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 49, n. 194 abr./jun. 2012.
- STRUENSEE, Eberhard. *Dolo, tentativa y delito putativo*. Trad. Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1992.
- STÜBEL, Christoph Carl. *System des allgemeinen peinlichen Rechts - mit Anwendung auf d. in Chursachsen geltenden Gesetze besonders zum Gebrauche für academ. Vorlesungen*. Leipzig: Sommer, 1795.
- STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*. Berlin-N. York: de Gruyter, 1998.
- TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *A legítima defesa*. Coimbra: Coimbra, 1995.
- TAIPA DE CARVALHO, Américo. Condicionalidade sócio-cultural do direito penal – análise histórica. Sentido e limites. *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – estudos em homenagem aos Profs Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz*, Coimbra, 1985.
- TAIPA DE CARVALHO, Américo. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – teoria geral do crime*. 3. ed. Porto: Universidade Católica do Porto, 2016.
- TALEB, Nassim Nicholas. *A lógica do cisne negro – o impacto do altamente improvável*. 17. ed. Trad. Marcelo Schild. Rio de Janeiro: Best business, 2019.
- TALEB, Nassim Nicholas. *A lógica do cisne negro – o impacto do altamente improvável*. Trad. Marcelo Schild. Rio de Janeiro: Best Seller, 2015.
- TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992.
- TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019.
- TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- TENCA, Adrián Marcelo. *Dolo eventual – viabilidad de su aplicación a los delitos en particular. Diferencias con la culpa. Política criminal. Autoría. Participación. Tentativa. Crisis de la figura jurisprudencia aplicable*. Buenos Aires: Astrea, 2010.
- TENCA, Adrián Marcelo. El dolo eventual como creación dogmática en perjuicio del imputado. Una asignatura pendiente de la CSJN. *Revista Jurídica La Ley*, Suplemento Penal, setiembre 2010.
- THE GUARDIAN. *AI programs exhibit racial and gender biases, research reveals*. Disponível em <https://www.theguardian.com/technology/2017/apr/13/ai-programs-exhibit-racist-and-sexist-biases-research-reveals>. Acesso em 2.8.2021.

- TREVES, Renato. *Sociologia do direito: origens, pesquisas e problemas*. 3. ed. Trad. Marcelo Branchini. Barueri: Manole, 2004.
- VANNINI, Ottorino. *Il problema giuridico del tentativo*. Milano: Giuffrè, 1952.
- VANNINI, Ottorino. *Le condizioni estrinseche di punibilità nella struttura del reato: a proposito degli art. 47 e 158 del progetto preliminare*. Siena: Circolo Giuridico, 1929.
- VANNINI, Ottorino. *Il tentativo nella dottrina e nel codice penale italiano*. Torino: UTET, 1913.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 2, maio/ago. 2020, e1961. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201961>.
- VIANA, Eduardo; TEIXEIRA, Adriano. A imputação dolosa no caso do “racha em berlim” comentários à decisão do Tribunal de Berlim, de 27 de fevereiro de 2017 - (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16). *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, n. 36, jul.-dez., 2018.
- VILCHES, Nicolás Oxman. El elemento volitivo del dolo: una investigación de derecho penal comparado y filosofía del lenguaje. *Tesis Doctoral del Programa de Doctorado Estudios Jurídicos, Ciencia Política y Criminología – Universitat de València*, 2016.
- VITORELLI, Edilson. Raciocínios probabilísticos implícitos e o papel das estatísticas na análise probatória. *Revista do Ministério Público do estado do Rio de Janeiro*, n. 76, abr./jun., 2020.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. COBO DEL ROSAL, Manuel. *Derecho penal – parte general*. Valencia: Univ., 1988.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Reexame do dolo. BUSATO, Paulo (Coord.). *Dolo e Direito Penal – modernas tendências*. 3. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1996.
- VOLK, Klaus. Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktaufbaus. *ZStW*, 97, 1985. Disponível em: <https://www.degruyter.com/view/journals/zstw/97/4/article-p871.xml>. Acesso em 29 abr. 2020.
- VORMBAUM, Thomas. Die Entwicklung der Strafgesetzgebung im Lichte der juristischen Zeitgeschichte. *Berliner Anwaltsblatt, Heft 1-2*, Berlin: Erich Schmidt, 2017.
- VORMBAUM, Thomas. El derecho penal fragmentario en la historia y la dogmática. *Revista Penal*, Valencia, n. 29, jan.. 2012.
- WALTER, Tonio. Der vermeintliche Tötungsvorsatz von “Rasern”. *Neue Juristische Wochenschrift*, v. 70, n. 19, 2017. p. 1350-1353, 2018.

- WALTER, Tonio. Der vermeintliche Tötungsvorsatz von „Rasern“. *NJW*, 2017.
- WARDA, Günter. Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewußtsein. STRATENWERTH, Günter [Hrsg.]. *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*. Berlin: de Gruyter, 1974.
- WATSON, Gary. Skepticism about Weakness of Will. *The Philosophical Review*, v. 86, n. 3, 1977.
- WATSON, Gary. Free Agency. *The Journal of Philosophy*, v. 72, n. 8, 1975.
- WEBER, Hellmuth von. *Lineamientos del derecho penal alemán*. Trad. Leonardo G. Brond. Buenos Aires: Ediar, 2008.
- WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à dogmática da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.
- WELZEL, Hans. Recht und Sittlichkeit. *Festschrift für Friedrich Schaffstein*, Göttingen: Otto Schwartz, 1975.
- WELZEL, Hans. A dogmática no direito penal. Trad. Yolanda Catão. *Revista de Direito Penal*, São Paulo, n. 13/14, 1974.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yañes Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970.
- WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. 11. Aufl. Berlin: Walter de Gruyter, 1969.
- WELZEL, Hans. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1962.
- WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht – Eine systematische Darstellung*. 6. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1958.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal – parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.
- WELZEL, Hans. *Naturalismus und Wertphilosophie in Strafrecht*. Mannheim-Berlin-Mainz: Deut. Druck- u. Verl., 1935.
- WELZEL, Hans. O problema da validez do Direito. RADBRUCH, Gustav; SCHMIDT, Eberhard; WELZEL, Hans. *Derecho injusto y derecho nulo*. Madrid: Aguilar, 1971.
- WESSELS, Johannes. *Strafrecht - Besonderer Teil*. VII. 14. Aufl. Heidelberg: Müller, 1990.
- WESSELS, Johannes. *Direito Penal: parte general – aspectos fundamentais*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.
- WESSELS/BEULKE. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 32. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2002.
- WHITMAN, James Q. *The origins of reasonable doubt*. New Haven, Conn.: Yale Univ. Press, 2008.

- WIEACKER, Franz, “Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution”, en ID., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Scriptor Verlag, Kronberg, 1974, pp. 55-78.
- WILHELM Sauer. *Derecho penal – parte general*. Barcelona: Bosch, 1956.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. Trad. Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 2012.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- WITTGENSTEIN, Ludwin. *Investigações filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultura, 1999.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. Marcos Montagnoli. Petrópolis: Vozes, 1996.
- WOLFF, Christian. *Pensamientos racionales acerca de Dios, el mundo y el alma del hombre, así como sobre todas las cosas em general*. Trad. Agustín Gonzáles Ruiz. Madrid: Ediciones Akal, 2000.
- WOLFF, Christian. *Philosophia Pratica Universalis Methodo Scientifica Pertractata – part. 1 (1739)*. Whitefish: Kessinger Publishing, LLC, 2010.
- WOLTER, Jürgen. *Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in eine funktionalen Straftätersystem*. Berlin: Duncker & Humblot, 1981.
- WÜRTENBERGER, Thomas. *Die geistige Situation der Deutschen Strafrechtswissenschaft*. Freiburg: C. F. Müller, 1957.
- ZACZYK, Rainer. *Das Unrecht der versuchten Tat*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doutrina penal nazista – a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945*. Trad. Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo [et al.]. *Direito penal brasileiro*. v. II. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. v. 1. Parte geral. 8. ed. São Paulo: RT, 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal – parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa – doutrina e jurisprudência*. Bauru: Jalovi, 1981.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Le droit en douceur*. Paris: Economica, 2000.
- ZIELINSKI, Diethart. *Dolo e imprudencia – comentario a los §§15 y 16 del Código Penal alemán*. Trad. Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito – análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*. Buenos Aires: Hammurabi, 1990.

ZIELINSKI, Diethart. *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff - Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*. Berlin: Duncker & Humblot, 1973.

ZIMMERL, Leopold. *Aufbau des Strafrechtssystems*. Tübingen: Mohr, 1930.

ZUCKERMAN, Adrian A. S. *The principles of criminal evidence*. Oxford: Clarendon, 1989.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos. *Revista Penal*, Valencia, n. 43, jan., 2019.