



Universidade de Brasília - UnB

Faculdade de Direito - FD

(Im) Possibilidade de determinação da culpa consciente e dolo eventual a partir das perspectivas das teorias normativas atributivas: análise sobre o caso Boate Kiss

Jhonas de Sousa Santos

(Im) Possibilidade de determinação da culpa consciente e dolo eventual a partir das perspectivas das teorias normativas atributivas: análise sobre o caso Boate Kiss

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Paulo de Sousa Queiroz

Mestre José Osterno Campos de Araújo

Mestrando João Marcos Braga de Melo

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe: mulher batalhadora, guerreira, que sempre lutou para que meus irmãos e eu tivéssemos condições de, além de sobreviver, conquistar nossos sonhos; que, junto aos meus irmãos, Gabriel e João Victor, esteve ao meu lado nos momentos mais difíceis da minha graduação. Mãe, não canso de dizer que ainda lhe recompensarei por tudo que fez e faz por mim! Ainda lhe darei o mundo, Mãe!

À comunidade da cidade de Santa Maria, Distrito Federal, que vibrou comigo quando da minha aprovação no vestibular da Universidade de Brasília (UnB), prontificando-se em meu auxílio na empreitada que me aguardava. Em especial, agradeço e homenageio a 33ª Delegacia de Polícia (DP) e o Centro de Ensino Médio 404 (CEM 404) ali situados.

À UnB, por propiciar-me como primeiro membro de minha família a acessar um curso de Ensino Superior e de qualidade, e em uma faculdade de renome: a Faculdade de Direito (FD).

À Justiça Militar da União, em especial, a 2ª Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar (11ª. CJM): lugar que me acolheu como estagiário nos últimos seis meses e onde pude conhecer servidores que melhor corporificam a competência, a eficiência e a humanidade no trato com a Justiça.

Ao professor Dr. Paulo de Sousa Queiroz, pelo aceite em orientar-me na realização da presente pesquisa.

Aos membros integrantes de minha banca de defesa de monografia, composta por profissionais extremamente competentes, exemplos em suas respectivas áreas de atuação – Advocacia e Ministério Público (MP) –, além de exímios juristas. Indivíduos que nutro imensa admiração e inspiração pelos trabalhos empreendidos na Academia e em seus respectivos ofícios.

RESUMO

O presente estudo teve por objetivo apresentar e debater os principais esquemas teóricos que buscam definir e determinar as categorias da imputação subjetiva – dolo eventual e culpa consciente – no âmbito da dogmática penal, com foco nas teorias normativas atributivas sobre o dolo. A partir de análise bibliográfica, buscou-se estabelecer as origens, a posição atual e as definições de dolo e culpa no contexto do Direito Penal brasileiro, além de evidenciar as noções iniciais sobre as duas subespécies supramencionadas. Em seguida, apresentou-se a questão do elemento doloso eventual e culposos consciente e as teorias de definição e determinação destes: as teorias tradicionais e as teorias contemporâneas (ou teorias normativas atributivas). Por fim, fazendo uso de estudo de caso, pretendeu-se testar a aptidão das teorias normativas atributivas, notadamente às contribuições de Ingerborg Puppe, Gunther Jakobs, Ramon Ragués i Vallés e Eduardo Viana, na resolução do caso Boate Kiss. Como produto do cotejo entre tais contribuições e o caso Boate Kiss, constatou-se que, apesar de demonstrarem aptidão de delimitar e determinar o dolo eventual e a culpa consciente, apresentam critérios pouco confiáveis para fundamentar a delimitação do elemento doloso eventual, notadamente no contexto do Direito Penal brasileiro, de matriz democrática e garantista, fundado na responsabilidade pessoal subjetiva.

Palavras – chaves: Imputação subjetiva. Dolo e culpa. Dolo eventual e culpa consciente. Teoria normativa atributiva.

ABSTRACT

The present study aimed to present and discuss the main theoretical frameworks that seek to define and delimit the categories of subjective imputation – eventual intent and conscious guilt – within the scope of criminal dogmatics, focusing on attributive normative theories about intent. Based on a bibliographic analysis, we sought to establish the origins, the current position and the definitions of intent and guilt in the context of Brazilian Criminal Law, in addition to highlighting the initial notions about the two aforementioned subspecies. Then, the question of the possible intentional element and conscious culpable element and the theories of definition and delimitation of these were presented: the traditional theories and the contemporary theories (or attributive normative theories). Finally, using a case study, it was intended to test the aptitude of normative attributive theories, notably the contributions of Ingerborg Puppe, Gunther Jakobs, Ramon Ragués i Vallés and Eduardo Viana, in solving the Kiss nightclub case. As a result of the comparison between such contributions and the case of Boate Kiss, it was found that, despite demonstrating the ability to delimit eventual intent and conscious guilt, they present unreliable criteria to support the delimitation of the eventual malicious element, notably in the context of the Brazilian Criminal Law, with a democratic and guaranteeist matrix, based on subjective personal responsibility.

Keywords: Subject imputation. Intent and negligence. Eventual intent and conscious negligence. Normative attributive theories.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	-	Artigo
CEM	-	Centro de Ensino Médio
CJM	-	Circunscrição Judiciária Militar
CP	-	Código Penal
DP	-	Delegacia de Polícia
Dr.	-	Doutor
FD	-	Faculdade de Direito
inc.	-	Inciso
MP	-	Ministério Público
MPRS	-	Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul
n.	-	Número
p.	-	Página
Prof.	-	Professor
STJ	-	Superior Tribunal de Justiça
TJRS	-	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
UFBA	-	Universidade Federal da Bahia
UnB	-	Universidade de Brasília

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. CONSIDERAÇÕES INICIAS SOBRE O DOLO E A CULPA.....	14
3. TEORIAS TRADICIONAIS ACERCA DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE.....	19
4. TEORIAS CONTEMPORÂNEAS DO DOLO EVENTUAL: AS TEORIAS ATRIBUTIVAS – NORMATIVAS.....	27
4.1. TEORIA DA INDIFERENÇA AO SISTEMA DE NORMAS, DE GUNTHER JAKOBS.....	30
4.2. TEORIA DO PERIGO DOLOSO, DE INGEBORG PUPPE.....	33
4.3. CONCEITO SOCIAL NORMATIVO DE DOLO, DE RAGUES Y VALLÉS.....	35
4.4. DOLO COMO COMPROMISSO COGNITIVO, DE EDUARDO VIANA.....	38
5. ANÁLISE DOS CRITÉRIOS NORMATIVOS ATRIBUTIVOS PARA A DIFERENCIAÇÃO ENTRE DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO CASO BOATE KISS.....	41
5.1. O CASO BOATE KISS.....	42
5.1.1. FATOS.....	42
5.1.2. TESES JURÍDICAS.....	44
5.1.3. DESFECHO.....	46
5.2. UMA ANÁLISE CRÍTICA DO CASO BOATE KISS.....	48
5.2.1. ANÁLISE CRÍTICA SOB A PERSPECTIVA DE GUNTHER JAKOBS.....	48

5.2.2. ANÁLISE CRÍTICA SOB A PERSPECTIVA DE INGEBORG PUPPE.....	52
5.2.3. ANÁLISE CRÍTICA SOB A PERSPECTIVA DE RAGUÉS I VALLÉS.....	55
5.2.4. ANÁLISE CRÍTICA SOB A PERSPECTIVA DE EDUARDO VIANNA.....	61
5.2.5. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS FINAIS.....	67
6. CONCLUSÃO.....	72
7. REFERÊNCIAS.....	74

1. INTRODUÇÃO

Há muito, no campo da dogmática penal, prega-se pela dificuldade da definição e determinação do dolo eventual e de sua diferenciação da culpa consciente. Em verdade, tem-se aí umas das matérias mais difíceis de definição no campo da dogmática penal.

Em um primeiro momento, os adeptos das ditas teorias tradicionais, lastreadas nas categorias da vontade e representação, tentaram desvendar a problemática em questão a partir da apresentação de uma miríade de critérios, a saber: a aprovação/não aprovação do resultado, a indiferença/não indiferença contra o bem jurídico, o perigo descoberto/não descoberto, entre outros.

No entanto, conforme expostos nas linhas que se seguem, as premissas advindas de tais trabalhos teóricos mostraram-se insuficientes para a resolução da problemática atinente à definição e determinação do dolo eventual. Todos os opositores das ditas teorias tradicionais (ou ontologistas) tendem a uma única argumentação em relação a esses enunciados teóricos: seria impossível a verificação da intenção interna do sujeito, a partir do emprego de métodos empíricos (BARBERÁ, 2011, p. 14).

Hodiernamente, no âmbito da dogmática penal, tem-se desenvolvido, em resposta à insuficiência das teorias tradicionais em descrever o dolo – em especial, o dolo eventual –, novas teorias acerca do dolo: as intituladas teorias normativas atributivas.

As teorias desenvolvidas na contemporaneidade acerca dessa questão – as intituladas teorias normativas atributivas, que submetem a análise da ocorrência do dolo a um terceiro julgador (TAVARES, 2018, p. 255) – trouxeram novos critérios para a resolução dessa celeuma.

Na presente pesquisa, para fins de amplitude, tem-se a problematização dos critérios apresentados pelos seguintes enunciados teóricos: a teoria de indiferença à norma, de Gunther Jakobs; a teoria do perigo doloso, de Ingerborg Puppe; o conceito social normativo, de Ragués i Valles; e, a teoria de Eduardo Viana intitulada de dolo como compromisso cognitivo.

No caso em tela, alguns juristas penalistas da contemporaneidade recomendam cuidado na adoção de tais critérios para a realização da distinção e determinação do dolo eventual e a culpa consciente; em primeiro lugar, em referência ao próprio movimento da teoria normativa atributiva sobre o dolo; e, em segundo lugar, sobre as propostas apresentadas pelos seus adeptos – a questão das abordagens manejadas na presente pesquisa.

Fazendo uso de estudo de caso, as linhas que se seguem buscaram testar a viabilidade desses novos critérios de natureza normativa atributiva, a partir da análise de um caso concreto: o emblemático caso Boate Kiss (YIN *apud* MACHADO, 2017, p. 373). O principal motivo de escolha do caso em questão como contexto para a coleta de dados e testagem se refere ao terreno fértil ali existente para a verificação das hipóteses aqui desenvolvidas. Além de ter ocupado papel principal na denúncia, por ter entendido o órgão acusatório encaixarem-se as condutas praticadas pelos acusados no tipo penal de homicídio, na modalidade dolosa eventual, a temática do dolo eventual figurou, durante o caminhar dos processos criminais que compõem o caso Kiss, como ponto central das discussões travadas entre os atores processuais (juízes, advogados e promotores) que ali atuaram, além de sua ampla repercussão externa, na voz popular, na mídia e, principalmente, na Academia.

As unidades de análise de estudo documentais serão as principais peças processuais constantes dos processos criminais de ns. 0002353-19.2013.8.21.0027 e 0047498-35.2020.8.21.0001, que tramitam no sistema judicial eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), onde a temática do dolo eventual foi objeto de debate (YIN, 2004, p. 44). Assim, devido ao restrito escopo do presente trabalho monográfico, a descrição dos fatos e das teses jurídicas sobre a ocorrência ou não de dolo eventual no caso em tela foram colhidas, principalmente, da denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MPRS), a quem cabe decidir, segundo a previsão constitucional, sobre a adequação típica subjetiva das condutas praticadas aos tipos penais descritos na legislação penal vigente.

A coleta dos dados deu-se via análise documental, mediante consulta às peças processuais publicamente disponibilizadas no sítio do TJRS (YIN, 2004, p. 105).

Com o intuito de analisar a viabilidade dessas novas teorias normativa atributivas, acerca da caracterização e determinação do dolo eventual e culpa consciente, as linhas que se seguem, fazendo uso de estudo de caso e levantamento bibliográfico, buscou entender: a) Quais são os critérios adotados pela dogmática penal e pela legislação penal para a definição e determinação do dolo eventual e sua diferenciação da culpa consciente; b) Se é possível a individualização desses novos critérios normativos-atributivos para a determinação do dolo eventual e sua diferenciação da culpa consciente, a partir das contribuições dogmáticas e jurisprudenciais já existentes; c) Se, a partir da identificação desses novos critérios de natureza normativa atributiva, seria possível testá-los quando da análise de um caso concreto.

O *modus operandi* metodológico empregado no presente estudo foi o hipotético-dedutivo, uma vez que as hipóteses aqui construídas, bem como seus indicadores, partiram de um “postulado ou conceito como modelo de interpretação do objeto estudado [...] para os quais será necessário buscar correspondente no real” (GERHARDT; SILVEIRA, 2009, p. 54). Em outros termos, tendo em vista as hipóteses aqui construídas, em face dos postulados teóricos existentes sobre o dolo eventual e a culpa consciente, tentou-se testá-las ou falseá-las a partir da análise de evidências empíricas (GERHARDT; SILVEIRA, 2009, p. 27).

No primeiro capítulo têm-se brevemente esmiuçados alguns comentários iniciais sobre o dolo e a culpa, delimitando especificamente tais categorias da tipicidade subjetiva. O segundo capítulo tratou das principais propostas trazidas pelos ditos teóricos tradicionalistas na definição e determinação do dolo eventual e culpa consciente, bem como a atual situação dessa questão no âmbito do sistema penal brasileiro.

Em seguida, no terceiro capítulo, as intituladas teorias normativas atributivas tomaram a cena da exposição que será aqui desenvolvida. De início, foram tratados aspectos gerais desse grupo de enunciados teóricos; e, logo após, foram abordadas as várias propostas existentes no âmbito da dogmática penal, com o foco no tratamento conferido por esses juristas à problemática da determinação do dolo eventual e da culpa consciente.

No quarto capítulo, explicitou-se, via estudo de caso, o contexto onde se deram as análises e os testes referentes às proposições teóricas aqui descritas tangentes ao caso Boate Kiss. O principal foco dessa descrição inicial teve por norte destacar quais foram as principais circunstâncias fáticas, as teses jurídicas e o desfecho acerca da caracterização do dolo eventual

no caso em tela, a partir dos dados contidos nas unidades de análise documentais outrora mencionadas.

Por fim, ainda no quarto capítulo, estabelecidas e esmiuçadas as proposições teóricas trazidas nos capítulos anteriores sobre as teorias normativas atributivas, testou-se, então, as hipóteses, a partir da análise do caso em comento, a fim de corroborá-las ou demonstrar alguma falseabilidade (YIN, 2001, p. 133).

Diante do exposto, ainda que não tenha a intenção de esgotar o assunto acerca do tema, a presente pesquisa certamente traz importantes contribuições para a discussão sobre o dolo eventual, por meio da veiculação de novos argumentos jurídicos e parâmetros de análise sobre o tema debatido.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O DOLO E A CULPA

Desde o final da II Guerra Mundial, as contribuições da teoria finalista, formulada por Hans Welzel, passaram a ser amplamente adotadas. Como bem ensina Tavares, “terminada a II Grande Guerra Mundial e solapadas as bases de sua estrutura jurídica, constituída pelo positivismo e pelo neokantismo, abrem-se as portas para que na teoria do injusto se proceda a uma profunda revolução, mediante o acolhimento da teoria finalista” (TAVARES, 2019, p. 154).

O Código Penal (CP) de 1984, a título de exemplo, adotou, especialmente em relação à teoria do tipo de injusto subjetivo, o esquema de Welzel. Por isso, compreender o dolo e a culpa no esquema jurídico penal brasileiro significa, sobretudo, entender os contributos trazidos pelo finalismo ao campo da teoria do injusto (OLIVÉ, 2017, p. 234).

Com o finalismo, a ação passou a ser compreendida como vontade humana dirigida a um fim (WELZEL, 2004, p. 41), ratificando, de vez, o papel nuclear da vontade para a definição da ação penalmente relevante. No esquema de Welzel não são relevantes, para o Direito Penal, todas as manifestações humanas voluntárias e causadoras de uma alteração no mundo exterior – como o era no modelo causalista de delito (TAVARES, 1980, p. 17), mas, apenas, aquelas ações humanas voluntárias dirigidas a um fim (WELZEL, 2004, p. 41).

No finalismo, a vontade, antes analisada no momento da culpabilidade, insere-se, de vez, na fase da tipicidade. Nesse viés, o dolo e a culpa, a partir das contribuições de Welzel, constituem o núcleo subjetivo da ação valorada como proibida pelo Direito (BRANDÃO, 2010, p. 140) – traduzem os níveis de manifestação da vontade humana na realização da conduta não permitida (ou não incentivada) pelo Direito.

O fim a que se direciona tal conduta humana final, nos moldes do finalismo de Welzel, para que seja objeto de atenção pelo Direito Penal via sanção, deve, além de ser contrário a todo ordenamento jurídico (antijurídica), corresponder, a partir de um juízo de adequação (ou juízo de tipicidade), a um modelo abstrato de conduta prevista tipicamente como proibida pelo ordenamento jurídico: o tipo penal (BITENCOURT, 2021, p. 370). Somente através dessa operação é que poder-se-ia tratar da existência de um injusto.

O tipo penal cumpre uma função essencial na teoria do injusto, na medida em que: “a) cria o mandamento proibitivo (...); b) concretiza a antijuridicidade; c) assinala o injusto; d) limita o injusto; e) limita o *iter criminis* (...); (...) g) constitui uma garantia liberal (...)” (JESUS, 2011, p. 309). Nesta seara, como elemento concretizador da função de limitação do poder punitivo, a noção de bem jurídico, como lesão a um interesse jurídico tutelado, reaparece, após o século XIX, como o principal núcleo material do tipo de injusto (BITENCOURT, 2021, p. 370).

Tais modelos de conduta previstos no tipo penal são compostos por elementos subjetivos e elementos objetivos, segundo a dogmática penal contemporânea. O primeiro, o tipo de injusto objetivo, refere-se à “manifestação exterior da vontade, compreendendo a respectiva ação delituosa (ofender, subtrair, apropriar-se, alterar, etc.) e ainda todas as características que o legislador conferiu como indispensáveis à identificação do delito” (TAVARES, 1980, p. 65). Já o segundo, o tipo de injusto subjetivo, elenca todos os elementos que permitirão afirmar se a vontade humana se direcionou finalisticamente a concretizar uma conduta prevista pelo tipo. Segundo ensina o jurista Cezar Roberto Bitencourt, “são dados ou “circunstâncias que pertencem ao campo psíquico-espiritual e ao mundo de representação do autor””, que se projetam sobre os elementos objetivos do tipo, e manifestam-se como vontade regente da ação” (BITENCOURT, 2021, p. 372).

Ao lado das “intenções, tendências ou atitudes pessoais (elementos subjetivos especiais)” (SANTOS, 2014, p. 128), é no tipo de injusto subjetivo que se inserem o dolo e a culpa – núcleo subjetivo da ação valorada como proibida pelo Direito (BRANDÃO, 2010, p. 140). Por se inserirem no tipo subjetivo de injusto, são intitulados comumente de injusto subjetivo doloso e culposo.

O tipo de injusto doloso pressupõe a existência de uma ação humana livre e consciente no sentido de praticar a infração penal. Pressupõe, pois, vontade (elemento volitivo) e consciência (elemento intelectual) de praticar uma conduta proibida.

O dolo deve abarcar: a) No elemento intelectual, conhecimento contemporâneo dos elementos objetivos do tipo (elementos descritivos e elementos descritivos) (CIRINO, 2014, p. 129); e, b) No elemento volitivo do injusto, a vontade incondicionada de concretização da conduta proibida (CIRINO, 2014, p. 129).

A questão da identificação e determinação do dolo é uma problemática, independentemente das diversas tentativas existentes na dogmática penal de sua simplificação, de imensa complexidade. Por isso, demandou uma análise mais detalhada no capítulo 2 da presente pesquisa.

De qualquer modo, é possível afirmar que, de modo perfunctório, tradicionalmente, a identificação do dolo é analisada sob o crivo de dois critérios principais, quais sejam: 1) O critério da vontade; e, 2) O critério da representação. O primeiro, tem como foco a verificação empírica da intensidade da vontade do agente (TAVARES, 2018, p. 254). Já o segundo, tem como foco a apreensão, para a compreensão do dolo, “puramente psicológica dos mecanismos pessoais de percepção” (TAVARES, 2018, p. 254).

Na dicção do art. 18 do CP brasileiro, que adota o esquema finalista de tipo de injusto, o dolo ou tipo de injusto doloso pode ser direto ou eventual. A denominação dolo direto tem como razão de ser o fato de a conduta do agente ser empreendida com a intenção de realização necessária (dolo de primeiro grau) – ou, ao menos, segura (dolo de segundo grau) – do resultado final previsto pelo tipo (ROXIN, 1997, p. 421) (tradução nossa). Já o eventual é a segunda modalidade do tipo de injusto doloso, que expressa a relação mais fraca “entre o agente e o resultado no âmbito da zona do ilícito” (TAVARES, 2018, p. 278). Aqui, o agente “não quer diretamente o resultado, mas atua de tal modo que o incorpora como consequência possível ou provável de sua ação” (TAVARES, 2018, p. 279). Em razão disso, a questão concernente à sua determinação na prática forense ainda paira, no campo da dogmática penal contemporânea, sobre uma certa zona de penumbra. Por todo o exposto, tais questões demandaram uma análise atenta no capítulo 2 da presente pesquisa.

De modo inicial, uma conclusão parece ser tomada por verdadeira pelos juristas penalistas da contemporaneidade: as teorias da vontade e da representação supramencionadas não são mais suficientes para a definição e determinação do dolo eventual e da culpa consciente. Nesse viés, criou-se um terreno fértil para o surgimento de novos enunciados teóricos voltados à definição e determinação do dolo eventual, com destaque para as teorias normativas atributivas.

Em relação à culpa, ou tipo de injusto culposos, compreende-se o elemento da culpa como uma espécie delitiva caracterizada pela excepcionalidade. Assim, somente haverá crime

culposo na hipótese de ser impossível imputar ao agente delitivo a conduta a título de crime doloso (QUEIROZ, 2020, p. 298) – é o que se depreende da leitura do art. 18, § único, do CP.

Tal compreensão da culpa enquanto *minus de gravidade* do dolo não é nova; é uma posição sustentada desde os causalistas, pelos juristas Von Litz e Ernest Belling. A novidade em relação a esse assunto envolve, na verdade, o conteúdo dessa diferenciação. Mantendo essa posição de acessoriedade (SANTOS, 2014, p. 160), a culpa passou de uma “forma menor de culpabilidade e, por isso, menos importante, em que a responsabilidade deriva tão somente de uma relação psicológica superficial representada (...) pela previsibilidade do evento” (TAVARES, 2018, p. 54b), no causalismo, para se tornar uma modalidade especial do delito, o tipo de injusto culposo, no finalismo (TAVARES, 2018, p. 67b).

É com o finalismo que se estabelece a compreensão normativa do tipo de injusto culposo (ROXIN, 1997, p. 997), onde a infração à norma de cuidado figura como elemento principal da culpa.

Será considerado culposo, portanto, o injusto quando o resultado seja produzido pelo agente com a “infração aos deveres de cuidado” (TAVARES, 2018b, p. 309). Em outros termos, quando, da conduta do agente, resulte a “omissão da ação cuidadosa, imposta pela norma, no sentido de atender às funções de delimitação da atividade proibida” (TAVARES, 2018b, p. 333).

Assim como o tipo de injusto doloso, o tipo de injusto culposo também se divide em outras duas espécies, a saber: 1) A culpa consciente; e, 2) A culpa inconsciente. A distinção entre tais espécies componentes do tipo de injusto culposo se refere, em especial, à previsibilidade do resultado. Sobre a questão, Jose Orsini Martinelli (MARTINELLI, 2019, p. 505) aponta que “a distinção entre culpa consciente e culpa inconsciente é sutil, pois, enquanto nesta o resultado é apenas previsível, naquela o resultado é previsto”.

A culpa consciente - também objeto de análise no capítulo 2 da presente pesquisa – caracteriza-se quando não estiver presente a ocorrência do injusto doloso eventual, em razão de seu papel “acessório de menor significação” (SANTOS, 2014, p. 160) e na medida em que “o autor prevê o resultado como possível, mas espera que não ocorra e, especialmente, quando tem ciência de que com seu atuar, lesa um dever objetivo de cuidado” (PRADO, 2021, p 564).

Portanto, faz-se perceptível o ponto fulcral da confusão relacionada às subespécies supramencionadas do tipo subjetivo de injusto: em ambas as categorias, tem-se a “representação da realização típica como consequência possível da conduta” (DIAS, 2004, p. 247).

Voltados para a resolução dessa celeuma, foram desenvolvidos, no âmbito da dogmática penal contemporânea, diversos esquemas teóricos, com o fito de determinar e estabelecer uma limitação precisa entre essas categorias de injusto subjetivo. No capítulo 3 da presente pesquisa, foram examinadas as principais correntes teóricas ditas tradicionais, acerca da definição e determinação do elemento doloso eventual e culposo consciente, desenvolvidas no âmbito da dogmática penal.

3. TEORIAS TRADICIONAIS ACERCA DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE

No capítulo anterior, ao tratar sobre o núcleo subjetivo do delito, fez-se menção à dificuldade de definição e determinação do dolo eventual e culpa consciente, no âmbito da dogmática penal. Welzel já dizia ser esta questão “um dos problemas mais difíceis e discutidos do direito penal” (WELZEL apud QUEIROZ, 2020, p. 260).

Em síntese, a permanência de tal situação de indefinição remete à divergência quanto ao grau de intensidade de ocorrência dos elementos constitutivos do tipo de injusto doloso, quais sejam: a vontade e a representação.

Produtos dessa discrepância outra apontada, desenvolveram-se, desde o final do século XIX, no âmbito da dogmática penal, dois grandes grupos de teorias acerca desse elemento subjetivo da tipicidade penal, ambas lastreadas nas referidas categorias basilares do dolo (OLIVÉ, 2017, p. 318).

Nesse primeiro grupo de teorias, o dolo é visto sob o ponto de vista ontológico. Compreendem o dolo “através da afirmação de determinados dados de natureza psicológica, cuja existência no momento da realização fica demonstrada no processo” (BUSATO, 2015, n. p). Isto é, na perspectiva ontologista, a identificação e determinação do dolo parte da demonstração empírica da vontade e representação – ou somente representação –, colhida da constituição psicológica interna do sujeito delitivo (BUSATO, 2015, n. p).

Assim, para melhor entendimento, faz-se importante a exposição detalhada sobre as teorias ontológicas, volitivas e cognitivas.

Em geral, o primeiro grupo de teorias, denominadas teorias de vontade, parte do pressuposto de que o dolo é composto pelo conhecimento das circunstâncias objetivas da conduta proibida (elemento intelectual) e o querer realizar o resultado (elemento volitivo) (DAMASIO, 2011, p. 328). É somente com a efetiva comprovação empírica da concorrência desses “componentes psíquicos” que se dará a justificativa para “o reproche por dolo” (GRECO, 2009, p. 889).

O segundo grupo de teorias, denominadas psicológicas, por sua vez, compreendem o dolo como “conhecimento do agente acerca do risco de seu comportamento e de seu provável desfecho como realização desse risco” (MARTINELLI, 2019, p. 489). Ou seja, para os adeptos das teorias intelectivas, basta, para a verificação do dolo, a mera representação do resultado previsto pelo tipo penal (MARTELETO, 2019, p. 207). Aqui, o querer (elemento volitivo) deixa de ocupar papel central na atribuição dolosa, até porque, como bem aponta Odone Sanguiné, “não pode ser querido o não previsto” (SANGUINE, 1980, p. 80).

Abordadas de modo geral as principais correntes teóricas sobre o dolo, tornar-se-ão mais palpáveis as discussões travadas pelos teóricos adeptos das teorias volitivas e intelectivas, no campo da definição do dolo eventual e culpa consciente.

No que se refere à definição do dolo eventual, no campo das teorias psicológicas, destacaram-se: a teoria da possibilidade e a teoria da probabilidade (SANTOS, 2014, p. 137).

A teoria da possibilidade foi “desenvolvida depois da II Guerra, por Schröder e Schmidhäuser” (TAVARES, 2019, p. 347). Para essa corrente teórica, para a identificação do dolo eventual e da culpa consciente, bastaria a verificação do elemento intelectual da conduta.

Por esse motivo, os juristas adeptos da teoria da possibilidade acabaram por negar a existência da imprudência consciente. Na teoria da possibilidade, a verificação dos elementos da culpa e do dolo restringe-se ao binômio conhecimento (tipo de injusto doloso)-não conhecimento (tipo de injusto culposo) (ROXIN, 1997, p. 433). Estando restringida a análise do dolo e da culpa ao binômio em questão, restaria impossível a diferenciação entre o dolo eventual e a culpa consciente, porquanto, “em ambos os casos, a representação do agente terá por base a possibilidade da produção do resultado” (TAVARES, 2018, p. 279).

Em termos mais claros, para a teoria da possibilidade, ou há culpa (inconsciente) – representada pela ausência de conhecimento do agente em relação ao resultado –, ou há dolo eventual – quando o agente prevê o resultado como possível.

Em relação ao dolo eventual, para os adeptos da teoria da possibilidade, a “mera representação da possibilidade do resultado típico já constituiria dolo, porque uma tal representação deveria inibir a realização da ação” (CIRINO, 2014, p. 139).

Não é de duvidar que os critérios apresentados pela teoria da possibilidade, para a distinção entre dolo eventual e culpa consciente, foram objeto de diversas críticas pela dogmática penal. Sem a intenção de esgotar os apontamentos críticos sobre tal enunciado teórico, a crítica mais recorrente aponta, como questão problemática da teoria da possibilidade, o excesso de intelectualismo, onde se privilegiam, na identificação do dolo eventual, os aspectos intelectivos, sem levar em consideração a face volitiva da conduta – elemento essencial para o tratamento da categoria do dolo eventual, para boa parte da dogmática penal (CIRINO, 2014, p. 139).

Para Claus Roxin, para quem também sobreleva a crítica do intelectualismo, seria impossível a distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente nos termos da teoria da possibilidade, uma vez que, para a caracterização do dolo eventual, seria necessário que o agente, em um contexto fático qualquer, percebendo a possibilidade de realização do tipo e o seu respectivo resultado – inclusive, a lesão a um bem jurídico tutelado –, seguisse atuando, apesar de tudo (ROXIN, 1997, p. 433), quando o que ocorre, na verdade, é a situação contrária: o agente, na maioria das vezes, atua na confiança de que o resultado – e a respectiva lesão – não ocorrerá (ROXIN, 1997, p. 433).

A segunda teoria intelectualiva do dolo eventual – a teoria da probabilidade – foi desenvolvida inicialmente por Helmuth Mayer (ROXIN, 1997, p. 435). Para os juristas adeptos da teoria da probabilidade, tem-se dolo eventual “sempre que o autor tiver considerado como provável a lesão do bem jurídico” (QUEIROZ, 2020, p. 263).

Ainda que grande parte da dogmática penal afirme ser a distinção entre a teoria anterior – a da possibilidade – e a teoria da representação uma questão de nomenclatura (KINDHAUSER *apud* TAVARES, 2019, p. 280), é necessário discordar pelo menos quanto a esse ponto. É que, além da mera possibilidade de realização do resultado, exige a teoria da probabilidade “uma representação qualificada” (DIAS, 2004, p. 248) para a caracterização do dolo eventual, a indicar uma certa sofisticação em relação à teoria anteriormente abordada.

Para a aferição dessa “representação qualificada” (DIAS, 2004, p. 248), a teoria da probabilidade faz emprego – como o nome indica – do método estatístico probabilístico. Assim, na verificação do dolo eventual tem-se “vários graus de probabilidade” (TAVARES, 2018, p.

280); quanto maior a probabilidade de o agente ter representado o resultado ao empregar a sua conduta, maior será a viabilidade da imputação da conduta dolosa.

Em outras palavras, na teoria da probabilidade, estará presente o dolo eventual “quando o autor notou uma grande probabilidade de que se produzisse o resultado, e a culpa consciente quando a possibilidade de esta ser reconhecida pelo autor era muito remota” (MIR PUIG, 2008, p. 264) (tradução nossa).

Assim como foram dirigidas diversas observações à teoria da probabilidade pelo seu excessivo intelectualismo, também foram despendidas várias observações aos critérios apresentados pela teoria da probabilidade para a definição do dolo eventual.

Em geral, aponta a dogmática penal, como questão problemática da teoria da probabilidade, a dificuldade de estabelecer, em termos meramente probabilísticos, a exata fronteira entre o dolo eventual e a culpa consciente (DIAS, 2004, p. 248). Nos casos limítrofes, onde se tem certa penumbra em relação à ocorrência do dolo eventual e da culpa consciente, a teoria da probabilidade costuma apresentar dificuldades (MIR PUIG, 2008, p. 265).

No que concerne à definição do dolo eventual, no campo das teorias volitivas, destacaram-se: a teoria da indiferença ao bem jurídico e a teoria do consentimento (CIRINO, 2014, p. 137).

A primeira entre as teorias volitivas – a teoria da indiferença ao bem jurídico – foi desenvolvida pelo penalista alemão Karl Engisch. Aqui, a indiferença ou não do agente delitivo em relação “ao bem jurídico ou à sua lesão” (TAVARES, 2019, p. 353) opera como critério significativo para a diferenciação entre o dolo eventual e a culpa consciente.

De acordo com a teoria proposta por Karl Engisch, haverá dolo eventual quanto maior for a indiferença do autor à lesão do bem jurídico tutelado (SANGUINE, 1980, p. 84). Por outro lado, haverá culpa consciente quanto menor for a indiferença do autor à lesão do bem jurídico tutelado (SANGUINE, 1980, p. 84).

O principal ponto de crítica à teoria da indiferença ao bem jurídico se refere à falibilidade dos critérios apresentados por esse enunciado teórico, quando aplicados em contextos fáticos onde o indivíduo: a) Não possui nenhum conhecimento acerca do perigo de

lesão ao bem jurídico (TAVARES, 2019, p. 353) – o que denotaria uma maior indiferença; e, b) A despeito de possuir conhecimento do perigo de lesão, emprega sua conduta com a crença na não realização do resultado – a denotar uma menor indiferença (CIRINO, 2014, p. 138). Afinal de contas, nem sempre o agente delitivo, ao atuar apenas com a consciência ou inconsciência da lesão ao bem jurídico, praticará delito na modalidade culpa consciente e vice-versa.

Por fim, a última teoria volitiva – a teoria do consentimento – foi desenvolvida inicialmente pelo jurista alemão Edmund Mezger. Para a definição do dolo eventual, esta, além de levar em consideração os elementos volitivo e intelectual da conduta, reputa, como significativo na identificação e determinação do dolo eventual, um elemento de matriz emocional: “a vinculação emocional do agente para com o resultado (TAVARES, 2019, p. 352). Em outros termos, para a caracterização do dolo eventual, segundo os critérios da referida teoria, é necessário ser o resultado agradável ao agente delitivo (CIRINO, 2014, p. 137). Portanto, haverá dolo eventual quando o “autor consinta na possibilidade do resultado, no sentido de que o aprove” (MIR PUIG, 2008, p. 263) (tradução nossa). Haverá culpa consciente, por sua vez, quando “o autor somente leva a sua atividade abraçando-se a possibilidade de que o resultado não se produzisse, e dizendo: se eu supusesse que haveria de ocorrer o resultado delitivo, deixaria de atuar” (MIR PUIG, 2008, p. 263) (tradução nossa).

O fato dessa teoria ter, como premissa essencial, a aprovação do agente delitivo quanto ao resultado de sua conduta, gerou diversas críticas aos critérios por ela ofertados, para a definição e determinação do dolo eventual. Em primeiro lugar, seria impossível avaliar tal atitude interna em momento posterior à realização da conduta e o seu respectivo resultado, para fins de imputação a título de dolo eventual (SANGUINÉ, 1980, p. 80). Em segundo lugar, a mera aprovação não é um critério – quando compreendida isoladamente – confiável para a atribuição da imputação dolosa a título de dolo eventual. Na verdade, o aprovar é característica própria do dolo direto e “não do dolo eventual (que pode compreender, também, resultados desagradáveis ou lamentados)” (CIRINO, 2014, p. 138).

Por conseguinte, têm-se contextos fáticos, onde o aprovar ou consentir com o resultado é discrepante dos efeitos efetivamente produzidos pela conduta praticada pelo agente delitivo no mundo dos fatos. Como exemplifica Mir Puig, caso fossem aceitos – sem críticas – os critérios formulados pela teoria do consentimento, chegar-se-ia à situação absurda de admitir a

ocorrência de culpa consciente em situações de extremo perigo, onde o agente, malgrado consciente dessa situação, não deseja a ocorrência do resultado (MIR PUIG, 2008, p. 263), ou de atribuir à imputação dolosa a título de dolo eventual, as situações em que, embora o baixíssimo nível de perigo ocasionado, ficar provado que o agente, de algum modo, aprovou a realização do resultado (MIR PUIG, 2008, p. 263).

Em meados do século XX, como medida de resposta à situação de penumbra em que se encontrava a dogmática em relação ao dolo eventual, o penalista alemão Reinhard Frank desenvolveu, com ponto de partida nas contribuições da teoria do consentimento, as chamadas fórmulas de Frank (SANGUINÉ, 1980, p. 81). Tais fórmulas foram desenvolvidas com a exclusiva finalidade de delimitar a definição do dolo eventual (TAVARES, 2019, p. 354).

A primeira fórmula, denominada teoria hipotética do consentimento, considera como possível a imputação dolosa a título de dolo eventual, apenas se o agente, ao prever o resultado como certo, teria este o impedido de concretizar o seu intento criminoso (HUNGRIA, 1978, p. 118). Em hipótese contrária, se a resposta dessa assertiva for negativa, não estará caracterizado o dolo eventual.

Claus Roxin aponta que, nos termos expostos pela teoria hipotética do consentimento, ainda que apresente um critério robusto para a definição e determinação do dolo eventual, não seria razoável afirmar pela negação do dolo eventual, na hipótese de não ter previsto o sujeito o resultado como certo, o que, porventura fosse seguida à risca essa teoria, levaria à conclusão de que ele efetivamente não quis o resultado (ROXIN, 1997, p. 438). Para exemplificar sua crítica, Roxin assim colaciona o caso Lacman¹:

“Aqui é seguro que o sujeito não haveria atuado caso tivesse conhecimento seguro de seu fracasso, pois em tal caso havia conseguido

¹ Refere-se a caso elaborado no âmbito da dogmática alemã, em que dois fazendeiros, em um estande de tiro alvo localizado em uma feira popular, decidem realizar uma aposta: caso um desses fazendeiros acertasse uma bola de cristal sustentada por uma moça, que se encontrava a 20 metros de distância do estande de tiro ao alvo, o outro fazendeiro, o perdedor da aposta, perderia 300 euros em favor do outro apostador (PUPPE, 2019, p. 73). No exemplo mencionado, o atirador desferiu o tiro em direção à garota, e acaba por acertar não a bola de cristal, mas sim, a mão da garota, ocasionando, com isso, a sua morte.

riscos, e não ganhos, de seu disparo. Não obstante, há de se apreciar o dolo eventual: o sujeito havia incluído o fracasso nos cálculos de seu plano, porque as perspectivas de sucesso teriam para ele mais valor do que o risco de falhar” (ROXIN, 1980, p. 438) (tradução nossa).

Outro apontamento crítico sobre essa primeira teoria centra-se na dificuldade em empregar tais critérios na atribuição de responsabilidade penal. Sobre a questão, Juarez Tavares atenta que, em face dessa insuficiência, “a diferença entre dolo eventual e culpa consciente 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” (TAVARES, 2019, p. 355). Essa mesma crítica é compartilhada por Odoné Sanguiné, para quem, na responsabilização criminal, para o juiz “deve ser decisivo, não um hipotético processo agradável, senão um efetivo processo anímico” (SANGUINÉ, 1980, p. 81).

Em reconhecimento à falibilidade da primeira fórmula, Frank, em complemento à teoria hipotética, desenvolveu a teoria positiva do consentimento, como medida para determinar os processos psíquicos internos que levam o autor a empreender determinada conduta criminosa (SOLER, 2008, p. 80). Segundo tal teoria, tem-se dolo eventual “se o autor diz: seja assim ou de outro modo, chegue a ser assim ou de outro modo, eu atuo” (FRANK *apud* WELZEL, 1956, p. 76) (tradução nossa).

Mesmo que expressivas as contribuições de Frank ao problema da definição e determinação do dolo eventual, os critérios ofertados pela teoria positiva do consentimento também não escaparam de críticas. Alguns juristas argumentam que tais critérios seriam insuficientes para desvendar essa atitude interior do agente no momento de sua conduta (TAVARES, 2018, p. 290). Outros, por sua vez, apontam que tais critérios não se diferenciam muito daqueles apresentados pela teoria hipotética do consentimento (ROXIN, 1997, p. 438-439).

Apesar das diversas críticas apresentadas às fórmulas desenvolvidas por Frank – teoria hipotética e positiva do consentimento –, ambas as fórmulas foram – e ainda são – amplamente adotadas pela doutrina e jurisprudência estrangeira (SANGUINÉ, 1980, p. 82). Para Hans

Welzel, a teoria do consentimento, sobretudo, após as contribuições de Frank, passou a ser amplamente seguida pela jurisprudência e dogmática penal alemã a partir do século XX (WELZEL, 1956, p. 76).

O Código Penal (CP) brasileiro, em seu art. 18, inc. II, adotou expressamente a teoria do consentimento (HUNGRIA, 1978, p. 122). Conforme, tem-se dolo eventual quando o agente assume o risco de produzir o resultado (BRASIL, 1940). Quanto à culpa consciente, por constituir um *minus* residual de gravidade, tem-se culpa consciente sempre que não for possível a caracterização do dolo eventual; isto é, no conflito entre culpa consciente e dolo eventual, “deve-se optar pela menos grave, a culpa consciente” (BITTENCOURT, 2021, p. 381). A jurisprudência, a despeito dos diversos acréscimos a ela atribuídos, tem aplicado a teoria do consentimento no momento da identificação do dolo eventual (BRASIL, 2008) (BRASIL, 2018).

Em suma, ainda que tenham proporcionado evidentes avanços em relação à teoria do delito, as teorias ontológicas, lastreadas nas categorias da vontade e representação, e que se traduz “na afirmação de que o dolo é uma entidade que existe como fenômeno psíquico” (BUSATO, 2015, n. p.), não foram capazes de apresentar critérios razoáveis para a definição e determinação do dolo eventual e da culpa consciente.

Em resposta a essa situação de penumbra, tem se desenvolvido, no âmbito da dogmática penal contemporânea, as denominadas teorias normativas atributivas do dolo eventual. Como será explicitado no próximo capítulo, os adeptos dessas teorias partem do pressuposto de que a imputação dolosa, a título de dolo eventual, é produto de uma atividade de atribuição do julgador no caso concreto.

Nessa vertente, a aferição do dolo eventual deixa de pressupor apenas uma atitude descritiva dos processos psíquicos que levaram o autor a praticar determinada conduta – como pressupunha os teóricos ontológicos –, para se tornar um juízo de atribuição, exercido mediante o emprego de um conjunto de indicadores objetivos à disposição do julgador no caso concreto, que indicarão a viabilidade ou não da imputação por dolo eventual (GRECO, 2009, p. 887).

4. TEORIAS CONTEMPORÂNEAS DO DOLO EVENTUAL: AS TEORIAS ATRIBUTIVAS – NORMATIVAS

Com correspondente histórico no longínquo Direito Romano (RAGUES I VALLES, 1998, p. 335), a noção de dolo sob uma perspectiva normativa retorna, na dogmática penal contemporânea, como medida de resposta às noções tradicionais de dolo.

Em geral, os primeiros trabalhos sobre a definição normativa de dolo, embora não se intitulassem como tal, já apontavam a falibilidade dos critérios apresentados pelas teorias cognitivas e volitivas – ou apenas ontologistas – para a definição e determinação dessa categoria da imputação subjetiva. Sobre a questão, Kelsen, em sua obra intitulada *Hauptprobleme*, já atestava que:

“quando o tipo de injusto parecer incorporar-se requisitos como vontade, intenção e outros fenômenos psíquicos, estes devem simplesmente ser interpretados como fatores externos que resultem cognoscíveis de forma objetiva ao juiz e que admitam como possível as hipóteses dos fenômenos psíquicos em questão” (KELSEN, HANS *apud* RAGUÈS I VALLES, 1998, p. 357) (tradução nossa).

Após as teses desenvolvidas por Hans Kelsen, surgiram vários outros trabalhos dogmáticos que consolidaram de vez essa compreensão da atitude dolosa na teoria do injusto penal.

Em seu trabalho doutoral, Ragués i Valles destaca que, tomaram lugar nessa senda, os trabalhos “de autores como Kraub, Schild e Hruschka” (RAGUES I VALLES, 1998, p. 357) (tradução nossa), que tiveram êxito na construção de teorias sobre o dolo em uma perspectiva normativa atributiva.

Ainda que o presente capítulo tenha se iniciado com referência, de antemão, às primeiras propostas normativas sobre o dolo, o fenômeno de normatização do dolo insere-se em outro movimento, de maior amplitude, ocorrido no seio da dogmática penal contemporânea, a partir do século XX. É fruto de uma tentativa de compreender a teoria do tipo objetivo sob novas bases e, principalmente, redefinir as bases do tipo subjetivo, informada, até aquele momento, pelas contribuições da teoria finalista de delito (PORCIÚNCULA, 2014, p. 26-27).

A questão problemática da definição e determinação do dolo e culpa e da diferenciação entre estes “estão condicionados, desde então, pelo câmbio das perspectivas doutrinárias, que passou de uma teoria psicológica a uma teoria normativa de culpabilidade e a objetivização do injusto, que tem levado a cabo a teoria da imputação objetiva nos últimos anos” (SANCHEZ, 1998, p. 271) (tradução nossa).

Sem o intuito de antecipar as discussões a serem travadas nas linhas que se seguem, onde se têm os principais arquétipos teóricos sobre tal temática na dogmática penal contemporânea, o grande salto argumentativo dos adeptos das teorias normativas atributivas, em contraposição ao que apresentaram os ontologistas, consistiu em excluir, em definitivo, a vontade meramente psicológica da verificação do injusto doloso.

O elemento intelectualivo, que antes era retirado da constituição interna psíquica do autor (BUSATO, 2015, n. p.), passa, nessa perspectiva, a depender de um juízo de atribuição de um terceiro – o juiz, na maioria das propostas –, a quem caberá interpretar, a partir da aplicação de um conjunto de critérios estabelecidos normativamente pelo Direito, sobre a existência ou não de dolo.

A grande crítica desse grupo de juristas às teorias meramente ontologistas centra-se na incapacidade de demonstração dessa atitude interna do agente (momento volitivo) no caso aqui em comento. Em menção à metáfora desenvolvida por Ingeborg Puppe, ao comentar sobre o famoso caso da disputa automobilística de Berlim, “o juiz, como se diz, não poderia olhar para dentro da cabeça do agente durante a prática do ato (...) mesmo se o juiz pudesse olhar para dentro da cabeça do autor durante o ato, ele não encontraria, ali, nada do que deveria ver” (PUPPE, 2019. p. 69).

Em retomada às categorias basilares do elemento doloso, nessa perspectiva, a vontade “não é mais uma entidade interna à psique de alguém, mas uma atribuição, isto é, uma forma de interpretar um comportamento, com ampla independência da situação psíquica do autor” (GRECO, 2009, p. 887). Nesse sentido, nas teorias normativas atributivas tem-se um verdadeiro abandono da vontade no sentido meramente psicologista, submetida, no espectro das teorias normativas sobre o dolo, à verificação da incidência de critérios objetivos e externos à esfera do agente delitivo.

A representação também passa por esse processo de reconfiguração. Como adiantado, nesses novos arquétipos teóricos, a representação passa a ocupar papel essencial na imputação dolosa. Em sua grande maioria, os adeptos da perspectiva normativa atributiva sobre o dolo consideram que unicamente o elemento cognitivo é capaz de ofertar condições para a realização da imputação dolosa ou culposa. Para essa nova corrente, “o conhecimento é fator subjetivo para que se possa considerar que o autor agiu com domínio ou controle sobre aquilo que estava em vias de realizar” (GRECO, 2009, p. 891).

No entanto, nesse novo marco teórico, a representação não mais atua sob as mesmas bases. Aqui, o elemento cognitivo somente poderá ser valorado caso atribuído ao agente, sob o pálio de determinados critérios instituídos pelo direito (SCHUNNEMANN, 2013, p. 129).

Entrementes, a disputa entre os teóricos normativos atributivos deixa de ser a descoberta do melhor método para decifrar a decisão do agente, sob uma perspectiva psicologista, no momento do ato – ponto fulcral de debate entre os ontologistas –, e se volta, nessa seara, a outra problemática: indicar quais são os melhores critérios de Direito, que servirão de auxílio para o julgador, na atribuição ou não da imputação dolosa (MARTELETO FILHO, 2019, p. 246).

Postas essas considerações iniciais, a seguir, têm-se esmiuçadas algumas das principais propostas da corrente atributiva normativa no que concerne ao dolo e a culpa. Apesar da imensa variedade, destacam-se, na dogmática penal contemporânea, as propostas de: a) Gunther Jakobs, com a teoria da indiferença ao sistema de normas; b) Ingeborg Puppe, com a teoria do perigo doloso; c) Ramon Ragués i Vallés, com o conceito social normativo de dolo; e, d) No Brasil, as contribuições trazidas por Eduardo Viana.

4.1. TEORIA DA INDIFERENÇA AO SISTEMA DE NORMAS, DE GUNTHER JAKOBS

Sem mencionar as diversas contribuições trazidas à teoria do delito, Gunther Jakobs destacou-se pelos acréscimos apresentados à problemática da definição e determinação do dolo, em especial, sobre a questão do dolo eventual. No âmbito da dogmática penal contemporânea, tal jurista foi um verdadeiro precursor na elaboração das teorias normativas atributivas quanto ao dolo.

Antes de adentrar nas propostas desse jurista alemão, é importante mencionar que tais construtos são impregnados de sua noção funcionalista sobre o delito; isto é, concorda, em síntese, que o sistema penal se orienta “exclusivamente pelos fins do direito penal” (GRECO, 2000, p. 321). No caso de Jakobs, tem-se a proteção do sistema de normas, que atua como fio condutor de sua proposta sobre a questão problemática do dolo eventual.

A noção de Gunther Jakobs sobre o dolo, sobretudo, o dolo eventual, inter-relaciona-se diretamente com a sua perspectiva funcionalista sistêmica de delito. Em resumida síntese, em sua teoria funcionalista sistêmica de delito – fruto das contribuições da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann –, ele parte do pressuposto de que o Direito Penal, como sistema componente da teia social, exerce uma função de reforço das expectativas sociais (GRECO, 2000, p. 331), “imprescindíveis para possibilitar os contatos sociais” (JAKOBS, 1995, p. 11) (tradução nossa).

Nesse contexto social, inserido no modelo funcionalista sistêmico, o sujeito possui o dever de garantir que tais expectativas permaneçam inalteradas. Atuam, nas palavras de Jakobs, como verdadeiros garantes da estabilidade do tecido social (GRECO, 2000, p. 333).

Tem-se aí o principal fundamento do sistema de imputação construído por Gunther Jakobs. Para a imputação de determinada conduta, no modelo funcionalista sistêmico, não é o sujeito que interessa para o Direito Penal, mas sim, os “conceitos mediado pelo social, é dizer, da pessoa, do âmbito da competência e da norma enquanto expectativa social institucionalizada” (JAKOBS, 1996, p. 50) (tradução nossa).

Em transporte dessas compreensões à questão do dolo, Jakobs prega ser incabível qualquer consideração sobre a vontade psicológica do agente na realização da imputação

dolosa, pois não importa, para a realização da imputação, no âmbito da teoria funcionalista de Jakobs, “um sujeito que causa ou pode evitar um acontecimento, mas aquele que pode ser competente para tanto” (GRECO, 2000, p. 334); ou seja, aquele sujeito capaz de exercer a garantia das expectativas sociais.

Na imputação dolosa, “se trata é de pessoas e não de sujeitos, desde a perspectiva funcional os conhecimentos atuais do sujeito carecem de importância que lhe concede a dogmática tradicional, naturalista e apegada ao fato psíquico” (JAKOBS, 1996, p. 55) (tradução nossa).

Estas, em resumo, são as principais razões de se conferir a Jakobs o feito de ter construído uma inovadora teoria normativa atributiva sobre o dolo, uma vez que, nesse esquema, são os modelos de conduta socialmente construídos (os papéis) – e não os sujeitos subjetivamente considerados – que condicionam a imputação da conduta dolosa ao agente delitivo.

Para Jakobs, dolo é, portanto, a “indiferença à vigência da norma, é expressão de que o autor não reconhece a norma como um padrão de comportamento a que está vinculado” (GRECO, 2009, p. 890). Assim, no comportamento doloso, “o agente não sabe o que faz, e nem sobre qual é o “julgamento do Direito” acerca do facto, porque não se interessa por isto, (ou seja, porque a informação lhe é de todo irrelevante” (MARTELETO, 2019, p. 305).

Em retomada às discussões aqui desenvolvidas sobre as bases da teoria de imputação de Jakobs, o dolo perfaz-se aqui, em Jakobs, em face de uma quebra das expectativas sociais afetas à vivência social, que atrai ao seu garante à atuação punitiva do Direito, e não ao grau de intensidade de sua vontade interna e psicológica no momento da prática do fato. Por conseguinte, a indiferença na teoria funcionalista sistêmica não é uma indiferença psicológica-subjetivista, mas, acima de tudo, uma indiferença standardizada.

Tal indiferença, própria do dolo, não se perfaz na categoria da imprudência. A imprudência, em Jakobs, é fruto, em suas próprias palavras, de um “desconhecimento fruto de um defeito de cálculo que nasce de um erro no planejamento do comportamento” (JAKOBS, 1996, p. 58) (tradução nossa). Em outras palavras, constitui conduta imprudente aquela

empregada sem o conhecimento consciente de suas consequências, a tal nível que põe em risco o próprio autor do fato” (JAKOBS, 1995, p. 313) (tradução nossa).

Resumindo, enquanto no dolo, o desconhecimento da realização do tipo parte de uma violação intencionada (standardizada) da norma, na imprudência, tal desconhecimento parte de uma “incompetência no manejo de seus próprios assuntos” (JAKOBS, 1995, p. 312) (tradução nossa).

Em relação ao dolo eventual, Jakobs parte de um conceito também de natureza normativa atributiva. Para aquele estudioso tem-se dolo eventual “quando no momento da ação o autor julga que a realização do tipo não é improvável como consequência dessa ação” (JAKOBS, 1995, p. 327) (tradução nossa). Esse grau de realização do tipo é conferido a partir de elementos intelectivos, analisados não através da representação interna e psicológica do agente, mas, a partir de um juízo objetivo e normativo (JAKOBS, 1995, p. 333).

Tal juízo objetivo tem como elementos indicadores da maior seriedade da não improbabilidade da realização do tipo: o juízo válido do agente em relação à consequência de seu resultado (DIAZ PITA, 1993, p. 285); sobre a dificuldade objetiva de evitar o resultado (DIAZ PITA, 1993, p. 285); sobre a “maior ou menor dificuldade de impedir o resultado” (JAKOBS, 1995, p. 333) (tradução nossa); e, a intensidade do risco (JAKOBS, 1995, p. 333). Nesse sentido, quanto maior a incidência desses elementos, mais factível será a tese da ocorrência de dolo eventual, caso percebida a partir do constructo de Jakobs.

No esquema da sua teoria de imputação, Jakobs não confere muita atenção à culpa consciente. Ele atribui à essa categoria específica apenas uma função negativa de caracterização, em face das hipóteses existentes de dolo eventual. Melhor dizendo, “toda imprudência, tanto consciente como inconsciente (negligência) está caracterizada negativamente: falta o conhecimento da realização do tipo” (JAKOBS, 1995, p. 382) (tradução nossa).

Por esses motivos, no constructo de Jakobs, a culpa consciente perde sentido, haja vista que todas as hipóteses de conhecimento – mesmo que ínfimo – do autor sobre a possibilidade de realização do tipo restringem-se ao elemento subjetivo doloso (JAKOBS, 1995, p. 382).

4.2 TEORIA DO PERIGO DOLOSO, DE INGEORG PUPPE

À Ingeborg Puppe é relegada a reputação de ter sido uma das principais precursoras das teorias normativas sobre o dolo no âmbito da dogmática penal contemporânea. Tal estudiosa é crítica ferrenha às mencionadas teorias ontologistas do dolo, que condicionam a imputação dolosa à análise da atitude interna do sujeito (PUPPE, 2009, p. 823).

Entende que, nem as teorias voluntaristas – “com os seus indicadores ou contraindicadores do dolo” (PUPPE, 2019, p. 70) – e, tampouco, as teorias intelectivas – “a partir de seus modelos de generalização, calculabilidade e previsibilidade da decisão” (PUPPE, 2019, p. 72) –, tiveram êxito na resolução dessa difícil problemática.

Para contextualizar a falência das teorias ontologistas, Puppe traz à baila o caso da barraca de tiros de Lacmann². Em análise às circunstâncias fáticas que ensejaram a construção deste caso, aquela jurista alemã conclui que as teorias voluntaristas e intelectivas não lograram ofertar uma resposta satisfatória, a ensejar a imputação a título doloso ou culposo, ao fato de o atirador, ao desferir um tiro certo contra a garota que tinha em suas mãos uma bola de vidro, não ter efetivamente desejado o resultado, apesar do desfecho desastroso de sua conduta: a morte da jovem (PUPPE, 2019, p. 73).

Em relação ao caso de Lacmann³, Puppe atenta que, qualquer observação sobre a intenção do agente no momento do fato, seria “uma ninharia em comparação com a integridade física da garota, que ele colocou em grande risco” (PUPPE, 2019, p. 73).

Para Ingerborg Puppe, representativo também desse fenômeno o célebre caso da disputa automobilística de Berlim⁴, verdadeiro *turning point* na jurisprudência alemã, que representou

² Idem.... Ver nota n. 1.

³ Idem Ver nota n. 1.

⁴ Refere-se a caso julgado pela justiça alemã, em que se tratou de racha realizado por dois jovens alemães na avenida *Kurfursterdamm*, localizada em Berlim. Unidos ambos de automóveis de altíssima potência, decidiram praticar corrida ao longo da mencionada avenida, com ponto de chegada em uma loja de conveniência localizada no percurso da via alemã (PUPPE, 2019, p. 66). Conseguiram percorrer os corredores apenas 3,5 km da movimentada avenida *Kurfursterdamm*

o abandono da posição voluntarista e o início da adoção de uma posição normativa sobre o dolo (PUPPE, 2021, p. 295). Em resumida síntese, as circunstâncias fáticas que lastrearam a construção do retromencionado caso envolveu acidente ocasionado por um grupo de jovens que, conduziam seus carros, em alta velocidade, pelas ruas de Berlim, com o principal objetivo de disputar racha (PUPPE, 2021, p. 296-298). No percurso, os acusados violaram diversas sinalizações e ocasionaram a morte de uma família que também conduzia pelas vias da capital alemã (PUPPE, 2021, p. 296-298).

Na confirmação da condenação de um dos acusados pela prática do delito de homicídio doloso, imposta pelo Tribunal Estadual (primeira instância), entendeu o Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (*Bundesgerichtshof* – BGH) – última instância recursal das decisões de primeiro grau, na organização judiciária alemã – que “não foi a produção do resultado que o acusado teria consentido, e sim o perigo extremamente alto de sua produção” (PUPPE, 2021, p. 300). Em comentário a essa decisão, atestou Puppe que, “em relação a esse perigo já não mais se coloca a questão sobre se ele teria assumido com aprovação, aceitado com indiferença ou se resignado com sua realização. A única questão que resta é qual o grau do perigo conhecido pelo agente” (PUPPE, 2021, p. 300).

Nesse sentido, impositivo, nos termos do proposto por Puppe, que a realização da distinção e a determinação do dolo e da culpa seja por meio de um juízo normativo atributivo. Em outras palavras, “caso se queira considerar tal atitude pessoal ou elemento volitivo para a distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente, isso só será possível no sentido de que se atribua ao agente, sob determinadas condições, esse tal elemento” (PUPPE, 2019, p. 70). Segundo aquela jurista alemã, tal posição normativa do dolo oferta maior estabilidade jurídica em relação à questão da definição e determinação do dolo (PUPPE, 2006, p. 129).

- com a violação, durante o percurso, de diversos sinais de sinalização de trânsito -, sendo impedidos de concluir o seu intento em face da colisão de um dos carros dos corredores com outro veículo, ocupado por uma família alemã (PUPPE, 2019, p. 66). Na primeira instância, foram condenados por homicídio qualificado doloso (PUPPE, 2021, p. 296). Após interposição de recurso pelos corredores, o BGH - última instância, no sistema de justiça alemão - anulou o julgamento anteriormente realizado pelo órgão julgador de primeira instância e remeteu os corredores a novo julgamento, oportunidade em que foram novamente condenados por homicídio qualificado em concurso formal com os crimes de lesões corporais perigosas e de periclitación dolosa (PUPPE, 2021, p. 297). Os corredores interpuseram novos recursos ao BGH, tendo sido a condenação do autor da colisão mantida, e a do outro corredor, anulada (PUPPE, 2021, p. 297).

Em face dessa insuficiência das teorias ontologistas, Puppe formula, como resposta, uma inovadora teoria normativa sobre o dolo: a intitulada teoria do perigo doloso. A principal premissa deste constructo teórico, em comparação ao que propõem as teorias tradicionalistas da representação sobre o dolo, é a de propor não um conceito quantitativo, “e sim de conceito qualitativo do perigo intenso, cuja representação fundamente o dolo do autor” (PUPPE, 2006, p. 122-123).

O critério, portanto, na proposta de Puppe, para definir se o agente delitivo provocou uma situação de perigo doloso e, com isso, tornou-se merecedor da imputação do fato praticado a título doloso, inclusive, a título de dolo eventual, é o do homem racional (ou homem médio); é o “de que uma pessoa racional não poderia ter seguido adiante na confiança de que o resultado não ocorreria” (PUPPE, 2019, p. 76).

Constitui, portanto, um perigo doloso, a viabilizar a atribuição do resultado a título de dolo eventual, “nos casos em que o autor pratica uma ação que é amplamente reconhecida como um método para provocar o resultado - ainda que o autor não tivesse, no caso concreto, o propósito de provocá-lo” (PUPPE, 2006, p. 123).

Para a aferição desse perigo doloso pelo juiz, no exercício de sua atividade atributiva de imputação, na seara da prática forense, Puppe, embora não tenha realizado uma delimitação quanto a isso, determina que tal “atribuição jurídica devem ser determinados, legitimados e delimitados pelo direito” (PUPPE, 2019, p. 80), a partir da fixação de um entendimento jurisprudencial uniforme sobre essa problemática (PUPPE, 2019, p. 80).

4.3 CONCEITO SOCIAL NORMATIVO DE DOLO, DE RAGUES Y VALLÉS

Antes de entender a proposta normativista de dolo trazida por Ragués i Valles, é imperativo, inicialmente, compreender sobre quais premissas sustentam-se o seu arquétipo teórico. Em contraposição a uma visão sistemática do Direito Penal, onde as áreas atinentes a essa ciência do direito são percebidas como sistemas jurídicos isolados entre si, tal jurista parte de uma visão integrada do Direito Penal.

Nesta compreensão, os sistemas jurídicos que compõem o Direito Penal (Direito Penal, Direito Processual) atuam de modo interconectado e interdisciplinar, viabilizando, a um só tempo, o cumprimento das funções precípua do Direito Penal e a busca “para o processo uma função própria que justifique sua existência, inclusive naqueles casos que não acabam em sanção” (RAGUÉS I VALLES, 2017, p. 2) (tradução nossa). Essa compreensão integrada de sistema penal reflete diretamente na visão do jurista em questão sobre a categoria do dolo.

Em resumida síntese, para Ragués i Valles, o principal fundamento do conceito de dolo é o sentido social da conduta. Fala-se em sentido social, no sentido de que todos os sujeitos valoram as condutas uns dos outros (RAGUÉS I VALLES, 1998, p. 392) e “a renúncia à individualidade e adoção de dito sentido como critério de valoração da realidade resulta imprescindível para desenvolver-se a vida em sociedade” (RAGUÉS I VALLES, 1998, p. 392) (tradução nossa).

E essa valoração, como adiantado, depende não apenas do juízo abstrato sobre a adequação típica, mas também de um intenso esforço na prova dessa conduta proibida e de como serão esses requisitos típicos provados. A prova desse conhecimento, que viabiliza sua atribuição, deve ter como fundamento uma específica regra de conhecimento, “que servem, para determinar, a partir da concorrência de certos dados externos, o que se representou uma pessoa no momento de efetuar uma determinada conduta” (RAGUÉS I VALLÉS, 2007, p. 141) (tradução nossa).

Tal regra de conhecimento, que auxilia a atribuição do elemento doloso (ou conhecimento) a determinado indivíduo, é aquela “fundada no amplo consenso social sobre sua vigência” (RAGUÉS I VALLÉS, 2007, p. 141) (tradução nossa). Isto é, funda-se tal regra de experiência menos na chamada íntima convicção do magistrado e mais no que as relações comunicativas entre o sujeito expressam (RAGUÉS I VALLÉS, 2007, p. 141).

Ragués i Valles opta por adotar uma perspectiva normativista de dolo. A razão dessa preferência se dá, principalmente, em razão da descrença nutrida pelo jurista em questão, naqueles arquétipos que se propõem a fundamentar a atribuição da imputação dolosa em uma atitude interna do agente delitivo, inacessível aos olhos do julgador, no momento da valoração da conduta delitiva (RAGUÉS I VALLÉS, 1998, p. 350-351). Segundo o referido estudioso:

“o recurso ao sentido social faz que a consideração de uma conduta como dolosa não dependa de determinados dados psíquicos cuja apreensão resulta impossível tanto para o juiz quanto para os cidadãos, mas sim, de que dita conduta, de acordo com suas características apreensíveis, se valore socialmente como negação consciente de uma concreta norma penal (tradução nossa)” (RAGUÉS I VALLES, 1998, p. 390-391) (tradução nossa).

Em face de sua visão integrada de sistema penal, além de apresentar uma interessante e inovadora abordagem sobre o dolo, Ragués I Vallés envida seus esforços em propor uma “teoria da prova sobre o dolo” (PORCIÚNCULA, 2014, p. 306) (tradução nossa), voltada a fornecer subsídios ao julgador no momento da atribuição da imputação dolosa (ou culposa).

A teoria da prova e a teoria da imputação andam de mãos dadas em Ragués i Valles, razão pela qual a determinação do dolo não se esgota, de antemão, na fase do tipo – que se contenta, apenas, com um juízo abstrato sobre os elementos do tipo –, mas, principalmente, na seara do processo, com o esgotamento de todas as fases de valoração das provas, com especial atenção àquelas atinentes aos elementos subjetivos do injusto.

Por conseguinte, a determinação do elemento subjetivo doloso exige, além de um juízo seguro sobre a adequação das condutas praticadas ao tipo previsto na lei penal, o esgotamento de toda fase de valoração sobre a prova, para, assim, tornar-se factível a tese da ocorrência do elemento doloso.

Em síntese, em Ragués i Valles, a imputação do elemento doloso somente fará sentido se lastreada na decisão final do julgador, com base no sentido social da conduta delitiva praticada. E esse juízo final sobre a conduta terá legitimidade tão apenas se esgotadas todas as fases de valoração da prova produzida sobre o elemento subjetivo do injusto.

4.4. DOLO COMO COMPROMISSO COGNITIVO, DE EDUARDO VIANA

Talvez um dos maiores precursores da onda normativista sobre o elemento doloso no Brasil, Eduardo Viana destaca-se pela sua inovadora proposta, fundamentada na anteriormente mencionada categoria do perigo doloso.

Assim como grande parte dos adeptos da corrente normativa atributiva, Viana fixa, como marco teórico de seu constructo, a falência das ditas teorias tradicionais – tanto aquelas centralizadas no elemento volitivo, quanto no elemento intelectual – para a resolução da difícil problemática de definição e determinação do dolo.

Em seu trabalho intitulado *Dolo como compromisso cognitivo*, Viana aponta que, basear a imputação dolosa na demonstração da representação e vontade do agente sob uma perspectiva meramente psicologista, significa submetê-la a um aspecto da conduta humana de difícil comprovação, além de não abarcar toda a miríade de casos onde o ponto fulcral do debate sobre a ocorrência do dolo deixa de ser centrado nas categorias da vontade e da representação (VIANA, 2017, p. 253-254). Neste quesito, é representativo, na jurisprudência alemã, o caso da barraca de tiros de Lacman⁵, onde os agentes delitivos autores da conduta proibida representaram e queriam, efetivamente, a não ocorrência do resultado – a morte da jovem, que segurava uma bola de vidro –, tendo em vista os possíveis prejuízos advindos de sua realização (VIANA, 2019, p. 119).

Portanto, a verificação dos elementos subjetivos do injusto deve ser empreendida via juízo de atribuição, concretizado a partir de critérios normativamente estabelecidos pelo Direito. Como assevera Viana, “a competência para decidir sobre se a representação do perigo é suficiente, ou não, para o dolo, não pertence ao autor do comportamento, senão ao Direito” (VIANA, 2019b, n. p.).

E, como adiantado, essa representação do agente, antes fundamentada em uma abordagem psicologista da conduta proibida, é apreendida, em Viana, a partir da categoria do perigo. É a representação do perigo que oferta melhor legitimação do poder punitivo na imputação a título doloso (ou culposo), por servir como ponto de toque da diferenciação entre

⁵ Idem.... Ver nota n° 1.

os elementos do dolo e da culpa e por oferecer uma justificativa mais político criminalmente aceitável para a punição mais grave da conduta dolosa (VIANA, 2020, p. 96).

Para Eduardo Viana, a representação do perigo e, notadamente, a representação proposital, traduz maior dominabilidade da conduta (VIANA, 2020, p. 94).

Em resumidos termos, a característica principal do elemento doloso é “o compromisso cognitivo do autor com a realização do perigo representado” (VIANA, 2017, p. 282). No entanto, esse perigo que deve fundamentar a atribuição dolosa somente atuará como tal quando perpassar por um processo árduo de análise de sua transcendência qualitativa; ou seja, quando ficar qualitativamente comprovado que constitui um perigo genuinamente doloso (VIANA, 2019b, n. p.).

Para determinar qualitativamente esse perigo doloso e, assim, possibilitar a atribuição da conduta a título de dolo, Eduardo Viana submete à análise do terceiro julgador, a quem caberá a atividade de imputação – um conjunto de critérios que determinarão inferencialmente o nível qualitativo do perigo causado pelo agente (VIANA, 2017, p. 263).

A periculosidade objetiva do perigo atua como o momento inicial da valoração da conduta do agente, que exigirá o questionamento do julgador sobre se, na perspectiva do homem racional, o agente realizou “um comportamento que expresse uma estratégia idônea para a realização do tipo” (VIANA, 2020, p. 96). Adota-se, por conseguinte, uma estratégia idônea para a realização do tipo quem, por exemplo, “atira um coquetel molotov em um quarto com pessoas ou bate com uma barra de ferro na cabeça de outra” (VIANA, 2019, p. 125).

A demonstração da periculosidade objetiva do perigo submete-se, por sua vez, ao que Viana intitula catálogo de critérios para o juízo inferencial (VIANA, 2017, p. 260). Têm-se aí critérios voltados a embasar qualitativamente a vinculação entre o perigo causado pelo agente delitivo e a sua consequência (VIANA, 2017, p. 260). Referem-se tais filtros a, respectivamente, ao autor, quanto: à “intensidade objetiva do perigo representado e a marca dominante de sua conduta” (VIANA, 2017, p. 264); à vítima, no que se refere ao grau de sua vulneração (VIANA, 2017, p. 264); e, às circunstâncias em que se desenvolveram as condutas (VIANA, 2017, p. 264).

A intensidade objetiva do perigo criado relaciona-se com o grau de perigo ocasionado pelo agente, de modo que, quanto maior o perigo causado, mais evidente será a dolosidade da conduta (VIANA, 2017, p. 264). A marca dominante da conduta, por sua vez, atua como um elemento confirmador ou não da relação entre a prática delitiva e o seu desdobramento (VIANA, 2017, p. 271). Tal fator figurará na confirmação da imputação dolosa ou não, a depender se a atuação do agente no momento da conduta foi marcada pelo comprometimento ou não comprometimento com as consequências de seu resultado (VIANA, 2017, p. 271).

Em relação ao grau de vulneração da vítima, avalia-se “se a vítima tinha condições, ou não, de ativar algum sentido de autossalvação” (VIANA, 2020, p. 97). É o caso, por exemplo, de delitos praticados contra crianças e idosos – “vítimas que naturalmente têm no seu grau de vulnerabilidade um elemento potencializador do perigo de realização do tipo” (VIANA, 2020, p. 98).

Em conjunto com a intensidade objetiva do perigo criado, figuram os dois retromencionados critérios como os elementos mais importantes “para a identificação do compromisso cognitivo do autor” (VIANA, 2017, p. 282). O grau de vulneração da vítima aliada a uma situação de periculosidade excessiva é que determinará, com maior certeza e, em que nível de certeza, a dolosidade da conduta.

Em último lugar, as circunstâncias da prática do fato atuam como um “indicador potencializador do perigo criado pelo agente” (VIANA, 2017, p. 274). A título de exemplo, “quem imprime velocidade excessiva – racha – em rua extremamente movimentada não estabelece compromisso cognitivo com lesões corporais, senão que há um genuíno dolo de matar” (VIANA, 2020, p. 98).

Como retrocitado, todos esses critérios operam para determinar o quão factível é a atribuição da conduta ao agente delitivo a título de dolo. É o perigo doloso comprovado qualitativamente via valoração dessa miríade de critérios (intensidade objetiva do perigo, grau de vulneração da vítima e circunstâncias do caso concreto) que embasará o quão cognitivamente compromissado – e, portanto, com maior domínio – estava o agente com o resultado.

5. ANÁLISE DOS CRITÉRIOS NORMATIVOS ATRIBUTIVOS PARA A DIFERENCIAÇÃO ENTRE DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO CASO BOATE KISS

Conforme demonstrado no capítulo anterior, as teorias normativas atributivas sobre o dolo surgem, no âmbito da dogmática penal contemporânea, especialmente após o século XX, como medida de resposta aos constructos teóricos meramente ontologistas. Destacaram-se essas novas contribuições, principalmente, por apresentarem outro modo de perceber a questão da definição e, acima de tudo, da determinação do elemento subjetivo doloso e culposos.

A despeito de bem-intencionadas e aceitas por uma boa parcela da dogmática penal contemporânea, é preciso cuidado na adoção dos critérios propostos por esse grupo de teóricos, a demandar uma maior reflexão sobre sua aptidão para definir o dolo eventual e a culpa consciente.

Consoante adiantado na introdução da presente pesquisa, com o intuito de testar a falibilidade desses critérios apresentados pelas propostas normativas atributivas, serão estas expostas à resolução de um caso concreto: o caso Boate Kiss. Representativo como é, este – e as suas principais circunstâncias fáticas – guiaram as reflexões críticas aqui desenvolvidas acerca da possibilidade de definição do dolo, em especial, do dolo eventual, a partir da perspectiva das teorias normativas atributivas.

Em um primeiro momento, mediante o emprego do método de pesquisa qualitativo intitulado estudo de caso, a seguir, têm-se a descrição das principais circunstâncias fáticas, as teses jurídicas e o desfecho acerca da caracterização do dolo no caso em comento, a partir dos dados contidos nas unidades de análise documentais mencionadas na introdução do presente estudo.

Por fim, com base nos produtos advindos do emprego das técnicas do estudo de caso e da análise bibliográfica, tem-se a apresentação de uma visão crítica sobre as teorias supramencionadas, que trataram e apresentaram respostas aos pontos de dúvidas outrora apontados sobre as teorias normativas atributivas.

5.1 O CASO BOATE KISS

5.1.1 FATOS

Intitulado por Daniela Arbex, famosa jornalista investigativa, como um holocausto dos tempos modernos (ARBEX, 2018, p. 161)⁶, o caso Boate Kiss – o incêndio da Boate Kiss, para ser mais específico – abalou a cidade de Santa Maria, Rio Grande do Sul. Segundo matéria veiculada no jornal *Valor Econômico*, em 2013, a tragédia de Santa Maria foi um dos maiores desastres em número de mortos até aquele ano, tendo sido ultrapassado apenas por desastres aéreos e naturais.

Desde o dia do fato até os dias atuais, aquela localidade é conhecida por ser uma cidade universitária, pois abriga uma ampla gama de universidades – públicas e privadas. Em face desse fenômeno, toda a economia local da cidade volta-se, sobretudo, a sanar essa demanda de serviços trazida pelo público universitário que a ocupa (MULLER, 2022, n. p.). São por esses motivos que havia, em Santa Maria, na época dos fatos, uma concentração maior do que o normal dos famosos *pubs* e de casas de festas – por exemplo, a Boate Kiss.

Tal panorama constitui um primeiro passo essencial para entender o contexto em que se deu a tragédia da Boate Kiss: um ambiente de casa de festas, ocupado por um público majoritariamente composto por universitários e em um contexto de uma festa universitária.

Segundo consta na denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MPRS), no dia 27 de janeiro de 2013, ocorria, na Boate Kiss, a festa universitária intitulada *Aglomerados*, que ali reuniu centenas de universitários. Concluídas as investigações, constatou-se que, no dia dos fatos, havia mais indivíduos no recinto do que casa de festas poderia suportar (BRASIL, 2013, n. p.). Estima-se que, no dia dos fatos, havia mais de mil indivíduos na Boate Kiss, segundo relato do delegado responsável pelas investigações, Marcos Vianna, ao portal de notícias G1 (G1 PORTAL DE NOTÍCIAS, 2013, n. p.).

⁶ Termo cunhado em face da enorme concentração de cianeto encontrada no sangue dos mortos, que indicou uma certa similitude com as câmaras de gás nazistas, onde se empregou essa mesma substância.

Entre as várias atrações daquela noite, a banda de fama local, Gurizada Fandangueira, foi uma das principais. Eram amplamente conhecidos pelo seu ritmo musical, resultado da mescla entre “sertanejo universitário e tchê music” (CORREIO DO ESTADO, 2013, n. p.) e – o mais importante – pelo emprego de artefatos pirotécnicos em seus *shows*.

Na data supramencionada, relata a exordial acusatória, que o grupo musical adquiriu e acionou “fogos de artifício identificados como “Sputnik” e “Chuva de Prata 6”, que sabiam se destinar a uso em ambientes externos, e direcionaram este último, aceso, para o teto da boate, que distava poucos centímetros do artefato” (BRASIL, 2013, n. p.). Ao entrar em contato com o teto, cujo preenchimento era composto por espuma, e com as cortinas da boate, composta por pano e madeira, a fagulha ocasionada pelo artefato pirotécnico alastrou-se rapidamente, convertendo-se em uma grande chama em pouquíssimos segundos. As saídas, inapropriadas e insuficientes, e a barricada formada pelos seguranças da boate, impediram o escoamento rápido das pessoas que ali se encontravam (BRASIL, 2013, n. p.).

Com a confluência desses diversos fatores, o incêndio ocorrido no seio da Boate Kiss tomou enormes proporções, resultando na morte de mais de 242 pessoas: algumas, em face da ação da chama; e, tantas outras, em razão de intoxicação pela fumaça tóxica advinda da atuação conjunta do fogo com as toxinas presentes na espuma do teto (BRASIL, 2013, n. p.).

No dia 2 de abril de 2013, o MPRS ofereceu denúncia contra Elissandro Callegaro Spohr, Mauro Londero Hoffman, Marcelo de Jesus dos Santos, Luciano Augusto Bonilha Leão, Renan Severo Berleze, Gérson da Rosa Pereira, Élton Cristiano Uroda e Volmir Astor Panzer, atribuindo-lhes a responsabilidade penal pelos fatos supramencionados. Os quatro primeiros foram denunciados pela prática de 241 homicídios consumados e 636 homicídios tentados, ambos na modalidade dolosa eventual, sendo estes qualificados pelo motivo torpe e emprego de fogo ou outro meio que resulte em perigo comum (BRASIL, 2013, n. p.).

Os bombeiros-militares, Renan Severo Berleze e Gerson da Rosa Pereira, foram denunciados pela prática do crime de fraude processual, previsto no art. 242 do Código Penal (CP), tendo em vista que “inovaram artificialmente estado de coisas, mais precisamente documentos, inovação destinada a produzir efeito em processo penal, ainda não iniciado, com o fim de induzir a erro o juiz” (BRASIL, 2013, n. p.).

E ainda, Élton Cristiano Uroda e Volmir Astor Panzer, foram denunciados pela prática do crime de falso testemunho, por omitirem ou falsearem informações sobre a condição de sócio de Elissandro Spohr da Boate Kiss na data dos fatos (BRASIL, 2013, n. p.).

5.1.2. TESES JURÍDICAS

Em face do restrito escopo da presente pesquisa, o principal foco desta descrição sobre as teses jurídicas referentes ao caso Boate Kiss centrou-se na temática do dolo eventual.

Quanto ao dolo eventual, como retromencionado, imputou o MPRS aos acusados Elissandro Callegaro Spohr, Mauro Londero Hoffman, Marcelo de Jesus dos Santos e Luciano Augusto Bonilha Leão, a prática de 241 homicídios consumados e 636 homicídios tentados, na modalidade dolosa eventual.

Nos próprios termos da peça acusatória, os denunciados “assumiram o risco de produzir morte das pessoas que estavam na boate, revelando total indiferença e desprezo pela segurança e pela vida das vítimas, pois, mesmo prevendo a possibilidade de matar pessoas em razão da falta de segurança, não tinham qualquer controle sobre o risco criado pelas diversas condições letais da cadeia causal” (BRASIL, 2013, n. p.).

A demonstração da ausência de domínio da situação de risco criado foi corroborada na denúncia pela: a) Aquisição de material pirotécnico inadequado para uso em eventos fechados; b) Utilização de material pirotécnico em ambiente também inapropriado – equipado com cortinas, madeiras e revestimento composto de espuma comprovadamente inflamável e tóxica; c) Superlotação do ambiente em quantidade acima do suportado; d) Ausência de saídas suficientes para o escoamento dos indivíduos na boate e de sinalização de emergência nas saídas existentes; e) Falta de treinamento dos funcionários para situações tal qual as ocorridas na boate; e, f) Obstrução dos exaustores (BRASIL, 2013, n. p.).

Individualizando as condutas, apontou o MPRS que Elissandro e Mauro:

“concorreram para o crime, implantando em paredes e no teto da boate espuma altamente inflamável e sem indicação técnica de uso, contratando o show descrito, que sabiam incluir exibições com fogos de artifício, mantendo a casa noturna superlotada, sem condições de evacuação e segurança contra fatos dessa natureza, bem como equipe de funcionários sem treinamento obrigatório, além de prévia e genericamente ordenarem aos seguranças que impedissem a saída de pessoas do recinto sem pagamento das despesas de consumo na boate, revelando total indiferença e desprezo pela vida e pela segurança dos frequentadores do local, assumindo assim o risco de matar” (BRASIL, 2013, n. p.).

Por sua vez, os denunciados Luciano e Marcelo assim concorreram para os crimes:

“pois, mesmo conhecendo bem o local do fato, onde já haviam se apresentado, adquiriram e acionaram fogos de artifício identificados como “Sputnik” e “Chuva de Prata 6”, que sabiam se destinar a uso em ambientes externos, e direcionaram este último, aceso, para o teto da boate, que distava poucos centímetros do artefato, dando início à queima do revestimento inflamável e saindo do local sem alertar o público sobre o fogo e a necessidade de evacuação, mesmo podendo fazê-lo, já que tinham acesso fácil ao sistema de som da boate; assim é que revelaram total indiferença com a segurança e a vida das pessoas, assumindo o risco de matá-las” (BRASIL, 2013, n. p.).

Interessante a fundamentação teórica apresentada pelo MPRS para lastrear, doutrinária e jurisprudencialmente, a tese da ocorrência de dolo eventual. Argumentou o *parquet* que, em face da situação de extrema falta de segurança da Boate Kiss e do uso de artefato pirotécnico em ambiente inapropriado, foi preenchida a categoria do elemento subjetivo doloso da

representação, eis que “os denunciados tinham conhecimento da possibilidade de matar pessoas” (BRASIL, 2013, n. p.). Preenchida, ainda, a categoria volitiva do elemento subjetivo doloso, segundo o MPRS, para quem os agentes, em face da ausência de domínio da situação de risco, “agiram com indiferença, aceitando e, portanto, assumindo o risco de matar” (BRASIL, 2013, n. p.).

Ratificando o teor da peça acusatória, em 3 de abril de 2013, o juiz da 1º Vara Criminal da Comarca de Santa Maria, Ulysses Fonseca Louzada, recebeu a denúncia contra os acusados, por entender a presença dos indícios suficientes de materialidade e autoria dos crimes imputados na denúncia aos acusados (BRASIL, 2013, n. p.).

5.1.3 DESFECHO

Após uma intensa instrução probatória e embates protagonizados pelo MPRS e as defesas dos acusados, foram eles pronunciados pela prática dos crimes de homicídio descritos na denúncia, a título de dolo eventual, em 27 de julho de 2016 – fato que acabou por lhes submeter a júri popular, em face de previsão constitucional.

A despeito dos pertinentes apontamentos sobre o elemento doloso eventual, o juiz pronunciante preferiu por ater-se aos requisitos mínimos probatórios produzidos durante a instrução para remeter os acusados ao jugo dos juízes leigos (BRASIL, 2016, n. p.).

Não satisfeitos com o pronunciamento do magistrado da comarca de Santa Maria, as defesas interpuseram diversos recursos às instâncias superiores, com o fito de revogar a sentença de pronúncia. Inicialmente, veicularam recursos em sentido estrito para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS). Lá, instalou-se uma frutífera discussão sobre as questões de Direito Material e Processual trazidas pelas defesas, em especial, quanto ao dolo eventual.

No que concerne ao dolo eventual, o TJRS manifestou-se em dois momentos sobre a ocorrência do dolo eventual, quais sejam: 1) No momento do julgamento dos recursos em sentido estrito interpostos pelas defesas; e, 2) Quando da interposição de embargos infringentes,

com lastro em voto divergente prolatado pelo Desembargador Relator no acórdão dos recursos em sentido estrito.

No julgamento dos recursos em sentido estrito interpostos, após longas digressões sobre o melhor entendimento relativo ao conceito de dolo eventual e a caracterização do dolo eventual no caso concreto, os julgadores da 3º Turma Criminal do TJRS concluíram pelo cabimento da imputação dolosa eventual. O voto vencedor – do desembargador Jayme Weingartner Neto – destacou ser plausível a tese ministerial acerca da ocorrência do dolo eventual, haja vista que os acusados assumiram o risco de causar as mortes dos jovens universitários (BRASIL, 2017, fl. 62).

No julgamento dos embargos infringentes, a partir de decisão prolatada pelo 1º Grupo Criminal do TJRS, a defesa logrou reverter o veredito proferido pela 3º Turma Criminal daquele Tribunal e desclassificar as condutas imputadas aos acusados a título de dolo eventual para outra diversa.

A discussão, inclusive, chegou ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) via recurso especial interposto pelo MPRS e o assistente de acusação. O Ministro Rogério Schietti, a quem, entre os ministros componentes da Sexta Turma, coube a relatoria do recurso especial de n. 1790039/RS, reconheceu a prática dos crimes de homicídio imputados, a título de dolo eventual, revertendo, assim, o entendimento manifestado anteriormente pelo TJRS e remetendo novamente os envolvidos a júri popular (BRASIL, 2019, n. p.).

Sem contar a miríade de expedientes empregados pelas defesas dos acusados, com o fito de arguir nulidade ou intentar a absolvição dos envolvidos, no dia 13 de dezembro de 2021, após laboriosos e extenuantes dez dias de julgamento, foram os envolvidos condenados pelo Conselho de Sentença da Comarca de Porto Alegre, pela prática das imputações descritas na denúncia supramencionada.

O juiz presidente, Orlando Facchini Neto, a quem coube a dosificação da pena dos acusados, aplicou as seguintes penas: 22 anos e 6 meses de reclusão para Elissandro Spohr; 19 anos e 6 meses de reclusão para Mauro Hoffman; e, 18 anos de reclusão para Marcelo de Jesus e Luciano Bonilha (BRASIL, 2021, p. 36).

5.2. UMA ANÁLISE CRÍTICA DO CASO BOATE KISS

Esmiuçadas as principais circunstâncias fáticas, as teses jurídicas e o desfecho do caso Boate Kiss, chega-se, finalmente, à última – e a mais importante – etapa das questões aqui pontuadas e travadas: a análise do instrumental teórico apresentado pelas teorias normativas atributivas sobre o dolo, com foco especial nos arquétipos trabalhados no capítulo anterior, a partir da análise de um caso concreto.

5.2.1. ANÁLISE CRÍTICA SOB A PERSPECTIVA DE GUNTHER JAKOBS

Em se tratando do adepto da corrente funcionalista de delito, Jakobs, com a sua teoria de dolo como indiferença às normas, não teria dificuldades em solucionar as questões apresentadas pelo caso Boate Kiss em relação à problemática da delimitação e determinação do dolo eventual.

Apenas em retomada ao que propõe aquele jurista, o dolo é compreendido como a atitude de indiferença às normas, onde o agente viola uma expectativa social de agir, tornando-se, assim, merecedor da imputação dolosa (GRECO, 2009, p. 890). Não se tem aí a valoração sobre a intenção do agente, mas apenas sua postura em face de seu papel social; em outros termos, em face de sua competência para atuar enquanto garante da validade das normas (GRECO, 2000, p. 334).

No dolo eventual, Jakobs exige que o agente julgue “como não improvável a realização do tipo como consequência de sua conduta” (JAKOBS, 1995, p. 327) (tradução nossa). Tal avaliação realiza-se, em Jakobs, via ponderação de viés normativa e objetiva sobre: o juízo válido do agente em relação à consequência de seu resultado (DIAZ PITA, 1993, p. 285); a dificuldade objetiva de evitar o resultado (DIAZ PITA, 1993, p. 285); a “maior ou menor dificuldade de impedir o resultado” (DIAZ PITA, 1993, p. 285) (tradução nossa); e, a intensidade do risco (JAKOBS, 1995, p. 333).

Em retorno ao caso da Boate Kiss, é possível afirmar, com algum grau de certeza, que, segundo Jakobs, os envolvidos julgaram como não improvável a realização do tipo como

consequência de suas condutas, a saber, 241 homicídios consumados e 636 homicídios tentados, na modalidade dolosa eventual.

Não seria impossível afirmar que, tanto Elissandro e Mauro, quanto Marcelo e Luciano, tinham um juízo válido sobre a não improbabilidade de produção do resultado (DIAZ PITA, 1993, p. 287). Principalmente, porventura seja analisada objetivamente o grau de conhecimento dos agentes sobre as consequências de suas condutas e sobre como essa compreensibilidade atuou ou não como motivo suficiente para impedi-los de dar continuidade ao que tinham anteriormente previsto: dar seguimento às festividades que ali se dariam.

Ao permitir que se realizasse evento em ambiente fechado e com lotação acima da suportada, onde haveria o emprego de artefato pirotécnico, e sem tomar as devidas precauções para impedir ou ao menos minorar os efeitos de uma possível emergência, seria difícil atestar que os agentes julgaram ser improvável a realização do resultado, nos termos do esquema de Jakobs (DIAZ PITA, 1993, p. 288). O mesmo se aplica aos músicos que, em ambiente fechado, direcionaram o artefato pirotécnico em comento em direção ao teto, preenchido com espuma tóxica, que acabou por atingir também as cortinas da boate, causando um enorme incêndio em pouquíssimos segundos.

A viabilidade da imputação dolosa eventual vê-se acrescida quando analisado o nível de importância atribuído pelo ordenamento jurídico ao bem jurídico atingido pelas condutas, quais sejam, centenas de vidas vitimadas – o que, no esquema de Jakobs, ao representarem como não improvável a realização do resultado, deveria ter atuado mais fortemente como contra estímulo para a prática das condutas resultantes no resultado (DIAZ PITA, 1993, p. 289).

No entanto, a argumentação sobre a ocorrência de dolo eventual encontra dificuldade no que Diaz Pita entende como última barreira de verificação do elemento doloso eventual no esquema de Jakobs: o critério do risco habitual (DIAZ, 1993, p. 289). Questionável, a partir do critério do risco habitual, se, no caso concreto, os agentes, malgrado a situação de risco criada não ser abarcada pelo ordenamento jurídico, julgaram, naquele contexto em que se desenrolaram as consequências de sua conduta, ser aquele risco criado como não habitual. É dizer, “se a habituação do risco é consequência de um comportamento inevitável na prática” (JAKOBS, 1995, p. 334) (tradução nossa).

Em Jakobs, a verificação do preenchimento do risco habitual não se contenta apenas com um critério meramente estatístico sobre o risco causado, mas também a partir de um olhar atento sobre a compreensão reiterada do sujeito quanto a esse risco. Consoante traz Diaz Pita, “a habitualidade do risco, sob o ponto de vista do sujeito, enfraquece o julgamento de probabilidade que deveria motivar o sujeito a se abster” (DIAZ PITA, 1993, p. 297) (tradução nossa).

Quanto ao risco habitual, durante a instrução criminal, foi constantemente alegado pelos envolvidos, em especial, os músicos, em seus depoimentos, que o emprego de artefato pirotécnico seria comumente utilizado pela banda, inclusive, com a anuência dos proprietários (BRASIL, 2017, fl. 138). Analisado detidamente, a partir do conjunto probatório produzido durante a instrução, percebe-se que o risco criado, quanto ao emprego de artefato pirotécnico, não foge ao padrão de habitualidade atinente aos *shows* realizados pela banda em oportunidades anteriores – fator este que afastaria *de per se* a alegação do dolo eventual.

Conquanto a análise do caso em questão sugira pela inaplicabilidade da incidência do dolo eventual, a proposta de Jakobs atrai uma miríade de observações. Em relação à solução apresentada com base na proposta normativista de dolo daquele estudioso, surge uma primeira dificuldade referente ao pressuposto de que tal jurista alemão parte para a construção de sua teoria funcionalista sistêmica de delito: o de vincular o elemento subjetivo do tipo (dolo e culpa) à função protetiva de normas.

São amplamente difundidos, pela dogmática penal contemporânea, os efeitos deletérios da aplicação sem ressalvas do esquema de imputação de Jakobs. Conduziria, na hipótese de serem aplicados em todos os seus termos, as contribuições de Jakobs, no campo da teoria da imputação, a um modelo de Direito Penal de natureza autoritária, na medida em que “nas circunstâncias de rompimento com as expectativas sociais, quando inexiste um mínimo de garantia cognitiva sobre as condutas, seria lícita a despersonalização do desviante com a consequente exclusão do status político da cidadania” (CARVALHO, 2013, 109-110).

No mais, a adoção impensada do modelo proposto por Jakobs faria ressurgir a grande agrura atrelada à teoria funcionalista sistêmica, que envolve a submissão dos institutos de Direito Penal a um conjunto de premissas “arraigadas em convicções sociais” (SOTOMAYOR, 2016, p. 689) (tradução nossa).

Luís Greco, ao tratar sobre as teorias funcionalistas do delito, discursa que tal recurso às bases aparentemente lastreadas em convicções sociais, na teoria funcionalista sistêmica de Jakobs, “parece um retorno à falácia naturalista, à ideia do normativismo fático, segundo qual o que é, deve ser” (GRECO, 2000, p. 335).

Sotomayor, em artigo onde trata das propostas normativistas, elucida ser pouco factível adotar a teoria normativa sobre o dolo proposta por Jakobs na definição do dolo eventual e da culpa consciente, notadamente porque o critério apresentado por esse arquétipo – o do maior grau de desconhecimento da realização do tipo – é frágil para determinar um maior nível de reproche de punição entre essas duas categorias de imputação (SOTOMAYOR, 2016, p. 688). Segundo aquele autor, o critério de maior violação da norma pelo desconhecimento “não seria suficiente para fundamentar a maior punição do delito doloso frente ao culposo” (SOTOMAYOR, 2016, p. 688) (tradução nossa).

No mais, os critérios objetivos apresentados por Jakobs que possibilitam a diferenciação de dolo eventual e culpa consciente no caso em comento também são pouco confiáveis. Sobre a questão, Claus Roxin aponta que, tanto o critério da intensidade do risco quanto o da importância do bem jurídico afetado, não constituem critérios seguros para aferir a ocorrência de dolo eventual (ROXIN, 1997, p. 442). Nesse viés, no caso da intensidade do risco, o funcionalista sistêmico comete o equívoco de estabelecer uma situação *standard* de verificabilidade do nível de intensidade do risco, quando, na verdade, tal análise “depende dos dados do caso concreto e não se pode reduzir a um esquema unívoco” (ROXIN, 1997, p. 442) (tradução nossa).

O mesmo equívoco se repete em relação ao critério da importância do bem jurídico. Como bem aponta aquele professor de Munique, seria inconcebível graduar o maior nível de reproche de determinada conduta a partir da importância do bem jurídico. Caso fosse adotado, levaria às conclusões absurdas de: imputar a prática de um injusto doloso, a título de dolo eventual, em situações de maior valiosidade do bem jurídico lesionado – apesar de um possível menor desvalor da conduta (ROXIN, 1997, p. 442); e, de tomar como impositiva a imputação de injusto culposo, a título de culpa consciente, às situações onde se tem um maior desvalor da conduta – a despeito de uma possível menor valiosidade do bem jurídico lesionado (ROXIN, 1997, p. 442).

5.2.2. ANÁLISE CRÍTICA SOB A PERSPECTIVA DE INGEBORG PUPPE

Ainda que seja de extrema complexidade o caso em comento, não se tem nenhum impedimento ou insuficiência teórica para a determinação do dolo eventual, se visto a partir da perspectiva da teoria desenvolvida pela professora Ingeborg Puppe: a teoria do perigo doloso.

Em incurso especificamente na teoria do perigo doloso, seria factível afirmar que Elissandro, Mauro, Marcelo e Luciano praticaram condutas que se qualificam como verdadeiros perigos dolosos, na nomenclatura de Puppe.

No caso dos músicos, não seria difícil sustentar que, ao direcionarem artefato pirotécnico em ambiente fechado e em direção ao teto, preenchido com espuma tóxica, e próximo às cortinas da boate, praticaram uma ação reconhecidamente apta a resultar no incêndio que efetivamente se alastrou pela boate, após o emprego de tal manobra.

De fato, aplica-se ao caso Boate Kiss o mesmo raciocínio empregado por Puppe ao famoso caso do índio Galdino – morto enquanto dormia em uma das paradas de ônibus localizadas em Brasília, Distrito Federal, em face de incêndio criminoso ocasionado por um grupo de jovens de classe média. Assim, mostra-se questionável o fato de os músicos não saberem o que é um artefato pirotécnico e o que se dá quando se direciona tal instrumento inflamável em direção ao teto de uma boate e próximo de diversas cortinas, sem contar o excessivo quantitativo de indivíduos que podem se encontrar no local (PUPPE, 2006, p. 125).

E aqui faz-se necessário, novamente, recorrer às explanações empreendidas pelo desembargador Jayme Weingartner Neto, que, com base no conjunto probatório produzido na fase de instrução, concluiu que, pela perspectiva do homem comum (ou do homem racional), seria obviamente perceptível pelos agentes: a evidente aglomeração de pessoas na boate – circunstância esta que dificultaria a movimentação de indivíduos (BRASIL, 2017, p. 81) –, bem como “a existência de materiais sujeitos à combustão no entorno do palco” (BRASIL, 2017, p. 81).

Nesse contexto, nos termos do proposto por Puppe, impositivo inquirir se, em face da situação de criação de excessivo risco, seria esperado dos agentes confiarem na não realização dos resultados – as numerosas mortes descritas na denúncia (PUPPE, 2006, p. 125).

A mesma conclusão, quanto à existência de perigo doloso, aplica-se a Mauro e Elissandro. Pondera-se se, conquanto as diversas falhas dos órgãos fiscalizatórios, ao inserirem espuma tóxica no teto, ao possibilitar a lotação da Boate Kiss acima do quantitativo suportado e ao omitirem-se no treinamento de pessoal em relação às situações de emergência como a que se sucedeu, não deram causa a situação de perigo causada, a título de dolo eventual.

Em termos da proposta de Puppe, a confluência de tais fatores seriam suficientes para configurar um perigo doloso, na medida em que se empregou uma ação ocasionadora de um risco de tamanha intensidade, que “uma pessoa racional não correria, a não ser que aceitasse o resultado como consequência de sua ação” (PUPPE, 2006, p. 126).

Em Puppe, não teria nenhuma relevância, na análise das condutas praticadas pelos envolvidos, se estavam seguros da não realização do resultado, porque, no esquema da teoria do perigo doloso, o ponto de toque da atribuição da categoria dolosa centra-se no alto nível de produção do perigo (PUPPE, 2021, p. 300), e não o quão seguro estavam os agentes da não realização do tipo.

Inclusive, em alguns casos, como no caso da barraca de tiros de Lacman⁷ (PUPPE, 2019, p. 73), ou no *case* da corrida automobilística de Berlim⁸ (PUPPE, 2021, p. 299), o agente adota todos os meios possíveis para que o resultado desastroso efetivamente não se concretize, tendo em vista os eventuais benefícios decorrentes de sua não realização (PUPPE, 2021, p. 299). No entanto, em um possível juízo de imputação sobre a classificação jurídico penal das condutas praticadas pelos agentes, esse aparente interesse dos agentes teria menor relevância em face do intenso perigo por eles causado (PUPPE, 2019, p. 74).

Entrementes, como reiterado, o arquétipo teórico de Puppe não apresenta problemas, ao nível de suficiência teórica, para resolver casos de difícil resolução, como, por exemplo, o caso Boate Kiss. Contudo, ainda que extremamente razoável, não foge a teoria daquela professora da Universidade de Bonn de considerações críticas.

⁷ Idem.... Ver nota n° 1.

⁸ Idem... Ver nota n° 4.

O ponto problemático do constructo de Puppe se refere especialmente ao contexto teórico em que ela se insere: o paradigma de expansão do Direito Penal. Entre os vários marcos característicos desse novo modo de pensar o Direito Penal, está o conceito de dolo eventual.

No contexto de expansão do Direito Penal, cria-se um novo repertório punitivo, marcado pela propagação de crimes de perigo abstrato, pela utilização do risco, como categoria de imputação, e, principalmente, pelo recurso massivo ao dolo eventual, como estratégia de expansão do espectro punitivo estatal; e, para reduzir, ainda mais, o exercício do direito de defesa daqueles que se veem vitimados pela máquina punitiva, notadamente quanto a prova sobre os elementos subjetivos constitutivos do tipo (SECHAIRA, 2007, p. 238).

Sérgio Salomão Sechaira é assertivo ao ressaltar que, no contexto de expansão do Direito Penal, “não é preciso provar a existência do dolo eventual (...) basta que o fato exista. Não é necessário dizer que esta ou aquela conduta foi dolosa e não culposa. Basta o resultado e o incremento do risco corrido para se chegar até ele” (SECHAIRA, 2007, p. 238).

Partindo para a análise especificamente do modelo idealizado por Puppe, predomina uma certa situação de vagueza quanto aos critérios propostos para a determinação do dolo eventual. Sobre a questão, Canestrari aponta como falha da teoria proposta por aquela jurista alemã, justamente, a sua incapacidade de individualizar os elementos subjetivos constitutivos do tipo – fator este que leva Ingeborg Puppe – para justificar sua teoria – a recorrer a um inexplicável conceito unitário de dolo (CANESTRARI, 2003, p. 402).

Mas é com Juarez Tavares que é possível colher a crítica mais interessante sobre a teoria do perigo doloso de Ingeborg Puppe. Citando Prittwitz e Roxin, Tavares chega ao ponto fulcral da problemática acerca da teoria do perigo doloso proposta por Puppe: tal arquétipo teórico, caso fosse adotado, violaria os preceitos básicos da responsabilização criminal, a tal ponto que, “na tentativa de superar um conhecimento real do agente, deixa toda sua aferição nas mãos do julgador” (TAVARES, 2018, p. 282) – o que, em uma perspectiva de um Direito Penal que se diz garantista e democrático (BUSATO, 2015, p. 38) – como é o caso do brasileiro –, seria incabível.

5.2.3. ANÁLISE CRÍTICA SOB A PERSPECTIVA DE RAGUÉS I VALLÉS

Em sequência, o conceito social normativo de dolo, capitaneado pelo professor da Universidade de Barcelona, Ragués i Vallés, apresenta critérios interessantes para a determinação do elemento doloso, fundados na intersecção entre noções de Direito Material e Processual.

Retomando o que postula Ragués i Vallés em relação à definição e comprovação do elemento doloso, a perspectiva desse jurista é impregnada essencialmente de sua visão integrada de sistema penal. A determinação do elemento subjetivo doloso exige, além de um juízo seguro sobre a adequação das condutas praticadas ao tipo previsto na lei penal, o esgotamento de toda fase de valoração sobre a prova.

O conteúdo da imputação do elemento doloso, em Ragués i Valles, é preenchido pelo que ele denomina sentido social da conduta: faz-se necessário interpretar a conduta proibida a partir de sua compreensão pelos próprios receptores da mensagem prevista na lei penal (RAGUÉS I VALLÉS, 1998, p. 391). São os sujeitos, enquanto seres inseridos em uma relação de comunicação intersubjetiva, que valoram a reação penal à conduta desviante. Relevante, nesse sentido, será a conduta “valorada socialmente como negação consciente de uma norma penal” (RAGUÉS I VALLÉS, 1998, p. 391) (tradução nossa).

E essa valoração, como adiantado, depende não apenas do juízo abstrato sobre a adequação típica, mas também de um intenso esforço na produção de provas em relação à ocorrência desses requisitos típicos. Após devidamente produzidas e valoradas as provas quanto ao elemento subjetivo doloso, será possível, em Ragués i Valles, atribuir o conhecimento das circunstâncias previstas no tipo ao agente (PORCIUNCULA, 2014, p. 306). Mas, naquele estudioso, tal atribuição não se esgota apenas na valoração cega da prova produzida, mas sim, a partir de uma certa linha diretriz: a regra de conhecimento.

A regra de conhecimento serve “para determinar, a partir da concorrência de certos dados externos, o que representou uma pessoa no momento de levar a cabo uma determinada conduta” (RAGUÉS I VALLÉS, 2007, p. 141) (tradução nossa). Ela auxilia a atribuição do elemento doloso (ou conhecimento) à determinado indivíduo, “fundada no amplo consenso social sobre sua vigência” (RAGUÉS I VALLÉS, 2007, p. 141) (tradução nossa).

Isto é, funda-se tal regra de experiência menos na íntima convicção do magistrado e mais no que as relações comunicativas entre o sujeito expressam (RAGUÉS I VALLÉS, 2007, p. 141). Mais uma vez, vislumbra-se, no momento de determinação do conceito de regra de conhecimento, a importância da noção de sentido social para a definição do conteúdo da imputação dolosa.

Em submissão de todo esse constructo teórico a um caso concreto de difícil solução – o caso Boate Kiss –, malgrado o elevado grau de abstração dos critérios apresentados por esse jurista, percebe-se que os parâmetros ofertados por Ragués i Vallés lograriam, de certo modo, apresentar uma resposta minimamente aceitável em relação à questão da definição do dolo eventual.

De início, é importante que se tente traduzir ao máximo o que quis dizer esse jurista, ao referir-se ao critério da regra de experiência fundada na interação comunicativa dos sujeitos, no que se refere especialmente aos crimes de resultado, como, por exemplo, os crimes de homicídio – principal figura típica imputada aos acusados no caso Boate Kiss.

Em seus trabalhos mais recentes, para auxiliar nessa empreitada, especialmente no que concerne a essa classe de crimes, Ragués i Vallés traz os conceitos de conduta socialmente aptas que podem acarretar em determinados resultados e condutas socialmente (in)aptas, provocando certos desfechos típicos – as ditas condutas neutras (RAGUÉS I VALLÉS, 2007, 149). Ditos conceitos atuam como “critério reitor, na prática, para decidir quando uma alegação de desconhecimento de risco concreto deverá ser creditada” (RAGUÉS I VALLÉS, 2007, p. 149) (tradução nossa).

São significativos, nessa atividade de distinção, “a utilidade social de determinadas atividades, a habitualidade ínsita a elas ou a frequência estatística com que sua execução leva a ocorrência do resultado” (RAGUÉS I VALLÉS, 2007, p. 149) (tradução nossa).

Na hipótese de comprovada a existência de uma conduta neutra, por sua vez, deve ser levada em consideração a possível alegação do sujeito acerca do desconhecimento do risco causado, de modo que caso a sua alegação, em confluência com os outros fatores supramencionados, não leve a um juízo seguro sobre o conhecimento do elemento doloso,

deverá ser condenado por imprudência (RAGUÉS I VALLÉS, 2007, p. 149). Com exceção, nos casos:

“em que o sujeito exteriorize de algum modo que, sim, é conhecedor de dito risco; nos casos em que a proximidade da ocorrência do resultado se perceba mediante sinais externos durante a realização da conduta típica e, por último, quando a dinâmica comissiva não faça crível - especialmente nos casos de minuciosa preparação - que o sujeito não tenha repensado sobre os riscos de sua atuação, deverá atribuir-se o conhecimento que exige o dolo dos delitos de resultado embora havendo realizado uma conduta que, em abstrato, pode qualificar-se de neutra” (RAGUÉS I VALLÉS, 2007, p. 150) (tradução nossa).

Em cotejo desse instrumental teórico com as circunstâncias fáticas do conhecido caso Boate Kiss, o juízo de imputação sobre as condutas praticadas por Elissandro, Mauro, Luciano e Marcelo exigem, em Ragués i Vallés, uma valoração profunda sobre o sentido social dessas respectivas condutas, a partir de uma regra de conhecimento fundamentado na interação social.

De fato, mostra-se questionável se as condutas empreendidas pelos envolvidos são realmente aptas ou inaptas a ocasionar os resultados a ele atribuídos a título doloso eventual. Em outros termos, premente deliberar se os agentes delitivos poderiam alegar o desconhecimento da situação de risco por eles causada, na hipótese de suas condutas serem cotejadas com o que impõe as interações em sociedade.

Em primeiro lugar, como sugere Ragués i Valles em relação aos crimes de resultado, faz-se importante analisar se os indivíduos envolvidos no caso em comento tinham consciência da situação de risco que causaram a partir de suas condutas (RAGUÉS I VALLÉS, 1997, p. 808). Nesta análise, a fim de determinar tal conhecimento, aquele estudioso prescreve a adoção do critério da conduta socialmente apta a matar (RAGUÉS I VALLÉS, 1997, p. 808).

Quanto aos músicos, não há dúvida de que, a partir de uma regra de conhecimento lastreada na interação social, o fato de direcionarem fogos de artifício em direção ao teto e próximo às cortinas, e em ambiente extremamente lotado de indivíduos, empregaram um método apto a ocasionar um gravoso incêndio e, assim, dar causa a tragédia que efetivamente se deu a partir da prática de tais condutas. De fato, a conduta de fazer uso de fogos de artifício em ambiente fechado não seria de per si apta a configurar dolo eventual, na perspectiva de Ragués i Vallés, mas, a partir da análise de outros fatores externos (a existência de cortinas e teto próximos ao local do disparo, por exemplo) e o fato de existir um quantitativo maior de indivíduos do que o suportado naquele ambiente, poderiam tais ações causar as mortes descritas na denúncia; e, na experiência social, é algo indissociável à sua realização (RAGUÉS I VALLÉS, 2007, p. 149).

Nas palavras de Ragués i Valles, os acusados “conheciam todos os fatores de risco em sua forma extrema” (RAGUÉS I VALLÉS, 1996, p. 821) (tradução nossa). Em situação similar⁹, em que se tratava de duas mulheres (mãe e filha) que, após diversos abusos direcionados a sua, respectivamente, neta e filha, Zuleica, ocasionaram a morte desta, após

⁹ Menciona-se caso julgado pelo Supremo Tribunal Espanhol, na sentença prolatada em 24 de novembro de 1995, em que julgou duas mulheres, Josefa B.M e Soledad N.B, por abusos cometidos contra a menina Zuleica, à época com dezoito meses de idade, filha da segunda e neta da primeira sentenciada. Os abusos, que perduravam há muito tempo, assumiu outro nível de gravidade no período compreendido entre os dias 20 e 23 de março de 1994, quando a segunda sentenciada, Soledad N.B, tentou ministrar comida à criança Zuleica com o emprego de uma colher de grandes proporções. Munida da mencionada colher, preenchida com comida quente, inseriu tal artefato na boca da menina e o pressionou contra sua língua, ocasionando-lhe uma ferida na boca, com profundidade de 5 cm, bem como lesões em sua face (RAGUÉS I VALLES, 1996, p. 796). Segundo consta da retrocitada sentença, a mãe da menina não a submeteu a cuidados médicos para tratamento das feridas por ela ocasionadas, em face de temor das consequências que poderiam lhe advir em razão de tais condutas (RAGUÉS I VALLES, 1996, p. 796). No dia 28 de março do mesmo ano, a avó da menina, Josefa B.M, tentou ministrar novamente comida à Zuleica, o que, em face das já mencionadas feridas que a garota ainda possuía à época, lhe ocasionou fortes vômitos, com comida e sangue (RAGUÉS I VALLES, 1996, p. 796). Mesmo em face dos incessantes vômitos da menina, a mãe da criança tentou novamente alimentar a menina, atuando, tal manobra, como causa efetiva de sua morte. Ao ser atendida em um hospital espanhol, a causa da morte da menina Zuleica foi apontada como parada respiratória por asfixia pela inalação excessiva de sangue. As duas, mãe e filha, foram condenadas pela Audiência Providencial de Madrid - primeiro grau de jurisdição, no sistema de justiça espanhol -, dentre outros, pela prática do delito de parricídio, na modalidade imprudência temerária por resultado morte. O Ministério Fiscal - similar a figura do Ministério Público, no sistema de justiça espanhol - recorreu ao Supremo Tribunal da Espanha, alegando a aplicação da figura do delito de parricídio não na modalidade imprudência temerária, mas, sim, na modalidade dolosa eventual. Por fim, o Tribunal Supremo de Espanha improveu o recurso interposto pelo Ministério Fiscal e manteve a condenação prolatada em primeiro grau, em todos os seus termos.

tentarem ministrar comida a força à menina (RAGUÉS I VALLÉS, 1995, p. 796), aquele estudioso julgou estar presente o dolo eventual, em face dos indicadores externos (os machucados existentes na boca da menina, além do fato de que a criança sofria de grave hemorragia) – que indicaram que as acusadas não poderiam ter deixado de representar os riscos (RAGUÉS I VALLÉS, p. 820-821).

E aqui, em Ragués i Vallés, não caberia suscitar, quanto aos músicos, como fundamento para alegar o desconhecimento do risco causado, que os fogos de artifícios eram constantemente empregados nos *shows* da banda Gurizada Fandangueira (BRASIL, 2016, n. p.). Principalmente porque “ter tido sorte em ocasiões anteriores não quer dizer que, na situação presente (...) se deixou, como regra geral, de ser consciente do perigo” (RAGUÉS I VALLÉS, 1995, p. 820) (tradução nossa). No caso da menina Zuleica, interessante mencionar que foi sopesado pelo Tribunal Espanhol – e afastado por Ragués i Vallés em sua análise – como indicativo da ausência de conhecimento da situação de risco o fato de que as acusadas sempre ministravam o alimento com o mesmo modo de proceder, sem que tivesse causado o resultado morte (RAGUÉS I VALLÉS, 1995, p. 800). Portanto, quanto aos músicos da banda supramencionada, factível a tese da ocorrência de dolo eventual.

Em relação aos sócios administradores, caso valoradas unicamente as condutas empreendidas por esses indivíduos, de fato, não seria possível compreendê-las como social e individualmente aptas a causar as centenas de mortes ocorridas na Boate Kiss no dia do fato. Independente das inúmeras omissões destes na gerência do ambiente em questão, não são compreendidas tais condutas como socialmente correlacionadas a crimes de homicídios consumados e tentados.

Nesse primeiro filtro, qualificar-se-iam as condutas dos condenados como neutras, na nomenclatura de Ragués i Vallés. Eis que, a princípio, o ato de mal conduzir os seus negócios “não é uma conduta que *per se* se associe a ideia de morte” (RAGUÉS I VALLÉS, 1997, p. 808) (tradução nossa).

No entanto, as condutas empreendidas por Elissandro Spohr e Mauro Callegaro não se encaixam à regra geral da hipótese descrita como conduta neutra, senão, na sua exceção. Ainda que aparentemente neutras, necessário sopesar se é crível compreender, a partir dos diversos indícios externos, e em face do que socialmente se espera de tais indivíduos em tais situações

de elevado risco, que eles “não seriam cientes dos riscos de sua atuação” (RAGUÉS I VALLÉS, 2007, p. 150) (tradução nossa).

No arquétipo de Ragués i Vallés, as razões que motivaram aqueles sócios administradores a colocarem as vítimas em situação de extremo risco representariam, em termos de interação social, como uma negação maior de importância à vida alheia do que as próprias da atividade de gerir casas de boate (RAGUÉS I VALLÉS, 1995, p. 810). Pelo fato de serem Elissandro e Mauro empresários experientes no ramo de organização de festas (BRASIL, 2016, n.p), tinham maior capacidade de compreensão dos riscos de suas condutas— o que, em Ragués i Vallés, denotaria maior negação de vigência à lei penal, a ensejar não à qualificação das condutas praticadas como neutras, mas sim, à atribuição do conhecimento das circunstâncias típicas aos agentes delitivos (RAGUÉS I VALLÉS, 1995, p. 819). Portanto, factível também, quanto aos empresários, a tese do dolo eventual, em Ragués i Vallés.

Apesar das diversas pontuações que serão destinadas à teoria do jurista espanhol em questão, os critérios apresentados por esse arquétipo teórico logram delimitar, com precisão, os contornos entre as categorias da imputação dolosa eventual e a culposa consciente, ao ponto, inclusive, de apresentar respostas satisfatórias a casos de difícil resolução, como, por exemplo, o caso Boate Kiss.

Como não é novidade, a despeito da suficiência da resposta apresentada, talvez não sejam os métodos apresentados por Ragués i Vallés a melhor saída para empreender esta tarefa, em face, principalmente, de seus pontos problemáticos.

O grande ponto problemático do constructo teórico apresentado pelo referido estudioso espanhol envolve, em grande parte, a negação do papel do sujeito e a sua transformação em mais um elemento *standard* de prova, dentre toda uma miríade de dados objetivos indicativos do elemento doloso, à disposição do julgador, no momento da valoração das condutas delitivas praticadas. Tal constructo proporciona uma verdadeira instrumentalização do indivíduo, como reconhece aquele professor da Universidade de Barcelona, ao dispor sobre os problemas de sua proposta normativista sobre o dolo (RAGUÉS I VALLÉS, 1998, p. 366).

Outrossim, a despeito de todas as medidas adotadas por Ragués i Vallés para minorar o risco de erro na atribuição do elemento subjetivo do injusto (RAGUÉS I VALLÉS, 2007, p.

146-147), a proposta desse jurista espanhol, ao lastrear o juízo de valoração em um abstrato sentido social da conduta, confere ao julgador, no momento da imputação do injusto, uma extrema liberdade interpretativa para determinar, no caso em comento, se houve ou não a prática de condutas delitivas a título doloso (ou culposo). Assim, como bem afirma Eugenio Raul Zaffaroni, chega-se ao ponto de “qualificar este erro judicial como risco permitido” (ZAFFARONI, 2007, p. 409) (tradução nossa).

Em último lugar, por ser derivativa a proposta de Ragués i Vallés, em alguma medida, da perspectiva funcionalista sistêmica de Jakobs sobre o dolo, ele falha ao fundamentar sua teoria na anteriormente problematizada categoria do sentido social conduta. De fato, o que fundamenta a punição de condutas proibidas não deve ser a ofensa a uma ordem social e comunicativa normativizada, mas sim, “o perigo que esses comportamentos representam para a subsistência de um bem” (GRECO, 2013, p. 72) (tradução nossa), como bem menciona Luís Greco em artigo que comenta escritos de Ragués i Vallés sobre o transporte da categoria de imputação própria do sistema da *commom law*, cegueira deliberada (*willful blindness*), ao direito espanhol.

5.2.4. ANÁLISE CRÍTICA SOB A PERSPECTIVA DE EDUARDO VIANNA

E ainda, em relação à teoria do dolo como compromissivo cognitivo proposta por Eduardo Viana, seu contributo teórico, além de ter sido pioneiro quanto à formulação de uma teoria normativa atributiva sobre o dolo no âmbito da dogmática penal contemporânea brasileira, proporciona indicadores interessantes para guiar uma análise sobre o problemático caso Boate Kiss.

Somente a título de revisão das contribuições que traz Eduardo Viana ao campo da imputação subjetiva, Viana propõe uma inovadora teoria normativa atributiva sobre o dolo, fundada na conhecida categoria do perigo doloso. Recebe essa qualidade de teoria normativa atributiva sobre o dolo porque condiciona a identificação do elemento doloso e culposo a um juízo de atribuição realizado pelo terceiro julgador, concretizado a partir de critérios normativamente estabelecidos pelo direito (VIANA, 2019b, n. p.).

Outra particularidade importante que deve ser rememorada da teoria de Viana se refere ao elemento da conduta que impõe como fundamento para determinar se o agente tinha ou não domínio de sua conduta (VIANA, 2020, p. 94). Em Viana, a base da imputação dolosa e culposa é o conhecimento da situação de perigo ocasionada. É o conhecimento do perigo que determinará o *quantum* de dominabilidade da conduta que tinha o agente no momento da prática do fato delitivo (VIANA, 2020, p. 94).

Para determinar qualitativamente o compromisso cognitivo entre o agente e a situação de perigo doloso por ele ocasionada, Viana propõe o critério da periculosidade objetiva da conduta, que se fundamenta, por sua vez, em outros três parâmetros, a saber: 1) A intensidade objetiva do risco criado; 2) O excessivo grau de vulneração da vítima; e, 3) As circunstâncias que se desenvolveram a conduta – todos voltados para a comprovação da existência de uma situação de perigo doloso, viabilizando a imputação dolosa (VIANA, 2017, p. 260).

Postas essas considerações iniciais, será melhor empreendido o cotejo entre o arcabouço teórico proposto por Eduardo Viana e as circunstâncias fáticas que ensejaram o caso Boate Kiss.

Para determinar a existência de um perigo doloso, no arquétipo de Eduardo Viana, faz-se importante definir toda a complexidade de dados que podem auxiliar na realização de um juízo de inferência entre a relação do agente com o perigo por ele causado (VIANA, 2017, p. 260). No caso em comento, a abundância de dados sobre o elemento doloso, existentes tanto na denúncia, quanto aqueles que podem ser subtraídos do material produzido durante a instrução probatória, demonstram a suficiência da presente análise inferencial.

A partir deles, é possível determinar se, nos moldes de como foram praticadas as condutas, racionalmente, os envolvidos estabeleceram um “compromisso cognitivo com a realização do perigo” (VIANA, 2017, p. 257).

Na primeira etapa, em confrontação com os critérios específicos apresentados por Viana, impõe-se discorrer sobre se as condutas envidadas pelos agentes delitivos preenchem qualitativamente o requisito do perigo doloso. Nessa fase, imperativo questionar-se se os agentes realizaram “um comportamento que expresse uma estratégia idônea para a realização do tipo” (VIANA, 2020, p. 96). Para tanto, premente sopesar os critérios da periculosidade

objetiva do perigo, do nível de vulnerabilidade da vítima e o contexto em que se realizou a conduta.

Quanto à periculosidade objetiva do perigo, Viana propõe os seguintes níveis de perigo a partir dos quais deve ser compreendida a situação de perigo ocasionada pelo agente: “perigo *sui generis*, perigo de alta, média e baixa intensidade” (VIANA, 2017, p. 264). Ou seja, quanto maior o nível de perigo causado, mais factível a prática do crime a título doloso.

No quesito de periculosidade, é, ao menos, razoável, em relação à situação de perigo causada pelos envolvidos no caso Boate Kiss, atestar pela existência de um risco de alta intensidade, na nomenclatura de Eduardo Viana. Como recomenda Viana, para a averiguação desse nível de perigo, toda a prova pericial produzida durante a instrução probatória do caso em comento demonstrou a ocorrência de uma periculosidade excessiva decorrente das condutas praticadas pelos envolvidos. Os laudos de perícia de local, de necropsia e decorrentes de exame de corpo e delito, mostram-se como elementos de prova aptos a descrever uma situação de extrema periculosidade (BRASIL, 2016, n. p.).

No que concerne ao nível de vulnerabilidade da vítima, narrou a denúncia que, no dia dos fatos, havia uma única porta de saída na boate, sem contar a barreira de grades postada na frente da saída e a falta de treinamento dos funcionários (os quais supostamente impediram a saída dos clientes da boate): aspectos que atuaram, de maneira conjunta, na diminuição da capacidade de autossalvação das vítimas. E, aqui, a prova pericial mostra-se, mais uma vez, minimamente elucidativa – os laudos realizados no local dos fatos constataram a ausência de saídas suficientes, sinalizadores de emergência, extintores de incêndios e exaustores (BRASIL, 2016, n. p.).

Isto é, embora as vítimas tenham sido capazes de compreender o risco das condutas (VIANA, 2017, p. 267), é possível afirmar, com lastro no arquétipo apresentado por Viana, que a confluência dos fatores supramencionados diminuiu a possibilidade de autossalvação das vítimas (VIANA, 2017, p. 267). As vítimas, no caso Boate Kiss, não eram fisicamente vulneráveis (como, por exemplo, crianças e idosos), mas, as circunstâncias do local tornaram-nas vulneráveis no acesso aos mecanismos de auto salvamento (VIANA, 2017, p. 265).

Contudo, somente o nível de periculosidade objetiva e de vulnerabilidade da vítima não são suficientes *de per se* para viabilizar uma imputação dolosa. A atuação conjunta dos dois critérios funcionará “como diretriz fundamental para avaliação objetiva da intensidade do perigo alheio” (VIANA, 2017, p. 260).

Na hipótese da aplicação das circunstâncias fáticas do caso Boate Kiss, aparenta ser factível afirmar que as condutas praticadas pelos envolvidos mereceriam uma imputação “dolosa sem maiores considerações” (VIANA, 2017, p. 269), sobretudo, tendo em vista a convergência entre o nível de periculosidade objetiva e o alto grau de impossibilidade de auto salvamento das vítimas.

Tais conclusões são incrementadas ao nível de razoabilidade, quando ponderadas a marca dominante das condutas dos agentes e o contexto em que elas se deram (VIANA, 2017, p. 271). Quantos aos músicos, ao supostamente adquirirem material pirotécnico de baixíssima qualidade e o ministrarem em um ambiente lotado de indivíduos (BRASIL, 2013, n. p.). Quanto aos sócios administradores da boate, ao não envidarem esforços na construção de um ambiente minimamente seguro (BRASIL, 2013, n. p.).

A partir da perspectiva mínima de racionalidade, “expressada no grande, manifesto e incontrolável perigo por eles criado, autoriza concluir que a ação somente poderia ser perpetrada por alguém que estivesse disposto a realizar o tipo penal de homicídio” (VIANA, 2017, p. 277).

Nesse sentido, não transcenderia à realidade a afirmação de que, no esquema proposto por Eduardo Viana, estariam as condutas praticadas por Luciano, Marcelo, Mauro e Elissandro fadadas à imputação dolosa eventual.

Apesar do interessante esquema apresentado por Eduardo Viana, faz-se importante compreender seus critérios para a resolução da questão do dolo, em especial, do dolo eventual, com certas ressalvas.

O arquétipo apresentado por Eduardo Viana intenta incrementar os achados teóricos em relação ao elemento do perigo doloso, na definição do elemento subjetivo do tipo. Inspirado nos contributos de Puppe, ele pretende, a partir da categoria do perigo doloso, trazer novos

critérios para auxiliar a averiguação qualitativa da existência do elemento doloso (VIANA, 2017, p. 255).

A primeira crítica ao arquétipo de Viana se refere à suficiência dos critérios por ele apresentados para a concretização da árdua atividade de imputação. Quanto a isso, a despeito de seu visível ímpeto inovador, Viana, além de fundamentar seu manancial teórico na problemática categoria do perigo – ponto outrora combatido, quando da análise do arquétipo teórico de Ingerborg Puppe –, reduz a comprovação do dolo a um conjunto de critérios redutíveis a, nas palavras de Juarez Tavares, “enunciados de pura lógica formal” (TAVARES, 2018, p. 255).

Parafraseando novamente Juarez Tavares, os contributos trazidos por Viana nada mais são do que uma teoria da probabilidade com uma nova roupagem: lastreada não mais no cálculo estatístico, mas sim, na figura da técnica inferencial (TAVARES, 2018, p. 255).

A adoção de critérios com base em uma perspectiva racionalizante da operação de imputação a título doloso ou culposo tende a ampliar ainda mais o nível de arbitrariedade ínsito ao julgador no momento da imputação dos elementos subjetivos do tipo. Assim, os critérios apresentados por Eduardo Viana, como bem pontua Rodrigo Amaral, acabam “caindo em certo nível de arbitrariedade” (AMARAL, 2022, p. 409).

A similaridade com as críticas dirigidas ao arquétipo de Puppe não acaba por aí. Além das pontuações outrora apontadas, a proposta de Eduardo Viana implica, a partir de seus critérios de inferência, bem como os pressupostos apresentados por aquela professora da Universidade de Bonn, na tão mencionada instrumentalização do sujeito (RAGUÉS I VALLÉS, 1998, p. 366). Assim como em Ragués i Vallés, Puppe e Jakobs, o emprego de critérios objetivos, com base em noções trazidas da tipicidade objetiva, promovem a total abolição, na averiguação do elemento subjetivo do tipo, da figura do indivíduo enquanto elemento nuclear do sistema de delito nos modelos da proposta finalista. O indivíduo, em construtos como o de Viana, por exemplo, passa a ser compreendido apenas como, entre vários outros, mais um dos critérios indicativos da ocorrência do elemento doloso ou culposo. O sujeito, enquanto ser individualmente considerado, transfere-se ao esquema de tipo, como menciona Alessandro Baratta, ao dispor atentamente sobre a teoria da imputação de viés normativista de Gunther

Jakobs, como apenas e, tão somente, “subsistema físico-psíquico” (JAKOBS *apud* BARATTA, 2004, p. 6).

A abolição da figura do indivíduo é de tal modo extrema que chega ao ponto de violar os preceitos mínimos de responsabilidade individual – fundamento necessário de um modelo de Direito Penal minimamente garantista (TAVARES, 2018, p. 282). Nesse ponto, a crítica trazida por Tavares ao arquétipo de Puppe encaixa-se perfeitamente à teoria do dolo como compromisso cognitivo, de Eduardo Viana (TAVARES, 2018, p. 282).

Por fim, sem ter a intenção de esgotar todos os apontamentos dirigidos aos contributos de Eduardo Viana, o ponto de crítica mais evidente ao conceito de dolo apresentado por Viana se refere ao seu produto direto: sua contribuição para a ampliação do espectro punitivo exercido pelo poder estatal. De fato, tal ponderação mais incisiva, no âmbito das discussões aqui desenvolvidas, não se trata de uma reflexão inovadora. Em Puppe, por exemplo, se deram as mesmas ponderações, sem nenhum acréscimo significativo.

Não é repetitivo rememorar que, no contexto de sociedade de riscos, a expansão de uma perspectiva punitiva de Direito Penal é o principal traço distintivo desse fenômeno ocorrido no contexto das sociedades pós-século XX. Silva Sánchez, em sua obra intitulada *Direito Penal nas sociedades pós-industriais*, foi um dos primeiros a notar, a partir dos contributos de Ulrich Beck, o adensamento dessas novas narrativas no contexto do Direito Penal contemporâneo (SANCHEZ, 2011, p. 35). A abolição de garantias processuais e a maior rigidez na aplicação das penas são algumas das variadas técnicas componentes dessa nova agenda punitiva (SANCHEZ, 2011, p. 28).

Como reflexo desse influxo punitivista, a dogmática penal contemporânea tende a incluir, em seu repertório punitivo, novas categorias delitivas, como, por exemplo, os intitulados crimes de perigo abstrato (BOTTINI, 2019, p. 92). Nesse contexto, o perigo insere-se rapidamente como uma ferramenta de escape ao esforço ínsito à atividade de imputação do elemento subjetivo do tipo (CANESTRARI, 2003, p. 394). Em Viana, é perceptível que a narrativa lastreada na categoria do perigo doloso, condicionada à verificação de critérios racionalizantes igualmente problemáticos, reflete, mesmo que não intencionalmente, essa tentativa de redução dos elementos de comprovação das categorias do dolo e da culpa.

O dolo eventual também é alvo de apreço por parte daqueles arquétipos teóricos enquadrados na sociedade de riscos. Sérgio Salomão Sechaira, por exemplo, atesta que o fenômeno de esvaziamento dos critérios próprios à categoria do dolo eventual é um fenômeno característico do contexto atual de sociedade de riscos (SECHAIRA, 2007, p. 238).

Thiago Rocha de Rezende também é assertivo ao evidenciar o caráter punitivo expansionista por trás daquilo que propõe as teorias normativas cognitivas. Quanto a essa nova corrente teórica, ensina aquele jurista que “ao se retirar o filtro da vontade, permitindo que condutas não queridas possam ser punidas como dolosas, tem-se um claro alargamento do poder de punir no âmbito da imputação subjetiva: mais condutas passam a ser punidas com o rigor do dolo” (REZENDE, 2022, p. 20).

Por todo o exposto, a despeito de sua extremada eloquência, a proposta de Eduardo Viana apresenta problemas, que devem ser sanados a ponto de não influir mais ainda na expansão dessa agenda punitiva.

5.2.5 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS FINAIS

Em resumo, não se discute sobre a aptidão desses arquétipos teóricos para resolver casos de difícil resolução. Ocorre que, como foi demonstrado, essa aparente facilidade apresentada pelas teorias normativas atributivas para a definição e determinação do dolo eventual, no contexto de análise da Boate Kiss, revela profundas insuficiências dessa inovadora corrente teórica, a dificultar a sua aplicação sem ressalvas ao sistema jurídico penal brasileiro.

A fim de traçar as devidas considerações críticas às teorias normativas atributivas no que concerne a sua (in) adequação ao sistema jurídico penal brasileiro, é preciso entender qual é o conteúdo e a função da imputação do elemento subjetivo do tipo nesse contexto jurídico.

A definição da função e do conteúdo da imputação da face subjetiva do tipo penal responde, sobretudo, a uma determinada finalidade – uma finalidade, diga-se de passagem, de viés explicitamente “político-criminal” (VIANA, 2020, p. 94), que, a um só tempo, delimita gradativamente a incidência da punição sobre o indivíduo e atua, ela própria, como ponto de transmissão da mensagem que se pretende transmitir a partir da pena (VIANA, 2020, p. 95).

Tal finalidade inter-relaciona-se diretamente com o modelo de Direito Penal ao qual se filia o sistema jurídico em que o instituto se aplica. No modelo brasileiro, de viés prevencionista, a função da imputação do tipo subjetivo “há de pressupor, lógica e necessariamente, ações e omissões involuntárias, e não involuntárias ou naturais, é dizer, a intervenção jurídico penal começa e termina com o início e o fim da vontade humana, pois fora daí teria lugar a responsabilidade penal objetiva (...)” (QUEIROZ, 2020, p. 253).

Nesse sentido, é a vontade que atua como principal elemento informador da finalidade da imputação dos elementos subjetivos do tipo. Logo, somente será possível imputar subjetivamente um fato a determinado indivíduo e, assim, dar cumprimento aos fins propostos pelo Direito Penal se o sujeito em questão for capaz de manifestar sua vontade direcionada à prática de uma infração penal (MARTINELLI, 2019, p. 487).

Eugênio Raul Zaffaroni é didático ao atestar que “tem domínio do fato é quem estabelece suas condições (...) É quem decide se o fato se realiza, segue, ou se para” (ZAFFARONI, 2007, p. 397) (tradução nossa). E essa apreensão do fato somente será possível imputar ao sujeito caso seja este produto de sua manifesta vontade.

E essa vontade, que, como retromencionado, não somente atua como referência à sua finalidade, mas também quanto ao seu conteúdo; é o ponto central de distinção e determinação dos elementos doloso eventual e culposo consciente.

É aqui onde se situa a crítica às teorias normativas atributivas em relação aos seus arquétipos acerca, especificamente, do dolo eventual e da culpa consciente. Premente concordar que, não discordam os adeptos – ao menos alguns deles – de tal corrente teórica, sobre a importância do elemento volitivo como força motriz da imputação do elemento subjetivo do tipo. No entanto, até mesmo naqueles arquétipos onde se reconhece a centralidade do elemento volitivo, o fundamento para a aferição dessa vontade é equivocado.

Nas linhas que se seguiram foram demonstradas as grandes problemáticas da adoção de um critério puramente atributivo normativo para a imputação do elemento doloso eventual. O cotejamento das propostas normativas atributivas apresentadas por Puppe, Jakobs, Ragués i Vallés e Eduardo Viana, apontou que a utilização do critério de atribuição do elemento doloso de bases exclusivamente normativistas, e submetida a um juízo de adequação por parte de um

terceiro julgador, resultam: no emprego de critérios pouco confiáveis para a delimitação entre os elementos do dolo eventual e da culpa consciente; e, na instrumentalização do indivíduo, cujo critério passa a ser compreendido, pelos adeptos da corrente normativa atributivista, apenas enquanto critério objetivo-normativo, apto a viabilizar a imputação dolosa eventual.

Desaguam ainda: no recurso a conceitos fundados em uma perspectiva autoritária de Direito Penal, lastreada em categorias como, por exemplo, o sentido social da conduta ou o papel social de garante, que é “altamente reforçadora de sua violência e seletividade, (ZAFFARONI, 2007, p. 394); na diminuição do esforço ínsito à imputação do elemento subjetivo do tipo via emprego de novas categorias de imputação, como, por exemplo, a do perigo doloso – próprio de uma sociedade punitivista; e, na ampliação do espectro punitivo exercido pelo poder estatal.

A criação de um novo setor teórico no campo da definição dos elementos subjetivos do tipo, no âmbito do Direito Penal contemporâneo, reflete uma narrativa acadêmica que tem por objetivo – não evidente – intensificar o alargamento da curva punitiva e a seletividade. Volta-se, por meio da flexibilização dos critérios atinentes ao elemento subjetivo do delito, a relegitimar o papel do Direito Penal e da pena como constitutivos “da construção social da criminalidade, da criminalização seletiva (seja classista, racista, sexista) e estigmatizante, da distribuição desigual e genocida que o poder faz do *status* social de criminosos” (PEREIRA, 2020, p. 262). Compõem tais contribuições teóricas as diversas discursividades que fundamentam e (re)fundamentam o papel coercitivo, seletivo e punitivo do controle penal (PEREIRA, 2020, p. 261).

Quanto a esse ponto, o caso Boate Kiss é extremamente significativo, haja vista que, apesar de o juízo de imputação sobre o elemento subjetivo do tipo ter sido empreendido pelo Tribunal do Júri – em face de previsão constitucional –, os discursos pregados pelos adeptos da teoria normativa atributiva foram significativos para determinar a submissão dos envolvidos ao jugo do júri popular e lastrear o alto *quantum* de pena a eles aplicados. E ainda, no caso em comento, mais uma vez, o dolo eventual, agora com lastro nas perspectivas normativas atributivas, “é usado para traduzir a resposta penal em mais punição, através da pena privativa de liberdade” (SECHAIRA, 2007, p. 238).

Como bem trouxe Gamil Foppel, em relação à imputação dolosa eventual no caso Boate Kiss, “ficou patente a ocorrência de crime culposo, contudo, uma vez mais, o clamor social, (...) impede o reconhecimento do fato típico em análise” (HIRECHE, 2016, n. p.).

Em recurso, têm-se novamente a seguinte lição de Eugenio Raul Zaffaroni:

“se tem observado que sempre que o poder crê ser necessário enviar mensagens (é dizer, tranquilizar a população), o *in du pro reo* se erige em um obstáculo liberal. Como ninguém se atreve a derogá-lo expressamente, se opta por um recurso dogmático: se presume o dolo” (ZAFFARONI, 2007, p. 408).

Portanto, a melhor proposta para determinar a diferenciação e a determinação dos elementos subjetivos doloso eventual e a culpa consciente, que implique na redução dos problemas atinentes à própria categoria do dolo eventual em termos de seletividade e punitividade (JORIO, 2016, fl. 2), será aquela lastreada no elemento da vontade individual e interna ao indivíduo – ponto fulcral na determinação do conteúdo do elemento subjetivo do tipo, no contexto de um modelo de Direito Penal que se pretende democrático (BUSATO, 2015, p. 38b).

Com base no ensinamento cirúrgico de Juarez Tavares, o domínio dos fatos “que é condição essencial ao processo de imputação subjetiva, não se situa no conhecimento, mas na vontade. O sujeito só controla os fatos quando os deseja” (TAVARES, 2018, p. 264). Assim, sem o elemento da vontade, permite-se “que condutas não queridas possam ser punidas como dolosas” (REZENDE, 2022, p. 20).

Neste ponto, sem adentrar no mérito de instituir um esquema padrão de determinação do dolo, no caso brasileiro, em face dos diversos arquétipos dogmáticos apresentados quanto ao tema da definição e determinação do elemento doloso eventual e da culpa consciente, o modelo a ser adotado será aquele que melhor preservar o conteúdo volitivo, ínsito à imputação subjetiva nos moldes de um modelo de Direito Penal democrático e garantista.

Diante do exposto, resta esperar que, neste embate entre as perspectivas em relação ao dolo eventual, de viés expansionista-punitivista (as teorias normativas-atributivas) e as de bases

volitivas-garantista, sobrepuja-se não aquelas que apresentem, ao nível quantitativo (ou qualitativo), um *quantum* maior de critérios de determinação do elemento subjetivo doloso eventual – a indicar uma suposta maior seguridade da operação de imputação –, mas sim, aquela que tenha como centro de sua análise a vontade do agente enquanto elemento nuclear de um Direito Penal democrático, de modo a evitar “aberrações jurídicas” (HIRECHE, 2016, n. p.), tal como se deu no caso Boate Kiss.

6. CONCLUSÃO

As linhas que se seguiram demonstraram que a temática do dolo eventual – e da culpa consciente – não é um assunto novo. Com o deslocamento do dolo e da culpa para o setor do tipo, e a vinculação da noção de conduta humana a um agir final – em face das contribuições trazidas pelo finalismo, de Hans Welzel –, a descoberta do conteúdo dessa vontade final tornou-se essencial para a imputação de um tipo penal a um determinado indivíduo.

Tal atividade de descoberta torna-se problemática – tanto no campo da dogmática penal, quanto na seara da prática forense – quando se refere ao dolo eventual – subespécie do elemento subjetivo doloso; e, principalmente, quando se trata de determiná-lo e diferenciá-lo da culpa consciente – subespécie do elemento subjetivo culposo. Constitui um problema que há muito é debatido, sem nenhuma perspectiva de resposta.

Quanto à determinação do elemento doloso eventual – subespécie de elemento subjetivo doloso –, as teorias ditas tradicionalistas – ou ontologistas –, lastreadas nos elementos vontade e representação, apresentaram critérios interessantes para a resolução desse problema. No entanto, restou aqui demonstrado, a partir da análise das teorias dita tradicionais, que os parâmetros apresentados por esses arquétipos teóricos não são mais suficientes para determinar com precisão o dolo eventual. Em síntese, aponta a dogmática contemporânea que seria impossível descobrir a atitude interna do agente em um sentido meramente psicologista.

Em resposta a essa insuficiência das teorias ontologistas, criou-se, no campo da dogmática penal contemporânea, as teorias normativas atributivas, que partem do pressuposto que a imputação do elemento doloso, em especial, o eventual, deve ser empreendida a partir de uma atribuição realizada sob o pálio de determinados critérios determinados pelo Direito.

A despeito dos acréscimos das teorias normativas atributivas ao campo da teoria do injusto, descobriu-se aqui que os contributos apresentados pelos adeptos dessa corrente teórica são igualmente problemáticos.

A partir da análise de um caso concreto – o caso Boate Kiss – e o cotejo deste com as teorias normativas sobre o dolo de Jakobs, Puppe, Ragués i Vallés e Eduardo Viana – todos inseridos nessa inovadora corrente teórica –, tornou-se perceptível que a utilização de critérios

de viés normativo atributivos são pouco confiáveis; resultam na instrumentalização do indivíduo e no esvaziamento do elemento doloso; relacionam-se, em alguns arquétipos, com uma proposta autoritária de Direito Penal; e, desaguam na ampliação do espectro punitivo exercido pelo poder estatal. A demonstrar sua inaptidão para fundamentar a definição e a determinação do elemento doloso eventual, notadamente no contexto do sistema penal brasileiro, de matriz democrática e garantista, fundando na responsabilidade pessoal subjetiva.

Portanto, sem determinar a escolha de um critério padrão, a melhor proposta dogmática a ser adotada para a delimitação e a determinação dessa categoria subjetiva do injusto será aquela que tenha como centro de sua análise a vontade do agente enquanto elemento nuclear de um Direito Penal democrático, de modo a evitar “aberrações jurídicas” (HIRECHE, 2016, n. p.), tal como se deu no caso Boate Kiss.

7. REFERÊNCIAS

AMARAL, R. (2022). Resenha ao livro "**Dolo Como Compromisso Cognitivo**". Revista Científica Do CPJM, 1(02), 379–391. Recuperado de <https://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/50>.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Direito penal: entre o mito da neutralidade e a politicidade, o camaleão do poder punitivo**. In: BOLDT, Raphael (Org.). Teoria Crítica e Direito Penal. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2020.

ARAÚJO, José Osterno Campos de. **Direito penal na Literatura: de Shakespeare, Machado e outros virtuosos**. 2 ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2021.

ARBEX, Daniela. **Todo dia a mesma noite: a história não contada da boate Kiss**. - 1. ed. - Rio de Janeiro : Intrínseca, 2018.

BARATTA, Alessandro. **Criminología y Sistema Penal**. Buenos Aires/Montevideo: B de f, 2004.

BARBERÁ, Gabriel Pérez. **El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental**. Buenos Aires, Hammurabi, 2011.

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

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

BRASIL. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. **Denúncia Principal**. Santa Maria, 2013, Disponível em: https://www.mprs.mp.br/media/areas/imprensa/arquivos/boate_kiss/denunciaprincipal.pdf. Acesso em: 8 de agosto de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1689173/SC**, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 26/03/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.790.039/RS**, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/6/2019, DJe de 2/8/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 91159**, Relator(a): ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 02/09/2008, DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-02 PP-00281.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Concluso para Despacho - Processo Criminal n° **027/2.13.0000696-7**.. Autor: Ministério Público. Réus: Elissandro Callegaro Spohr e Outros. Prolator: Ulysses Fonseca Louzada. Santa Maria, 2013, Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_co

marca=027&comarca=&numero_processo=00023531920138210027&numero_processo_desktop=00023531920138210027&CNJ=S&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte= .. Acesso em: 8 de agosto de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes e de Nulidade nº N° 70075120428**. Recorrente: Elissandro Callegaro Spohr e outros. Recorrido: Ministério Público do Rio Grande do Sul e outros. Relator: Victor Luiz Barcellos Lima, Santa Maria/RS, 2017, Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=700&comarca=&numero_processo=02761573020178217000&numero_processo_desktop=02761573020178217000&CNJ=S&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=. Acesso em: 8 de agosto de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso em sentido estrito nº N° **70071739239**. Recorrente: Elissandro Callegaro Spohr e outros. Recorrido: Ministério Público do Rio Grande do Sul e outros. Relator: Manuel José Martinez Lucas .Santa Maria/RS, 2017, Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=027&comarca=&numero_processo=00023531920138210027&numero_processo_desktop=00023531920138210027&CNJ=S&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=. Acesso em: 8 de agosto de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Sentença: Processo Criminal nº 0047498-35.2020.8.21.0001**. Autor: Justiça Pública. Réu: Elissandro Callegaro Spohr e outros. Prolator: Orlando Faccini Neto, Porto Alegre/RS, 2021, Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=&comarca=&numero_processo=&numero_processo_desktop=0047498-35.2020.8.21.0001&CNJ=N&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte= . Acesso em: 09 de agosto de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Sentença de Pronúncia : Processo Criminal nº **027/2.13.0000696-7**.. Autor: Ministério Público. Réus: Elissandro Callegaro Spohr e Outros. Prolator: Ulysses Fonseca Louzada. Santa Maria, 2016, Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=027&comarca=&numero_processo=00023531920138210027&numero_processo_desktop=00023531920138210027&CNJ=S&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=. Acesso em: 8 de agosto de 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral** - art. 1 a 120. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BUSATO, Paulo Cesar. **Dolo e significado**, Gen Jurídico, 2015, Acesso em: 13 de maio de 2022, Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/12/08/dolo-e-significado/>).

_____. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 5 ed. - São Paulo: Atlas, 2015.

CANESTRARI, Stefano. La estructura del dolo eventual y las nuevas fenomenologías de riesgo. **Nueva doctrina penal**, Buenos Aires, B, p. 393-430, 2003. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=49703. Acesso em: 9 ago. 2022.

CARVALHO, Salo de. **Teorias da pena: fundamentos teóricos do poder de punir**. In: Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 37-140.
CONHEÇA a banda que vive drama após tragédia em Santa Maria. Correio do Estado, 2013, Disponível em: <https://correiodoestado.com.br/cidades/conheca-a-banda-que-vive-drama-apos-tragedia-em-santa-maria/173163> . Acesso em: 8 de agosto de 2022.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. Imprensa: Lisboa, Coimbra, 2004.

DIAZ `PITA, M.d.M. (1993). **Los límites del dolo eventual**. (Tesis Doctoral Inédita). Universidad de Sevilla, Sevilla. Disponível em: <https://idus.us.es/handle/11441/24011>. Acesso em 28 de julho de 2022.

EM novo cálculo, polícia conclui que boate kiss estava superlotada. G1 Portal de Notícias, 2013, Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2013/03/em-novo-calculo-policia-conclui-que-boate-kiss-estava-superlotada.html>. Acesso: 09 de agosto de 2022.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. **La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo: sobre la normativización del dolo**. Cuadernos de política criminal, Madrid, n. 65, p. 269-364, 1998. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=21558. Acesso em: 14 jul. 2022.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Define Tolfo; Coord. UAB/UFRGS. **Métodos de Pesquisa**. Porto Alegre: Editora UFRGS, 2009.

GRECO, Luís. **Comentário al artículo de Ramón Ragués**. Edición digital a partir de *Discusiones: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, núm. 13.. Alicante : Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2013, pp. 67-78. Disponível em: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/comentario-al-articulo-de-ramon-ragues/> Acesso em: 10 de agosto de 2022.

_____. **Dolo sem vontade**, in Silva Dias et ali (coords.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 885-905.

_____. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Notícia do direito brasileiro, Brasília, n. 7, p. 307-362, 2000. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=30443. Acesso em: 14 jul. 2022.

HIRECHE, Gamil Fopel el. **Tragédia em Mariana exige cautela para não provocar aberrações jurídicas**, conjur, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-26/tragedia-mariana-exige-cautela-nao-causar-aberracao-juridica> acesso em: 12 de agosto de 2022.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume I, tomo II, arts. 11 ao 27.** Org. Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso. 5 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

INCÊNDIO em boate é o segundo caso com mais mortes no Brasil. G1 Portal de Notícias, 2013, Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2013/01/incendio-em-boate-e-o-segundo-caso-com-mais-mortes-no-brasil.html>. Acesso em: 12 de agosto de 2022.

JAKOBS, Gunther. **Derecho penal - Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación.** Trad. Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo . Madrid: Ed. Marcial Pons. 1995.

_____. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional.** Trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feiúo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1: parte geral.** 32. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.

JORIO, Israel Domingos. **O fim do dolo eventual.** Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 24, n. 284, p. 02-03, jul.. 2016. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=129881. Acesso em: 12 ago. 2022.

MACHADO, Máira Rocha. **O Estudo de Caso na Pesquisa em Direito.** In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). Pesquisar empiricamente o direito. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Lições fundamentais de direito penal: parte geral.** 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTELETO FILHO, Wagner. **O problema do desconhecimento no dolo : os dois planos normativização do elemento intelectual, com particular aplicação ao erro e aos desvios dos processos causais.** Tese doutoramento em Direito (Ciências Jurídico-Criminais) Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2019. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10451/42264>. Acesso em: 13 de maio de 2022.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: Parte General.** 8º edición. Barcelona. Editorial Reppertor, 2008.

MULLER, Iuri. **Santa maria com o retorno de 40 mil estudante às atividades presenciais,** Jornal do Comércio, Disponível em: https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/cadernos/empresas_e_negocios/2022/05/847851-santa-maria-pulsa-com-o-retorno-de-40-mil-estudantes-as-atividades-presenciais.html, Acesso em: 8 de agosto de 2022.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et al.. **Direito Penal Brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema.** 2 .ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

PRADO, Luis Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral (arts. 1º a 120).** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PORCIÚNCULA, José Carlos. **Lo “objetivo” y lo “subjetivo” en el tipo penal: hacia la exteriorización de lo interno.** Imprenta: Barcelona, Atelier, 2014.

POUPART, Jean et al.. **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos.** Trad. Ana Cristina Nasser, Petropolis, RJ: Vozes, 2008.

PUPPE, Ingeborg. **Dolo eventual e culpa consciente.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 114-132, jan./fev.. 2006. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=104809. Acesso em: 14 jul. 2022.

_____. **O dolo eventual e sua prova** in: Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal. Org. Beatriz Corrêa Camargo et al; tradução: Luis Greco. Imprenta: São Paulo, Marcial Pons, 2019.

_____. **Dolo, curso causal, imputação.** In: ESTUDOS em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Dias de Figueiredo Dias - volume II. Organização de Manuel da Costa ANDRADE, Maria João ANTUNES, Susana Aires de SOUSA. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. 1.090 p., 22 cm. (Studia Iuridica, 99. Ad Honorem, 5). ISBN 978-972-32-1778-0. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=78919. Acesso em: 14 jul. 2022. p. 821-840. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=79203. Acesso em: 14 jul. 2022.

_____. **Homicídio doloso mediante corridas ilegais? Comentários sobre o “Racha em Berlim” (BGH, Urt. v. 18.6.2020 – 4 StR 482/19).** Trad. Emília Merlini Giuliani. Revista do Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 295-306, 2021. DOI: 10.46274/1909-192XRICP2021v6n2p295-306.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral.** 14º edição rev. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2020, 656p.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **Conducción de vehículos con consciente desprecio por la vida de los demás y tentativa de homicidio.** Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, v. 50, único, p. 787-813, jan./dez.. 1997. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=32256. Acesso em: 10 ago. 2022.

_____. **El sistema integral del Derecho penal: variaciones en torno a una idea.** Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal, [S. l.], v. 5, n. 2, p. 1–13, 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/78202>. Acesso em: 14 jul. 2022.

_____. **La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa.** Tese de Doutorado. Orientador Jesús Maria Silva Sanchez. Universidade Pompeu Fabra. Espanha, 1998. Disponível em: <https://repositori.upf.edu/handle/10230/11799?show=full>. Acesso em: 20 de maio de 2022.

_____. **La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo: comentario a la STS de 24 de noviembre de 1995, ponente Sr. Delgado García.** Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, v. 49, n. 2, p. 795-822, mai./ago..

1996. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=28461. Acesso em: 21 set. 2022.

_____. **Consideraciones sobre la prueba del dolo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 15, n. 69, p. 129-155, nov./dez.. 2007. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=64767. Acesso em: 11 ago. 2022.

REZENDE, Thiago Rocha de. **A teoria cognitiva do dolo e o alargamento do direito de punir**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 30, n. 357, p. 19-22, agost. 2022. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/777/2>. Acesso em: 12 de agosto de 2022.

ROXIN, Claus Roxin. **Derecho Penal: Parte General - Fundamentos, La Estructura de la teoria del delicto**. Tomo I. Trad. Diego -Manuel Luzon Pena et al. Segunda Edición. Madrid: Ed. Civitas. 1997.

SANGUINÉ, ODONE. **Dolo eventual e culpa consciente: limites**. Trabalho premiado em 1º lugar no Concurso Nacional “Procurador Miguel Cerqueira – 1980”, promovido pela Associação do Ministério Público de Goiânia – GO. Disponível em: http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1292416701.pdf. Acesso em: 13 de maio de 2022.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: parte geral**. 6. ed, ampl. e atual - Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SCHUNEMANN, Bernd. **Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo**. Trad. Luís Greco, Ana Paula Grossi. In: Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Coord. Luis Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

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. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=63372. Acesso em: 8 ago. 2022.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 236 p., 21 cm. (Direito e ciências afins, 6). ISBN 978-85-203-3904-6.

SOLER, Sebastián. **El dolo eventual**. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. n. 47, v. 8, 2007-2008. p. 78-81.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. **Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano**. Polít. crim., Santiago, v. 11, n. 22, p. 675-703, 2016. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992016000200010&lng=es&nrm=iso>. accedido en 14 jul. 2022. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000200010>.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

_____. **Teoria do Crime Culposo** (recurso eletrônico). 5 ed. rev. , Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018b.

_____. **Teorias do Delito: variações e tendências**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

_____. **Teoria do Injusto Penal**. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, 2mb; e-book; PDF.

VIANA, Eduardo. **A imputação dolosa no caso do "racha em Berlim": comentários à decisão do tribunal de Berlim**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 18, n. 73, p. 105-130, abr./jun.. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151414. Acesso em: 14 jul. 2022.

_____. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. 393 p., 23 cm. (Direito penal e criminologia). ISBN 979-85-66722-50-5. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=141275. Acesso em: 14 jul. 2022.

_____. **Punição por dolo no caso brumadinho**, Jota, 2019b. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/punicao-por-dolo-no-caso-brumadinho-25022019>. Acesso em: 14 de julho de 2022.

_____. **Sobre a estrutura do dolo**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 19, n. 77, p. 61-107, abr./jun.. 2020. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=157695. Acesso em: 14 jul. 2022.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal: parte general**. Traducción del aleman por Carlos Fontan Balestra. Imprenta: Buenos Aires, Depalma, 1956.

WELZEL, Hans. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Trad. Jose Cerezo Mir. Segunda Reimpresión. Editorial BdeF: Argentina, 2004.

YIN, Robert K. **Estudo de Caso – Planejamento e Métodos**. Tradução: Daniel Grassi. Bookman, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et. al. **Manual de Derecho Penal** . 2a ed. Ia reimp. Bueno Aires: Ediar, 2007.