

# O DOLO EVENTUAL NA ESTRUTURA FINALISTA DO DELITO: CRÍTICA DE UM DOGMA

**Wilson Franck Junior**

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

**Resumo:** O autor analisa os postulados da doutrina finalista da ação e retira suas consequências no que concerne à delimitação do conceito de dolo, demonstrando que estes postulados conduzem à exclusão da modalidade dolo eventual.

**Palavras-chave:** Teoria da ação final. Vontade de realização do tipo. Dolo eventual.

**Resumen:** El autor analiza los principios de la doctrina de la acción final y señala sus consecuencias respecto de la delimitación del ámbito del hecho doloso, demostrando que estos postulados conducen a la exclusión del dolo eventual.

**Palabras clave:** Teoría de la acción final. Voluntad de realización del tipo. Dolo eventual.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A teoria da ação finalista, muito embora sem o mesmo prestígio de outrora, ainda se faz sentir e influenciar sobremaneira nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais em países da América Latina, onde conta com um significativo número de adeptos. Esse prestígio ainda existente se faz notar devido às inovações que seus postulados puderam propiciar<sup>1</sup>, e dentre estes postulados, a inclusão do dolo no tipo talvez represente a inovação que mais fora recepcionada pela maioria dos modernos ordenamentos jurídicos. Todavia, se por um lado os postulados finalistas conduziram a pontuais avanços no estudo da teoria do delito, por outro lado também conduziram a alguns problemas jurídicos que não longe estão de influenciar a doutrina e jurisprudência, acarretando uma verdadeira incompreensão do *phaenomenon* dolo eventual. Esta incompreensão, por si só, demonstra o quão importante é discutir a temática do

<sup>1</sup> Se pudermos citar seus principais contributos à doutrina do crime enquanto teoria geral, cremos serem estes os mais significativos: a orientação segundo valores da vida em sociedade, que representam garantias contra o positivismo e às arbitrariedades estatais; a relevância da adequação social como critério limitador do tipo penal; a análise da conduta humana como algo invariável e ontológico; e por derradeiro – e o que aqui nos interessa – a inclusão do dolo no tipo penal, postulado este que gerou um verdadeiro entusiasmo na doutrina, acarretando em seu acolhimento pelos ordenamentos jurídicos de diversos países, principalmente na América Latina. Um panorama dessas discussões, na atualidade, pode ser obtido nos seguintes trabalhos: ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 15, n. 65, p. 9-25, março-abril, 2007. HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al “finalismo”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 15, n. 65, p. 77-104, março-abril, 2007; HIRSCH, Hans Joachim. El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, v. 11, n. 43, p. 11-30, abril-junho, 2003; HIRSCH, Hans Joachim. Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 14, n. 58, p. 64-84, janeiro-fevereiro, 2006. BACIGALUPO, Enrique. Sobre a teoria da ação finalista e sua significação no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 13, n. 52, p. 135-157, janeiro-fevereiro, 2005.

dolo, sobretudo em sua modalidade eventual. Mas não apenas. Percebe-se que em nossa doutrina existe uma verdadeira estagnação na produção de trabalhos científicos sobre este tema desde os célebres trabalhos de Néelson Hungria. Desde então, a temática pouco evoluiu, e nas raras vezes em que fora discutida – quase sempre de maneira superficial e relacionada aos delitos de trânsito –, a doutrina pátria manteve uma postura conservadora ou pouco ousada.

Nas linhas que perfazem o presente artigo, entretanto, abordaremos pontualmente a questão do dolo à luz da teoria finalista do delito. Limitar-nos-emos, especificadamente, ao estudo da incompatibilidade dogmática entre ação final e dolo eventual, ainda que de forma geral tenhamos algumas considerações sobre os postulados gerais da doutrina finalista da ação que influenciam nos resultados que se quer observar quanto à estruturação do dolo. E à luz destes postulados, extrairemos as conseqüências que pretendemos criticar: o incoerente reconhecimento do dolo eventual na estrutura finalista da teoria do delito.

## 2 INTRODUÇÃO À DOGMÁTICA FINALISTA DO DELITO

A teoria finalista do delito, segundo Hirsch, sustenta-se sobre alguns fundamentos estruturantes, os quais se dividem em dois objetivos principais, um geral e outro especial. O fundamento geral, de cunho metodológico, dirige-se à apreensão de *estruturas prévias ao direito*, que serão objetos de valoração em sede jurídica pelo legislador, que deverá, portanto, respeitar tais estruturas e fenômenos da realidade. Em razão desse respeito à natureza ontológica dos conceitos jurídico-penais, não poderá o legislador concebê-los ou criá-los a partir da própria norma penal, eis que estará de antemão limitado pela realidade imutável e a-histórica que os conforma. Se porventura não forem respeitadas as estruturas prévias ao direito, afirma Hirsch que conceitos tais quais o de ação, omissão, dolo, etc., podem ser convertidos em “*productos jurídicos artificiales*”<sup>2</sup>. Em última análise, a preocupação de Hirsch é de que a criação de conceitos “artificiais”, exatamente por não se adequarem às estruturas “prévias ao direito”, possa conduzir ao arbítrio estatal e à perda de limitações ao poder punitivo.

O objetivo especial, por seu turno, é a própria aplicação do objetivo geral, isto é, a criação de um conceito central do direito penal: o conceito de *ação*. Conceito este “central” porque deve perfazer-se, em uma lógica sistemática, como único objeto de valorações

<sup>2</sup> HIRSCH, Hans Joachim. *A cerca de la crítica del “finalismo”*, p. 79.

jurídicas, pois apenas ações podem ser proibidas ou exigidas pela norma penal.<sup>3</sup> Nesse sentido, os finalistas rechaçam a criação de conceitos sem levar em conta o “conteúdo final” da ação. Segundo Welzel, a atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em função do *fin* perseguido, enquanto que no acontecer causal tal *fin* não é relevante.<sup>4</sup> Nas palavras de Welzel, a “*voluntad final, como factor que configura objetivamente el acontecer real, pertenece, por ello, a la acción.*”<sup>5</sup>

## 2.1 Breves Anotações sobre a Ação Final como Conceito Superior (*Oberbegriff*)

A doutrina da ação final jamais se furtou, assim como as demais teorias, à difícil – senão porventura impossível – tentativa de arvorar-se como estrutura básica do aparecimento do delito, isto é, como base autônoma e unitária da construção do delito capaz de suportar, sem contudo pré-determinar, os posteriores predicados da tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade. Nesse intento, entretanto, se faz necessário que este supraconceito de ação pré-típico cumpra, sem prejuízos, a uma multiplicidade de funções no sistema, nomeadamente, as funções de *classificação*<sup>6</sup>, *ligação*<sup>7</sup> e *delimitação*<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> HIRSCH, Hans Joachim. *A cerca de la crítica del “finalismo”*, p. 81.

<sup>4</sup> WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos Aires: B de F, 2004, pp. 41-42. Nesse ponto não custa relembrar a célebre frase de Welzel, em que afirma, metaforicamente, que a finalidade é “vidente”, e a causalidade, “cega”. (WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*, pp. 41-42.).

<sup>5</sup> WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*, p. 42. Welzel acrescenta ainda que “*la espina dorsal de la acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal. Ella es el factor de dirección que configura el suceder causal externo y lo corvierte, por tanto, en una acción dirigida finalmente; sin ella quedaría destruida la acción en su estructura y sería rebajada a un proceso causal ciego.*” (WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*, p. 42).

<sup>6</sup> Diz-se que o conceito de ação deve constituir-se, para o cumprimento da função de classificação, como conceito superior (*Oberbegriff*), abrangendo todas as formas em que se manifeste o delito — modalidade dolosa e culposa, tanto nas formas comissivas e omissivas, representando um elemento comum a todas elas. *Vide*, nesse sentido: ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: Tomo I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. 1. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 234.

<sup>7</sup> Denomina-se função de enlace ou ligação a capacidade de vincular ou entrelaçar entre si todas as concretas categorias do delito, isto é, introduzindo-se em cada elemento da estrutura do delito (ação típica, ilícita, culposa, punível), a ponto de atravessar todo o sistema jurídico penal e constituir-se como seu sustentáculo, ou, nas palavras de Roxin, como “coluna vertebral do delito”. Todavia, deve ainda perfazer-se neutro frente ao tipo, à antijuricidade e à culpabilidade. Neutralidade esta que, se inexistente, pressuporia uma qualquer valoração tipificante, antijuridicante ou culpabilizante, o que conduziria, evidentemente, à perda da função de ligação, com sua respectiva inoperabilidade funcional. Mas se tal assertiva é verdadeira, o conceito de ação não deve, por óbvio, invadir o campo do tipo, mas por outro lado não pode estar vazio de conteúdo, pois deverá ter suficiente força expressiva para suportar os predicados dos elementos valorativos que a ele se ligam. (ROXIN, Claus. *Derecho penal*, p. 234).

<sup>8</sup>No que diz respeito à função de delimitação — de notável significado prático —, o conceito de ação deverá servir, independentemente da efêmera natureza modificativa a qual os tipos penais se veem a compartilhar, como instrumento que exclua da apreciação jurídico-penal, *ab initio*, todos os demais comportamentos que não podem constituir-se ações relevantes para o direito penal, respectivamente, os meros pensamentos e atitudes internas, os

Com efeito, se é verdade que muitas são as exigências para que a conduta se estabeleça como elemento estrutural primário, também deve ser verdade que muitas são as dificuldades que se impõem em tal tentativa.<sup>9</sup> Uma dessas dificuldades que se vê a enfrentar o conceito de ação final — e porventura a mais significativa — concerne à falta de conteúdo material suficiente ao abarcamento em âmbito pré-típico de ações e omissões, conduzindo, inexoravelmente, a uma bipartição da estrutura do delito — o que há muito já assinalara Radbruch — tendo em vista que “*el omitente no es causal respecto del resultado y por tanto no dirige ningún curso causal, tampoco puede actuar de modo final.*”<sup>10</sup>

Diante da inexistência de um curso causal lesivo na omissão, e, no intento de conformar os delitos imprudentes, Welzel recorreu ao conceito de “*capacidade de ação*”<sup>11</sup> — isto é, ausência de ação final devida. Conceito este, porém, distinto do até então defendido por Welzel como *finalidade real*. Nem por isso, contudo, se poderia dizer superadas as dificuldades obstadas. Ainda permanece a incapacidade de se obter um conceito comum de conduta, eis que somente pode existir tal “*capacidade de ação*” ou “*finalidade potencial*” em sede hipotética, quando inexistir, no plano da realidade, uma efetiva ação final que, conquanto possível ao agente, não fora levada a cabo.<sup>12</sup> Nesse sentido, com razão, D’Avila, ao afirmar ser “absolutamente impossível retirar da ‘capacidade de ação’ o elemento básico

atos não submetidos ao controle do “EU” e sem direção do aparato psíquico (como os que acontecem nos ataques convulsivos e nos delírios), bem como, por óbvio, os atos de pessoas jurídicas e dos animais. (ROXIN, Claus. *Derecho penal*, pp. 234-235).

<sup>9</sup> Nesse sentido, aduz D’Avila: “Os problemas enfrentados em tal intuito, todavia, têm sido proporcionais à multiplicidade de funções que lhe são atribuídas. Funções consideradas necessárias à justificação da existência da ação como elemento estrutural primário e, por este exato motivo, dificilmente afastáveis. Afinal, ou obtém fundada justificativa na relevância das funções por ela exercida ou assistirá à ação um papel meramente figurativo da construção teórica do crime”. (D’AVILA, Fabio Roberto. *O conceito de ação em direito penal*. Linhas críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime, p. 1).

<sup>10</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal*, p. 240. No mesmo sentido, afirma D’Avila: “Ao exigir a existência de causalidade na ação — causalidade, destaca-se, ontológica —, a teoria final da ação tornou absolutamente insustentável o atendimento à pretendida função classificatória através da compreensão do fenômeno omissivo. Não há causalidade ontológica na omissão e, por isso, menos ainda, possibilidade de controlar o curso causal no sentido de atingir os fins planeados. Logo, não há na omissão uma ação em sentido final.” (D’AVILA, Fabio Roberto. *O conceito de ação em direito penal*. Linhas críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime p. 10).

<sup>11</sup> Por seu turno, no que concerne aos delitos culposos, os finalistas não prescindem de uma finalidade, mas esta já não está orientada à concreção do tipo objetivo, pelo contrário, trata-se de uma atividade final que existe apenas hipoteticamente, ou seja, uma *finalidade potencial*, imposta pela norma e, por óbvio, não existente na realidade. É o caso, por exemplo, do autor limpa um fuzil de forma descuidada e causa um disparo fatal contra outrem: limpar o fuzil é uma ação final *real*, mas lhe era exigida outra ação final *real*, isto é, uma ação final prudente que deveria ter sido levada a cabo (*finalidade potencial*). (WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 135-137). Acolhe também o conceito de capacidade de ação, dentre outros, CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Acción, capacidad de acción y dolo eventual. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madri, v.1, n. 36, p. 77-101, janeiro-abril, 1983.

<sup>12</sup> Assim, também, D’AVILA, Fabio Roberto. *O conceito de ação em direito penal*. Linhas críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime, p. 11.

comum das manifestações comissivas e omissivas do ilícito-típico: capacidade de ação, de fato, não é ação.”<sup>13</sup>

Portanto, outro não pode ser o entendimento senão de que o conceito *capacidade de ação* está, de antemão, eivada do axiologismo próprio da norma penal, uma vez que se trata de uma finalidade potencial *imposta*, logo, obedecendo às exigências normativas. Em outras palavras, a omissão só adquire relevo quando informada pela norma penal, pois, em sua essência, ela não existe: omissão será sempre a inexistência de uma ação imposta.<sup>14</sup>

Ademais, afirma Herzberg que, se se partir dos postulados finalistas, a tentativa de encontrar na omissão uma finalidade resultará sempre frustrada, sobretudo quando se tratar de omissões dolosas. Se para os finalistas o dolo é finalidade, e o cerne da ação final é o controle do processo causal pela vontade (“*Kausalverlauf steuernd Wille*”), logo — como nos diz Herzberg — se inexistir esta, não há de haver finalidade, nem dolo, nem delitos comissivos dolosos: nem tampouco poderia haver omissões dolosas. Na omissão não se controla o processo causal, por isso a vontade é irrelevante.<sup>15</sup> Igualmente — continua Herzberg —, o modelo de omissão como *ação potencial* é contraditório. Para que exista uma *ação final imposta*, não é necessário controle causal pela vontade, apenas conhecimento do fato que gera o dever de agir normativo.<sup>16/17</sup>

As mesmas críticas podem ser lançadas, de modo similar, à conformação dos delitos imprudentes, eis que Welzel, ao tratar deste tema, aduzira que:

<sup>13</sup> D’AVILA, Fabio Roberto. *O conceito de ação em direito penal*. Linhas críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime p. 11.

<sup>14</sup> Entre nós, mais uma vez, D’AVILA, Fabio Roberto. *O conceito de ação em direito penal. Linhas críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime*, p.11. Se este raciocínio estiver correto – e o julgamos estar –, cremos que deveria ser também estendido aos delitos comissivos, pois em sua essência a ação final é tão vazia de conteúdo quanto o omitir, eis que aquela só adquire relevo quando proibida pelo tipo, e este quando exigida. Em outras palavras, a ação final comissiva só adquire relevo quando se refere aos sentidos que o tipo penal exprime.

<sup>15</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1972, p. 222.

<sup>16</sup> Vide HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, p. 222 e ss.

<sup>17</sup> Por seu turno, os finalistas rebatem as objeções opostas, argumentando que não são mais que uma incorreta e exagerada sistematização. Muito embora alguns admitam a incapacidade de cumprimento da função de elemento unitário do sistema, ainda assim afirmam que a ação final detém capacidade e substrato material suficiente para estruturar-se como elemento *básico* do sistema. Pois neste, diferentemente daquele, não é preciso, para o seu correto funcionamento, que os elementos dos tipos dolosos e culposos pertençam à ação. Segundo afirma Cerezo Mir, basta apenas que o conceito de ação ou omissão permita “*una interpretación satisfactoria, convincente, de todos los tipos de lo injusto*.” Logo, o “*concepto de la acción finalista, al incluir el contenido de la voluntad en la acción permite una comprensión mas correcta de lo injusto de los delitos dolosos y culposos, aunque en estos el resultado causado quede fuera de la acción*.” (CEREZO MIR, José. El finalismo, hoy. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madri, n. 46, 1993, p.11). Em verdade, Cerezo Mir sabidamente percebeu que a imprudência e o dolo não devem integrar a ação, apenas que dela devem ser extraídos, respeitando-se o conteúdo da vontade da ação para uma interpretação coerente do injusto.

*El disvalor específico de acción de los delitos culposos, no radica, por tanto, en la dirección finalista que ha desplegado realmente el autor(...), sino en la dirección finalista impuesta, que va más allá, y que el autor no ha impreso a su actividad; por lo tanto, en la falta de una acción finalista real, de acuerdo con la dirección finalista impuesta.*<sup>18</sup>

Contudo, a exigência de uma finalidade potencial, neste particular âmbito da teoria do crime, conduz, necessariamente, a uma contradição estrutural.<sup>19</sup> Ao se afirmar uma finalidade potencial, já não importa que o agente tenha agido em busca de um fim predeterminado, senão que tenha “querido algo”, portanto, agido apenas voluntariamente.<sup>20</sup> Com efeito, quando um *impulso da vontade* desencadeia um movimento corporal, como girar o volante ou flexionar o dedo no gatilho, por meio destes movimentos o agente *quer* alguma coisa — v.g., girar a direita —, com independência de qual seja e, portanto, o processo externo está “*finalisticamente predeterminado*”, ainda que apenas em parte, e não a respeito de todas as consequências que o movimento causa.<sup>21</sup> Por isso, o correto é se falar em *vontade de ação* (ou voluntariedade), e não, como se assinalou, em finalidade.<sup>22</sup>

### 3 AÇÃO FINAL E DOLO:

#### 3.1 Crítica à Relação de Identidade

Temos procurado demonstrar, à luz das objeções supra-aludidas, as dificuldades dogmáticas<sup>23</sup> que se vê a enfrentar o conceito de ação final enquanto elemento básico do

<sup>18</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*, p. 136.

<sup>19</sup> Julgo correta, neste ponto, a crítica formulada por Roxin, que afirma que uma finalidade potencial não é, e nem poderia ser, uma verdadeira finalidade. Pois se em um comportamento imprudente apenas existe uma finalidade potencial – e portanto não real –, já não poderia ser considerada, conseqüentemente, nem ação final nem ação em absoluto. (ROXIN, Claus. *Derecho penal*, p. 241).

<sup>20</sup> Em verdade, não pode ser objeto de valoração nos delitos imprudentes a finalidade a que se dirige a vontade do agente, uma vez que a mesma é, em sede de ilícito penal, irrelevante. Quer seja uma finalidade real ou potencial, o que se está a valorar são os meios utilizados. A finalidade, por si só, pode ser lícita – voltar do trabalho –, entretanto, os meios utilizados serão objeto de valoração — quando violarem, por óbvio, um dever objetivo de cuidado, como, v.b., fazer uso imoderado de velocidade no trânsito. Logo, se o uso imoderado dos meios para a obtenção de certos fins for o elemento objeto de valoração, já não se terá espaço para discutir o fim pretendido pelo agente. Ademais, sempre que se fizer alusão aos meios adequados ou inadequados para obtenção de fins, se estará a falar de elementos de cunho normativo.

<sup>21</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. Reflexiones sobre la teoría final de la acción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº. 10-01, 2008, p.5.

<sup>22</sup> Não por outra razão Herzberg dirige seus questionamentos. O autor pergunta qual o fundamento da pretensão dos finalistas de haver captado com maior profundidade e haver definido mais satisfatoriamente “a essência do atuar humano”, e por que reprocham aos causalistas, que, ao não valorarem o conteúdo da vontade, tornaram a ação um produto penal artificial. Vide HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre la teoría final de la acción*, p.5.

<sup>23</sup> Sobre os argumentos contrários defendidos pelos finalistas no que concerne ao injusto dos delitos imprudentes, vide: HIRSCH, Hans Joachim. *Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts*. in: Dölling (Org.), Jus

aparecimento do crime.<sup>24</sup> Entretanto, se estes problemas até então citados já representam uma profunda crítica deste conceito, cremos que as dificuldades que derivam de sua relação com o dolo eventual sejam também muito significativas. Problemas estes em que se torna imprescindível, para o seu correto entendimento, observar a questão do necessário condicionamento da solução a que chegam os finalistas por meio do pressuposto construtivo e sistemático de que partem. Nesse sentido, Welzel afirma que o dolo é a *vontade de ação orientada à realização do tipo*<sup>25</sup>, isto é, um “momento final da ação”<sup>26</sup> (“*der Vorsatz als Moment finaler Zwecktätigkeit*”<sup>27</sup>), confundindo dolo e finalidade como conceitos idênticos. No mesmo sentido, corroborando a relação de identidade entre ambas as categorias, Hirsh

humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Erns-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, Berlin: Duncker&Humblot, 2003, p. 515-536. Há tradução para o espanhol em HIRSCH, Hans-Joachim. El injusto en el delito imprudente. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Madri, n.16, p. 207-231, julho, 2005. CERESO MIR, José. El tipo de injusto de los delitos de acción culpables. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madri, v. 3, n. 36, p. 471-504, setembro-dezembro, 1983.

<sup>24</sup> Essas dificuldades na edição do conceito de ação final logo demonstram sua incapacidade de arvorar-se como *supraconceito*, o que levou, de fato, a posteriores correções sistemáticas e lógico-conceituais em sua estrutura. Para tanto, Stratenwerth propôs um conceito de *finalidade inconsciente (Umbewußte Finalität)*, sobretudo para encontrar uma solução aos delitos imprudentes produzidos por movimentos reflexos ou automáticos (“*automatismen*”) – movimentos em que não se elege os meios para alcançar o fim conscientemente. Assim, Stratenwerth pretende introduzir na capacidade de ação uma finalidade inconsciente, isto é, um controle que se produz desde o inconsciente. Para maiores detalhes, vide STRATENWERTH, Günter. *Umbewußte Finalität?* In: Günter Stratenwerth (Org.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1974, pp. 289-306. Por outro lado, Jakobs postulou um conceito negativo de ação, introduzindo na finalidade o conceito de *evitabilidade*. Vide JAKOBS, Günther. *Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem*. In: Günter Stratenwerth (Org.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1974, p. 307-326. Struensee, por seu turno, caracterizou a finalidade como violação às características fundamentadoras do risco não permitido (STRUENSEE, Eberhard. Consideraciones sobre el dolo eventual. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, n. 4, outubro, 2009). Estes intentos, em sua maioria, demonstram os problemas que um conceito estrito de finalidade pode gerar, entretanto, em muito se distanciam dos postulados de cunho ontológicos que Welzel propusera originariamente. Pois desde que se traga à ação elementos de cunho axiológico, isto é, elementos que integram ou deveriam integrar a estrutura típica, ou que detenham elementos valorativo-normativos, tais quais os supracitados, a ação final perde toda e qualquer possibilidade arvorar-se como conceito ontológico e porventura pré-típico. Portanto, há que se perceber que as dificuldades impostas à obtenção de um conceito superior de ação exigem requisitos/funções muito além de suas possibilidades de alcance. Dificuldades estas pouco afastáveis, se bem vemos, pelas demais teorias da ação – conceito social, pessoal e negativo –, a tal ponto de, na atualidade, alguns autores optarem pela renúncia a um conceito ação como *Oberbegriff*, em favor de uma resistemização da teoria do delito, em que o conceito de ação perde espaço e cede a privilegiada posição de “pedra angular” do sistema da teoria do delito ao tipo penal, mais precisamente, ao conceito de *ação (realização) típica*. Nesse sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 245 e ss. Entre nós, D’AVILA, Fabio Roberto. *O conceito de ação em direito penal*. Linhas críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime, p. 1 e ss.

<sup>25</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 4 ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 77.

<sup>26</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 77. Também em WELZEL, Hans. La doctrina de la acción finalista, hoy. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, v. 2, n. 21, p. 225, maio-agosto, 1968.

<sup>27</sup> WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht un zur Rechtsphilosophie*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1975, p. 146. Exatamente pelo fato de considerar o dolo um momento final da ação, Welzel conclui que o mesmo deve estar contido no tipo subjetivo: “*der Vorsatz als Moment finaler Zwecktätigkeit gehört zum Unrechtstatbestand*”. (WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, p. 143). Cremos, entretanto, que a inclusão do dolo no tipo ocorreu muito mais em decorrência do descobrimento dos elementos subjetivos do tipo do que propriamente do conteúdo ontológico da ação.

afirma que “*en el delito doloso esta concreta voluntad individual de la acción y el dolo dirigido a la realización de los elementos objetivos del tipo son idénticos*”.<sup>28</sup>

Entretanto, a respeito da dessa relação, não se furtou a doutrina de formular inúmeras críticas, que tiveram talvez a sua maior expressão nos trabalhos de Bockelmann<sup>29</sup>. Parte este autor da seguinte premissa: se o dolo é finalidade, os casos em que o autor realiza um delito de atividade sem dolo deveriam restar não abarcados no conceito de ação. Usemos os próprios exemplos de Bockelmann. Ei-los: “*alguien penetra para cazar, por error, en zona ajena; alguien seduce a una muchacha honesta de quince años creyendo que tiene dieciséis*.”<sup>30</sup> É evidente nestes casos que o autor atua finalisticamente, pois quer o resultado, porém atua sem dolo, pois desconhece os elementos que configuram e dão forma ao “querer realizar”.

Ademais, a identificação entre dolo e finalidade já pressuporia a perda da função de ligação atribuída à ação como *Oberbegriff*, uma vez que se operaria a pré-tipicidade do dolo<sup>31</sup>, por isso que este “só pode referir-se ao tipo ou constitui mesmo um seu elemento e o tipo é normativamente conformado”<sup>32</sup>, pois contém em si “os elementos que dão à supradeterminação final um *sentido* que a torna ‘esclarecida’ e ‘socialmente relevante’.”<sup>33</sup>

Daí se faz conjecturar e, logo perceber, que o reconhecimento do dolo como algo distinto da mera supradeterminação de um processo causal deve nos conduzir, quando do estudo de suas implicações para a teoria da ação, à compreensão de duas soluções distintas.

A primeira solução seria a de se manter — a todo custo — a identificação entre dolo e finalidade, mas daí estruturar o dolo ao nível dos tipos para determinar-se o conteúdo da finalidade — e conseqüentemente do próprio conteúdo da ação. Entretanto, disso se deve concluir — como bem fizera Roxin<sup>34</sup> — que haverá de se normativizar o conteúdo da ação. Pois ao se incluir na finalidade que a constitui uma referência qualquer a sentidos, já se estará

<sup>28</sup> HIRSCH, Hans Joachim. *El injusto en el delito imprudente*, p. 9. No mesmo sentido, vide HIRSCH, Hans Joachim. *Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha*, p. 67.

<sup>29</sup> Paul Bockelmann formula uma gama de argumentos críticos contra a tese do dolo como elemento pertencente ao conteúdo da ação final, articulando em suas críticas as várias conseqüências advindas da relação de identidade entre dolo e finalidade no sistema da teoria do delito. Conseqüências estas que vão muito além da problemática do dolo, estendendo-se também às questões da tipicidade, do injusto, da culpabilidade e da autoria. Sobre estes assuntos, vide BOCKELMANN, Paul. *Relaciones entre autoria e participacion*. Tradução por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1960, p. 19-78.

<sup>30</sup> BOCKELMANN, Paul. *Relaciones entre autoria e participacion*, p. 45.

<sup>31</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal*, p. 243.

<sup>32</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal parte geral*, p. 239-240.

<sup>33</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal parte geral*, p. 239-240. De fato os tipos, ao traduzirem sempre unidades de *sentido*, não se limitam a descrever a supradeterminação final de um processo causal, senão que contêm referências próprias: não há dolo na subtração de uma coisa alheia se não houver qualquer referência do dolo ao caráter alheio da coisa. (DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 165).

<sup>34</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal*, p. 243.

a valorá-la e, por conseguinte, se perderia definitivamente o conteúdo imutável e ontológico que ao seu conceito se quis por muito exigir, eis que já eivado dos “sentidos axiológicos” que lhe conformam e aos quais fará referência em sede típica.<sup>35</sup>

A segunda possibilidade, por outro lado, é a de renunciar-se a qualquer identificação entre dolo e finalidade e, com isso, operar-se uma cisão entre ambos, o que, de fato, os finalistas acabaram por realizar. A inconveniência de sustentar um conceito de ação que prescindisse do ontológico levou Cerezo Mir a rebater a crítica de Roxin, afirmando que apenas o dolo é o elemento que adquire um conteúdo normativo pela referência da finalidade a um tipo delitivo.<sup>36</sup> Ou seja, enquanto na *ação* reside a supradeterminação de um curso causal de forma ontológica, por outro lado ao dolo se ligam as ações *concretamente típicas*, ou seja, as condutas que o legislador proíbe e constituem-se portanto produtos mutáveis e efêmeros. Nesse sentido, com razão, Figueiredo Dias<sup>37</sup>: ou se mantêm ontológica a ação final, ou se mantêm ontológico o dolo. Quer se salve este, quer se salve aquele, jamais se salvará a ambos sem que algum se normativize e conseqüentemente perca sua (pretensa) estrutura imutável.<sup>38</sup>

Assim, optaram os finalistas por manter incólume o dogma do conteúdo ontológico da ação, todavia sem se fazer referência ao dolo, pois isso também traria benefícios na

<sup>35</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, p. 166.

<sup>36</sup> CERESO MIR, José. *El finalismo, hoy*, p. 12. Segundo Cerezo Mir, “*el finalismo nunca mantuvo la tesis de que de la estructura finalista de la acción humana pudieran deducirse conclusiones acerca de las conductas que deban ser consideradas punibles. Se mantuvo siempre una clara distinción entre los juicios lógico-objetivos y los axiológicos*”. (CERESO MIR, José. *El finalismo, hoy*, p. 12). No mesmo sentido, afirmara o próprio Welzel: “La finalidad es el concepto más general, fundamental; designa la cualidad de una acción de ser un acontecimiento dirigido. Es un concepto prejurídico, mientras que el dolo es un concepto jurídico, referido al tipo objetivo, que indica que la dirección de la acción se orienta a la realización del tipo.” (WELZEL, Hans. *La doctrina de la acción finalista, hoy*, p. 225.)

<sup>37</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, p. 169. Ver também SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos S. A., 1991, p. 60-61.

<sup>38</sup> Por isso não há razão no argumento de Hirsch, que afirma que o direito penal não deve conceber ou criar conceitos a partir da norma. A rigor, o receio de Hirsch é que conceitos como ação, omissão, dolo, etc., possam ser convertidos em produtos jurídicos artificiais. (HIRSCH, Hans Joachim. *A cerca de la crítica del “finalismo”*, p. 79). Entretanto, não há como resolver problemas essencialmente jurídicos e axiológicos por meio de conceitos ontológicos, e isso pudemos demonstrar na questão da inevitável normativização do conceito de dolo. Indubitavelmente, ou se mantêm ontológico o dolo, ou se mantêm ontológico a ação, o que põem abaixo os argumentos de Hirsch. Não obstante, ao se manter o conceito de ação em sentido ontológico, já não se poderá exigir à omissão que mantenha esta mesma estrutura, pois esta será sempre uma ação final imposta pela norma, ou seja, “criada” pela norma para resguardar bens jurídicos em risco, logo, um “produto jurídico artificial”. Da mesma maneira, se se normativizar outros conceitos do direito penal, como, v.g., o conceito de dolo, não se poderá exigir que o supraconceito (pré-típico) de ação sirva à função — ingênua, registre-se — de elemento crítico hábil a restringir o legislador de formular conceitos que desrespeitem as estruturas “lógico-objetivas”. Ora, se pudermos normativizar elementos como o dolo e a omissão, não haverá razão para nos mantermos fiéis ao conceito ontológico e pré-típico de ação, pois este conceito terá sua função já muito reduzida no sistema, e poderá, ainda, para o infortúnio de seus defensores, se tornar um elemento manipulável e figurativo na construção teórica do delito — e sobretudo incapaz de restringir a criação de conceitos a partir da norma. Portanto, esta problemática demonstra, em nossa opinião, que o ontológico não possui conteúdo material expressivo bastante à resolução de problemas essencialmente jurídicos e axiológicos.

conformação dos delitos imprudentes<sup>39</sup>: bastará ao conceito de *ação* um movimento voluntário, um querer “algo”, com independência de seu conteúdo. Destarte, girar o volante e tomar uma rua lateral é, para todos os efeitos, realizar uma *ação*, pois quem *quer*, evidentemente, *quer algo*: e esse algo o persegue como meta. Se da conduta de girar o volante há resultado como consequência a morte de uma criança que corria na rua, os finalistas poderão rechaçar o termo “ação de homicídio”, pois o condutor somente perseguiu o giro, jamais a morte. Ou seja, desde o ponto de vista do homicídio não se negará a existência de uma ação final, senão do dolo, como questão distinta e situada já no âmbito do tipo subjetivo. Por isso a afirmação que o dolo e a vontade de ação são idênticos, e ainda que o dolo é o “fator condutor” ou “elemento configurador do sucesso externo” deve rechaçar-se: de acordo com a própria lógica finalista, também a “vontade da ação” se encontra na vontade de girar o volante e de conduzir o veículo pela rua lateral, pois essa vontade satisfaz a exigência do homicídio culposo, em que o movimento corporal fora “voluntário”, acrescido de uma qualquer “finalidade” perseguida pelo agente ao realizá-lo.<sup>40</sup>

Sobretudo por ser o conceito “*finalidade*” insuficiente em seu conteúdo material para superar os problemas obstados, tal problemática acabou por gerar, conseqüentemente, uma mudança na estrutura do conceito de *ação*, motivando novas soluções: Hirsch propôs substituir o conceito de finalidade pelo conceito de *vontade de ação*<sup>41</sup>; em sentido próximo, Struensee renuncia à finalidade da ação em troca do conceito de *vontade de realização*;<sup>42</sup> O próprio Welzel, em seus últimos escritos, refere-se ao conceito de ação como *ação cibernética*<sup>43</sup>. De qualquer maneira, em última análise, o conceito de ação acaba perfazendo-se em âmbito pré-típico como “vontade de algo” (voluntariedade). Já o dolo, por seu turno, torna-se um conceito jurídico, compreendido como *vontade orientada à realização do tipo*<sup>44</sup> (finalidade ou “fim tipificado”).

<sup>39</sup> De fato, sem uma cisão entre finalidade e dolo, o caminho lógico seria o abandono dos delitos imprudentes. Nesse sentido, igualmente, Bockelmann e Volk. Segundo estes autores, se dolo e finalidade são “vontade de concretização” – portanto idênticos – e, se somente uma ação final é “conduta”, logo, apenas poderá ser típica a ação orientada à concretização do fato, o que deixaria de fora do âmbito da conduta os delitos imprudentes e omissivos. (BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. *Direito penal: parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 59).

<sup>40</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre la teoría final de la acción*, p.9.

<sup>41</sup> HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de la crítica al “finalismo”*, p. 93.

<sup>42</sup> STRUENSEE, Eberhard. *Consideraciones sobre el dolo eventual*, p. 6. Seguem as palavras de Struensee: “*la voluntad de acción que posee todo acto voluntario debe obviamente existir también en los casos de acción no dolosa, en caso contrario no sería cierto que el concepto general de acción también se aplica a la acción imprudente.*”(STRUENSEE, Eberhard. *Consideraciones sobre el dolo eventual*, p. 6).

<sup>43</sup> WELZEL, Hans. *La doctrina de la acción finalista, hoy*, p. 225.

<sup>44</sup> WELZEL, Hans. *La doctrina de la acción finalista, hoy*, p. 225.

### 3.2 Dolo e Finalidade em Relação de Correspondência

Para se resguardar ao conceito de *ação* uma estrutura ontológica, livre de qualquer interpretação normativizante, bastará à subsunção dos delitos comissivos que o agente tenha “querido algo”, independentemente de seu dolo, isto é, dever-se-á apreender a vontade do agente sem que, com isso, se releve para as posteriores valorações sistemáticas o seu conteúdo. Dirão os finalistas, entretanto, que o dolo não deverá tornar-se um produto artificialoso — muito embora já seja normativo —, e que terá que ser interpretado (extraído) do próprio conceito de ação — respeitando-se, assim, as estruturas prévias ao direito. Para tanto, não poderá haver entre dolo e finalidade uma relação de identidade, senão de *correspondência* ou *paralelismo* — o que porventura queiram os finalistas afirmar.<sup>45</sup> Pois quem age, leva a cabo uma ação final na qual se propõem a algo, a uma meta que persegue. O dolo do tipo, por seu turno, não representa a vontade da *ação*, senão um suposto especial desta, uma vontade especial de realização, um “*fin tipificado*”<sup>46</sup>, ou seja, uma conduta que exprime um desvalor por estar dirigida à realização do tipo. Mantém-se, assim, o conceito de ação como vontade de agir, e o conceito de dolo, por seu turno, torna-se vontade de agir dirigida à realização do tipo. Corroborando essa idéia, Welzel propôs o conceito de dolo como *finalidade*, conceituando-o como “*sólo la voluntad de accion orientada a la realización del tipo*”<sup>47</sup>.

Todavia, há que se ressaltar que *toda ação* pressupõe uma finalidade e um movimento corporal. Portanto, em um homicídio, a vontade dirigida à realização do tipo forma parte da *ação* (apertar o gatilho), e a vontade de matar, por seu turno, forma parte da ação de homicídio, conformando o dolo do tipo.<sup>48</sup> Por isso, só poderá haver neste âmbito uma relação de *paralelismo* ou *correspondência*, jamais de identidade: enquanto a vontade da ação dirige-se à flexão do dedo e ao disparo, a vontade dolosa, correspondente e paralela àquela, dirige-se ao resultado morte (“fim tipificado”).<sup>49</sup>

<sup>45</sup> No mesmo sentido, também HERZBERG, Rolf. Dietrich. *Reflexiones sobre la teoría final de la acción*, p. 9-10.

<sup>46</sup> Assim, Zaffaroni, Alagia e Slokur: “*Dado que el dolo es el fin tipificado, la finalidad es lo que da sentido a la unidad del conocimiento. Sin conocimiento no hay finalidad, aunque puede haber conocimiento sin finalidad.*” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, p. 541).

<sup>47</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal*, p. 74.

<sup>48</sup> Pode tratar-se de uma ação final de flexionar o dedo, de disparar ou de matar. Contudo, enquanto que da conduta de flexionar o dedo possa advir um resultado culposos, na ação final de matar, em que há uma finalidade dirigida à concreção do tipo, deve advir, a rigor, um resultado doloso.

<sup>49</sup> Destarte, o dolo será sempre outra finalidade, posterior e dirigida à concreção do tipo, enquanto que a finalidade anterior, que compõe a ação que origina e desencadeia o nexo de causalidade (como disparar com a arma) pode preexistir tanto numa ação posterior dolosa, quanto culposa ou atípica.

#### 4 DOLO COMO “FIM TIPIFICADO”: REDUÇÃO DRÁSTICA DO ÂMBITO DOS CRIMES DOLOSOS?

Se os finalistas prescindem de uma finalidade real e afirmam uma finalidade potencial para conformar os delitos imprudentes, não fazem o mesmo nos delitos comissivos dolosos, ou não deveriam fazê-lo, ao menos os partidários da doutrina finalista da ação mais fiéis ao ontologismo: “*Dolo é conhecer e querer a realização do tipo*”.

Os fundamentos finalistas conduzem à possibilidade de uma redefinição na estrutura do dolo, que ao nosso sentir, merece ser seriamente considerada. Trata-se de um silogismo muito simples: se os finalistas partem do pressuposto que é necessário à ação que o agente tenha “querido algo” (vontade de ação), e, ao dolo, que tenha *vontade de realizar o tipo*, logo, este dolo só poderá ser um “*fim tipificado*”, isto é, um *querer* realizar o tipo, eis que *todas* as condutas se dirigem aos fins que perseguem. Todavia, se o dolo for assim concebido, isto é, como outra vontade correspondente à vontade da ação, então sua admissão deverá limitar-se aos casos de *verdadeira* vontade de realizar o tipo, ou seja, aos casos de *intenção e persecução de um fim* — pois a isso se faz referência a “voluntariedade do movimento corporal” (ação) e a “finalidade” ou “vontade de realização” (dolo) como estruturas prévias ao direito.<sup>50</sup>

Entretanto, como advertira Baumann<sup>51</sup>, se nos utilizarmos dos fundamentos defendidos pelos finalistas, no sentido de afirmar que o dolo é uma vontade dirigida à realização típica, limitando-o à intencionalidade, a consequência que daí se extrai é o coerente — porém inaceitável — abandono da modalidade dolo eventual.<sup>52</sup> Mesmo que se proponha a esta modalidade conceitos como “*aceitação*”, “*aprovação*”, “*assunção do risco*” — ou qualquer outra fórmula há que se tem pretendido descrever terminologicamente o dogma do elemento volitivo do dolo —, não haverá necessariamente finalidade dirigida à realização do tipo. Só se pode *consentir* ou *aceitar*, neste singular âmbito de atuação, as consequências (secundárias) possíveis do agir, agir este que se propõem aos seus próprios fins. Nesse sentido, com razão, Baumann: “*Quien exige para la acción una conducta dirigida a un objetivo, no puede admitir en absoluto un dolo eventual.*”<sup>53</sup>

<sup>50</sup> Nesse sentido, com razão, HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre la teoría final de la acción*, p.11.

<sup>51</sup> BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal: conceptos fundamentales y sistema: introducción a la sistemática sobre la base de casos*. Buenos Aires: Depalma, 1973, p. 114.

<sup>52</sup> Nesse sentido, também HERZBERG, Rolf. Dietrich. *Reflexiones sobre la teoría final de la acción*, p.11.

<sup>53</sup> BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal: conceptos fundamentales y sistema*, p. 114.

A rigor, a finalidade perseguida pelo agente se torna irrelevante na estrutura do dolo eventual, pois o fim perseguido pode ser legítimo. Veja o seguinte exemplo: um policial ao perseguir um criminoso efetua disparos com intenção de imobilizá-lo e impedi-lo de fugir, dos três disparos efetuados, apenas o último alveja-o, e, muito embora o agente não tenha se proposto à morte do fugitivo, acaba por provocá-la, eis que o disparo atinge uma região fatal de suas costas. A morte não era a finalidade perseguida pelo agente, muito embora, é claro, o mesmo pudesse estar consciente do risco que estava assumindo, ou até mesmo consentindo internamente com o desfecho mortal, entretanto, o agente não tinha como meta o resultado alcançado, senão unicamente a conduta que põem em perigo a vida — perigo este intenso o suficiente à caracterização do dolo eventual —, pois persegue outro fim (impedir a fuga), que, todavia, é um fim legítimo.<sup>54</sup>

## 5 RECONHECIMENTO INCOERENTE DO DOLO EVENTUAL

À luz dessas objeções, os conceitos “*finalidade*” e “*vontade de realização*” deve nos conduzir, se mantidos os seus respectivos conteúdos, à coerente renúncia da modalidade dolo eventual na estrutura finalista do delito, ou, contrariamente, à incoerência de seu reconhecimento. Apesar dessa restrição do dolo eventual, nos cabe ressaltar, contudo, que os finalistas nunca deixaram de reconhecê-lo tacitamente; podemos afirmar que, pelo menos, nunca examinaram profundamente<sup>55</sup> as consequências restritivas que os seus postulados poderiam trazer, caso fossem aplicados, àquela modalidade delitiva.<sup>56</sup> A rigor, não há razões

<sup>54</sup> Exemplo por nós modificado e retirado de HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre la teoría final de la acción*, p.11.

<sup>55</sup> Um exemplo disso é tratamento dispensado por Hirsch ao rebater as críticas opostas ao finalismo, que conclui que a questão do dolo eventual é apenas *terminológica*. A rigor, a inclusão do dolo eventual na estrutura do crime como ação final deve conduzir, não por outra razão, ao abandono da expressão “final” pela utilização da expressão “vontade de ação” — como era entendido na primeira fase de Welzel —, o que, de fato, propõem Hirsch. Hirsch aduz que a palavra final há ocasionado inúmeras críticas ao finalismo, eis que, tal como ocorre no dolo eventual, não existe, a rigor, um agir guiado finalisticamente ao resultado. Hirsch, entretanto, não explora a problemática do dolo eventual, tendo em vista que a trata apenas como “questão terminológica.” (HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de la crítica al “finalismo”*, p. 93). Sobre os argumentos de Hirsch, Herzberg, com razão, expõe suas críticas: “*En relación con ‘los casos de dolo eventual’, Hirsch cree que debe admitirse el reproche ‘de que la actuación del hombre no siempre se dirige a fines’. Esto no se entiende. Puesto que, por definición, quien actúa quiere algo, toda actuación está dirigida a fines, tanto el inofensivo empujón a una puerta que la abre, como el disparo de un arma que pone en peligro la vida. Pero lo que seguramente piensa Hirsch es que los casos de dolo eventual muestran que las conductas realizadas con dolo delictivo no necesariamente se dirigen a la realización del tipo y, en este ámbito, la palabra ‘final’ no es adecuada.*” (HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre la teoría final de la acción*, p.13).

<sup>56</sup> Herzberg, ao contrário, pensa que os finalistas nunca se propuseram a aprofundar o estudo do dolo porque nunca quiseram rever suas próprias premissas, pois revê-las implicaria em abandoná-las. Nesse sentido, criticamente, afirma Herzberg: “*En realidad, no mencionar al dolo eventual supone ignorarlo, lo que pone de*

para a exclusão do dolo eventual em favor da manutenção de um conceito de ação que restrinja o dolo ao simples propósito. Há que se ressaltar que embora houvesse teorias que se propuseram a apreender o dolo eventual de forma *sui generis*, por meio de fórmulas especiais e distintas das utilizadas para as outras modalidades de dolo, o que se impõe, e se espera, no atual desenvolvimento dogmático da doutrina do crime, é a formulação de um conceito unitário de dolo.<sup>57</sup> Conceito este que deve possuir — para sua correta função no sistema da teoria do delito — conteúdo material bastante à subsunção de todas as suas modalidades. Conteúdo de significação e função que, se bem vemos, não pode ser alcançado por meio dos pressupostos de que se valem os finalistas para a construção da sua teoria finalista do delito. E, todavia, para assim afirmarmos, devemos analisar as principais propostas já formuladas para a superação desse problema de subsunção.

### 5.1 Dolo Eventual como “contar com” as Possíveis Conseqüências Secundárias?

As dificuldades de subsunção se tornaram visíveis na doutrina de Welzel quando ele tentou conceituar o dolo eventual, pois o definiu da seguinte maneira: “*Aquellas*

*relieve el malestar de los finalistas. No encaja con su teoría ni con su propio concepto que también pueda actuar con dolo delictivo quien no persigue como ‘fin’ la realización del resultado, sino que precisamente busca evitarlo. Como no se atreven a verlo de otro modo, se acepta el dolo eventual y se silencia la incompatibilidad, o se afirma sin una verdadera fundamentación la compatibilidad con la tesis nuclear del finalismo. Cuando se ha ocupado de esta cuestión, la crítica sólo se ha referido a ella tangencialmente, sin precisión y sin destacarla. Pero lo cierto es que no son los delitos de omisión y de imprudencia los que rebaten al finalismo, como normalmente se indica. En este ámbito podría defenderse señalando (y así lo ha hecho tras su inicial sobrevaloración) que no pretende establecer dogmas de validez general en relación con la conducta punible, sino limitarse a afirmaciones sobre la forma en que se produce el actuar y acerca del dolo de los delitos de acción. Pero en relación con estos últimos no se ha atrevido a ser consecuente y a persistir en la finalidad. Por el contrario, ha reconocido la suficiencia del dolo eventual y debería extraer la consecuencia inversa, o sea, debería cuestionarse a sí mismo. Pero no lo hace. Se responderá que esto es exigir demasiado, que, a fin de cuentas, perseverar en la posición que uno mantiene es lo normal, y que la presencia de una contradicción que no perjudica a nadie es algo que debe tolerarse.” (HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre la teoría final de la acción*, p.15).*

<sup>57</sup> Preocupação que Armin Kaufmann, já há seu tempo, também partilhava: há que se obter um conceito com critérios válidos tanto ao dolo eventual quanto ao dolo direto. A exigência de um conceito único de dolo ia de encontro aos postulados da tradicional doutrina do consentimento, como afirmou Kaufmann: “*¿Es, en realidad, ‘aprobada positivamente’ la consecuencia accesoria reconocida como de producción cierta, pero no deseada? Si se contesta positivamente a la pregunta, y se eleva de este modo la aprobación a criterio general del dolo, la respuesta solo puede fundamentarse diciendo que el autor, en cuanto que obra a pesar de la representación del resultado, aprueba también la consecuencia. Entonces tendría que ser contestada la pregunta de por qué falla (o puede fallar) esa conclusión de que del obrar se sigue la aprobación, cuando el autor considera las consecuencias sólo como posibles. Si, por el contrario, se contesta a aquella pregunta negativamente, entonces habría que explicar por que la ‘aprobación’ es decisiva en el dolo eventual y, en cambio, en el dolo directo no.*” (KAUFMANN, Armin. *El dolo eventual en la estructura del delito. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, v.2, n. 13, maio-agosto, 1960. p. 193).

*consecuencias que él cuenta con que se produzcan al realizar su acción tiene que haberlas querido realizar eventualmente si se emprende la acción”*<sup>58</sup>

Há de haver aqui uma contradição. Welzel conceitua o dolo eventual de forma contrária à sua própria noção de dolo (geral), definição esta segundo a qual deve concorrer uma “*voluntad de accion orientada a la realización del tipo*”.<sup>59</sup> Se o delito é uma ação final, na qual se controla por meio da vontade o processo causal para a obtenção de um fim perseguido, e se dolo é uma vontade *orientada* à realização do tipo, logo, será irrelevante em relação à “finalidade” ou à “vontade de realização” se o agente contou ou não com a produção do resultado secundário, pois o “contar com” não pode ser equiparado à vontade de realização. Este *contar com a ocorrência do resultado* não pode dizer respeito a um processo volitivo, senão a um processo cognitivo, isto é, um juízo psicológico de ocorrência ou não-ocorrência de um resultado. Assim, o “contar com” somente poderá ser equiparado à vontade de realização se estivermos falando em “vontade” num sentido atributivo-normativo. Exatamente por isso, Welzel *supõe* a existência de uma vontade de realização sempre que o agente *conta com* a produção do resultado, o que, em nosso entendimento, contraria a ideia de respeito às estruturas prévias ao direito. Note-se que embora possa um agente ter *contado com a produção* de um resultado, pode não havê-lo querido, pois, como já dissemos, trata-se de condutas essencialmente distintas.<sup>60</sup> Em suma, tanto a possibilidade de equiparação do “contar com” ao plano volitivo, tanto a ideia de *suposição* de existência de uma vontade de realização, constituir-se-ão, por óbvio, além de um desprezo à realidade psicológica do agente, um desprezo à realidade ontológica da ação. Nesse sentido, com razão, aduz Herzberg: “*Afirmar la presencia de la voluntad de realización supone despreciar la realidad psíquica*”<sup>61</sup> e, conseqüentemente, as estruturas “prévias ao direito”.

À luz dessa problemática, Welzel se viu forçado a acrescentar ao conceito de vontade de realização não apenas o fim perseguido, senão também os meios utilizados e as conseqüências possíveis previstas pelo autor da ação. Diferenciando-se, assim, a culpa consciente e o dolo eventual por meio do critério da *confiança na não-realização do tipo*.<sup>62</sup> Entretanto, nem assim se poderia dizer solucionada a aporia. Pois se o agente ao atuar

<sup>58</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 81.

<sup>59</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 77.

<sup>60</sup> Isso se torna perceptível no seguinte exemplo, exposto por Herzberg: “*El médico que, por codicia, oculta a u paciente el alto riesgo de la operación y cuenta con el desenlace mortal, sólo actúa animado por la voluntad de evitar la muerte y no quiere su ‘realización’.*” (HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre la teoría final de la acción*, p.13).

<sup>61</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre la teoría final de la acción*, p.13.

<sup>62</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 80-83.

representa consequências possíveis, ele efetivamente as supradeterminou, e, portanto, estão incluídas na vontade de realização; e isso, evidentemente, conduz à supressão da culpa consciente, eis que as representações do autor formam parte do dolo. De fato, para que exista confiança na não-realização do tipo é preciso que antes haja conhecimento do risco inerente à conduta, ou seja, é necessário que antes o autor tenha supradeterminado o resultado. Exatamente por isso Welzel se utiliza do critério da confiança na não-realização do tipo, que é, a rigor, um critério cognitivo e que serve, tão somente, para atribuir uma vontade normativa de realização do resultado ao agente.

É preciso ressaltar, ainda, que o critério da *confiança na não-realização do tipo* é apenas um critério *especial* de distinção, pois não tem conteúdo material bastante para constituir-se numa teoria geral, eis que se traduz num mero juízo cognitivo de ocorrência/não-ocorrência de um determinado resultado, jamais podendo constituir-se numa extensão do elemento volitivo. Nesse sentido, se utilizarmos de forma coerente este critério da confiança da não-realização do tipo — como juízo psicológico sobre a probabilidade de ocorrência de um resultado — deveremos excluir do âmbito do dolo todos aqueles casos em que o agente — embora atuando de forma final e querendo o resultado — confia, acredita ou crê que o tipo não se realizará, pois representa, antecipadamente, a baixa probabilidade de sua ocorrência.<sup>63</sup> Em sentido inverso, deveremos excluir o dolo nos casos em que o agente realiza uma conduta de alta probabilidade de produção do resultado, mas confia irracionalmente que o sucesso não se realizará.

Destarte, a *confiança na não-realização do tipo* não é um critério diferenciador volitivo, nem tão pouco anímico, mas, evidentemente, cognoscitivo, e, sobretudo, apenas um *critério*, e como tal deve ser entendido. De qualquer modo, sua utilização contradiz a ideia de que o dolo é uma “ação orientada à realização do tipo” ou um “conhecer e querer a realização do tipo”.

## 5.2 Dolo Eventual como “Aceitação” de Consequências Secundárias?

Zaffaroni, Alagia e Slokur partem de uma premissa funcional-reducionista para a construção das bases do direito penal, considerando-o um instrumento de mitigação do poder punitivo e de proteção dos *acusados* contra o arbítrio estatal. Por isso compartilham de uma compreensão finalista para a definição do conteúdo do dolo, definindo-o como “*fim*

<sup>63</sup> Ideia que contraria os postulados de Welzel, eis que este autor afirma que quando a finalidade está dirigida à realização do tipo, como fim proposto, deverá ser imputado o dolo independente da probabilidade de êxito, é o caso, v.g., de um tiro de longa distância. (WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 80).

*tipificado*”, em que o agente tem que “*conhecer e querer*” a realização do tipo. Entretanto os autores contradizem essa definição, eis que afirmam que o dolo eventual é a *aceitação* de um resultado paralelo ao plano concreto perseguido pelo agente.<sup>64</sup>

Ora, se o dolo eventual é uma *aceitação* de algo distinto do plano, da meta ou do fim, não poderá, por óbvio, ser “fim tipificado” algum. É o que acontece no já comentado caso do policial que persegue apenas o fim lesão, embora possa até aceitar internamente a morte do fugitivo. De igual forma, Zaffaroni, Alagia e Slokur incorrem na contradição de Welzel, pois *supõem*<sup>65</sup> a existência de uma *aceitação* do resultado — e equivalem-na a *querer*, a ter vontade de realizar — sempre que o agente conheça seriamente o risco e não renuncie à sua ação principal.

Todavia, ao *supor-se* uma “vontade de realização” e uma “aceitação” do resultado — que já são, mediante o silêncio do acusado, de difícil prova<sup>66</sup> — se estará a desprezar a realidade ontológica e a suprimir a culpa consciente: o autor que fuma em um celeiro e *leva a sério* o risco de causar danos, embora não *aceite* psicologicamente a produção deste resultado, atuará com dolo, pois não renunciou ao ato de fumar e, conseqüentemente, “aceitou juridicamente”. Ou seja, independentemente da qualidade do risco criado, se o agente não renunciar à sua conduta atuará com dolo, por isso pouco importa se o risco criado fora mínimo (o que na prática configura imprudência) ou elevado (dolo eventual), já que a falta de renúncia implica “aceitação” (dolo) do resultado.<sup>67</sup> Cremos, portanto, que se estará a equipar valorativamente condutas muito distintas desde o ponto de vista do risco criado, o que pensamos não ser correto em um direito penal que se proponha à proteção de bens jurídicos contra ações perigosas que possam lesá-los.

<sup>64</sup> Nas palavras dos autores, “*habrá dolo eventual cuando, según el plan concreto del agente, la realización de un tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la renuncia al proyecto de acción, dejando a salvo, claro está, que esa posibilidad se corresponda con los datos de realidad. Se trata de una resolución en la que se acepta seriamente la posibilidad de producción del resultado.*” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. *Derecho penal*, p. 524).

<sup>65</sup> Não por outra razão as críticas de Baumann a respeito das conseqüências acessórias se fazem pertinentes e revelam-se atuais: “*No puede ser satisfactoria la solución convencional de la teoría de la acción finalista: considerar como objetivos intermedios los resultados accesorios de la conducta consentidos y equipararlos al objetivo final. Si fueran objetivos intermedios, no deberían ser queridos condicionalmente, sino tenidos en miras.*” (BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal: conceptos fundamentales y sistema*, p. 114).

<sup>66</sup> Cabe ressaltar que conceitos como *consentir*, *resignar-se internamente* ou *aceitar*, não equivalem à querença do resultado, pois ao querer se ligam sempre ações exteriorizadas, e àquelas — de cunho interno — se ligam a dados emocionais que longe estão de figurar como uma autêntica vontade. Ademais, *supor* a existência de um querer nestes casos de resignação interna é, além de temerário, muito duvidoso desde o ponto de visto prático, pois o acesso a esses dados é quase impossível, e uma suposição de sua existência será sempre um desprezo à realidade ontológica.

<sup>67</sup> Em razão de tal suposição acerca da existência de uma *aceitação* do resultado, e também em razão de sua equiparação com a vontade de realização, o mais sensato seria falar-se em atribuição subjetiva do resultado à vontade do agente, isto é, como questão de atribuição normativa de uma vontade de realização (dolo).

Ademais, ao se propor um modelo de imputação em que pressupõe que um determinado agente “aceita” determinadas consequências de sua conduta apenas por não ter renunciado à perigosidade que dela advinha — independentemente da qualidade deste perigo —, pode-se cometer um nefasto equívoco: imputar resultados, realidades normativas ou punições mais severas aos agentes baseando-se apenas em dados *anímicos* ou em um plano ético, de dever-ser moral. Cremos, portanto, que a legitimidade do dolo — e consequentemente de sua maior reprovabilidade e punição — não deve estar estruturada em dados *anímicos* ou de *fidelidade* em relação ao direito posto, eis que isso conduz a um direito penal de autor: estaremos punindo mais rigorosamente o autor que demonstra ser mais egoísta ou malvado.

### 5.3 Dolo como Ausência de Vontade de Evitação Idônea (*tatmächtiger Vermeidewille*)?

A ideia de que não concorre dolo quando o autor age com vontade de evitar um tipo penal foi formulada, nos anos cinquenta, por Armin Kauffman, em uma tentativa de harmonizar as teses da teoria final da ação com a moderna teoria da culpabilidade.<sup>68</sup>

Preocupara-se Kaufman em criar um conceito de dolo apreendido em consonância com as exigências da doutrina finalista da ação, isto é, como um *não-querer final* expresso em uma vontade exteriorizada e idônea de evitar um resultado típico. Assim, se o dolo diz respeito à estrutura da ação, se devem rechaçar, segundo Kaufmann, quaisquer elementos que concirnam à reprovabilidade ou a dados emocionais, visto que se trata de uma questão que deve ser apreendida ontologicamente — expurgando-se, portanto, qualquer resíduo do *dolus malus*.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> Levando a cabo uma crítica com bom aparato metodológico e argumentos convincentes contra as teorias tradicionais, Armin Kaufmann desenvolveu sua própria proposta para a determinação do dolo e suas fronteiras. Desde o ponto de vista metodológico, formulou uma máxima sobre a teoria da culpabilidade — que entretanto havia sido reconhecida como resultado necessário da teoria final da ação — permitindo extrair uma consequência negativa, a saber: “*los vestigios del dolo malo han de ser eliminados por completo*”. (KAUFMANN, Armin. *El dolo eventual en la estructura del delito*, p. 188). A razão de tal assertiva encontra-se na oposição aos postulados de Gallas, que, juntamente com Engisch, aduzira que a finalidade deve abarcar todas as consequências possíveis representadas pelo autor, sendo, portanto, a diferenciação ente dolo eventual e culpa consciente uma questão de reprovabilidade, situada portanto na culpabilidade. Para Kaufmann, entretanto, à ação final interessam somente critérios ontologicamente apreensíveis. (KAUFMANN, Armin. *El dolo eventual en la estructura del delito*, p.187-188).

<sup>69</sup> A *vontade de evitação* não deve ser entendida em um sentido meramente anímico, mas sim refletida em um plano objetivo, ou seja, em que a vontade se manifesta no acontecer externo do fato — que esteja, portanto, ontologicamente apreendida e livre de valorações pertencentes à culpabilidade. Entretanto, nem assim Kaufmann superou a questão, pois acaba por entrar em conflito com sua própria metodologia, tendo em vista que o autor do resultado secundário só terá vontade de evitar esta produção quando o valorar negativamente. No âmbito dos resultados típicos, esta valoração negativa exige normalmente, mesmo que não de modo obrigatório, consciência da ilicitude: baseado em quais (outras) razões deveria o autor ter a vontade de evitar um resultado não pretendido, si é que não o considera juridicamente não desejado? Por conseguinte, a atuação da vontade e a exclusão do dolo dependem geralmente da consciência do ilícito, ou seja, a determinação do dolo não é possível

Para estruturar sua teoria, Kaufmann utiliza-se do conceito de vontade de realização proposto nos últimos trabalhos de Welzel, em que a vontade de realização abarca não somente o fim perseguido, senão também os meios e as conseqüências acessórias a ela ligadas. Tendo em vista que isso gera um problema de supressão da culpa consciente —tal como ocorre na teoria de Welzel — Kaufmann aporta o critério da *ausência de vontade de evitação* como elemento definidor do dolo, desta forma distanciando-se da compreensão exclusivamente cognoscitiva de Welzel e anímica de Zaffaroni.<sup>70</sup>

Afirma Kaufmann que somente existe “*una eficaz voluntad de realización respecto a la evitación de las consecuencias accesorias si el autor, a la puesta de su dirección, y a su propia habilidad, atribuye una posibilidad real de evitar el resultado.*”<sup>71</sup> Em síntese, são dois os principais requisitos necessários à configuração de uma vontade de evitação: (1) a exigência de um acontecer externo, em um plano objetivo — os dados anímicos não devem ser apreciados —, (2) e a atribuição pelo agente de uma autêntica possibilidade de êxito à sua ação evitadora; nos casos em que esta não concorra, bastará à imputação do dolo que o autor tenha efetuado um juízo de que era possível a realização do tipo.<sup>72</sup>

Em verdade, Kaufmann percebeu que o conceito de dolo deveria ser amplo o suficiente para abarcar as conseqüências *apenas representadas*, entretanto, incorre no mesmo erro de Welzel ao (*pré*) *supor* que estas formariam parte da vontade de realização. Isso não se entende. Ora, se devemos respeitar a estrutura ontológica da vontade, por que *supor* a sua existência sempre que o agente não leve a cabo uma ação evitadora, tendo em vista que este apenas representou um risco pouco significativo, porém hábil à produção do resultado? Ao se afirmar que as *representações* por si só possuem o condão de fundamentar o dolo desde que o agente não manifeste exteriormente uma vontade de evitação do resultado — apesar de, internamente, rejeitar sinceramente esta possibilidade —, se deve afirmar que o dolo, conseqüentemente, já não é em absoluto vontade ou finalidade, senão a falta de destes elementos, ou seja, importará à imputação dolosa apenas o conhecimento dos riscos inerentes

sem consideração da existência ou a ausência de consciência do ilícito. Cfr. nesse sentido, STRUENSEE, Eberhard. *Consideraciones sobre el dolo eventual*, p. 10, que aporta critérios intelectuais para diferenciar dolo de não-dolo.

<sup>70</sup> Acolhe a teoria de Armin Kaufmann, entre outros, CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *Acción. Capacidad de acción y dolo eventual*, p. 86-99. Para uma análise da teoria da vontade de evitação idônea em casos práticos, vide: CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 2, p. 37-59, 2009.

<sup>71</sup> KAUFMANN, Armin. *El dolo eventual en la estructura del delito*, p. 197.

<sup>72</sup> Kaufmann percebeu que o problema do dolo eventual reside na evitação de conseqüências desastrosas, e aportou em sua estrutura requisitos muito similares aos usados nos delitos de omissão: quando o agente conhece um determinado perigo de resultado, deve evitá-lo manifestando uma vontade idônea.

à conduta.<sup>73</sup> Desse modo, a simples inércia do autor, que conhece o risco de produção de um resultado, pressuporá uma “vontade de realização”.

Se analisarmos detidamente a teoria de Kaufmann, perceberemos que o conceito de dolo torna-se *capacidade de evitação*, o que pode gerar alguns resultados<sup>74</sup> que se custa a aceitar, sobretudo nos muitos casos em que não transcende ao exterior a referida vontade de evitação e que, exatamente por isso, seria exagerado castigar como fato doloso. É o caso, *v.g.*, do motorista que deseja chegar rapidamente ao trabalho e, para tanto, avança no sinal vermelho e atropela sem qualquer intenção um transeunte. Note-se que, nesse caso, nem houvera tempo de pôr em prática qualquer manobra de evitação do resultado.

Ademais, conquanto a teoria de Kaufmann perfaça-se como um notável contributo — e porventura o mais significativo<sup>75</sup> — para a estruturação do dolo eventual consoante os postulados finalistas, seus preceitos não resolvem totalmente os problemas que se impõem. E isso se torna perceptível no seguinte caso: um sujeito aposta (todo seu patrimônio) ser capaz de disparar contra uma bola de cristal segurada por uma menina num parque de diversões sem feri-la, entretanto, erra seu alvo e acerta-a mortalmente. Há que ressaltar-se que, no presente caso, o agente tem vontade idônea de evitação do resultado morte (eis que mira para acertar a bola de cristal e atribui a si a possibilidade de êxito na façanha), entretanto, por confiar irracionalmente e demasiadamente em sua perícia, acaba produzindo o resultado indesejado.

Nesses casos, se aplicássemos coerentemente essa teoria, deveríamos excluir a imputação dolosa, não obstante a conduta ter produzido um intenso perigo ao bem jurídico, em que probabilidade de advir o resultado indesejado é no mínimo muito significativa. Por

<sup>73</sup> Não se deve supor, portanto, uma vontade de realização quando o agente não exterioriza uma vontade de evitar o resultado. Note-se que, quem “quer”, quer “algo” (o resultado pretendido). As consequências secundárias, por seu turno, não devem ser abarcadas pela vontade apenas porque ao conhecê-las o agente não quis evitá-las, pois se pode confiar de antemão que certos resultados não se realizarão devido à baixa probabilidade de sua ocorrência. Em outras palavras: se o agente representa a baixa probabilidade de ocorrência de um resultado, e exatamente por isso confia na sua não-realização, não se deve supor que estes resultados estejam abarcados pela vontade, pois esta atribuição normativa contradiz a noção ontológica, descritiva ou psicológica de dolo, decorrentes da teoria finalista do delito.

<sup>74</sup> Ainda, a doutrina tem objetado que um conceito de dolo assim compreendido pode gerar algumas contradições e dificuldades de aplicação. Nesse sentido, Hassemer afirma que podem existir casos em que o agente realiza uma vontade de evitação que, desde o seu ponto de vista, é idônea à supressão de quaisquer riscos adjacentes — porque não toma em consideração a possibilidade de um dano —; ou casos em que apesar de uma vontade ativa de evitação, o agente observa um risco adicional e, entretanto, atua, e tem por isso um dolo referido a este risco adicional (o que contradiz essa teoria delimitadora); ainda, quem não diminui um risco insignificante — evitável — deve responder, segundo essa teoria, por dolo, ainda que aquele que reduz ao mesmo grau de risco um risco elevado — evitável — possa-se imputar a imprudência. (HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madri, n. 48, v. 3, setembro-dezembro, 1990, p. 911-912). Para outras questões, *vide* PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Barueri: Manole, 2004, p. 47-49.

<sup>75</sup> Devido ao bom aparato conceitual que Armin Kaufmann proporcionou à sua teoria, não falta quem a acolha na atualidade, nomeadamente, STRUENSEE, Eberhard. *Consideraciones sobre el dolo eventual*, p.10 e ss. Entretanto, Struensee faz correções na estrutura da vontade de realização, aportando critérios delimitadores cognitivos.

isso, em que pese à clara manifestação de uma vontade de evitação do resultado, não parece adequado excluir do âmbito da imputação dolosa os casos em que o risco criado, por si só, já seja intolerável e transcenda à mera responsabilização por imprudência, apenas em razão da manutenção de um conceito ontológico de ação.

## CONCLUSÃO

(1) O conceito de ação final encontra dificuldades para cumprir os requisitos impostos à ação como *Oberbegriff* sem ter de normativizar-se — sobretudo para conformar os delitos imprudentes e omissivos. E todavia para manter-se a forma ontológica do conceito de ação nos delitos dolosos comissivos, não resta outra saída aos finalistas senão ter de admitir, forçosamente, que à ação importa que o agente tenha agido de forma voluntária, isto é, que tenha “querido algo”, independentemente do conteúdo da vontade.

(2) A ideia de um conceito de dolo como parte integrante da ação e que mantém com a finalidade uma relação de pura identidade deve rechaçar-se: eis que dessa afirmação se pode extrair a conseqüente perda da função de ligação imposta à ação como conceito superior (*Oberbegriff*). Ademais, a tentativa de compreender o dolo como fenômeno não reduzível à mera supradeterminação de um processo causal, incluindo em sua estrutura referências aos tipos e aos sentidos que estes exprimem, conduz à normativização de seu conteúdo e conseqüentemente do conteúdo da ação. (3) Ou seja, de qualquer modo, quer se salve o dolo, quer se salve a ação, jamais se salvará a ambos sem que algum se normativize e perca o pretense conteúdo ontológico.

(4) Aprender o conceito de ação como mera vontade de agir e o dolo como vontade de agir *orientada* à realização do tipo (relação de correspondência entre ação e “fim tipificado”) reduz significativamente o âmbito de aplicação do dolo pela conseqüente mitigação/exclusão da modalidade dolo eventual. As tentativas de superação desse problema encontram dificuldades de ordem metodológica e prática de difícil solução, de tal sorte que o reconhecimento do dolo eventual na estrutura finalista do delito ocorre de forma incoerente, sobretudo, por *pressupor-se* a existência de uma *vontade de realização* nos casos em que há *apenas representação* das possíveis conseqüências advindas da conduta. Com efeito, as contradições existentes revelam que a máxima finalista de que o dolo é “*conhecer e querer a realização do tipo*” é inadequada para resolver os casos de dolo eventual e, portanto, merece ser abandonada, para que assim se possibilite uma fundamentação do dolo que prescindia do plano ontológico da ação, dando lugar a uma

fundamentação normativa que retire dos *fins da pena* sua legitimidade, como melhor forma de superação dos problemas jurídico-penais relacionados.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BACIGALUPO, Enrique. Sobre a teoria da ação finalista e sua significação no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 13, n. 52, p. 135-157, janeiro-fevereiro, 2005.

BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal: conceptos fundamentales y sistema: introducción a la sistemática sobre la base de casos*. Buenos Aires: Depalma, 1973.

BOCKELMANN, Paul. *Relaciones entre autoria e participacion*. Tradução por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1960.

BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. *Direito penal: parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CEREZO MIR, José. El tipo de injusto de los delitos de acción culposos. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madri, v. 3, n. 36, p. 471-504, setembro-dezembro, 1983.

CEREZO MIR, José. El finalismo, hoy. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madri, v.1, n. 46, p. 5-20, 1993.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Acción, capacidad de acción y dolo eventual. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madri, v.1, n. 36, p. 77-101, janeiro-abril, 1983.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Nº 2, p. 37-59, 2009. ISBN: 1132-9955.

D'AVILA, Fabio Roberto. *O conceito de ação em direito penal*. Linhas críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/apenal.pdf>.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madri, n. 48, v. 3, p. 909-932, setembro-dezembro, 1990.

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

HERZBERG, Rolf Dietrich. Reflexiones sobre la teoría final de la acción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº. 10-01, p. 01:1-01:30, 2008. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-01.pdf>

HIRSCH, Hans-Joachim. *Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts*. in: Dölling (Org.), *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Erns-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker&Humblot, 2003, p. 515-536.

HIRSCH, Hans Joachim. El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, v. 11, n. 43, p. 11-30, abril-junho, 2003.

- HIRSCH, Hans-Joachim. El injusto en el delito imprudente. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Madrid, n.16, p. 207-231, julho, 2005.
- HIRSCH, Hans Joachim. *Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 14, n. 58, p. 64-84, janeiro-fevereiro, 2006.
- HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al “finalismo”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 15, n. 65, p. 77-104, março-abril, 2007.
- JAKOBS, Günther. *Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem* In: Günter Stratenwerth (Org.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1974, p. 307-326.
- KAUFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, v.2, n. 13, p. 185-206, maio-agosto, 1960.
- PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução, introdução e notas: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: Tomo I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. 1. ed. Madrid: Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 15, n. 65, p. 9-25, março-abril, 2007.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos S. A., 1991.
- STRATENWERTH, Günter. *Umbewußte Finalität?*. In: Günter Stratenwerth (Org.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1974, pp. 289-306.
- STRUENSEE, Eberhard. Consideraciones sobre el dolo eventual. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, n. 4, outubro, 2009. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/673.pdf>
- WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.
- WELZEL, Hans. La doctrina de la acción finalista, hoy. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, v. 2, n. 21, p. 221-230, maio-agosto, 1968.
- WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht un zur Rechtsphilosophie*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1975.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman: parte general*. 4 ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1997.
- WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos Aires: B de F, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. 2 ed. Buenos Aires: Ediar. 2002.