



Andreas Eisele

DOLO

*Do querer ao
assumir o risco*

2024

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO DOLO

O dolo é uma das categorias jurídicas mais antigas que compõem o Direito Penal. Seu desenvolvimento foi determinado por várias das alterações ocorridas no Direito Penal, e também acarretou algumas dessas alterações. Portanto, em alguma medida a análise da história do dolo corresponde à análise da história do próprio Direito Penal.

A consciência desta relação é importante para que o estudo da categoria jurídica não seja descontextualizado. Esta contextualização é o que se pretenderá realizar nesta parte do trabalho.

OS PRIMÓRDIOS DA DISTINÇÃO ENTRE AS CONDUTAS INTENCIONAIS E ACIDENTAIS

A distinção entre as condutas praticadas de forma intencional ou acidental é estabelecida desde os primeiros textos jurídicos de que se tem conhecimento no Ocidente.¹ Se admite que a legislação de Drácon (621 a.C.) regulamentava de forma diferenciada o homicídio intencional do decorrente de imprudência, e que a Lei das XII Tábuas (450 a.C.) distinguia o incêndio provocado de forma consciente e intencional do decorrente de uma conduta acidental (VIII, 10).

Porém, os textos destas legislações não foram preservados e seu conteúdo somente é conhecido por meio de comentários elaborados posteriormente.² Por este motivo, apesar do reconhecimento da re-

-
1. O Código de Hammurabi (1754 a.C.) já regulamentava a negligência na atividade de cultivo do campo, na execução de contratos, no cuidado e guarda de animais e no exercício de atividades profissionais.
 2. A Constituição de Atenas promulgada por Drácon estava inscrita em tábuas de madeira que se deterioraram com o tempo. As placas de pedra onde estava inscrita a Lei das XII Tábuas foram destruídas durante a invasão de Roma pelos gauleses em 390 a.C. Devido

gulamentação diferenciada destas formas de comportamento, não é possível identificar com precisão a terminologia empregada para a definição de ambos os casos.

Portanto, não se pode concluir com segurança se o termo dolo foi empregado nestas legislações como um conceito que pudesse especificar uma determinada forma de comportamento ou denotar alguma diferença que distinga o comportamento intencional do realizado de forma acidental, ou se ele somente foi empregado posteriormente pelos comentadores destas legislações para descrever o conteúdo das normas comentadas.

1.1. A ORIGEM MITOLÓGICA DO DOLO

O significado original da palavra dolo em sua etimologia grega (δόλο-ς) denota meios ardilosos pelos quais alguém engana outra pessoa.³ Entre os primeiros registros do emprego do termo dolo na cultura grega que foram preservados, existe uma versão mitológica da origem do significado da palavra. Na tradução latina elaborada por Fedro (séc. I a.C.) da fábula de Prometeu e Aleteia, cuja autoria é atribuída a Esopo (620-564 a.C.), o Dolo é um ajudante (aprendiz) de Prometeu.

Prometeu foi chamado por Zeus enquanto esculpia os humanos em argila, e deixou seu auxiliar Dolo terminando a escultura de Aleteia (verdade). Dolo terminou a estátua e resolveu fazer uma cópia sem que Prometeu soubesse, mas este chegou antes que ele pudesse concluir o trabalho e por este motivo a cópia da estátua ficou sem os pés. Apesar disso Prometeu deu vida a ambas (queimando-as no fogo) porque aparentemente eram idênticas. Porém, a verdade saiu andando mas a cópia não conseguiu sair do lugar. Então foi chamada: “falsidade”.⁴

Neste contexto, o personagem Dolo representava a habilidade em iludir ou enganar.

à destruição das fontes originais, o conteúdo de ambas as legislações foi parcialmente reconstruído com base em citações de vários escritores, filósofos, políticos, juristas e historiadores.

3. CURTIUS, Georg. *Grundzüge...* p. 237.

4. GIBBS, Laura. *Aesop's...* 530 (Perry, 535; Phaedrus, 95 Appendix, 5-6).

A origem mitológica do dolo é mencionada por Cícero (106-43 a.C.), que afirma que o *Dolus* é filho de *Erebo* e *Nocte* e irmão de *Aether*, *Dies*, *Amor*, *Morbus*, *Metus*, *Labor*, *Invidentia*, *Fatum*, *Senectus*, *Mors*, *Tenebrae*, *Miseria*, *Querella*, *Gratia*, *Fraus*, *Pertinacia*, *Parcae*, *Hesperides* e *Somnia*,⁵ e também por Higino (64 a.C.-17), que indica o *Dolus* como sendo filho de *Æthere* e *Terra* e irmão de *Dolor*, *Ira*, *Luctus*, *Mendacium*, *Iusjurandum*, *Ultio*, *Intemperantia*, *Altercatio*, *Obliuio*, *Socordia*, *Timor*, *Superbia*, *Incestum*, *Pugna*, *Oceanus*, *Themis*, *Tartarus* e *Pontus*.⁶

Portanto, originalmente o termo tinha um significado de uso comum, relacionado à astúcia.

1.2. A AMBIGUIDADE ORIGINAL DA PALAVRA DOLO

A habilidade de iludir denotada pela palavra dolo não era necessariamente considerada negativa. O significado mitológico da expressão dolo é ambíguo, o que é inclusive uma característica desta forma de transmissão de conhecimento.

Em uma acepção positiva, denotava habilidade e astúcia, representando uma capacidade de dissimulação que possibilita à pessoa encontrar soluções para problemas ou obter vantagens diante de situações difíceis.

Em uma acepção negativa, expressava um sentido de fraude, má-fé, malícia ou outras atitudes similares que consistam em meios pelos quais o sujeito possa realizar um comportamento eticamente inadequado que cause prejuízo a outra pessoa.

Desta forma, a atuação dolosa era considerada uma conduta dissimulada e sutil praticada no emprego de uma habilidade do sujeito em iludir os demais. Esta ambiguidade é identificável nos versos da Odisseia de Homero (928-898 a.C.). Ele utiliza o termo na acepção positiva para indicar a astúcia de Penélope na forma como se esquivou dos

5. CICERONIS, Marci Tullii. *De natura...* p. 20 (III, 17, 44).

6. HYGINI AVGVSTI, Gaii. *Fabularum...* p. 8 (prefácio).

AS TEORIAS DO DOLO

As teorias do dolo são propostas de definição dos aspectos essenciais que caracterizam o conteúdo desta categoria jurídica (o dolo).¹ A especificação destes aspectos tem uma função racional-teórica porque eles explicam os motivos pelos quais os fatos concretos devem ou não ser classificados como dolosos.

Além disso, a definição do objeto essencial do dolo também possibilita a especificação da diferença que dissocia as condutas dolosas das meramente imprudentes. Portanto, as teorias do dolo também têm uma finalidade prática porque estabelecem os critérios pelos quais os fatos concretos devem ser classificados no âmbito do dolo ou na modalidade imprudente. São instrumentos empregados na prática jurídica para a solução de casos.

O método empregado para estabelecer esta distinção é a especificação dos elementos essenciais que caracterizam uma conduta como

1. A quantidade de critérios propostos para a definição do conteúdo do dolo é enorme, e sua consideração individualizada resultaria em um conteúdo extenso e de difícil exposição devido à variedade dos detalhes a serem analisados. Para a simplificação da exposição foi realizada uma seleção dos critérios baseada em sua repercussão na teoria e prática jurídico-penal. Por isto, não será analisada, por exemplo, a discussão terminológica que tinha por objeto a identificação de diferenças entre os significados das palavras vontade, intenção, finalidade e propósito.

TEORIAS VOLITIVAS

As teorias volitivas foram desenvolvidas a partir da premissa de que o objeto do dolo seria a vontade do sujeito de realizar o fato típico. Porém, devido à constatação de situações nas quais o sujeito realiza intencionalmente uma conduta da qual decorre uma consequência que não era seu objetivo, mas que tampouco consiste em um mero efeito acidental do comportamento, se considerou necessário explicar como e porque este resultado da conduta poderia e deveria ser classificado.

Como se considerou que tais situações não correspondem a um caso de mera imprudência, se desenvolveu uma argumentação orientada à ampliação do âmbito do dolo para além da vontade. O objetivo do emprego deste recurso é abranger outras atitudes intelectuais de conteúdo volitivo mais abstratas que possam ser juridicamente classificadas como equivalentes à vontade.

Desta forma, o conteúdo do dolo foi ampliado para abranger não apenas a vontade, intenção e finalidade do sujeito, mas também sua disposição intelectual de admissão da realização da consequência e a atitude psicológica de indiferença em relação à sua realização, ou mesmo apenas em relação ao risco de sua realização.

A principal característica das proposições volitivas é sua referência subjetiva. O conteúdo do dolo é formado com base na perspectiva

mais grave era considerado evidente, seja para o agressor ou para um terceiro que avaliasse a situação.

A ampliação do conceito de vontade para abranger este caso foi realizada a partir de sua divisão em uma forma direta e outra indireta elaborada por Covarrubias (1554)¹ e desenvolvida por Carpzov (1635). Como esclarecido anteriormente (item 3.5), a proposição de Carpzov era ambígua porque a vontade indireta era definida com base em dois argumentos:

- a) O primeiro é a consideração de que quem realiza uma conduta de forma intencional da qual deva resultar um efeito determinado sabe, ou ao menos deveria saber, que este efeito iria ocorrer, e por este motivo não pode alegar que não tinha a intenção de produzir este efeito;²
- b) O segundo é uma consequência da premissa anterior (a não aceitação da possibilidade de ele negar a vontade), e consiste na pressuposição de que, por este motivo, a vontade do sujeito abrangeria as consequências da conduta.³

Püttmann (1793) adotou a primeira lógica atributiva, mas restringiu o conteúdo da conclusão elaborada com base na análise das circunstâncias. Em vez de considerar que o sujeito não poderia alegar que não tinha a “vontade” de implementar as consequências, considerou que ele somente não poderia alegar que não “admitia” (ou não “aceitava”) a realização destas consequências. Ou seja, o sujeito não poderia alegar que não havia “consentido” que o fato ocorresse. Esta hipótese é ilustrada pelo exemplo de marinheiros que jogam um tripulante ao mar, de modo que sua morte seja algo certo ou no mínimo muito provável.⁴

A estrutura racional das propostas de Carpzov e Püttmann é idêntica, e consiste na não admissão de uma eventual alegação, pelo

1. COUARRUIIAS À LEYUA, Didaco. *Clementinæ...* p. 23-24 (II Partis, Initium).

2. CARPZOVII, Benedicti. *Practica...* p. 4 (Quaestio I, 28-29).

3. CARPZOVII, Benedicti. *Practica...* p. 4 (Quaestio I, 30).

4. “*Quisquis igitur aliquid facit, vnde alterius mortem aut necessario, aut probabiliter saltem secururam esse scit, ille non potest non in eiusdem mortem consentire, ideoque homicidio doloso sese alligat*” [PÜTTMANN, Josias Ludwig Ernst. *De definitione...* p. 351-354].

UMA PROPOSTA TEÓRICA E METODOLÓGICA

Até o presente momento foi apresentada uma exposição e crítica das diversas teorias que pretendem definir o critério adequado para a classificação de fatos na modalidade dolosa, e a partir dele viabilizar a distinção entre os casos correspondentes e aqueles que devem ser classificados na modalidade imprudente de imputação penal.

A partir de agora será apresentada uma sistematização dos critérios que, conforme a perspectiva do autor, têm maior consistência teórica e melhor potencial prático para a classificação dos fatos na modalidade dolosa de imputação penal.

O conceito de dolo adotado é o que o define como uma categoria jurídica classificatória. Um instrumento empregado para a imputação típica do fato com base em aspectos subjetivos da conduta. Dessa forma, a classificação da conduta na modalidade dolosa é algo estruturalmente equiparável à definição da “tipicidade” subjetiva da conduta. Isso porque o dolo classifica a conduta como subjetivamente típica em relação aos elementos do tipo.

A categoria jurídica dolo é composta por elementos cognitivos e elementos volitivos, e complementada de forma excepcional por aspectos normativos.



PREMISSAS DA PROPOSIÇÃO

Os debates teóricos elaborados ao longo da história do dolo demonstram as dificuldades existentes para a identificação de um critério unitário que possa ser suficientemente amplo em sua configuração teórica para abranger todos os casos e, ao mesmo tempo, ter um potencial prático suficiente para viabilizar sua aplicação nos casos mais simples mediante fundamentos de sentido comum.

Apesar disso, a categoria é empregada cotidianamente pelos operadores jurídicos na prática penal. De fato, os juízes classificam os fatos como dolosos ou não, e justificam essa classificação com base em critérios desenvolvidos pela teoria jurídica. Portanto, as dificuldades teóricas não impedem a classificação dos fatos na prática jurídica, apesar da possibilidade de instauração de polêmicas em casos determinados.

Esta constatação recomenda a adoção de uma postura pragmática por parte do analista. Diante da inexistência de um critério teoricamente perfeito e com suficiente potencial prático para solucionar todos os casos, a análise deve considerar a realidade do estado da teoria e as necessidades da prática jurídica.

Portanto, é reconhecida a natureza instrumental e a finalidade prática da categoria. O dolo é uma categoria empregada para a classificação de fatos na prática jurídica e não um mero conceito teórico abstrato autônomo e independente da realidade social. Por este motivo, o valor de qualquer critério a ser adotado deve ser condicionado por seu potencial operacional.

Ademais, se reconhece que alguns critérios têm aspectos corretos e adequados para a classificação de determinados fatos, e outros critérios têm as mesmas características em relação a outros fatos diferentes. Além disso, também se verifica que vários critérios não necessariamente são incompatíveis entre si. Eles não têm conteúdos contrários e entre eles pode se estabelecer uma relação de complementariedade.

Devido a essas circunstâncias, se abdicará da pretensão de identificar um critério unitário para a definição do aspecto essencial do dolo. Não será formulada uma proposição essencialmente distinta das já existentes. Somente será apresentada uma sistematização estrutural de aspectos componentes de tais propostas, na expectativa de que isso possa abrir novas possibilidades de desenvolvimento da categoria, contribuindo para seu incremento pela especificação de seu conteúdo.

8.1. A INSUFICIÊNCIA DOS CRITÉRIOS, INDIVIDUALMENTE CONSIDERADOS

As proposições teóricas que tentaram definir um critério único, exclusivo e abrangente para a definição do objeto do dolo não conseguiram especificar uma referência que fosse suficientemente abrangente para justificar a classificação de todos os casos, e que ao mesmo tempo tivesse um potencial prático-operativo adequado que permitisse sua aplicação de forma previsível, uniforme e segura.

Todos os critérios expostos têm aspectos positivos, mas também, sem exceção, todos apresentam deficiências. Estas deficiências podem decorrer dos seguintes fatores: a) a falta de correção teórica da proposta; b) a limitação da abrangência do objeto definido pelo critério; c) a imprecisão na definição do conteúdo do critério proposto; ou d) a dificuldade de sua aplicação prática devido à vagueza do critério.