

Dolo eventual: considerações sobre a teoria de Ingeborg Puppe*

Dolus eventualis: remarks on Ingeborg Puppe's theory

Günther Jakobs

Resumo: Recorrendo à literatura especializada, bem como aos principais julgados dos tribunais do país de origem, o presente trabalho oferece uma análise dos componentes centrais da teoria do perigo doloso, proposta pela penalista alemã Ingeborg Puppe, para caracterização dos casos nos quais o dolo eventual é atribuído. São analisados o elemento cognitivo, a competência para a avaliação do risco conhecido e o conteúdo do perigo doloso, enquanto estratégia racional de produção do resultado. Por fim, também são feitas algumas considerações acerca da distinção entre dolo direto e eventual. Embora a teoria seja positivamente avaliada, são apontadas algumas incongruências, particularmente no tocante à possível redução da área do dolo direto de primeiro grau.

Palavras-chave: dolo; dolo eventual; perigo doloso; Ingeborg Puppe.

Abstract: Through the use of specialized literature as well as the main court rulings in the country of origin, this paper offers an analysis of the central components of the theory of intentional danger (*Vorsatzgefahr*), proposed by the German Criminal Law Professor Ingeborg Puppe, to characterize the cases in which possible *dolus* is attributed. The cognitive element is analyzed; the competence to assess the known risk; and the content of the intentional danger, as a rational strategy for producing the result. Finally, some considerations are also made about the distinction between *dolus directus* and *dolus eventualis*. Although the theory is positively evaluated, some incongruities are pointed out, particularly with regard to the possible reduction of the area of *dolus directus*.

Keywords: dolus; dolus eventualis; intentional danger; Ingeborg Puppe.

Sumário: Introdução: perigo doloso; 1 Prognose de um “perigo doloso”; 2 O elemento cognitivo do “perigo doloso”; 3 O conteúdo do perigo doloso; Conclusão: intenção e dolo eventual; Referências.

* Publicação original: Dolus eventuais. Bemerkungen zur Lehre von Puppe. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft*, Gießen, v. 1, n. 11, p. 576-580, 2022. Disponível em: https://www.zfistw.de/dat/artikel/2022_11_1524.pdf. Acesso em: 25 jan. 2024. Tradução e notas de Wagner Marteleto Filho e Eduardo Viana.

Introdução: perigo doloso

Puppe sempre tem se manifestado sobre o dolo e, especialmente, sobre o dolo eventual¹. Ao lado da relevante parte dos comentários ao § 15 do StGB (*Strafgesetzbuch* – Código Penal alemão), no *Nomos Kommentar*², destaca-se o abrangente artigo “O conteúdo da representação do dolo eventual” (*Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*) de 1991³, que fundamenta a sua posição e a pequena monografia “Dolo e imputação” (*Vorsatz und Zurechnung*)⁴. É crucial destacar a sua discussão com a jurisprudência, na qual ela critica a valoração global volitivista⁵, isto é, se volta tanto para o aspecto “volitivo” quanto para a “valoração global”⁶. *Mea parvitas*, serei levado a fazer observações sobre as suas contribuições na obra *Strafrecht und Gesellschaft*, com o título “*Vorsatz*”, no sentido de “*Dolo segundo Jakobs*”. A rigorosa e fundamentada teoria estabelecida nesses trabalhos tem sido esclarecida e desenvolvida por *Puppe* até os dias atuais⁸.

Como era de se esperar dessa autora, *Puppe* percorre um caminho inovador para decidir a questão acerca de como delimitar as fronteiras do dolo eventual e da culpa: todo resultado do fato, que deve ser valorado como produzido dolosamente, necessita, segundo *Puppe*, basear-se em um comportamento que possua a tendência de se desenvolver nesse resultado. Pode-se compreender essa tendência como uma finalidade objetiva. *Puppe* formula o seguinte: “A execução do comportamento precisa representar uma estratégia racional de produção do resultado”⁹. “Há riscos que um agente racional somente assume se ele está de acordo com sua realização (presumivelmente referindo-se à realização do resulta-

-
- 1 Extenso panorama dos seus trabalhos em PUPPE, *NK-StGB*, comentários preliminares ao § 15, nm. 1, e comentários preliminares ao § 16, nm. 1.
 - 2 PUPPE, *NK-StGB*, § 15, nm. 14-99, também § 16, nm. 70 e ss., 80.
 - 3 PUPPE, *ZStW* 103, p. 1 ss. (aqui citado conforme reimpressão em *Strafrechtsdogmatische Analysen*, p. 226 ss.). Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, não se trata de um conteúdo reservado (e ademais prescindível) ao dolo eventual: PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, p. 36 e s.
 - 4 PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*.
 - 5 Nota dos tradutores (NT): *Gesamtbetrachtung* é uma expressão utilizada pelo BGH (*Bundesgerichtshof* – Tribunal Federal alemão, equivalente funcional ao nosso Superior Tribunal de Justiça) para fins de se indicar o tratamento conjunto de todos os indicadores disponíveis, sejam de ordem objetiva como subjetiva. Optamos pela tradução “valoração global”, mas advertimos que se trata de uma expressão com esse sentido técnico na dogmática do dolo, que se encontra vinculada às teorias volitivas (daí, também, o complemento “valoração global volitivista”).
 - 6 PUPPE, *NK-StGB*, § 15, nm. 23 e ss., nm. 43; PUPPE, *Strafrecht*, § 9, nm. 1 e ss.; PUPPE, *Strafrechtsdogmatische Analysen*, p. 234 e s.; PUPPE, *NSZ* 8/2012, 409, p. 413 e s.
 - 7 PUPPE, *Strafrecht und Gesellschaft*, p. 403.
 - 8 Por exemplo, PUPPE, *JR* 7/2018, p. 323; até onde se tem notícia, por último, PUPPE, *ZIS* 12/2020, p. 584.
 - 9 PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, p. 39; PUPPE, *Strafrechtsdogmatische Analysen*, p. 239 e ss.; PUPPE, *NK-StGB*, § 15, nm. 64 e ss., 84 e ss., § 16, nm. 70.

do; G. J.). Esses são predicados do perigo doloso”¹⁰, sendo que o conceito “perigo doloso” é tão frequentemente utilizado, e aplicado de forma central, que deve ser entendido como orientador da teoria. A essência da argumentação reside em alinhar o dolo eventual à *qualidade* do perigo conhecido, e não à posição valorativa que o agente adota em relação ao resultado. Segundo *Puppe*, o fato de o agente precisar “estar de acordo” com o resultado não indica quaisquer acontecimentos psíquicos adicionais ao conhecimento de um perigo de determinada qualidade, mas, sim, na verdade, é a valoração jurídica de uma ação em face de tal conhecimento. Em outras palavras: *considera-se* juridicamente que o agente está de acordo com ocorrência do resultado¹¹.

1 Prognose de um “perigo doloso”

O processo de determinação de um perigo doloso não é diferente de qualquer outra prognose: aquele que faz a prognose necessita realizar uma representação (correta ou falsa) acerca do estado atual de uma parte do mundo. Além disso, ele deve poder calcular (correta ou incorretamente) como o comportamento que será examinado poderia alterar esse estado e, além disso, deve dispor de um parâmetro (válido ou inválido), sobre como tal alteração é avaliada. Tudo isso se reduz às respostas a duas perguntas: Quem faz o prognóstico? E quem julga o resultado? Em relação a essa segunda pergunta, *Puppe* responde de modo inequívoco: o julgamento é uma questão jurídica e, portanto, compete ao juiz e à instância recursal¹².

A respeito de quem faz o prognóstico, verificam-se, contudo, dificuldades. Essas podem se apresentar em dupla perspectiva. Formulando novamente como perguntas: 1. Toda prognose acerca da ocorrência do resultado é juridicamente relevante? 2. Toda representação acerca da possibilidade de evitação do resultado é relevante? *Puppe* trata dessa segunda questão de modo bastante duro: “Mecanismos de processamento irracionais” devem ser desconsiderados.

Portanto, essa interpretação não pode ser desacreditada através de mecanismos de processamento irracional, deslocamentos e esperanças, e muito

10 PUPPE, *Strafrechtsdogmatische Analysen*, p. 242.

11 NT: dois panoramas em língua portuguesa da concepção de Puppe podem ser encontrados em MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 190-199; VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 239-248.

12 PUPPE, *Strafrechtsdogmatische Analysen*, p. 257; PUPPE, *NSStZ* 8/2012, p. 412 e ss.; PUPPE, *NK-StGB*, § 15, nm. 72.

menos pelo fato de o agente, por indiferença em face do desvalor do resultado, simplesmente não ter considerado a possibilidade de sua ocorrência.¹³

Tenta-se uma rudimentar concretização da concepção de *Puppe* com um exemplo infeliz: ao embarcar com crianças em uma viagem de veleiro, em que pese a conhecida condição catastrófica do tempo, o perigo doloso de um dano às crianças não é excluído caso o agente – no que lhe diz respeito, com presumível eficácia suficiente – tenha implorado a Netuno por clemência ou até mesmo – de modo ainda mais eficaz – tenha lhe dado uma vaca em sacrifício (ao menos não hoje em dia; ao tempo da Odisseia as coisas podiam ter sido diferentes).

Essencialmente, pode-se, ou mesmo deve-se, concordar com essa valoração, pois, para a *fundamentação* do conhecimento acerca de uma situação de perigo, a moderna doutrina não procede de modo distinto ao considerar não puníveis, por fundamentos diversos, as empreitadas supersticiosas de lesionar outra pessoa, seja isso por meio da proposta de tornar *obrigatória* a possibilidade de prescindir de pena nos casos de tentativa supersticiosa (ou irreal)¹⁴ ou por meio de uma teoria – na minha opinião preferível – que já valora as tentativas supersticiosas como não abarcadas tipicamente¹⁵. Em qualquer caso, essa doutrina trata a tentativa supersticiosa – em oposição, especialmente, a *Armin Kaufmann*¹⁶ –, quer como *materialmente* extrapenal (obrigatoriamente impunível de acordo com o § 23 Abs. 3 StGB) ou desde o princípio como *formal* (não abarcadas tipicamente) e materialmente fora do direito penal. Nessa situação, é provável que seja plausível a seguinte inversão: suposições alheias ao direito não podem onerar materialmente o agente e, inversamente, tais suposições não podem afastar um ônus quando existente.

Essa solução também pode ser trasladada à tentativa irreal, isto é, tentativa baseada em representações absurdas e, por essa razão, alheias à compreensão social; por outro lado, tais representações não podem impedir uma oneração¹⁷. Por exemplo: quem quer abater uma aeronave voando a mil metros de altitude

13 PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, p. 40.

14 NT: há tentativa supersticiosa quando o agente emprega meios irrealis, não domináveis pelo homem, para a realização do tipo, a exemplo do emprego de bruxaria com o propósito de lesionar alguém. No cenário alemão, o tratamento jurídico que deve ser dado a essa figura é controverso. Sobre isso, por todos, cf. ROXIN, Claus. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen der Straftat. München: C.H. Beck, v. II, 2003. § 29, nm. 371 e ss.

15 Referências sobre o estado de discussão em HILLENKAMP, *LK-StGB*, § 23, nm. 89 e s.; MURMANN, *LK-StGB*, § 23, nm. 59 e s.

16 KAUFMANN, *FS-Welzel*, p. 403.

17 Detalhadamente, JAKOBS, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, p. 42 e ss.

com uma pistola, na suposição de que a técnica que sustenta o avião irá transportar o projétil realiza um delito tentado tanto quanto aquele que, juntamente com golpes em um sino consagrado, pretende derrubar a aeronave apelando a “forças superiores”. Agora o inverso: quem, sabendo o que faz, diluiu minimamente um forte veneno, como cianeto, na crença esotérica de que um veneno pode apenas ter efeito se for utilizado “puro”, e então administra o produto a alguém, atua tão dolosamente quanto outro criminoso que também dilui o veneno, mas o faz para garantir a desintoxicação utilizando-se, várias vezes, de água benta. Ambas são representações alheias ao Direito. Em conclusão: *Puppe* parece ter razão ao argumentar que o conhecimento de um perigo doloso não se deixa excluir por meio de súplicas ou esperanças em um bom desenlace ou através de supervalorizações da própria capacidade de dominar a situação ou equivalentes suposições estranhas à compreensão social.

A solução descrita também pode ser obtida com outros fundamentos. Toda tentativa – mesmo que a consumação não possa ocorrer, como no caso de empreitadas supersticiosas ou absurdas – exige que o agente, segundo sua representação, posicione-se na iminência da realização do tipo (§ 22 StGB). Mas a posição deve ser sempre compreendida como um ato que se reconheça possivelmente dirigido contra outrem; caso contrário, falta um fundamento legítimo para investigar o *fórum interno* do agente, ou seja, a sua representação¹⁸. Aquilo que é apenas interno, isto é, sem uma expressão reconhecível como perturbação social – portanto, sem um direcionamento agressivo contra a organização de outrem –, não constitui, em um Direito Penal do fato, qualquer fundamento legítimo para se investigar. Empreitadas absurdas ou supersticiosas autorizam reconhecer que deve ter havido tal direcionamento segundo a vontade do autor, mas esse direcionamento é falho, pois a consumação realmente se apresenta sem sentido, vale dizer, absolutamente sem sentido em termos socialmente adequados. Trata-se apenas de um simples esforço para alcançar um estado de perturbação social (tentado)¹⁹.

A maneira mais clara de explicar sobre como proceder em caso de erro é focando a atenção no aspecto comunicativo do comportamento do agente. Por exemplo: em delitos de homicídio, o comportamento deve significar “matar”. Se o agente, na execução de uma empreitada irreal, considera o seu comportamento como algo possivelmente perigoso na perspectiva social, ou seja, considera que o seu comportamento significa “matar”, então ele classifica um comportamento

18 JAKOBS, *FS-Streng*, p. 37.

19 JAKOBS, *FS-Streng*, p. 45.

não abrangido pelo tipo como se fosse: o caso de um delito aparente. Em sentido oposto: se o agente considera que a sua suposição – de que poderia evitar a realização do tipo – é reconhecida socialmente, ou seja, considera, conforme o juízo geral, que a sua estratégia é adequada e suficiente para evitar a realização do resultado, então, ele sobrecarrega o tipo objetivo com circunstâncias negativas (tais como fundamentos de justificação), as quais o tipo não contém. O agente julga, portanto, que a esfera de auto-organização imperturbável atribuída ao outro é menor do que aquela que o Direito reconhece, o que – contrariamente a uma concepção quase unânime, que separa o conhecimento do tipo e a consciência da ilicitude – constitui um erro de tipo. Isso ocorre porque nos delitos contra a pessoa a personalidade do outro – de distinto alcance – deve ser reconhecida²⁰.

2 O elemento cognitivo do “perigo doloso”

Há uma questão, e *Puppe* já se posicionou sobre ela no artigo inicial sobre o dolo eventual, de 1991, que é a seguinte: “Não é inconsequente normativizar e generalizar o denominado elemento volitivo do dolo, e, contudo, investigar o elemento cognitivo como um fato na psique do autor individual?”²¹ Ela considera um paralelismo do conhecimento acerca da realização do tipo com a regulamentação legal do conhecimento da ilicitude no § 17 (StGB)²²⁻²³; entretanto, argumenta que o elemento cognitivo, compreendido psicologicamente, é suficientemente claro e, portanto, praticável: “Confiavelmente reconstituível”, e, além disso, *não* “demasiadamente vulnerável em face de projeções e manipulações [...]. Uma normativização também do elemento cognitivo do dolo iria se distanciar muito do standard geral de julgamento atual”²⁴. O leitor – ao menos eu, enquanto leitor – fica perplexo: se, para *Puppe*, como já apontado antes, “mecanismos de processamento irracionais, deslocamentos psíquicos ou esperanças”, tanto como “indiferença em face do resultado ilícito” não devem poder excluir o dolo²⁵, então, uma normativização do aspecto cognitivo foi alcançada de há muito; pois este não é tão puramente separado do lado volitivo, como são – ao menos na

20 Detalhadamente, JAKOBS, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, p. 21 e ss., p. 26 e ss.

21 PUPPE, *Strafrechtsdogmatische Analysen*, p. 259.

22 PUPPE, *Strafrechtsdogmatische Analysen*, p. 259 e s.

23 NT: § 17 StGB: Se o autor, ao cometer o fato, desconhece estar praticando um injusto, ele atua sem culpabilidade, caso o erro tenha sido inevitável. Caso ele pudesse ter evitado o erro, a pena pode ser atenuada segundo o § 49 Abs. 1.

24 PUPPE, *Strafrechtsdogmatische Analysen*, p. 260. Trata-se, na última frase, na verdade, de um argumento retórico?

25 PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, p. 40.

teoria – preto e branco, e sim se misturam como tons de cinza: O que é, então, irracionalmente processado ou deslocado, senão um conhecimento? A resposta é evidente: assim como uma tentativa supersticiosa ou irreal, é uma questão de *conhecimento* estranho ao direito e, portanto, juridicamente irrelevante, o objeto de um “processamento irracional” também é um *conhecimento* e, como qualquer processamento de um objeto, ele é, dessa forma, modificado. Por exemplo: quem, em uma supervalorização individual de suas capacidades, está seguro para realizar a manutenção de um relógio muito complexo ou dominar uma fábrica atômica, começa com o empreendimento e, de imediato, estraga partes importantes do mecanismo do relógio, ou não pode evitar vazamento de materiais radiativos, então, diante dos seus olhos individuais, não há em sua atividade qualquer resultado ilícito. A circunstância de que ele tivesse que ter *pessoalmente* diante de seus olhos é uma correção normativa dessa visão individual²⁶. Quem, portanto – como certamente *Puppe* –, não quer considerar a euforia da autossupervalorização para a exoneração da responsabilidade, não dispõe mais do conhecimento como fato psíquico e necessita, assim, admitir que o dolo pode se dar sem tal conhecimento (como fato verificado).

Pode-se fazer, aqui, um *intermezzo*: as dificuldades da consideração parcial ou da desconsideração da constituição psíquica da pessoa que atua se dissolvem se a pessoa for levada a sério enquanto pessoa²⁷; dolo é conhecimento do julgamento daqueles que são pessoas ativas, ou seja, que moldam a estrutura da sociedade. De forma mais restrita do que certamente procede *Puppe*, aqui as perturbações que impressionam o indivíduo não devem ser deixadas sem consideração, mas sim ser substituídas pelo conhecimento acerca do julgamento geral [ou ao menos pela familiaridade (*Bekanntschaft*) com ele].

Dolo é, então, a familiaridade com o julgamento geral do próprio comportamento, em que com “familiaridade” é designado que não se necessita lidar apenas com o conhecimento atual e presente, mas sim que é suficiente a disponibilidade a todo tempo do conhecimento²⁸.

26 Sobre isso, JAKOBS, *RphZ* 3, p. 349 e ss.; JAKOBS, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, p. 15 e ss., p. 29 e ss.

27 HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 119 (citado conforme a versão incluída em *Hauptwerke*, t. V); JAKOBS, *RphZ* 3, p. 349 e ss. Hegel procede de modo bastante radical, de modo que em sua obra não há espaço para culpa (cf. JAKOBS, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, p. 20). Resta saber, aqui, se os complementos realizados pelos seus alunos para levar em conta “acazos” dão continuidade à teoria de Hegel ou a falsificam: Hegel pode não considerar o acaso como uma “lesão ao direito enquanto direito” (HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 97), isto é, pode considerar o “acaso” como imputável, mas não como delito. Sobre isso, SEELMANN, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion*, p. 13 e ss.

28 JAKOBS, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, p. 45; sobre “familiaridade”, p. 29 e ss.

3 O conteúdo do perigo doloso

Agora será brevemente abordada a questão sobre o conteúdo do “perigo doloso”, portanto, da “estratégia racional de produção do resultado”²⁹. Ao tratar dessa fórmula, deve-se antes de tudo destacar que ela é correta, pelo menos na medida em que, segundo ela, nem todo perigo proibido reconhecido é suficiente para a punição a título de dolo. Ultrapassar de modo consciente a velocidade permitida de uma via, em uma porcentagem baixa, não é tentativa de homicídio, e não pela seguinte razão: em muitos setores da vida cotidiana ninguém pode se esquivar de todos os riscos proibidos que o ameaçam, de modo que quem atua em tais setores “habitua-se” a tais riscos, é dizer, baseado nisso precisam contar com um “final feliz” – pense-se, por exemplo, no já mencionado tráfego rodoviário. Se, em uma situação análoga, o agente comete uma pequena infração, ele pode – mesmo se consciente do resultado – não inferir do acontecimento que o resultado de um delito de lesão irá ocorrer³⁰. Para o dolo, não basta, portanto, já a consciência de que está se comportando de *algum modo* ilicitamente. Além disso, é possível concordar com *Puppe*, no sentido de que, na faixa logo acima dos perigos com os quais todos necessitam lidar, apenas em casos limítrofes os perigos podem ser desencadeados com intenção de dano. Isso pode fornecer uma razão para duvidar, nessa área, de um “julgamento válido”³¹ por parte do autor, no sentido de que um resultado delituoso poderia ocorrer.

Contudo, *Puppe* inverte essa perspectiva: ela não questiona quando a esperança acerca de um feliz desenlace pode ser recompensada socialmente ou simplesmente precisa ser aceita (porque, caso contrário, muitos setores de interação, como o tráfego de veículos, precisariam ser paralisados), mas, sim, observa

29 Cf. referências na nota de rodapé 10.

30 JAKOBS, *FS-Bruns*, p. 31. *Puppe*, entretanto, se opõe a essa orientação baseada nos riscos mínimos com o duro veredicto de que alguns exemplos não fornecem qualquer justificativa (*PUPPE, Strafrecht und Gesellschaft*, p. 406), o que é um grave equívoco, pois o artigo cuida apenas de um complexo de exemplos: o moderno tráfego rodoviário. Na discussão, foi afirmado diversas vezes que, conforme a interpretação aqui sustentada, a punição em razão de um delito de resultado não é adequada. Para ela, tampouco o nome “delito de resultado” apenas designa o fato: *conceitualmente* trata-se de uma punição em razão da desobediência às regras (irrenunciável em uma sociedade de massa), tendo como condição objetiva de punibilidade o resultado causado por meio de um comportamento desobediente (sobre tais condições JAKOBS, *Strafrecht AT*, seção 10, nm. 1 e ss.).

31 JAKOBS, *Strafrecht AT*, seção 8. Nm. 23. Contra: *PUPPE, Strafrecht und Gesellschaft*, p. 404. O “julgamento válido” falta não só para o *indivíduo* com as suas contingências subjetivas, senão também para a pessoa fiel ao direito. Porque assim como toda expectativa normativa só é adequada para orientação se houver uma determinada base cognitiva (JAKOBS, *FS-Tolksdorf*, p. 281), existe, às avessas, um dever de evitar o resultado (não apenas a mera obediência), ou seja, a sua validade orientadora, apenas quando a violação do dever for tratada como perigosa na prática social.

o perigo de produção do resultado e quer determinar a sua qualidade, é dizer, a “estratégia racional” para a realização do tipo³².

Contudo, uma “estratégia” existe apenas para os comportamentos intencionais e no que concerne aos resultados principais. Exemplificadamente, quem persegue uma estratégia de envenenar o seu tio avarento pode buscar um caminho para evitar a morte simultânea do seu tio generoso, mas não – como resultado colateral – *produzi-la*³³. Além disso: mesmo os resultados principais não são buscados pelo agente apenas no contexto que se verifica entre o seu comportamento e a ocorrência do resultado; no mais das vezes, ele age para, por meio da produção do resultado, preparar o caminho para alcançar outros objetivos, inclusive atípicos. No exemplo citado, no que diz respeito à morte da vítima e nada mais (!), uma melhor estratégia seria atirar nela na primeira oportunidade, mas nesse caso o segredo necessário e muitas outras coisas não seriam preservados.

Mesmo se os resultados colaterais fossem concebidos, hipoteticamente, como principais, ainda assim seria necessário averiguar o contexto no qual a execução do comportamento deveria ser considerada como mais prudente – e estratégias não são regras jurídicas, mas sim construções de prudência. Depois, resta apenas a possibilidade de questionar se *qualquer* agente em *qualquer* situação – seja ela concebida do modo mais estranho que seja – teria corrido o risco questionado para a execução do seu objetivo. A resposta a essa questão, contudo, acaba por ser *sempre* afirmativa, pois o último recurso *sempre* é utilizado, se não houver outra opção disponível. Com outras palavras, aquilo que é adequado *sempre* pode se tornar estratégia devido à sua adequação. Contudo, toda ação é condicionada por certo custo, que se deve fazer “pagar”. Isso é o que falta quando se trata dos riscos cotidianos que devem ser habitualmente tolerados, os quais, em virtude de sua habitualidade, são vinculados à avaliação estereotipada (aqui formulada informalmente): “Isso não vai dar em nada”³⁴.

É com isso que *Puppe* provavelmente está preocupada: em querer excluir riscos proibidos diminutos da área do dolo. Contudo, ela menciona perigos importantes, e isso também deve valer para eles³⁵. Desse modo, *Puppe* não conside-

32 Cf. nota de rodapé 10.

33 Poder-se-ia replicar que isso é uma questão de formulação: naturalmente pode ser elaborada uma estratégia para preservar a vida da tia. Mas uma tal estratégia, de pouco ou médio impacto, não pode eliminar o dolo para a zona *não coberta* por ela. O que não é suficiente para a causação já não é, vice-versa, suficiente para a evitação.

34 Cf. o texto na nota de rodapé 31.

35 PUPPE, *Strafrechtsdogmatische Analysen*, p. 242; PUPPE, *NK-StGB*, § 15, nm. 66, 71. Criticamente, ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 12, nm. 49, 51.

ra o risco de 2% de contaminação com HIV como um perigo doloso³⁶. Imagine-se, entretanto, um lote com 50 comprimidos, em que apenas um deles contenha uma substância altamente danosa; o farmacêutico entrega, aleatoriamente, a um único paciente, um comprimido do referido lote: não se deve cogitar, ao menos, de uma tentativa de lesão? Ou ela julga que no caso de um agente que joga um homem adulto em uma piscina não ocorre ao menos de tentativa de afogamento, já que hoje quase todo homem adulto saber nadar³⁷? Certamente pode-se decidir de modo diverso em ambos os casos, na medida em que a gravidade dos perigos envolvidos ultrapassa significativamente o que se deve tolerar cotidianamente.

Perigos que estão situados abaixo do perigo doloso, no sentido de *Puppe*, devem, desde que sejam reconhecidos, ser inseridos na culpa consciente. Como toda a figura jurídica da culpa consciente, isso parece pouco convincente, quando a censura ao agente é idêntica a que se faz ao autor doloso³⁸: o autor claramente – não em virtude do destino ou do acaso – conformou o mundo social de outras pessoas de modo prejudicial para elas, e isso precisa se deixar imputar ao autor como seu trabalho consciente, mesmo que permaneça na esfera da tentativa.

Conclusão: intenção e dolo eventual

Para finalizar, deve ser adicionado um pensamento acerca da relação entre intenção (ou dolo direto de primeiro grau) e dolo eventual. O dolo direto de primeiro grau é amplamente considerado como uma forma não problemática do dolo, simplesmente como *conhecimento e vontade*; já, para o dolo direto de segundo grau, a conexão com a vontade é compreendida como *intermediada* pela intenção, e, para o dolo eventual, como convincentemente repudia *Puppe*, ocorrem “monstruosidades volitivas”. Isso soa como se a perturbação social causada pela realização do tipo dependesse principalmente do que o agente “quer”. No entanto, ao invés disso, deve-se determinar por qual setor da configuração do mundo o agente é responsável: com outras palavras, o que deve ser imputado ao agente, e não a outrem, como obra sua, sendo que a explicação como casualidade não se aplica.

36 PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, p. 45.

37 PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, p. 48. Veja, também, PUPPE, *NK-StGB*, § 15, nm. 76: a inutilização dos freios de um automóvel não deveria criar um perigo doloso!

38 Aqui permanece ladeado o problema do *dolus indirectus*; sobre isso, cf. PUPPE, *Strafrechtsdogmatische Analysen*, p. 246 e ss.; PUPPE, *Strafrecht und Gesellschaft*, p. 410 e ss. (importante, p. 414: “Em alguns casos” não se deve por o habitual em risco [sobre isso, vide nota de rodapé 25, *supra*]); JAKOBS, *RW* 2010, p. 304 e ss., p. 306 e ss.); JAKOBS, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, p. 29 e ss.

Quem age em setores de relevância social movimenta-se em um complexo, em uma rede, em que não se pode alterar uma parte sem que isso afete outra parte. Aquilo que se encontra ligado somente pode ser alterado em conjunto. Hegel³⁹ fala da “natureza lógica” que é destruída pela fragmentação por meio da reflexão subjetiva. Isso se assemelha à compra de uma empresa⁴⁰: a essa pertence conceitualmente a aquisição do ativo e do passivo, e uma separação seria conceitualmente estranha, uma “reflexão subjetiva”, mas não mais a aquisição de uma empresa.

Sem essa “reflexão subjetiva” o autor apenas pode querer ou buscar o complexo do contexto como um todo. O que, fora do complexo, é agradável ou amado pelo agente não tem nada a ver com o conceito de ação pessoal: tão absurdo quanto possa parecer para a atual aplicação de “vontade” e “intenção”, resultados colaterais não são menos intencionais ou queridos do que os resultados principais. Intenção não é mais ou menos do que o dolo eventual, pois uma pessoa ou participa do processo integral ou não age como pessoa.

Portanto, parece incorreto que o BGH tenha recentemente decidido⁴¹ no sentido de que a intenção, como estruturação da “motivação e objetivos do agente” (§ 46 Abs. 2 Nr. 1 StGB), consiste em um possível fundamento para a exasperação da pena⁴². Acerca do posicionamento do agente sobre a estrutura normativa da sociedade, intenção e dolo eventual são equiparados; com outras palavras: quando cada forma de dolo (direto ou eventual) não possa se apresentar como semelhante à intenção, a intenção deve ser reduzida aos elementos característicos de cada dolo. Outra questão é se e quando – *além do elemento de configuração do fato* – uma intenção, como o sinal da posição/atitude do agente, pode tornar-se relevante para a dosimetria da pena⁴³ e – é de se complementar – *deve tornar-se relevante de maneira legítima*.

39 HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 119 A.

40 Já em JAKOBS, *RW* 2010, p. 283.

41 BGHSt 63, 54.

42 BGHSt 63, 54 (58), na reprodução das razões da decisão de interpeleção [*Anfragebeschlusses*] de acordo com o § 132 Abs. 3 GVG.

43 Provavelmente, também, em PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, p. 43, 74 e s.; PUPPE, *NK-StGB*, § 15 nm. 80 e s., 106 e ss.

Referências

- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Grundlinien der Philosophie des Rechts. In: HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Hauptwerke*. Hamburg: Meiner, 2015 (1820). (= *Linhas fundamentais da filosofia do direito*. Tradução: Marcos Lutz Müller. São Paulo: Editora 34, 2022.)
- HILLENKAMP, Thomas. § 23. In: LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RISSING-VAN SAAN, Ruth; TIEDEMANN, Klaus (Hrsg.). *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*. 12. Auflage. Berlin: De Gruyter, t. 1, 2027.
- JAKOBS, Günther. Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff. *Zeitschrift für Rechtswissenschaftliche Forschung*, [s.l.], v. 1, n. 3, p. 283-315, 2010.
- JAKOBS, Günther. Der „Versuch“ des Versuchs. In: SAFFERLING, Christoph; KETT-STRAUB, Gabriele; JÄGER, Christian; KUDLICH, Hans. *Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag*. Heidelberg : C.F. Müller, 2017. p. 37 ss.
- JAKOBS, Günther. Die subjektive Tatseite von Erfolgsdelikten bei Risikogewöhnung. In: FRISCH, Wolfgang; SCHMID, Werner (Hrsg.). *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*. Köln/Berlin/Bonn/München: Heymann, 1978. p. 31-42.
- JAKOBS, Günther. *Kritik des Vorsatzbegriffs*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020.
- JAKOBS, Günther. Normative Erwartungen. In: DENCKER, Friedrich (Hrsg.). *Festschrift für Klaus Tolkdorf zum 65. Geburtstag*. Köln: Heymann, 2014. p. 281 ss.
- JAKOBS, Günther. Person und Subjekt in Hegels „Grundlinien“. *Rechtsphilosophie*, [s.l.], v. 3, n. 4, p. 341-352, 2017. DOI: 10.5771/2364-1355-2017-4-341.
- JAKOBS, Günther. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Berlin: De Gruyter, 1991. (= *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Tradução: Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.)
- KAUFMANN, Armin. Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht. In: STRATENWERTH, Günter; KAUFMANN, Armin; GEILEN, Gerd; HIRSCH, Hans Joachim, SCHREIBER, Hans-Ludwig; JAKOBS, Günther; LOOS, Fritz (Hrsg.). *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburstag am 25. März 1974*. Berlin: De Gruyter, 1974. p. 393-414.
- MURMANN, Uwe. § 23. In: CIRENER, Gabriele; RADTKE, Henning; RISSING-VAN SAAN, Ruth; RÖNNAU, Thomas; SCHLUCKEBIER, Wilhelm (Hrsg.). *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*. 13. Auflage. Berlin: De Gruyter, t. 2, 2021.
- PUPPE, Ingeborg. BGH, Urt. v. 18.6.2020 – 4 StR 482/19 (Mordvorwurf bei illegalem Autorennen – Berliner Raserfall). *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Gießen, v. 15, n. 12, p. 584-586, 2020. Disponível em: <https://www.zis-online.com/>

dat/artikel/2020_12_1406.pdf. Acesso em: 25 jan. 2024. (= Homicídio doloso mediante corridas ilegais? Comentários sobre o “Racha em Berlim” (BGH, Urt. v. 18.6.2020 – 4 StR 482/19). Tradução: Emília Merlini Giuliani. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 295-306, 2021. DOI: 10.46274/1909-192XRICP2021v6n2p295-3.)

PUPPE, Ingeborg. § 15. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (Hrsg.). *Strafgesetzbuch*. 5. Auflage. Baden-Baden: Nomos Verlag, v. 1, 2017. (Há uma versão em português de uma edição anterior: = *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.)

PUPPE, Ingeborg. § 16. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (Hrsg.). *Strafgesetzbuch*. 5. Auflage. Baden-Baden: Nomos Verlag, v. 1, 2017.

PUPPE, Ingeborg. Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 103, n. 1, p. 1-42, 1991. DOI: 10.1515/zstw.1991.103.1.1. (= PUPPE, Ingeborg. *Strafrechtsdogmatische Analysen*. Bonn: Bonn University Press, 2006. p. 227-274. Disponível em: https://bonndoc.ulb.uni-bonn.de/xmlui/bitstream/handle/20.500.11811/560/bup_bra_nf_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 25 jan. 2024.)

PUPPE, Ingeborg. Feststellen, zuschreiben, werten: semantische Überlegungen zur Begründung von Strafurteilen und deren revisionsrechtlicher Überprüfbarkeit. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, [s.l.], v. 32, n. 8, p. 409-414, 2012.

PUPPE, Ingeborg. Rasen im Straßenverkehr und Tötungsvorsatz. Drei Entscheidungen des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofs. *Juristische Rundschau*, [s.l.], n. 7, p. 323-327, 2018. DOI: 10.1515/juru-2018-0083.

PUPPE, Ingeborg. Vorsatz. In: KINDHÄUSER, Urs; KREß, Claus; PAWLIK, Michael; STUCKENBERG, Carl-Friedrich (Hrsg.). *Strafrecht und Gesellschaft: ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019. p. 403-418.

PUPPE, Ingeborg. *Vorsatz und Zurechnung*. Heidelberg : Decker und Müller, 1992.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht: Allgemeiner Teil. Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 5. ed. Munique: C.H. Beck, v. I, 2020.

SEELMANN, Kurt. *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion: Hegels Straftheorien*. Freiburg im Breisgau/München: Alber, 1995.

Conflito de interesses

O autor declara a ausência de conflito de interesses na produção do presente trabalho.

Sobre o autor:

Günther Jakobs | *E-mail:* gjakobs@jura.uni-bonn.de

Doutor em Direito (Uni-Bonn/Alemanha). Professor emérito (Uni-Bonn/Alemanha).

Recebimento: 05.12.2023

Aprovação: 25.01.2024

Artigo convidado