



Cadernos de Direito Actual Nº 23. Núm. Extraordinario (2024), pp. 45-67
ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Dolo sem vontade e a filosofia da linguagem *Means rea without intentional element and the philosophy of language*

Paulo César Busato¹

Bruno Cortez Torres Castelo Branco²

Universidade Federal do Paraná (Brasil)

Sumário: 1.Introdução; 2. O elemento cognitivo do dolo; 2.1. O caso da barreira policial; 2.2. O dilema da "caixa de escaravelhos" e o problema da "autoridade da primeira pessoa"; 2.3. O uso de verbos psicológicos e a ideia de "cálculo de cabeça"; 2.4. Conhecimento do perigo e domínio da técnica; 2.5. Razões e causas da ação; 2.6. Domínio e voluntariedade; 2.7. Domínio da técnica e "método de agir"; 3. O elemento volitivo do dolo; 3.1. O caso da "barraca de tiro ao alvo"; 3.2. O "fantasma na máquina" e o mito das volições; 3.3. Desfazendo confusões gramaticais: desejo, finalidade e intenção; 3.3.1. Desejo; 3.3.2. Finalidade (ou propósito); 3.3.3. Intenção; 3.4. Vontade em sentido normativo: compromisso com a produção do resultado; 4. A lógica da ciência e a linguagem do direito penal: uma teoria integralmente normativa é compatível com o Código Penal do Brasil e de Portugal?; 5. Conclusões; 6. Referências.

Resumo: No artigo "Dolo sem vontade", Luís Greco abandona o elemento volitivo do dolo, por considerá-lo um dado empírico inacessível a terceiros, e define o elemento cognitivo do dolo como domínio ou controle do fazer e de suas eventuais consequências pelo autor, mas contraditoriamente estabelece a representação mental da alta probabilidade do perigo como critério de correção. Neste artigo, usaremos as ferramentas conceituais da filosofia da linguagem para mostrar que: (i) nem o conhecimento, nem a vontade são fenômenos psíquicos; (ii) o domínio do curso causal é um pressuposto de existência da ação, e não um elemento do dolo; (iii) há uma confusão conceitual sobre os usos das palavras representação, voluntariedade, desejo, finalidade e intenção; (iv) a dogmática penal é uma filosofia, e não uma ciência, porque seu objeto são as razões para decidir, não as causas dos fenômenos. Ao final, propomos uma interpretação integralmente normativa dos dois

¹Estágio pós-doutoral na Universidad de Valencia (2016). Doutor em Problemas Atuais do Direito Penal pela Universidade Pablo de Olavide, de Sevilha, Espanha (2005). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2004). Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra, Portugal (2002). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (1986). Professor associado de Direito Penal da graduação, mestrado e doutorado da UFPR. Professor visitante da Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo, Espanha - 2017). Procurador da Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná (Brasil).

² Doutor (2023) e Mestre (2015) em Direito Penal pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Juiz de Direito da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais (Brasil).

elementos do dolo a partir das noções de domínio de uma técnica, jogos de linguagem e compromisso com a produção do resultado.

Palavras-chave: dolo sem vontade; domínio da técnica; intenção; jogos de linguagem; filosofia da linguagem.

Abstract: In the article "Dolus without intent", Luís Greco abandons the volitive element of dolus, considering it an empirical datum inaccessible to third parties and defines the cognitive element of intent as the author's domain or control over their actions and their possible consequences. However, he contradictorily establishes the mental representation of the high probability of harm as a criterion for correctness. In this article, we use the conceptual tools of the philosophy of language to show that: (i) neither knowledge nor will are psychic phenomena; (ii) control over the causal course is a precondition for the existence of action, and not an element of intent; (iii) there is a conceptual confusion about the uses of the words representation, voluntariness, desire, purpose, and intention; (iv) the theory of Criminal Law is a philosophy, not a science, because its object is the reasons for deciding, not the causes of phenomena. Finally, we propose a fully normative interpretation of the two elements of intent based on the notions of mastery of a technique, language games, and commitment to the production of the outcome.

Keywords: dolus without intent; mastery of technique; intention; language games; philosophy of language.

1. INTRODUÇÃO

No artigo "Dolo sem vontade"³, Luís Greco apresenta os seguintes fundamentos para a reformulação do conceito de dolo na dogmática penal: (i) há um dissonância entre teoria e prática quanto ao conceito de dolo, pois a doutrina majoritária defende uma perspectiva de dolo referida à vontade em sentido psicológico, mas os juízes avaliam apenas circunstâncias objetivas ou, então, decidem arbitrariamente conforme sua própria consciência; (ii) a intenção é um dado dispensável para a imputação do dolo, seja porque apenas o autor tem acesso privilegiado ao seu verdadeiro "querer", seja porque a punição de uma atitude interna é incompatível com um direito penal do fato; (iii) o "saber" é o único elemento que define o dolo, pois se alguém representa internamente um perigo intenso ao bem jurídico e ainda assim atua, é porque domina, em certa medida, o resultado; (iv) esse elemento cognitivo do dolo deve corresponder necessariamente ao conteúdo psíquico do autor no momento da ação, pois só o conhecimento gera domínio; (v) o que legitima a punição mais severa do dolo é o efetivo conhecimento do intenso perigo criado ao bem jurídico e o conseguinte domínio ou controle do curso causal pelo autor; (vi) a dogmática penal é ciência, e não mero saber legal, por isso a definição legislativa de dolo não obsta a aplicação de critérios normativos.

Neste artigo, usaremos as ferramentais conceituais da filosofia da linguagem do segundo Wittgenstein⁴ para argumentar que: (i) nem o conhecimento nem a

³GRECO, L. "Dolo sem vontade", em SILVA DIAS, A. (Coord.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 893.

⁴O primeiro Wittgenstein, da obra *Tractatus Logico-Philosophicus*, pretendia clarificar os conceitos filosóficos por meio da tradução de uma proposição em outra proposição que a ela se vincule como sua "figuração lógica", de modo que o sentido de uma palavra sempre seria preciso e determinado, não admitindo a possibilidade de *casos fronteiricos* ou de um terceiro valor de verdade além de "sim" ou "não" (o incessante debate doutrinário acerca dos limites entre dolo eventual e culpa consciente bem o desmente). Já o segundo Wittgenstein, da obra *Investigações Filosóficas*, busca a elucidação conceitual das palavras, ou seja, observar atentamente as formas de manifestação da linguagem ordinária (usos) para compreender o complexo funcionamento das palavras e fazer as interconexões entre os conceitos.

vontade são fenômenos psíquicos; (ii) o domínio do curso causal é um pressuposto de existência da ação, e não um elemento do dolo; (iii) há uma confusão conceitual sobre os usos das palavras representação, voluntariedade, desejo, finalidade e intenção; (iv) a dogmática penal é filosofia, não ciência. Ao final, propomos uma interpretação integralmente normativa dos dois elementos do dolo a partir das noções de domínio de uma técnica, jogos de linguagem e compromisso com a produção do resultado.

2. O ELEMENTO COGNITIVO DO DOLO

2.1. O CASO DA BARREIRA POLICIAL

Dois terroristas, em comum acordo, usam um carro para fugir da polícia e furam uma barreira formada por viaturas policiais. O primeiro terrorista representa mentalmente o intenso perigo de lesão corporal de algum policial que acaso esteja atrás das viaturas, enquanto o segundo nem sequer pensa nisso, porque toda a sua atenção se volta para o êxito da fuga. Para Jakobs, ambos responderiam por dolo eventual: o primeiro porque conhecia o perigo criado e ainda assim desafiou a vigência da norma, manifestando o “sentido social” de que não se subordina aos padrões de comportamento estabelecidos pelo Direito (“configuração normativa da sociedade”); o segundo porque não se esforçou para conhecer uma situação de perigo facilmente perceptível para ele (conforme suas capacidades individuais), optando por uma postura indiferente à vigência da norma (“cegueira diante dos fatos”)⁵.

Greco discorda parcialmente desse entendimento, porque Jakobs desconsideraria o que o segundo terrorista realmente sabia “em sentido psicológico”, presumindo indevidamente o conhecimento da situação de perigo para imputar o dolo eventual. Acentua que, quem sequer pensou na vida do policial ao atirar o carro contra ele, não conhecia o intenso perigo que criou e o que poderia decorrer do seu fazer, de modo que não tinha o domínio ou controle sobre o seu fazer e sobre suas consequências. Logo, não haveria fundamento para se imputar o dolo eventual, pois, do ponto de vista político-criminal, não haveria maior necessidade de se prevenir o comportamento de quem desconhecia a gravidade do perigo criado, tampouco se justifica atribuir maior responsabilidade a quem não dominava o curso causal⁶.

Tentaremos demonstrar que, embora cheguem a conclusões opostas, o raciocínio de Greco e Jakobs partem de uma confusão gramatical⁷ (ou “mal-entendido”) acerca do significado das palavras: (i) o primeiro usa o vocábulo “conhecer” (ou “saber”) como sinônimo de “representar” (ou “ter em mente”), o que faz com que rejeite a concepção psicológico-descritiva de vontade e, paradoxalmente, admita o conhecimento do perigo referido ao conteúdo psíquico do autor; (ii) o segundo afirma uma perspectiva puramente normativo-atributiva do dolo a partir do “sentido social” transmitido pelo comportamento, sem qualquer referência a dados psíquicos do autor, mas emprega a palavra “sentido” alijada do contexto fático da ação.

2.2. O DILEMA DA “CAIXA DE ESCARAVELHOS” E O PROBLEMA DA “AUTORIDADE DA PRIMEIRA PESSOA”

O verdadeiro significado das palavras, para a filosofia da consciência de René Descartes, apenas são cognoscíveis por cada indivíduo a partir de sua própria vivência subjetiva. A correta compreensão da palavra “dor”, por exemplo, demandaria que o falante evocasse da sua mente uma representação privada (a

⁵JAKOBS, G. *Derecho Penal: Parte General (Fundamentos y teoría de la imputación)*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 393.

⁶GRECO, L. “Dolo sem vontade (...)”, *Ob. Cit.*, p. 893.

⁷WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas*, Editorial Crítica, Barcelona, 1988, p. 113.

“sensação”) a que esse signo faz referência, porque uma pessoa só poderia saber o que é a dor com base no seu próprio sofrimento. A linguagem não seria um modo de esclarecimento, mas uma categórica “fonte do erro”⁸. O critério de correção do pensamento estaria necessariamente vinculado ao próprio sujeito: se as percepções sensíveis captadas por nossos olhos podem nos levar a erro, as percepções extraídas de nossa alma são infalíveis⁹. As “convicções inabaláveis”, enquanto manifestação de nossos “afetos”, constituiriam o absoluto critério de verificação da verdade¹⁰.

Há uma aporia neste raciocínio: se aquilo que o indivíduo conhece ou quer é sempre algo pertinente ao mais íntimo de sua psiquê, como penetrar nesse obscuro invólucro da alma humana onde a pessoa guarda seus mais profundos pensamentos e impulsos motivadores?

Quando tentamos decifrar a “sensação” de uma pessoa, aquilo que ela fez sai fora de consideração, porque se torna irrelevante. Uma descrição do “interno” equivaleria a tentar descobrir o que existe dentro de uma “caixa de escaravelhos”, na metáfora de Wittgenstein:

“Suponhamos que cada um tivesse uma caixa e que dentro dela houvesse algo que chamamos de “escaravelho”. Ninguém pode olhar dentro da caixa do outro; e cada um diz que sabe o que é um escaravelho apenas por olhar seu escaravelho. — Poderia ser que cada um tivesse algo diferente em sua caixa. Sim, poderíamos imaginar que uma tal coisa se modificasse continuamente. — Mas, e se a palavra “escaravelho” tivesse um uso para estas pessoas? — Neste caso, não seria o da designação de uma coisa. A coisa na caixa não pertence de nenhum modo ao jogo de linguagem, nem mesmo como um *algo*: pois a caixa poderia também estar vazia”¹¹.

A filosofia da consciência torna inviável a comunicação entre os falantes, porque se enclausura no “mundo interno” (“ego”) para nele procurar o “sentido” (dolo ou culpa, por exemplo) que estaria oculto dentro da “caixa de escaravelhos” de cada um, como se o sujeito fosse capaz de intuir privadamente as coisas e a “verdade” dimanasse dessa intuição solipsista¹². Nessa “caixa de escaravelhos”, um terceiro poderia, no máximo, arriscar-se a dar palpites e eventualmente *adivinhar* o que há na caixa, mas um sistema de justiça criminal democrático não pode assim proceder para imputar responsabilidade a alguém, porque a sua legitimidade reclama um processo de justificação racional da limitação da liberdade¹³.

Não podemos adivinhar como uma palavra funciona: “Temos de ver seu emprego e aprender com isso.”¹⁴ Assim, só faz sentido dizer que a minha dor é igual a sua recorrendo-se a um *critério público* inferido da observação do comportamento dos demais falantes. Se a dor tivesse uma relação única consigo, não seria possível compreender o que significa que outra pessoa tem dores. Uma criança que fosse capaz de descobrir uma palavra, por conta própria, para designar uma dor de dente, não poderia se fazer entender com esta palavra, porque o seu sentido não seria compartilhado publicamente¹⁵.

⁸LXXIV. A quarta fonte de nossos erros é que ligamos os nossos pensamentos a palavras que não os exprimem com exatidão”. In: DESCARTES, R. *Princípios da Filosofia*, Rideel, São Paulo, 2007, p. 56-57.

⁹GARCÍA SUÁREZ, A. *La lógica de la experiencia: Wittgenstein y el problema del lenguaje privado*, Tecnos, Madrid, 1976, p. 27.

¹⁰DESCARTES, R. *Meditaciones Metafísicas*, Alfaguara, Madrid, 1977, p. 43.

¹¹WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 245.

¹²RAMOS VÁZQUEZ, J. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 276.

¹³VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema Penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 829.

¹⁴WITTGENSTEIN, *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 267.

¹⁵WITTGENSTEIN, *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 223.

Estamos de acordo com Puppe que não compete ao próprio autor decidir sobre a maior ou menor gravidade do perigo criado ao bem jurídico, isto é, se o perigo é doloso ou culposo¹⁶. Inicialmente, Greco também compartilha desse argumento, porque consigna que o processo de imputação deve se arrimar na exposição de razões que justifiquem a punição mais severa a título de dolo (maior extensão da responsabilidade pelo domínio ou controle do fazer e de suas consequências, e maior necessidade de prevenção especial negativa). Logo em seguida, porém, retorna ao dilema da “autoridade da primeira pessoa”: para determinar se o autor conhecia ou não a alta probabilidade do perigo, precisaríamos abrir a sua “caixa de escaravelhos” para descobrir o que lá se esconde (a sua representação mental). Para a concepção significativa do delito¹⁷, cuja matriz epistemológica é a filosofia da linguagem do segundo Wittgenstein, tanto a perspectiva estritamente normativa de Puppe, quanto a teoria cognitiva de Greco, incorrem em algumas confusões conceituais ao pressupor a existência de uma linguagem privada que pode ser objetivada, o que procuraremos esclarecer melhor, ainda que brevemente.

2.3. O USO DE VERBOS PSICOLÓGICOS E A IDEIA DE “CÁLCULO DE CABEÇA”

Quando se descreve alguém como conhecendo, acreditando, esperando, receando, planejando ou evitando qualquer coisa, geralmente se supõe que estes verbos indiquem a ocorrência de modificações específicas na mente dela e ocultas para nós¹⁸.

A noção de uma linguagem privada anterior ao aprendizado pressupõe o enunciado linguístico como uma espécie de “camisa-de-força”, em que o uso correto dependeria da correspondência entre o objeto designado e a realidade por meio de uma operação mental. Como a verdade se revelaria desde “dentro” (introspecção), e não a partir de “fora” (interpretação), a filosofia da consciência faz uso de verbos psicológicos (“representar”, “imaginar”, “pensar”, “querer”, etc.) para transmitir a ideia de exata correspondência entre “nome” e “objeto” designado.

Faz sentido, por exemplo, duvidar da veracidade de um enunciado com o emprego do verbo “sonhar” em primeira pessoa? Se uma pessoa diz no café da manhã “hoje eu sonhei que ganhei na loteria!”, faz algum sentido seu pai retrucar “isso é mentira!” ou perguntar “como você pode provar isso?”. A ausência de critérios de verificabilidade de proposições elaboradas com verbos psicológicos cria uma “assimetria epistemológica”, pois só o autor teria informações privilegiadas imprescindíveis à resolução do caso penal¹⁹.

¹⁶ PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, Manole, Barueri, 2005, p. 80.

¹⁷ “(...) esse conceito significativo de ação proposto por Tomás Vives é especialmente útil para resolver os problemas probatórios que a determinação desses elementos “subjetivos”, ou a “veracidade” do depoimento de uma testemunha, coloca em um processo penal, de cuja verificação, por meio de uma livre apreciação por vezes discutível das provas judiciais, depende nada mais e nada menos do que a aplicação de uma pena privativa de liberdade mais ou menos grave, ou a punibilidade ou impunidade de uma conduta. O mínimo que se pode pedir ao juiz nestes casos é que racionalize a sua decisão com base em critérios que permitam a objetivação da ação, para posteriormente ser utilizada na motivação que, por imperativo constitucional, deve fazer do processo intelectual pelo qual ele chega para fundamentar sua decisão de condenar ou absolver o acusado. Não creio que com isso se possa dizer que Tomás Vives prescinde do elemento subjetivo na teoria do crime, mas simplesmente que com sua concepção significativa dá à sua verificação um fundamento diferente e naturalmente muito mais aceitável do que o fundamento que é dado a esses problemas com as teorias tradicionais sobre o conceito de ação”. In: MUNÓZ CONDE, F. “Prólogo”, em VIVES ANTÓN, (...). Ob. Cit., p. 33.

¹⁸ RYLE, G. *El concepto de lo mental*, Paidós, Barcelona, 2005, p. 14.

¹⁹ SOUZA, M. J. A. “Filosofia da mente de Wittgenstein: parâmetros gramaticais e conceitos psicológicos”, *Revista Perspectiva Filosófica*, v. 41, 2014, p. 73.

Verbos psicológicos são as causas mais comuns de “ilusões gramaticais” ou “impressões de regras”²⁰, porque “seguir a regra” é uma prática socialmente compartilhada, um hábito análogo a “seguir uma ordem”²¹, enquanto “acreditar seguir a regra” é algo que não pode ser observado por terceiros e, portanto, em nada contribui para o processo de comunicação. Além disso, verbos psicológicos também admitem diferentes usos e nem sempre expressam o significado mais imediato e recorrente da linguagem ordinária.²² Se alguém diz “eu *quero* matar você!”, somente o contexto dirá, com segurança, se essa construção gramatical transmite o sentido de um tipo de ação (ameaça), brincadeira ou mero desejo.

Para retratar essa ilusão gramatical que confunde o emprego do verbo “representar” como a extração de algo do fundo da consciência do sujeito, Wittgenstein invoca a ideia de “calcular de cabeça”. O cálculo de cabeça parece remeter a um “olho interno” na “tela” de nossa mente, tomado como um processo interno acompanhado por um cálculo externo no papel, pois quando pensamos no número 1 e no sinal “+” seguido de outro número 1, toda a operação parece se passar internamente. É como se os signos escritos do “lado de fora” fossem uma mera “cópia” de um quadro “pintado” em nossa mente²³.

A ideia de que o cálculo de cabeça é um ato mental e instantâneo, que salta etapas, transmite a falsa impressão de que a operação é executada antecipadamente à aplicação da regra de uso da palavra. Mas ninguém nasce sabendo fazer cálculos de cabeça.²⁴ Na concepção wittgensteiniana, o cálculo de cabeça é um modo de seguir regras publicamente aprendidas, produto de treinamento, e não de experiências privadas. O fato de uma operação matemática ser realizada com ou sem auxílio do papel, de forma mais ou menos rápida, em nada altera a sua natureza, pois fazer “cálculo de cabeça” é uma habilidade que pode ser desenvolvida, assim como dirigir um automóvel, manusear uma arma ou digitar um texto no computador.

O problema de supor que a representação corresponde a um estado de coisas na cabeça do autor é que a existência de critérios externos de correção seria desnecessária. É como se admitisse que duas pessoas pudessem jogar uma partida de xadrez sem conhecer as suas regras. Mas a linguagem não é o mero veículo que transporta uma informação da mente ao mundo externo: a linguagem é tudo, nada está fora dela, não há nada *oculto* por trás da palavra²⁵.

A pergunta a ser feita, portanto, não é “o que o autor representou” ao tempo da ação. Para “representar” é preciso saber ou conhecer algo, pois a gramática da palavra “saber” é estreitamente parecida com a das palavras “poder” (ser capaz de) e “compreender” (dominar uma técnica)²⁶.

2.4. CONHECIMENTO DO PERIGO E DOMÍNIO DA TÉCNICA

O conhecimento do perigo não é um estado mental a ser desvelado pelo juiz para justificar a imputação de dolo ou culpa.

Essa confusão gramatical quanto ao uso da palavra “conhecimento” se explica pelo fato de que, em um primeiro momento, a representação de algo por alguém parece estar remetida a uma experiência interna de quem vê. Quando aprendemos o nome das cores em português e nos deparamos com um objeto de idêntica tonalidade, é como se, repentinamente, como que por um “pensamento-relâmpago”, fôssemos competentes para imediatamente evocar a “imagem mental” armazenada no nosso “quarto visual”, sem a necessidade de aplicar qualquer critério externo (público). A paleta de cores, que nos é ensinada desde tenra infância, em

²⁰WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 227.

²¹WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 205.

²²WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 27.

²³WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 279-281.

²⁴HEBECHE, L. “O conceito de imaginação em Wittgenstein”, *Nat. hum. [online]*, v. 5, n. 2, 2003, p. 402.

²⁵WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 311.

²⁶WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 151.

casa e na escola, por meio de sucessivos treinamentos (“isto é verde ou vermelho?”), acaba sendo esquecida²⁷.

Se cada pessoa tivesse sua definição individual (critério privado) do que é *verde* ou *vermelho*, ou o que é *mais* ou *menos perigoso*, não saberíamos ao certo que instruções seguir quando nos dissessem para escolher, de uma amostra, o objeto “mais ou menos avermelhado”, pois toda escolha só *faz sentido* no interior de um sistema de regras ou padrões de comportamento socialmente compartilhados (o que Wittgenstein chama de “gramática”²⁸).

Assim como nossa forma de ver as cores não é independente das regras que aprendemos para aplicá-las corretamente em cada contexto (“jogos de linguagem”²⁹), também o conceito de “dolo” ou “culpa” têm uma relação interna (gramatical ou intersubjetiva) com as habilidades que uma pessoa domina³⁰. Quando sigo a regra “cegamente”, isto é, sem precisar fazer nenhuma meditação ou reflexão, é porque já domino a técnica (habilidade) que me permite identificar com facilidade quando e como usar uma palavra ou praticar uma ação corretamente.³¹

Se uma pessoa toca um instrumento musical e acha que está tocando a nota “dó”, mas em vez disso ela toca “sol”, quem domina a técnica saberá distinguir imediatamente os sons sem precisar que ninguém lhe diga, o que evidencia que o comportamento de uma pessoa pode revelar o seu nível de compreensão acerca daquilo que diz e faz. Compreender uma linguagem significa, pois, “dominar uma técnica”³².

E se perguntássemos a alguém: “em que medida as palavras constituem uma descrição daquilo que você vê?”³³, a resposta certamente dependeria do domínio linguístico do interlocutor, isto é, da sua capacidade de convencimento (argumentação) e de explicar com maior detalhamento. Um artista plástico, por exemplo, tem a habilidade de indicar graduações de cores (azul-royal, azul-celeste, azul-cobalto, azul-marinho, etc.) com mais nitidez em comparação a outra pessoa que desconhece essa constelação de cores.

Ao substituir as palavras por outras a fim de transmitir ao público um sentido mais próximo daquilo que eu realmente queria ter dito desde o começo do diálogo, não preciso abrir a porta secreta do meu “quarto de imagens mentais” e deixar sair para fora tudo o que estava recluso. O que o sujeito encontrou foi “uma nova forma de falar, uma nova comparação e, poder-se-ia até dizer, uma nova experiência”³⁴.

Para mostrar o domínio dessa habilidade linguística, Wittgenstein recorre a *exemplos* nos quais a palavra já foi empregada corretamente. Se consigo dar exemplos de uma ação intensamente perigosa com uso de arma de fogo, como disparar a uma distância média de 3 a 5 metros da vítima, é porque compreendo os usos da palavra “perigo” por meio de comparações³⁵ entre suas semelhanças e dissemelhanças com outras palavras da mesma família³⁶. Não preciso descobrir o que o sujeito imaginou, ou contar com a sua sincera confissão, para imputar dolo ou

²⁷“O que acontece quando uma pessoa compreende subitamente?” – A questão está mal colocada. Se ela pergunta sobre o significado da expressão “compreender subitamente”, a resposta não é apontar para o que chamamos de processo. – A pergunta poderia significar: quais são os indícios de que alguém compreende subitamente; quais são as manifestações psíquicas concomitantes características do compreender subitamente?”. In: WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 257.

²⁸WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 113.

²⁹“O conjunto da linguagem e das atividades com as quais está interligada” (tradução livre). In: WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 25.

³⁰WITTGENSTEIN, L. *Anotações sobre as cores*, Edições 70, Coimbra, 2018, p. 7.

³¹WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 211.

³²WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 201.

³³WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 335.

³⁴WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 293.

³⁵“Esquecemos, porém, que aquilo que nos deve interessar é a questão: como comparamos estas vivências; o que estabelecemos como critério de identidade dos acontecimentos?”. In: WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 257.

³⁶WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 93.

culpa à conduta. Se há provas de que o autor sabe dar exemplos do emprego correto da palavra "perigo", é porque *aprendeu* e *domina as técnicas* linguísticas necessárias para compreender a gravidade da ação.

A gramática da compreensão envolve, portanto, a aprendizagem de habilidades que permitam identificar quando uma regra é aplicada corretamente ou não. E é com base nesses conhecimentos que o juiz pode aferir o elemento cognitivo do dolo, e não na inidônea tentativa de fazer corresponder o que se passa na mente do réu com aquilo que se encontra na mente do juiz por meio de uma "intuição", de um "estalo", de um "lampejo" repentino ou de um "insight" no momento do *veredicto*³⁷.

Greco, quando fixa o conceito de *domínio* do curso causal para definir o dolo, aparentemente se aproxima da concepção de *domínio da técnica* de Wittgenstein, porque só podemos afirmar que uma pessoa detinha o controle daquilo que fez e que conhecia os efeitos colaterais do seu fazer, se oferecermos *razões* ou *justificativas* que mostrem que o autor *aprendeu* as habilidades necessárias para aplicar a regra corretamente. Isto é: que ele conhecia as regras do jogo e por isso era capaz de prever o movimento das peças no tabuleiro.

Essa ligeira aproximação com a filosofia da linguagem esbarra, no entanto, no dilema da "caixa de escaravelhos": como justificar a imputação do dolo tendo por referência aquilo que o autor pensou ou imaginou internamente? Fenômenos fisiológicos apenas podem ser descritos, e não justificados. Razões não são causas.

2.5. RAZÕES E CAUSAS DA AÇÃO

Explicar algo por meio de suas *causas* é diferente de fazê-lo por suas *razões*. "A pergunta acerca de como posso seguir uma regra", pontua Vives Antón, "não é uma pergunta pelas causas, mas pelas razões que guiam minha conduta"³⁸.

Para justificar por que o dolo merece uma sanção mais gravosa, Greco utiliza a palavra "razões", mas a emprega com o sentido de descrição de "causas". Isso porque a legitimidade do *veredicto* residiria nas provas de que o autor representou mentalmente a alta probabilidade do perigo no momento da ação e, por conseguinte, dominava o curso causal. E como ele reconhece que apenas o autor tem acesso privilegiado ao conteúdo da sua consciência, incumbiria ao juiz a tarefa de buscar a exata correspondência entre as circunstâncias objetivas da ação e a mente do sujeito³⁹.

Como lastrear a imputação do dolo em um dado empírico a que o juiz não tem acesso e sobre o qual apenas pode fazer conjecturas? E ainda que hipoteticamente fosse possível descrever corretamente o que passa na cabeça do autor, o uso dessa informação implicaria operar com um direito penal do autor, em que os fatos importam menos, ou não importam nada, já que tudo gira ao redor do "mundo interno" do sujeito (o que ele pensou, imaginou ou representou). Para se aproximar o mais possível da descrição das causas da ação, o juiz precisaria analisar traços de personalidade do autor a partir do seu *modo de condução da vida*⁴⁰ (se ele costuma se importar e respeitar os interesses das outras pessoas ou se, pelo

³⁷HEBECHE, L. *A filosofia sub specie grammaticae: curso sobre Wittgenstein*, UFSC, Florianópolis, 2016, p. 152.

³⁸VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema (...)*, Ob. Cit., p. 331.

³⁹GRECO, L. "Dolo sem vontade (...)", Ob. Cit., p. 893.

⁴⁰Sobre a estruturação ideológica do direito penal no regime nacional-socialista, Kai Ambos explica que: "O direito penal teria a missão especial de educar legalmente o compatriota do povo e expiar os crimes de acordo com a culpabilidade de seus autores, a fim de salvaguardar o direito e a justiça. A culpabilidade em si não deveria ser medida apenas de acordo com o fato (Direito penal do fato), mas também de acordo com a essência e a personalidade do autor (Direito penal de autor), mais precisamente com a culpabilidade pela condução e decisões de vida". In: AMBOS, K. *Direito Penal Nacional-Socialista: continuação e radicalização*, Tirant Lo Blanch, São Paulo, 2020, p. 90.

contrário, normalmente manifesta atitudes egoístas).⁴¹ “E no fim das razões”, alerta Wittgenstein, “vem a *persuasão*”⁴². Ou seja: o árbitro judicial (ou o “decido conforme minha consciência”).

O modo como conhecemos e valoramos as *razões* de alguém para atuar de uma maneira ou outra é totalmente distinto do modo como conhecemos as *causas* de um acontecimento. Apenas as razões podem ser boas ou más, defensáveis ou indefensáveis, justas ou injustas.⁴³ Estados mentais podem até ser a causa de outro evento naturalístico, de um acontecimento no qual a liberdade não desempenha nenhum papel, mas não podem ser o *motivo* para atuar e punir alguém por uma ação, seja a título de dolo ou culpa.

Para fugir dessa confusão gramatical que gera tantos “mal-entendidos”, precisamos abdicar de um “modo de falar”⁴⁴ metafísico referido a causas de processos anímicos. Não há limites exatos e fixos a serem descobertos: a linguagem é vaga, imprecisa, e só pode ser preenchida no contexto em que a ação foi executada. Fora de um jogo de linguagem específico, a compreensão é turva e confusa.⁴⁵ E se uma descrição é sempre aproximada e inexata, a pretensão de desvelar a verdade oculta na mente do autor é, em si mesma, uma impossibilidade linguística induzida por uma analogia enganadora: “a de que *descrever* é estar mais próximo de como as coisas realmente *são*”⁴⁶.

A *razão* é, pois, uma necessidade de justificação da *prática*. Quando uma pessoa faz uma escolha ou emite uma opinião, opta por determinadas razões e despreza outras e, ao fazer isso, exercita um ato de liberdade, de protagonismo. E assim como *razões* não se confundem com *causas*, o domínio da técnica não pode ser reduzido ao mero controle do curso causal pelo autor. Ao conceber a conduta como produto de mecanismos causais, sejam externos (fenômenos da natureza) ou internos (fenômenos da mente), a *liberdade de ação* se desmancha no ar — e, com ela, a responsabilidade penal subjetiva⁴⁷.

2.6. DOMÍNIO E VOLUNTARIEDADE

Sem o filtro da filosofia da linguagem, a palavra “domínio” é usada por Greco com o mesmo sentido da palavra “voluntariedade”. Se basta olhar para as circunstâncias objetivas para descortinar aquilo que o autor representou no seu teatro mental, então a ideia de *domínio* das eventuais consequências como justificativa para a imputação do dolo equivale à mera ausência de *causas* externas que, de algum modo, anulem ou diminuam a liberdade de ação do autor e a sua capacidade de controlar o curso dos acontecimentos⁴⁸.

Vives Antón salienta que a liberdade é a conexão necessária entre ação e norma, é a chave que “abre as portas do mundo”⁴⁹. E como se justifica essa premissa? Oferecendo duas classes de argumentos a favor da ideia de liberdade de ação: um, de viés conceitual (kantiano), e outro, de caráter linguístico (wittgensteiniano)⁵⁰.

⁴¹RAGUÉS I VALLÈS, R. “Dolo sem conhecimento? Reflexões sobre a condenação de Lionel Messi por sonegação fiscal”, *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, 2022, p. 277.

⁴²WITTGENSTEIN, L. *Da Certeza*, Edições 70, Lisboa, 2012, p. 173.

⁴³VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 339.

⁴⁴“Não pense, pelo menos uma vez, na compreensão como ‘processo anímico!’ – Pois este é o modo de falar que o confunde”. In: WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 155.

⁴⁵WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 113.

⁴⁶WITTGENSTEIN, L. *The Big Typescript* (...), Ob. Cit., p. 302.

⁴⁷VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 178.

⁴⁸VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 246.

⁴⁹VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 328.

⁵⁰VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 327.

O argumento kantiano se desdobra em três etapas⁵¹:

i) *Só há ação, se houver liberdade*, porque a liberdade é o pressuposto para definir um fenômeno como obra de um comportamento humano, e não de um mero fato que ocorreu na natureza.

ii) *Se há razões, então há liberdade*, pois o que determina a preferência de um comportamento em detrimento de outro são os argumentos que o justificam, isto é, a nossa capacidade de se orientar por intermédio de razões, e não por impulsos físicos ou intuições psíquicas que ocorrem misteriosamente em nosso cérebro.

iii) A indemonstrabilidade *teórica* da liberdade é irrelevante, pois na *prática* cotidiana as pessoas atuam como se fossem realmente livres e pressupõem que as outras ajam do mesmo modo.

Em seguida, apresenta-se o argumento wittgensteiniano: "o livre arbítrio radica *precisamente* na impossibilidade de conhecer agora os fatos futuros"⁵². Enquanto uma ação pode estar ou não em conformidade com a norma, porque o comportamento de uma pessoa sempre depende de um ato de escolha, um fato da natureza pode apenas ser descrito como verdadeiro ou falso. Se não houvesse liberdade, não haveria ação e as normas nada poderiam disciplinar, pois as pessoas não seriam protagonistas, mas apenas objetos de um acontecimento. Seria inútil estabelecer normas para proibir o que acontecerá inevitavelmente ou o que não ocorrerá de jeito nenhum, pois aí não haveria espaço para a liberdade.

A liberdade, contudo, não é algo que possuímos, é uma prática compartilhada no interior de uma forma de vida ou quadro de mundo, o que se vê na maneira como construímos enunciados em nosso idioma ("ele matou", "ele sonegou tributos", "ele violou a norma de cuidado"). Seria absurdo dizer que uma pessoa anda *voluntariamente*. Afinal, no que consistiria um "andar involuntário"⁵³?

Por isso, quando Greco fala em "domínio" do curso causal do fazer como requisito do dolo, está se referindo à voluntariedade da conduta, a qual é um pressuposto de existência da própria ação. Se não há espaço para eleger uma conduta diversa, nem sequer é possível afirmar a existência de um tipo de ação relevante ao Direito Penal.

2.7. DOMÍNIO DA TÉCNICA E "MÉTODO DE AGIR"

O *domínio da técnica* não pode nem deve se voltar para dentro (a consciência), mas para fora (a linguagem). O autor externaliza suas habilidades ou conhecimentos pela maneira como executa a ação, pois se afirma de uma coisa aquilo que se encontra no seu "modo de apresentação"⁵⁴. Isso nos aproximaria, em princípio, da ideia de "método de agir" de Puppe como critério para a atribuição do elemento cognitivo do dolo — a qual é rejeitada por Greco devido ao desapareço ao conteúdo psicológico do conhecimento do perigo⁵⁵.

Puppe adota o critério da generalização para aferir, no âmbito do tipo, apenas a capacidade genérica exigível do autor em face da atuação. Ela justifica a imputação do dolo quando o modo como o agente atuou expressar, desde o ponto de vista de um "homem racional", um "perigo grande" que somente uma pessoa que aprovasse o resultado admitiria correr⁵⁶. Os "obstáculos psíquicos" do autor, por serem dados internos que não se manifestam no fato, estão inacessíveis à investigação probatória, razão pela qual somente interessaria ao direito a interpretação do comportamento exterior⁵⁷.

⁵¹KANT, I. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, El Ateneo, Buenos Aires, 1951, pp. 526-527.

⁵²WITTGENSTEIN, L. *Diario Filosófico (1914 - 1916)*, Editorial Ariel, Barcelona, 1982, p. 77.

⁵³VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema (...)*, Ob. Cit., p. 247.

⁵⁴WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas (...)* Ob. Cit., p. 104.

⁵⁵GRECO, L. "Dolo sem vontade (...)", Ob. Cit., p. 888.

⁵⁶PUPPE, I. *A distinção (...)*, Ob. Cit., p. 80.

⁵⁷PUPPE, I. *A distinção (...)*, Ob. Cit., p. 60.

Assim, jogar uma garrafa de gasolina com o pavio aceso (“coquetel molotov”) em um quarto, dar golpes com um objeto pesado contra a cabeça da vítima ou lançar uma pessoa que não sabe nadar em águas profundas autorizaria a atribuição de um “perigo qualificado” (doloso) de homicídio⁵⁸.

A proposta de Puppe, embora pareça bastante convincente, apresenta dois erros categoriais: (i) a “cegueira para o aspecto”; (ii) a insuficiência do domínio da técnica como justificativa para a imputação do dolo; e (iii) a incongruência de uma “intenção objetivada”.

A “cegueira para o aspecto” é uma expressão utilizada por Wittgenstein para definir a desconsideração das nuances ou particularidades do contexto da ação e equivale à falta do “ouvido musical” ou do “olho de pintor”, o que se explica pela carência de domínio técnico ou falta de habilidade para lidar com a sutileza das palavras e perceber seus mais variados usos⁵⁹.

Quando Puppe defende uma “vontade objetivada” cujo critério de imputação é a criação de um perigo que, na experiência comum, é normalmente compreendido como uma estratégia idônea para ofender o bem jurídico, faz uma graduação do perigo (grande/doloso ou pequeno/culposos) em abstrato, de forma genérica, na perspectiva de um observador imaginário.

Jakobs incorre em semelhante equívoco, pois quando fala do “sentido social” da ação, ressalva que as circunstâncias de uso de uma palavra podem ser tão diversas que não se poderia chegar a um “consenso” definitivo sobre qual contexto é o determinante para a sua compreensão. Como um sentido que emerge apenas do contexto não seria o sentido de uma “lei escrita”, o princípio da legalidade, diz, restaria flagrantemente violado⁶⁰. Não se apela, pois, para o “sentido social” da ação, como indica Greco⁶¹, mas a um “sentido da regulação” (aquilo que o legislador pretendeu proibir na sua “literalidade”) que presume um “contexto zero” na definição do que é uma ação perigosa⁶².

O enunciado do texto e a experiência comum, de fato, devem ser o ponto de partida da interpretação, mas não o seu ponto de chegada. O critério de correção é o próprio contexto no qual as palavras são empregadas.⁶³ A intensidade do perigo só pode ser corretamente compreendida olhando-se para as especificidades do jogo de linguagem, uma vez que o sentido reside no uso e é sempre construído intersubjetivamente⁶⁴. Por isso, a concepção significativa aplica o critério da individualização e leva em conta os conhecimentos especiais do autor, isto é, suas competências teóricas e práticas, e não as propriedades ideais de um “homem médio”.

Considerando que o conhecimento resulta de experiências acumuladas no interior de uma *forma de vida* da qual o autor participa, e não de experiências privadas ou solipsistas, então quanto mais uma pessoa dominar determinada técnica (dirigir ou manusear uma arma de fogo, por exemplo), maior será a intensidade do

⁵⁸PUPPE, I. *A distinção (...)*, Ob. Cit., pp. 84-85.

⁵⁹HEBECHE, L. *O mundo da consciência: ensaio a partir da filosofia da psicologia de L. Wittgenstein*, EDIPUCRS, Porto Alegre, 2002, pp. 108-109.

⁶⁰JAKOBS, G. *Derecho Penal: (...)*, Ob. Cit., p. 103.

⁶¹GRECO, L. “Dolo sem vontade (...)”, Ob. Cit., p. 890.

⁶²VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema (...)*, Ob. Cit., p. 114.

⁶³Mas o sentido é determinado pela especificação do contexto de uso dos termos da lei, que compreende as práticas a que se refere e as exigências constitucionais que nelas se projetam: o ‘formal’ e o ‘material’ são apresentados, assim, como uma unidade indissolúvel, sem a qual nenhuma interpretação seria possível ou, dito de outro modo, sem a qual qualquer interpretação resultaria correta”, (tradução livre). In: VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema (...)*, Ob. Cit., p. 608.

⁶⁴Mas o sentido é determinado pela especificação do contexto de uso dos termos da lei, que compreende as práticas a que se refere e as exigências constitucionais que nelas se projetam: o ‘formal’ e o ‘material’ são apresentados, assim, como uma unidade indissolúvel, sem a qual nenhuma interpretação seria possível ou, dito de outro modo, sem a qual qualquer interpretação resultaria correta”, (tradução livre). In: VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema (...)*, Ob. Cit., p. 608.

perigo que ela poderá assumir (maior velocidade na pista ou maior distância do disparo, por exemplo)⁶⁵.

Embora o domínio da técnica seja um elemento importante e necessário para aferir os conhecimentos do autor, a cognição do perigo não é uma razão suficiente para a imputação do dolo. Vives Antón, a propósito, oferece o seguinte exemplo: o médico que, tentando chegar com urgência ao local onde se encontra um paciente gravemente ferido e que não sobreviveria sem pronto atendimento, dirige na contramão em parte do trajeto para desviar de um longo congestionamento e colide acidentalmente com outro veículo, causando a morte de seus passageiros, domina a técnica (dirigir) e, portanto, conhecia a alta probabilidade do perigo⁶⁶.

Uma pessoa racional, apelando para a experiência comum, concluiria que o médico criou um “perigo grande” ao bem jurídico, pois quanto “mais evidente” e “menos controlável” for o perigo reconhecido pelo autor, mais grave será o desprezo à integridade alheia⁶⁷. Firme nessas premissas, Puppe imputaria dolo pela idoneidade do método escolhido para a realização do tipo (andar na contramão em uma via movimentada), ainda que essa não fosse a “verdadeira atitude do autor”. O raciocínio de Greco, embora de conteúdo psicológico, igualmente levaria à imputação do dolo, porque entende que o desvelamento da representação mental do autor acerca do perigo é uma questão de probabilidade, e, no caso narrado, as chances de o médico ofender a vida ou a integridade física de outras pessoas circulando na contramão, em horário de pico, era hiperbolicamente superior às chances de tudo se sair bem.

Para a concepção significativa, precisamos examinar também a intencionalidade inscrita na ação. Não basta a mera probabilidade do perigo, pois é possível atribuir dolo em casos em que a probabilidade é muito baixa (por exemplo, tiro à longa distância), e negá-lo em outros em que é consideravelmente mais alto (por exemplo, alguém que conduz a mais de 100 km por hora num trajeto urbano), a depender do que compreendemos por “intenção”.

3. O ELEMENTO VOLITIVO DO DOLO

3.1. O CASO DA “BARRACA DE TIRO AO ALVO”

No caso das “barracas de tiro ao alvo”, examinado por Puppe⁶⁸ e revisitado por Greco⁶⁹, dois homens apostam entre si todo o patrimônio que possuem e o desafio aceito é disparar em uma bola de vidro que uma menina segurava em suas mãos com uma arma de pressão, sem machucá-la, mas um deles erra o alvo e ofende a integridade física da vítima. Uma pessoa racional normalmente não aceitaria correr um perigo dessa magnitude, pois sopesaria a idoneidade entre o método escolhido para agir e o possível risco de dano para si (perder todas as economias) e para a vítima (lesão corporal), razão pela qual Puppe reconhece a criação de um perigo doloso. As circunstâncias objetivas também evidenciam a alta probabilidade de realização do perigo ao bem jurídico, pois a menina segurava uma pequena bola de vidro na mão e o autor utilizou uma arma de baixa precisão para o disparo, o que para Greco confirmaria que o atirador tinha o domínio sobre o curso dos acontecimentos e representou mentalmente o resultado, estando justificada a imputação do dolo — ainda que, internamente, não fosse essa a vontade do autor. O elemento volitivo do dolo é, definitivamente, um dado totalmente dispensável para a compreensão do sentido daquilo que as pessoas fazem?

⁶⁵CABRAL, R. *Dolo y Lenguaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 241.

⁶⁶VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 255.

⁶⁷PUPPE, I. *A distinção* (...), Ob. Cit., p. 81-83.

⁶⁸PUPPE, I. “Homicídio doloso mediante corridas ilegais? Comentários sobre o ‘Racha em Berlim’”, *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, 2021, pp. 295-306.

⁶⁹GRECO, L. “Dolo sem vontade (...)”, Ob. Cit., p. 887.

Vejamus como funciona um jogo. Uma pessoa só é capaz de identificar uma partida de futebol se, antes, houver aprendido como se joga, isto é, quais as suas regras. Qual a reação do torcedor que vê o jogador do seu time favorito de futebol marcar um gol contra a própria equipe? Se conhecer as regras desse jogo, avaliar o contexto da ação e sopesar o nível de preparação ou domínio técnico do atleta, o torcedor poderá chegar à conclusão de que o chute não foi intencional, e sim um erro de cálculo.

Para tanto, não será necessário adivinhar o que se passou na cabeça do jogador no exato instante em que chutou a bola. O que fazemos é interpretar os indicadores externos da ação de acordo com as regras que aprendemos e então debater com outras pessoas se há ou não *razões* para duvidar que o comportamento do jogador transmitiu o sentido socialmente compartilhado de que ele *quis* favorecer a equipe adversária. Desse processo comunicativo (intersubjetivo), resulta a atribuição de sentido (se a ação foi intencional ou não). Os jogadores tampouco precisam definir o que é um "jogo" e, só depois, começar a jogar, assim como não precisamos definir o que é "dolo" para atribuir esse predicado a um concreto tipo de ação. O que os jogadores precisam conhecer são as regras do jogo — como ele funciona, quais lances se pode ou não fazer e os critérios para determinar que uma ação foi realizada conforme as regras⁷⁰.

Se o direito penal é linguagem, uma forma de argumentar, o uso das palavras impacta decisivamente o que as outras pessoas compreenderão acerca do que se fala e do sentido que se faz. Fora da linguagem, caímos em alguns mitos e fantasmas.

3.2. O "FANTASMA NA MÁQUINA" E O MITO DAS VOLIÇÕES

A ideia de que a intenção é um estado da consciência repousa sobre a concepção cartesiana de dualismo mente-corpo, que entende o homem como um "fantasma" dentro de uma máquina e define a linguagem como a projeção de uma "alma" que controla o corpo. Para Descartes, as percepções sensíveis captadas por nossos olhos podem nos levar ao erro, mas as percepções extraídas de nossa "alma" são infalíveis⁷¹.

Gilbert Ryle, influenciado pelas teses de Wittgenstein, oferece algumas razões para desmistificar a percepção de que a "vontade" é uma energia espiritual que controla os movimentos do corpo (o dogma do "fantasma na máquina")^{72 73}:

(i) as vontades não podem ser descritas, porque não admitem predicados que possam delimitá-las, seja no tempo (quando quis?) ou no espaço (onde quis?), seja quantitativa (quis muito ou pouco?) ou qualitativamente (quis isso ou aquilo?)⁷⁴;

(ii) admitir atos volitivos internos é inútil diante da inacessibilidade da mente por terceiros, pois se a mente é um "teatro privado", então a valoração sobre o "querer" não passaria de mera conjectura ou adivinhação⁷⁵;

(iii) se as conexões entre volições e movimentos corporais são misteriosas, então quem puxa o gatilho de uma arma de fogo não poderia saber se o ato de apertar o gatilho foi, realmente, efeito de sua vontade ou causado por outro evento fisiológico⁷⁶;

(iv) se não posso reprimir meu desejo de apertar o gatilho, então seria absurdo dizer que o apertei voluntariamente; mas se, ao contrário, meu desejo de

⁷⁰WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 203.

⁷¹GARCÍA SUÁREZ, A. *La lógica de la (...)*, Ob. Cit., p. 27.

⁷²RYLE, G. *El concepto de lo (...)*, Ob. Cit., p. 63.

⁷³RYLE, G. *El concepto de lo (...)*, Ob. Cit., p. 25.

⁷⁴RYLE, G. *El concepto de lo (...)*, Ob. Cit., p. 62.

⁷⁵RYLE, G. *El concepto de lo (...)*, Ob. Cit., p. 63.

⁷⁶RYLE, G. *El concepto de lo (...)*, Ob. Cit., p. 64.

apertar o gatilho é um ato voluntário, então deve se originar de uma volição prévia, que por sua vez há de derivar de outra, regredindo-se ao infinito⁷⁷.

(v) se a mente é uma entidade completamente distinta e independente do corpo, como poderia causar movimentos fora de si mesma⁷⁸?

Assim, como a vontade não pode ser compreendida como uma *linguagem privada* que independe da prática social, então uma dogmática penal que se ampara na filosofia da consciência incorre em uma grave dissociação entre teoria e prática, porque define conceitos metafísicos sem aplicabilidade ao jogo processual. Afinal, como provar, de forma categórica, o real estado psíquico do sujeito no exato momento da realização do tipo objetivo? Note-se o extremo desse horizonte egocêntrico: se, em um Direito Penal Democrático, a existência da dúvida razoável sempre deve ser interpretada em favor do réu, então a absolvição seria a única saída em todo e qualquer caso em que essa dúvida não fosse cabalmente sanada. E só quem poderia saná-la de forma plena, por meio da introspecção, seria o próprio sujeito.

Greco percebe essa dificuldade probatória, na medida em que a confissão se tornaria o único meio fidedigno para a imputação do dolo, e por isso defende um dolo sem vontade⁷⁹. Ryle nos alerta, todavia, que a questão não se resolveria mesmo que o sujeito confessasse que deliberou psicicamente uma vontade de matar antes de fazer com a sua mão o que fez, porque subsistiria outra dúvida insolúvel: o conteúdo da confissão no dia da audiência corresponde, empiricamente, ao estado de consciência do autor na data do fato? A "autoridade da primeira pessoa" continuaria em xeque.

A solução definitiva seria abandonar o elemento volitivo do dolo e compreendê-lo apenas como conhecimento do perigo? A pergunta, talvez, esteja mal formulada. Se o Direito Penal é o maior limite que uma democracia pode impor às liberdades individuais, então a redução de elementos do conceito dogmático de delito deve ser vista com bastante cautela, porque pode significar o aumento injustificado do poder punitivo. Não seria o caso de abandonarmos, isso sim, o uso da palavra "intenção" em sentido psicológico, e admitirmos o seu uso em sentido normativo?

3.3. DESFAZENDO CONFUSÕES GRAMATICAIIS: DESEJO, FINALIDADE E INTENÇÃO

3.3.1. DESEJO

O "desejo" é uma preferência, uma aspiração, um estado de ânimo, sem a concreta tendência à satisfação no mundo dos fatos. O sujeito apenas "quer" no seu foro íntimo, mas nada faz externamente para realizar essa pretensão, não põe o seu plano em prática. Ainda que o desejo de uma pessoa seja absurdamente irrealizável, ela poderá continuar a desejá-lo internamente. É o que ocorre, por exemplo, em um amor platônico: por mais que eu saiba que uma intensa paixão nutrida por uma atriz famosa de Hollywood nunca será correspondida, posso continuar a desejá-la até o fim de minha vida. Ou o desejo de matar alguém que já está morto (um crime impossível).

Mesmo que o objeto do desejo seja faticamente realizável, esse estado de consciência continua sendo irrelevante para o direito penal: se um indivíduo quer matar alguém, mas nada faz para colocar em prática essa aspiração, não se ultrapassou a fase da cogitação. Isso não significa que o desejo deixou de existir — ele pode continuar latente e manifestar-se ou não em algum momento futuro. Até que isso aconteça, será apenas uma ideia ou uma vontade em sentido psicológico.⁸⁰

⁷⁷RYLE, G. *El concepto de lo (...)*, Ob. Cit., p. 65.

⁷⁸RYLE, G. *El concepto de lo (...)*, Ob. Cit., p. 24.

⁷⁹GRECO, L. "Dolo sem vontade (...)", Ob. Cit., p. 897.

⁸⁰VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema (...)*, Ob. Cit., p. 240.

Assim, perde qualquer relevância a tradicional distinção entre dolo direto de primeiro e de segundo grau: tanto no disparo de uma arma de fogo contra a cabeça da vítima quanto na explosão de uma bomba em um avião que causa a morte de todos os passageiros, o que importa para se atribuir o sentido de compromisso com a produção do resultado não é que essas mortes tenham sido desejadas ou lamentadas internamente pelo autor, porque o sentido das palavras não é determinado pela vontade arbitrária de quem as pronuncia⁸¹.

3.3.2. FINALIDADE (OU PROPÓSITO)

A “finalidade” significa dirigir a ação para realizar uma meta, um plano ou um propósito. É o fim último visado pelo autor⁸². Diferentemente do desejo, que por si só não produz efeito algum nas interações sociais, o propósito, se for materializado em uma ação, terá consequências reais. Por exemplo: disparar uma arma de fogo na cabeça da única testemunha de um crime anteriormente praticado pelo autor, com o fim de assegurar a sua impunidade.

Não é, contudo, um requisito essencial ou uma estrutura lógico-objetiva de todo e qualquer tipo de ação penalmente relevante, como pensava Welzel⁸³, porque não são apenas os seres humanos que têm a capacidade de dirigir o seu comportamento para a satisfação de uma necessidade. Um cão que busca um osso guiado por seu olfato e o ser humano que utiliza um equipamento para procurar ouro em uma mina agem, ambos, com um propósito ou finalidade específicos⁸⁴. Poderíamos concordar que uma pessoa só pode prometer se tiver a finalidade de fazê-lo. No entanto, quem dirá que alguém não pode ofender sem ter a finalidade de ofender? Que uma pessoa não pode decepcionar sem a finalidade de decepcionar⁸⁵?

A finalidade somente é exigida quando o tipo objetivo veicular elementos subjetivos especiais, que ora desempenham a função de elementar (sequestro ou cárcere privado, por exemplo)⁸⁶, ora de circunstâncias moduladoras da pena (falso testemunho ou falsa perícia, por exemplo)⁸⁷. Em outros tipos de ação, porém, a

⁸¹Mas é no campo da determinação do conceito de ‘intenção’, que no Direito penal pode ser entendido como dolo, que a teoria da ação significativa proposta por Tomás Vives se torna mais relevante para, por exemplo, construir um conceito unitário de dolo, que supera as difíceis diferenciações entre dolo direta e dolo eventual, substituindo os elementos naturalistas de natureza psicológica, cognitiva e volitiva, que tradicionalmente compõem o conceito de intenção, pela ideia de ‘compromisso com o resultado’, cuja determinação é feita com base em critérios objetivos, como competência ou domínio de uma técnica”. In: MUNÓZ CONDE, F. “Prólogo”, em VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema Penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 32.

⁸²VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 243.

⁸³A “finalidade”, previamente inscrita na natureza humana como um dado ontológico e invariavelmente presente em toda e qualquer ação, dirigiria todo processo causal e funcionaria como controle e limite à atividade criativa do legislador, que não poderia jamais ignorá-la, sob pena de a norma proibitiva nascer ineficaz e antinatural, uma mera folha de papel sem qualquer legitimidade. In: WELZEL, H. *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1962, p. 113.

⁸⁴FLETCHER, G. *Aproximación intersubjetiva al concepto de acción*, Conferência proferida na Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España, 1998, p. 02.

⁸⁵“Alguém não pode prometer se não tem a intenção de prometer, mas é possível que alguém possa ofender sem ter a finalidade de ofender. Você pode ter a intenção de mentir para mentir, mas não precisa ter a intenção de enganar para enganar” (tradução livre). In: VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 231.

⁸⁶CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. “Art. 159 - Sequestrar pessoa *com o fim de obter*, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate”. (destacamos)

⁸⁷CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. “Art. 342. § 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido *com o fim de obter* prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta”. (destacamos)

finalidade é conceitualmente irrelevante e não pode ser confundida com a intenção: o médico que deixa de informar uma doença de notificação compulsória à autoridade sanitária, seja com o fim de favorecer um amigo ou com o propósito de fraudar as estatísticas, terá realizado o tipo objetivo independentemente da satisfação dessa finalidade⁸⁸. Se o médico agiu com dolo ou culpa, é um questionamento que não diz respeito à categoria da finalidade, mas da intenção.

3.3.3. INTENÇÃO

Ao confidenciar um sentimento a um amigo ou familiar próximo, que nos conhece muito bem, já nos deparamos com comentários parecidos com este: “o que aconteceu contigo é que você estava com raiva e não percebeu o quanto tal pessoa quer o teu bem”⁸⁹. Como explicar que um terceiro conhece minhas intenções melhor do que eu mesmo? E que essa afirmação nos provoque toda uma revelação sobre algo que pensávamos estar misteriosamente escondido no fundo de nossa alma? Porque o interlocutor já conhece meus hábitos e as práticas sociais reiteradas das quais participo e, por isso, é capaz de atribuir um sentido que ele também compartilha e de algum modo já experimentou.

A intenção é uma “tendência inscrita na ação”⁹⁰. Um estudante só pode ter a intenção de construir uma frase em alemão se, antes, já tiver aprendido as regras de uso desse idioma. Não posso intencionar o que não consigo fazer. Quem deseja dizer, ou fazer algo, primeiro tem que prender a dominar uma linguagem⁹¹.

A primeira diferença entre intenção e desejo é que o primeiro desaparece (ou nem mesmo existe) se o pensamento não se converte em ação concreta. Se uma pessoa tem o “desejo” de matar um desafeto, mas isso não passa de uma especulação, isto é, se não materializa aquilo que quer em um comportamento que expresse o sentido do tipo de ação de matar (apontando a arma para a cabeça da vítima, por exemplo), não será possível atribuir a intenção de matar, embora o desejo de manter possa permanecer latente.

A segunda diferença é que uma pessoa pode ter a intenção de fazer algo sem que isso corresponda ao seu íntimo desejo. Por exemplo: se alguém vai dormir tardiamente, mas decide acordar bem cedo para ir ao trabalho, embora sem descansar o suficiente, é possível identificar a intenção de acordar cedo (executa-se ou põe-se em prática a decisão de despertar) dissociada do desejo de acordar cedo (considerando que o sujeito queria dormir bem mais, mas não transformou esse desejo em ação efetiva ou “intenção”).

A terceira diferença se observa na possibilidade de uma pessoa realizar o desejo de outra. O objeto do desejo pode ser *terceirizado*, mas não a intenção, pois quem atua já manifesta a sua intencionalidade no próprio atuar. Por exemplo: uma pessoa doente, cujo braço está imobilizado, pode desejar levantá-lo. Embora o próprio enfermo não consiga realizar essa vontade devido às suas limitações físicas (temporárias ou permanentes), uma enfermeira poderá fazê-lo⁹².

Uma quarta diferença: uma pessoa até pode desejar coisas impossíveis, o que não pode é ter a intenção de fazê-la, porque “ter intenção” é sinônimo de “possibilidade de realização”⁹³. Se uma pessoa diz a um doleiro que tem a “intenção” de remeter divisas para o exterior sem nada declarar às autoridades fazendárias, mas não tem dinheiro algum disponível, na verdade está expressando um “desejo”, porque a “intenção” pressupõe a viabilidade da ação, que, por sua vez, requer o

⁸⁸CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. “Art. 269 - Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória”.

⁸⁹RAMOS VÁZQUEZ, J. A. “Solipsismo e incongruência no debate sobre sentimentos e direito penal”, em PERUZZO JÚNIOR, L. & BUSATO, P. (org), *Direito penal e filosofia da linguagem: ação, intencionalidade e norma penal*, 1ª. ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022, p. 17.

⁹⁰VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema (...)*, Ob. Cit., p. 242.

⁹¹WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas (...)* Ob. Cit., p. 265.

⁹²VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema (...)*, Ob. Cit., p. 240.

⁹³VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema (...)*, Ob. Cit., p. 240.

domínio da técnica. Se essa mesma pessoa tivesse o dinheiro, mas não dominasse os conhecimentos ou habilidades necessárias para remeter os valores ao exterior, ou contratasse um falso doleiro igualmente inapto, também não seria correto falar em intenção, mas apenas em “desejo”, porque não é possível comprometer-se a fazer algo que não se sabe fazer.

Há ainda uma quinta distinção a ser realçada: o “desejo” é interno, enquanto a “intenção” é sempre externa. Essa intenção, contudo, não é objetivada, como sustenta Puppe, porque não partimos de um modelo de racionalidade estratégica, em que a comunicação se orienta exclusivamente para as consequências da ação na perspectiva de um observador racional alheio aos fatos e que não está aberto à negociação de consensos, posicionando-se o Estado em condição de superioridade em relação ao acusado.⁹⁴ Na concepção significativa, a intenção é sempre uma atribuição intersubjetiva, pois a legitimidade do poder punitivo está diretamente relacionada ao tratamento do autor como um sujeito de direitos a quem esteja assegurada a efetiva e concreta possibilidade de argumentar e influenciar dialeticamente a resolução do caso concreto por meio do oferecimento de justificativas ou razões que subsidiem a decisão judicial.

Esse é o ponto que merece ser enfatizado: vontade em sentido psicológico é sinônimo de desejo, de uma disposição de ânimo, e por isso não joga qualquer papel definitório ou argumentativo no Direito Penal de um Estado Democrático. Não faz sentido nenhum vincular a imputação subjetiva (intenção) à gramática do desejo (os efeitos colaterais necessários ou eventuais que internamente o autor não aspirava causar), pois se o “querer” não é uma espécie de desejo, então devemos olhar para o próprio “agir” nas especificidades da cena do jogo de linguagem.

3.4. VONTADE EM SENTIDO NORMATIVO: COMPROMISSO COM A PRODUÇÃO DO RESULTADO

Para a concepção significativa, o critério para a atribuição do dolo não se resume ao aspecto cognitivo (criação de um perigo idôneo à realização do tipo objetivo ou conhecimento subjetivo da alta probabilidade do perigo inferido das circunstâncias objetivas), porque a intenção está inscrita na situação, nos hábitos e práticas sociais⁹⁵. Desconsiderá-la implicaria fechar os olhos para a ação. E o que sobra? Fora de um jogo de linguagem, de um contexto específico, a palavra “dolo” pode ser “qualquer coisa” ou “nada”⁹⁶, a depender da *íntima convicção* de quem julga. Nossa liberdade correria, pois, um grande perigo⁹⁷.

O critério para a atribuição do dolo não é o “perigo” ou a mera “probabilidade” de sua ocorrência, mas a intenção de realizar uma ação cujo resultado é representado como certo de acordo com as técnicas que o sujeito dominava e as circunstâncias que conhecia. Essa avaliação não é subjetiva (mental), tampouco exclusivamente objetiva (independente do sujeito), mas intersubjetiva, porque só pode ser compreendida contextualmente⁹⁸.

A intenção é, pois, a atribuição do sentido de *compromisso* com a vulneração do bem jurídico a partir dos jogos de linguagem⁹⁹. *Crer* é um estado de alma, é ter esperança de que algo de ruim não acontecerá¹⁰⁰. *Saber* é ter a capacidade de

⁹⁴HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa. V. I: Racionalidad de la acción y racionalización social*, Taurus, Madrid, 1987, p. 235.

⁹⁵WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...), Ob. Cit., p. 265.

⁹⁶WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...), Ob. Cit., p. 23.

⁹⁷“A liberdade e a justiça, e não a verdade absoluta ou a ciência exata, devem ocupar o centro das preocupações de qualquer jurista digno desse nome”. (tradução livre). In: VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 1073.

⁹⁸CABRAL, R. *Dolo y Lenguaje* (...), Ob. Cit., p. 276.

⁹⁹VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 243.

¹⁰⁰WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 361.

fazer¹⁰¹. Para determinar se houve um compromisso concreto de atuar, entretanto, não basta dominar a técnica, tampouco dizer que não previu o resultado.

Para Wittgenstein, a questão é: "Que razões você pode me apresentar, posteriormente, para essa suposição?"¹⁰². Ou seja: *querer* é ter uma boa razão para duvidar do resultado, e não ter algo em mente, pois apenas as razões são socialmente compartilhadas, não as imagens mentais¹⁰³. Se não há razões para duvidar do resultado, então é legítima a imputação do dolo¹⁰⁴.

Em primeiro lugar, *a dúvida necessita de fundamentos*: relaciona-se às circunstâncias objetivas da ação e às habilidades dominadas pelo autor, não apenas a uma dúvida subjetiva do agente. Se todos os indicadores externos da ação depõem a favor da realização do perigo como manifesto ou evidente, e não há argumentos razoáveis contra isso, significa que o autor não tinha razões para duvidar do resultado.¹⁰⁵ Não há razões para duvidar, por exemplo, que sou um ser humano e tenho um cérebro, embora nunca o tenha visto, assim como o autor não terá razões para duvidar da lesão corporal ao atirar com uma arma de baixa precisão para atingir uma pequena bola de vidro na mão de uma pessoa.

Em segundo lugar, *a dúvida deve consistir em algo mais do que a mera formulação verbal da dúvida*: é preciso demonstrar, objetivamente, que o autor sabia do perigo (= tinha capacidade de conhecê-lo) e que não era possível um erro de cálculo nas circunstâncias do caso concreto¹⁰⁶. Quando não houver razões para duvidar que o resultado poderá ocorrer, transmite-se o sentido de compromisso com a produção do resultado (dolo). No caso dos terroristas que furam a barreira policial, não basta que um deles afirme que não representou mentalmente o resultado e por isso não vislumbrou a alta probabilidade do perigo. A prova do dolo está nos indicadores externos da ação (circunstâncias de tempo, lugar, modo, maneira de execução e outras semelhantes)¹⁰⁷.

Em terceiro lugar, a dúvida pressupõe o domínio de um determinado jogo de linguagem. A dúvida deve estar imersa em um jogo de linguagem específico para fazer algum sentido, pois se alterando o contexto de uso, modifica-se também o sentido das palavras¹⁰⁸. Usar uma arma de baixa precisão, por si só, não transmite o significado de compromisso com a produção do resultado. Se mudamos a cena do jogo de linguagem e, em vez de mirar uma bola de vidro na mão da menina, o autor disparasse em direção a uma placa de metal levantada por outra pessoa acima de sua cabeça, então a interpretação conjunta do domínio da técnica no manuseio da arma e dos indicadores externos da ação poderia oferecer razões para duvidar do resultado e justificar a imputação da imprudência.

Em quarto lugar, o jogo da dúvida pressupõe algumas certezas: a dúvida que duvida de tudo carece de sentido e nem sequer é uma dúvida¹⁰⁹. Para falar e ser compreendido, é necessário ter um sistema de referência (regras ou práticas sociais reiteradas) que sinalize quando a ação foi executada corretamente ou não. Se o autor aprendeu a usar uma arma de fogo, suas regras ou padrões de correção, então não possui uma dúvida razoável de que, se apertar o gatilho na cabeça da vítima, poderá ou não a matar; se fura uma barreira policial e acelera o automóvel contra as viaturas que bloqueiam a rua, também não tem razões para duvidar de que a integridade

¹⁰¹WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 151.

¹⁰²WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 325.

¹⁰³WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 327.

¹⁰⁴CABRAL, R. *Dolo y Lenguaje* (...), Ob. Cit., p. 278.

¹⁰⁵WITTGENSTEIN, L. *Da Certeza* (...), Ob. Cit., p. 15.

¹⁰⁶RAMOS VÁZQUEZ, J. *Concepción significativa* (...), Ob. Cit., p. 486.

¹⁰⁷HASSEMER, W. *Los elementos característicos del dolo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.

¹⁰⁸Quando os jogos de linguagem mudam, há uma modificação nos conceitos e, com as mudanças nos conceitos, os significados das palavras mudam também". In: WITTGENSTEIN, L. *Da Certeza* (...), Ob. Cit., p. 31.

¹⁰⁹VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 529.

física dos policiais estava em perigo. Pelo contrário: tem uma *certeza razoável* de que o resultado certamente ocorrerá.

Em quinto lugar, o “duvidar” também tem um fim¹¹⁰. Esse fim é ditado por regras de julgamento, como a *certeza para além de uma dúvida razoável* (a dúvida persiste, mas o réu é condenado, porque há razões para acreditar que essa dúvida não é relevante no caso concreto) e o *in dubio pro reo* (a dúvida persiste, mas é suficientemente *rochosa* e faz com que a pá *entorte*¹¹¹, pois não há mais como prosseguir escavando outras circunstâncias fora do jogo de linguagem, e a presunção de inocência emerge como um ponto final para o empasse). Por isso a dúvida cartesiana é contraditória: se duvido de absolutamente tudo, exceto do próprio ato de pensar, então é possível duvidar até mesmo quando não existem razões objetivas para duvidar¹¹².

Assim sendo, ao agir intencionalmente em situações de *dúvida não razoável*, o autor expressa um compromisso com a produção do resultado que o vincula normativamente ao significado da ação realizada, preenchendo o requisito necessário para uma imputação a título de dolo. Se inexistirem razões para desconfiar que o resultado poderia ocorrer, então não haverá bons argumentos para imputar dolo eventual, mas imprudência — na qual o autor manifesta um duplo *descompromisso normativo* (com a produção do resultado típico e com a observância do dever objetivo-subjetivo de cuidado)¹¹³.

A concepção significativa de dolo é, portanto, integralmente normativa¹¹⁴. As teorias cognitivas são normativas porque abandonam o elemento volitivo do dolo por considerá-lo um dado psicológico, satisfazendo-se com o conhecimento do risco para a imputação do dolo, mas fazem essa delimitação com a pretensão de correspondência a parâmetros psicológicos. Já a concepção significativa é integralmente normativa, porque rejeita uma concepção psicológica tanto da vontade quanto do conhecimento, e não apenas pela impossibilidade empírica de um terceiro acessar diretamente o conteúdo da mente do sujeito, mas por uma questão conceitual: os dois elementos do dolo, tanto o cognitivo (“saber”) como o volitivo (“intenção”), não são manifestações de fatos psíquicos, mas *ferramentas linguísticas*¹¹⁵ usadas pela dogmática penal para justificar a atribuição do sentido de que alguém sabe o que faz (domina a técnica) e quer o que fazer (compromisso com a violação do bem jurídico).

4. A LÓGICA DA CIÊNCIA E A LINGUAGEM DO DIREITO PENAL: UMA TEORIA INTEGRALMENTE NORMATIVA É COMPATÍVEL COM O CÓDIGO PENAL DO BRASIL E DE PORTUGAL?

Por fim, precisamos tecer breves linhas acerca da compatibilidade desse modelo integralmente normativo com o ordenamento jurídico brasileiro.

¹¹⁰WITTGENSTEIN, L. *Da Certeza (...)*, Ob. Cit., p. 65.

¹¹¹WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas (...)* Ob. Cit., p. 211.

¹¹²WITTGENSTEIN, L. *Da Certeza (...)*, Ob. Cit., p. 47.

¹¹³(...) prefiro utilizar a expressão “dever objetivo-subjetivo” (e previsibilidade objetivo-subjetiva), porque, por um lado, é sabido que – segundo a indicação de que deve operar com o critério o prognóstico posterior objetivo (a infração do dever *objetivamente* exigível nas relações sociais), não se trata de previsibilidade estritamente objetiva, uma vez que se considera o conhecimento especial do agente”. In: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Los elementos subjetivos en la antijuridicidad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 251-252.

¹¹⁴MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. “O conceito ‘significativo’ de dolo: um conceito valorativo normativo”, em BUSATO, Paulo César (coord.), *Dolo e Direito Penal: modernas tendências*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2019, p. 35.

¹¹⁵ WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas (...)* Ob. Cit., p. 27.

Greco pondera que o Código Penal de Portugal¹¹⁶ enfatiza o uso do verbo psicológico “representar” para definir expressamente três espécies de dolo (direto de primeiro grau, direto de segundo grau e eventual) e não usaria a vontade em conotação volitiva, concluindo pela compatibilidade com a sua teoria do dolo sem vontade – o inciso I do art. 14º emprega a palavra “intenção”¹¹⁷. No Código Penal brasileiro, por outro lado, usa-se o verbo psicológico “querer” para definir o crime doloso, sem nenhuma menção explícita ao elemento cognitivo¹¹⁸.

A decisão do legislador, de fato, não é o fim, mas apenas o início da filosofia¹¹⁹. Estamos de acordo com Greco neste ponto. Divergimos, no entanto, da premissa de que a dogmática do Direito Penal é uma ciência jurídica, a menos que por “ciência” se queira dizer algo muito fraco, ou seja, a mera ordenação de um conjunto de conhecimentos¹²⁰. Há aí um erro categorial: a palavra “filosofia” deve significar algo que se coloca acima ou abaixo, não ao lado das “ciências”, porque a atividade filosófica não se dirige à descrição da causa dos fenômenos (aquilo que as pessoas fazem), mas à compreensão das *possibilidades dos fenômenos* (o sentido do que as pessoas fazem nos mais variados contextos)¹²¹.

A linguagem binária da ciência tem um perfil excludente: a descrição do fenômeno que não for adjetivada como “verdadeira” deve ser considerada “falsa”, pois a lei científica que é contrariada pelos fatos foi definitivamente refutada e não tem mais qualquer utilidade para descrever a causa dos fenômenos (impossibilidade de violação). A linguagem da dogmática penal, por outro lado, deve ser inclusiva: pretende a realização do resultado mais justo possível por meio da contraposição de razões no campo da dialética argumentativa, pois¹²² a regra jurídica que é descumprida permanece válida, uma vez que se caracteriza por um grau de indeterminação causal que permita a escolha ou domínio do autor sobre aquilo que faz (possibilidade de violação)¹²³.

A dogmática penal tampouco é um mero saber legal. É um modo de argumentar racionalmente ao redor de tópicos¹²⁴ em busca de boas razões que justifiquem ou infirmem a necessidade de punir, no caso concreto, um tipo de ação que transmita o sentido de uma prática socialmente intolerável.¹²⁵ No paradigma linguístico, a verdade não pode corresponder a uma realidade privada, porque isso implicaria utilizar um critério de correção *fora da linguagem* (a mente) para explicar o sentido transmitido pela própria linguagem¹²⁶. Esse o problema de confundir teoria do delito e ciência.

É o caso de simplesmente ignorar o legislador, quando ele usa palavras como “intenção” e “querer” para definir o dolo, e criar o risco de uma injustificável redução das liberdades individuais? O que a concepção significativa propõe é o abandono de um modo de falar pouco claro vinculado a estados psíquicos. Se não é possível ter

¹¹⁶CÓDIGO PENAL DE PORTUGAL: “Artigo 14.º Dolo 1 - Age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, actuar com intenção de o realizar. 2 - Age ainda com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta. 3 - Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente actuar conformando-se com aquela realização.”

¹¹⁷GRECO, “Dolo sem vontade (...)”, Ob. Cit., p. 903.

¹¹⁸CÓDIGO PENAL DO BRASIL: “Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

¹¹⁹GRECO, “Dolo sem vontade (...)”, Ob. Cit., p. 885.

¹²⁰VIVES ANTÓN, T. *Pensar la libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 699.

¹²¹WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas* (...) Ob. Cit., p. 113.

¹²²BUSATO, P. C. & DALL’AGNOL DE SOUZA, E. E. “Uma abordagem crítica à noção de verdade jurídico-penal a partir da análise da linguagem”, *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 24, n. 2, 2023, p. 173–206.

¹²³VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 331.

¹²⁴VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 489.

¹²⁵BUSATO, P. *Direito Penal: Parte Geral*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022, p. 48.

¹²⁶HABERMAS, J. *Verdad y justificación*, Trotta, Madrid, 2002, p. 238.

acesso ao conteúdo da consciência do autor para revelar sua intenção, também não é possível descobrir o que ele pensou ou representou internamente. Mas isso não quer dizer que devemos simplesmente abandonar os conceitos de "conhecimento" e "intenção", e sim resignificá-los, porque o uso incorreto da linguagem suscita confusões conceituais que podem legitimar soluções injustas (como o uso da palavra "dolo" como sinônimo de "imaginação" ou "desejo").

5. CONCLUSÕES

5.1. Greco define o dolo como domínio do curso causal dos acontecimentos, porque quem sabe o que faz tem o controle sobre o seu fazer e as possíveis consequências desse fazer, mas o critério para a aferição do nível de conhecimento é a representação mental da alta probabilidade do perigo ao bem jurídico conforme as circunstâncias objetivas da ação. Trata-se de uma impossibilidade linguística, porque a descrição de estados psíquicos esbarra no dilema da "caixa de escaravelhos" (apenas o autor tem acesso privilegiado ao conteúdo oculto da sua consciência por meio da introspecção, de modo que um observador externo somente pode fazer conjecturas ou adivinhações, nunca um juízo de correspondência entre o mundo subjetivo e o mundo objetivo).

5.2. O uso de verbos psicológicos produz uma confusão gramatical, porque pressupõe a existência de uma linguagem privada na qual o próprio sujeito designa o sentido das coisas independentemente do aprendizado e aplicação de determinadas regras públicas (domínio da técnica).

5.3. O domínio ou controle do curso causal não constitui o elemento cognitivo do dolo, mas o pressuposto de existência da própria ação, porque expressa a voluntariedade da conduta (liberdade de ação).

5.4. Greco dispensa o elemento volitivo do dolo, seja porque a intenção seria um dado empírico inacessível a terceiros, seja porque punir alguém com base em um estado de ânimo implicaria operar um direito penal do autor, mas contraditoriamente não utiliza esses argumentos para o elemento cognitivo.

5.5. O conceito de vontade em sentido psicológico se funda no dogma do "fantasma na máquina" (a ideia de que uma "alma" misteriosa habita o corpo humano e controla seus movimentos), mas os problemas do direito penal não estão no plano ontológico (aquilo que as pessoas pensam que fazem), e sim no plano pragmático (o sentido do que as pessoas fazem).

5.6. A dogmática penal, em geral, incorre em uma confusão gramatical acerca dos usos das palavras voluntariedade (ausência de coação física), desejo (foro íntimo ou querer dissociado da ação), finalidade (direcionamento da ação a um certo propósito) e intenção (tendência inscrita na ação do autor), como se fossem sinônimas, mas o desejo é penalmente irrelevante (não pode justificar a distinção entre espécies de dolo) e a finalidade só faz sentido em alguns tipos de ação que exigem elementos subjetivos especiais.

5.7. Para a concepção significativa, vontade em sentido normativo-atributivo é indispensável para a correta imputação do dolo, pois: (i) a intenção é um dado intersubjetivo que transmite o sentido de compromisso com a produção do resultado e compõe a cena do jogo de linguagem ao lado do domínio da técnica, de modo que fechar os olhos para a intenção é ignorar o conjunto de indicadores externos que permitem compreender as particularidades do contexto da ação; (ii) a intenção é um importante filtro para a garantia das liberdades individuais em face do poder punitivo estatal, pois se o autor tinha fundadas razões para duvidar do resultado com base nas técnicas ou habilidades que dominava, então não manifestou o sentido de compromisso com o atuar e não deve ser sancionado mais gravemente a título de dolo.

5.8. A dogmática penal não é ciência, tampouco mero saber legal: a lógica da ciência tem perfil excludente, pois tudo o que não é descrito como verdadeiro só pode ser falso e imprestável para descrever as causas dos fenômenos (pretensão de

verdade), enquanto a linguagem do direito penal opera de modo inclusivo, porque contrapõe argumentos sobre tópicos do caso concreto com o objetivo de oferecer razões para a tomada de uma decisão o mais justa possível quanto à necessidade de punir práticas socialmente intoleráveis de violação de bens jurídicos (pretensão de justiça).

5.9. Uma teoria puramente cognitiva que abandona o elemento volitivo do dolo é incompatível tanto com o Código Penal de Portugal (que requer expressamente a intenção de produzir o resultado representado como possível) quanto com o Código Penal do Brasil (que usa a palavra "querer" e nada diz sobre a "representação", mas para ter a intenção de algo, como escrever um texto no computador, antes é preciso dominar a técnica de escrever e de manusear o computador, ou então não passará de mero desejo).

6. BIBLIOGRAFIA

- AMBOS, K. *Direito Penal Nacional-Socialista: continuação e radicalização*, Tirant Lo Blanch, São Paulo, 2020.
- BUSATO, P. C. & DALL'AGNOL DE SOUZA, E. E. "Uma abordagem crítica à noção de verdade jurídico-penal a partir da análise da linguagem", *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 24, n. 2, 2023.
- BUSATO, P. *Direito Penal: Parte Geral*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022.
- CABRAL, R. *Dolo y Lenguaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- DESCARTES, R. *Meditaciones Metafísicas*, Alfaguara, Madrid, 1977.
- DESCARTES, R. *Princípios da Filosofia*, Rideel, São Paulo, 2007.
- FLETCHER, G. *Aproximación intersubjetiva al concepto de acción*, Conferência proferida na Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España, 1998.
- GARCÍA SUÁREZ, A. *La lógica de la experiencia: Wittgenstein y el problema del lenguaje privado*, Tecnos, Madrid, 1976.
- GRECO, L. "Dolo sem vontade", em SILVA DIAS, A (Coord.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Almedina, Coimbra, 2009.
- HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa. V. I: Racionalidad de la acción y racionalización social*, Taurus, Madrid, 1987.
- HABERMAS, J. *Verdad y justificación*, Trotta, Madrid, 2002.
- HASSEMER, W. *Los elementos característicos del dolo*, Centro de. Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.
- HEBECHE, L. "O conceito de imaginação em Wittgenstein", *Nat. hum. [online]*, v. 5, n. 2, 2003.
- HEBECHE, L. *A filosofia sub specie grammaticae: curso sobre Wittgenstein*, Ed. UFSC, Florianópolis, 2016.
- HEBECHE, L. *O mundo da consciência: ensaio a partir da filosofia da psicologia de L. Wittgenstein*, EDIPUCRS, Porto Alegre, 2002.
- JAKOBS, G. *Derecho Penal: Parte General (Fundamentos y teoría de la imputación)*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- KANT, I. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, El Ateneo, Buenos Aires, 1951.
- PUPPE, I. "Homicídio doloso mediante corridas ilegais? Comentários sobre o 'Racha em Berlim'", *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, 2021.
- PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*, Manole, Barueri, 2005.
- RAGUÉS I VALLÈS, R. "Dolo sem conhecimento? Reflexões sobre a condenação de Lionel Messi por sonegação fiscal", *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, 2022.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A. "Solipsismo e incongruência no debate sobre sentimentos e direito penal", em PERUZZO JÚNIOR, L. & BUSATO, P. (org), *Direito penal e filosofia da linguagem: ação, intencionalidade e norma penal*, 1ª. ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022.

- RAMOS VÁZQUEZ, J. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- RYLE, G. *El concepto de lo mental*, Paidós, Barcelona, 2005.
- SOUZA, M. J. A. "Filosofia da mente de Wittgenstein: parâmetros gramaticais e conceitos psicológicos", *Revista Perspectiva Filosófica*, v. 41, 2014.
- VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del Sistema Penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- VIVES ANTÓN, T. *Pensar la libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- WELZEL, H. *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1962.
- WITTGENSTEIN, L. *Da Certeza*, Edições 70, Lisboa, 2012.
- WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas*, Editorial Crítica, Barcelona, 1988.
- WITTGENSTEIN, L. *Diario Filosófico (1914 - 1916)*, Editorial Ariel, Barcelona, 1982.