



De
LEGIBUS

7



2024



RECENSÃO A YU-AN HSU

– Doppelindividualisierung und Irrtum. Studien zur strafrechtlichen
Lehre von der Erfolgszurechnung zum Vorsatz

WAGNER MARTELETO FILHO



REVISTA DE DIREITO

LAW JOURNAL

Faculdade de Direito — Universidade Lusófona

<https://revistas.ulusofona.pt/index.php/delegibus>

RECENSÃO A YU-AN HSU
– Doppelindividualisierung und Irrtum. Studien zur strafrechtlichen
Lehre von der Erfolgszurechnung zum Vorsatz

WAGNER MARTELETO FILHO*

SUMÁRIO: Introdução; 1. O problema do erro de dupla individualização (*Doppelindividualisierungsirrtum*); 2. Os fundamentos dogmáticos de relevo acerca do erro de dupla individualização; 3. Os fundamentos da imputação subjetiva e sua influência na teoria do erro; 4. Desenvolvimento das propostas de solução; 4.1. O dolo como instituição normativa; 4.2. As categorias da cegueira perante os factos e do *dolus indirectus*: erros/desconhecimentos irrelevantes?; 4.2.1. A cegueira perante os factos; 4.2.2. O *dolus indirectus*; 4.3. Conhecimento abstrato e conhecimento concreto: critérios para solução dos casos de erro; 4.4. Incoerências da doutrina majoritária no tratamento do conhecimento e do desconhecimento como estados mentais; 5. Os resultados da investigação. Considerações finais.

RESUMO: A presente recensão tem por objeto a obra *Doppelindividualisierung und Irrtum. Studien zur strafrechtlichen Lehre von der Erfolgszurechnung zum Vorsatz*, de Yu An Hsu. São examinadas as objeções de Hsu à doutrina dominante, quanto às soluções dos casos de erro (*error in persona*, *aberratio ictus* e erro sobre o processo causal) e, especificamente, dos casos de erro de dupla individualização. Por fim, examina-se criticamente a proposta apresentada por Hsu, com particular atenção às categorias do conhecimento abstrato e do *dolus indirectus*, em que o autor se baseia para a solução dos variados casos de erro.

PALAVRAS-CHAVE: erro; *aberratio ictus*; *error in persona*; dolo; erro de dupla individualização.

ABSTRACT: This review focuses on the work *Doppelindividualisierung und Irrtum. Studien zur strafrechtlichen Lehre von der Erfolgszurechnung zum Vorsatz*, by Yu An Hsu. The objections raised by Hsu against the dominant doctrine regarding the solutions to cases of mistake (*error in persona*, *aberratio ictus*, and error about the causal process) are examined, specifically focusing on cases of mistake involving

* Doutor em Ciências jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil.

double individualization. Finally, Hsu's proposed solution is critically analyzed, with particular attention given to the categories of abstract knowledge and *dolus indirectus*, upon which the author bases his approach to resolving various cases of mistake

KEYWORDS: mistake; *aberratio ictus*; *error in persona*; dolus; Double individualization mistake.

INTRODUÇÃO

A obra objeto dessa revisão tem por tema principal o problema do desconhecimento e do erro no âmbito da imputação subjetiva. Seu ponto nuclear é aferir o significado do desconhecimento factual nos desvios sobre o curso causal, na *aberratio ictus* e no *error in persona vel objecto*, inclusivamente nas situações do chamado erro de “dupla individualização”.

A título de esclarecimento preliminar, os casos de erro de dupla individualização podem ser concretizados, *v.g.*, no seguinte cenário: o agente instala um dispositivo explosivo em um veículo, regularmente utilizado pela vítima visada, no sentido de que este seja acionado com a ignição (denominado “*Bombenlegerfall*”); na ocasião do facto, contudo, terceiro (não visado) ingressa inadvertidamente no veículo e ocorre a explosão fatal. A doutrina majoritária tende a valorar o caso como sendo uma espécie do gênero desvio do curso causal, e a considerá-lo irrelevante, diante da sua não essencialidade¹. Mas essa solução é controversa, inclusive porque, a rigor, não há desvio no curso causal representado se o dispositivo atua como programado (para explodir com a ignição)². *Quid juris?*

A partir de contextos análogos, Hsu testa os fundamentos das soluções propostas e indica contradições em face de uma compreensão psicológica do dolo, defendida pela literatura amplamente dominante³, o que causa fricções

1 Explicativo: *Doppelindividualisierung und Irrtum. Studien zur strafrechtlichen Lehre von der Erfolgszurechnung zum Vorsatz*. (Berlin: Duncker & Humblot, 2007), 42.

2 A considerarem o caso como um *error in persona*: Claus Roxin, Luís Greco, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Bd. I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. (5. Aufl. München: C.H. Beck, 2020), 643. No mesmo rumo: Günther Stratenwerth / Lothar Kühlen. *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat*. (6. Aufl. München: Vahlen, 2011), 102.

3 No sentido da imprescindibilidade do conhecimento para a afirmação do dolo: Karl Engisch. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. (2. Neud. Berlin: Scientia Verlag Aalen,

em situações de erro, nas quais a representação do agente não coincide com a realidade.

A obra se encontra estruturada em quatro partes, em que se discutem: a) as propostas de solução, pela doutrina dominante, para os casos de erro e de erro de dupla individualização; b) os fundamentos gerais da teoria do erro; c) o tratamento do dolo e do erro, a partir de Feuerbach, em uma grelha marcadamente psicológica; d) os princípios para o desenvolvimento de uma teoria da imputação subjetiva desvinculada da determinação de “estados mentais”, em um sentido psicológico, e que seja normativamente orientada aos fins da pena⁴. Para fins de melhor compreensão, essas quatro secções serão analisadas de modo individualizado.

1. O PROBLEMA DO ERRO DE DUPLA INDIVIDUALIZAÇÃO (*DOPPELINDIVIDUALISIERUNGSIKRTUM*)

Nos casos do erro de dupla individualização, o agente, por ocasião da execução, não possui a percepção sensorial do objeto do ataque (*i.e.*, não visualiza diretamente sua vítima), mas inicia o curso causal acreditando que seu objetivo, ou seja, a lesão da vítima pretendida, ocorrerá tal qual planeado. Em tais cenários, é possível se verificar não apenas uma falha no ataque (*aberratio ictus*), senão também uma troca da vítima (*error in persona*), ou seja, simultaneamente dois erros de espécies distintas⁵.

1995), 132. Max Ernst Mayer. *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*. (2. Aufl. Heidelberg: Carl Winters, 1923), 259. Eduardo Correia, *Direito criminal*. (Coimbra: Almedina, 1968), 368. Contemporaneamente: Klaus Geppert, Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit. *JURA* 11 (1986), 610. Ingeborg Puppe, Der Vorstellungsinhalt des Dolus Eventualis. *ZStW* 103 (1991), 37. Urs Kindhäuser. Vorsatz als Zurechnungskriterium. *ZStW* 96 (1984), p. 18. Em Portugal, mais recentemente: Maria Fernanda Palma, “Questões centrais da teoria da imputação e critérios de distinção com que opera a decisão judicial sobre os fundamentos e limites da responsabilidade penal”, in: Palma, Maria Fernanda (coord.). *Casos e materiais de direito penal*. (Almedina, 2009, (53-99) 2009), 73 e 76, no sentido do conhecimento do risco concreto ou, ao menos, uma impossibilidade de seu desconhecimento. José de Faria Costa, *Direito penal*, Lisboa: Imprensa Nacional, 2017, 402-403. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. (2.ª ed. Coimbra: Coimbra, 2012), 351 e ss. No Brasil, por todos: Eduardo Viana, *Dolo como compromisso cognitivo*. (São Paulo: Marcial Pons, 2017), 179.

4 *Doppelindividualisierung und Irrtum*, 18, na síntese do próprio autor.

5 *Ibidem*, 44.

Duas possibilidades de solução se apresentam: 1) ou distinguir os erros, à luz da *aberratio ictus* e do *error in persona*, e decidir sobre a consequência jurídica da submissão a qualquer um dos dois regimes; 2) ou aplicar a teoria do erro sobre os desvios do curso causal e sua relevância, como parâmetro de decisão.

Hsu, então, testa soluções a partir da discussão de todas essas categorias de erro, e o faz de modo vinculado à sua concepção de imputação subjetiva, desvinculada do que considera uma perspectiva “psicologista”, especialmente no que toca à teoria do dolo. Passo a tratar disso em seguida.

2. OS FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS DE RELEVÓ ACERCA DO ERRO DE DUPLA INDIVIDUALIZAÇÃO

Na terceira parte da obra são analisados, de modo mais verticalizado, casos de erro de dupla individualização relacionados aos desvios do curso causal, ao *error in objecto vel persona* e à *aberratio ictus*.

Quanto aos desvios do curso causal, aponta-se que a jurisprudência do BGH considera como critério, de modo geral, a verificação sobre se o agente ultrapassou o nível da tentativa, essa analisada a partir do elemento subjetivo; para Hsu, entretanto, tal critério conduz a vários problemas nos casos de consumação antecipada, pois o plano do agente não se realiza conforme representado, e a perigosidade da ação é subvalorizada por ele, no primeiro estágio. Isso pode implicar na exclusão do dolo quanto ao resultado, sem que a perigosidade objetiva da ação seja devidamente observada, colocando-se acento na representação do agente e não no risco objetivamente realizado⁶. O mesmo problema se dá, *mutatis mutandis*, nas situações de consumação postergada (*dolus generalis*).

Facto é que, nos casos dos desvios do curso causal, o agente não representa, em um sentido estritamente psicológico, aspectos da causalidade (se os houvesse representado poderiam estar presentes ou o dolo eventual ou o *dolus alternativus*⁷), o que gera grandes dificuldades ao se partir do pres-

6 *Doppelindividualisierung und Irrtum*, 53.

7 No caso do *dolus alternativus* há uma duplicidade de objetos de referência, mas representados de modo excludente (um ou outro). Sobre o tema, veja-se: Bruno de Oliveira Moura, “O dolo alternativo”, *Revista do Instituto de Ciências Penais*, v. 9, n.º 1, 2024, 51 e ss.

suposto de que o conhecimento é o dado decisivo do dolo. A literatura dominante procura resolver tais situações a partir da teoria da adequação e da relevância do desvio⁸, o que, inarredavelmente, implica em normatizar⁹, ao menos nesse setor, o elemento intelectual do dolo, pois o desconhecimento do agente pode ser considerado irrelevante. Essa solução, além de possivelmente arbitrária em razão do aspecto empírico, acaba por criar contradições com o ponto de partida intelectualista (= dolo é conhecimento)¹⁰.

Quanto ao *error in persona vel objecto*, tratando-se de objetos da mesma categoria, sustenta-se, de modo amplamente predominante na jurisprudência¹¹ e na literatura, no sentido da sua irrelevância, para efeitos de imputação do resultado ao dolo¹², na medida em que se cuidaria de um mero *erro de motivação*, estranho ao tipo¹³. Ocorre que, como visto, nos casos de erro de dupla individualização, não há apenas uma identificação falsa, mas também uma ausência de contato sensorial com a vítima, verificando-se uma fenomenologia distinta.

Para solucionar tais casos, Hsu busca, então, respostas na estrutura da *aberratio ictus*.

Na *aberratio ictus* existem dois objetos (v.g.: duas vítimas, uma visada e outra não visada) e um só curso causal (sobre o qual recai um erro, por falha do agente ou por movimentação da vítima visada). Hsu avalia, após examinar

8 Veja-se, com referências: Urs Kindhäuser. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. (6. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2013), 221.

9 Uma das estratégias consiste em sustentar que tais aspectos da causalidade não são objeto do dolo.

10 *Doppelindividualisierung und Irrtum*, 64.

11 Já assim a antiga decisão do Tribunal do Império Alemão, RG 18, 337, 338.

12 Hans Welzel. *Das Deutsche Strafrecht*. (Berlin: De Gruyter, 1969), 75. Volker Krey. Robert Esser. *Deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil*. (5. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, 2012), 449. Ingeborg Puppe. Zur Revision der Lehre vom "konkreten" Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus. *GA* 1981, 18.

13 Em uma proposta distinta, Claus Roxin/Luís Greco consideram como critério a verificação sobre se a identidade da vítima possuía, ou não, relevância para a realização do plano; em caso afirmativo, aplica-se a teoria da concretização; em caso negativo, a teoria da equivalência. In: *Strafrecht-AT*, 630. Também em uma proposta distinta, que designa como solução "pessoal-objetiva", Almeida Costa sustenta que o desvio deve ser analisado à luz das qualidades e conhecimentos que se esperam do homem médio; se a consequência da conduta for, nesse sentido, imprevisível, então deve-se reconhecer apenas a tentativa do delito projetado. In: *Ilícito pessoal, imputação objectiva e participação em direito penal*. (Coimbra: Almedina, 2014), 635. Claro está que não posso verticalizar aqui a análise das duas propostas, mas ambas contêm uma relevante normatização da imputação do resultado ao dolo.

as teorias da *equivalência* (*Gleichwertigkeitstheorie*¹⁴) e da *concretização*¹⁵ (*Konkretisierungstheorie*), que a primeira, a qual conduz à imputação do resultado, é a correta¹⁶; contudo, para o Autor, a estrutura do dolo apoiada no gênero do objeto (à luz do tipo) não é suficiente para desvelar a *ratio* da irrelevância do erro. Conforme Hsu, as dificuldades enfrentadas pela literatura majoritária são debitadas à compreensão intelectualista do dolo, e da exigência do elemento cognitivo para sua determinação, pois, em situações de erro, conhecimento efetivo não há¹⁷.

Como conclusão intermediária, Hsu ressalta que a literatura dominante acaba por trabalhar com um conceito duplicado de dolo: um, em uma base *psicológico-descritiva*; outro, em um sentido *normativo-atributivo*, como um conceito de imputação. E essa dualidade conduz a um impasse¹⁸.

3. OS FUNDAMENTOS DA IMPUTAÇÃO SUBJETIVA E SUA INFLUÊNCIA NA TEORIA DO ERRO

Na terceira parte da obra, investiga-se, basicamente, o estado atual da teoria da imputação subjetiva, com início em Feuerbach, e as consequências de uma concepção considerada como “psicologista” para a teoria do dolo e do erro¹⁹.

14 Em síntese, sustenta-se que o resultado deve ser imputado, pois o agente pretendia, por exemplo, matar uma pessoa, e mata uma pessoa. O que interessa, para o tipo, é o gênero (homem), não o particular (José ou Manoel). Já então, nesse rumo: Christian Reinhold Köstlin. *Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts*. Aalen: Scientia (Neudruck der Ausgabe Tübingen, 1845), 1970, p. 259. Contemporaneamente: Helmut Frister. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. (7. Aufl. München: C.H. Beck, 2015), 159.

15 A teoria da concretização propõe que se impute o crime tentado, em concurso com um ilícito culposo (exemplo: tentativa de homicídio em concurso com homicídio negligente). Em defesa da teoria, veja-se: Kristian Kühl. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. (7. Aufl. München: Vahlen, 2012), 32. A coincidir na conclusão: Ingeborg Puppe: *Strafrecht, Allgemeiner Teil. In der Spiegel der Rechtsprechung*. (3. Aufl. München: Nomos), *AT*, 154, n.m.145. Contudo, releva anotar que a solução de Puppe se vincula à teoria do perigo doloso, e apenas coincide, no resultado, com a teoria da concretização naqueles casos em que o agente fez pontaria em direção a uma vítima exclusiva, atingindo a um terceiro nas proximidades.

16 Sobre o predomínio da teoria da concretização, em Portugal e na Alemanha, com referências: Wagner Marteleto Filho, “A imputação do resultado ao dolo na *aberratio ictus*. Uma breve defesa da teoria da equivalência”, *In*: Miguel Reale Junior. Maria Thereza de Assis Moura. *Coleção de 80 anos do Código Penal. Parte Geral*. (São Paulo: RT, 2020), 299.

17 *Doppelindividualisierung und Irrtum*, 87.

18 *Ibidem*.

19 *Ibidem*, 90-127.

Hsu pontua que a literatura, em grande medida, ainda defende a ideia de que o dolo e a negligência são conceitos neutros, livres de valor, e no sentido de que o acto de vontade, como essência do dolo, consiste em um processo psíquico²⁰.

Após examinar a definição ôntica do dolo, a partir de Feuerbach, Hsu realiza uma ampla abordagem da discussão contemporânea, passando pela “teoria da realização do plano”, de Roxin, pela “teoria do perigo doloso”, de Puppe, pela “teoria da evitabilidade facilitada”, de Jakobs, dentre outras, e conclui que nenhuma delas resolve, de modo satisfatório, o problema central da imputação subjetiva²¹.

Conforme Hsu, não se pode compreender nem o dolo nem a negligência a partir da descrição de factos psíquicos²²; por essas razões, o Autor procura desenvolver uma teoria normativa do dolo, desvinculada da tradição essencialmente psicológica, e apoiada em categorias normativas, sobretudo a dos *conhecimentos abstratos*.

4. DESENVOLVIMENTO DAS PROPOSTAS DE SOLUÇÃO

É na parte IV da obra que Hsu desenvolve suas propostas de solução para os casos de erro. Para isso, o Autor recorre às distinções entre *conhecimento abstrato* e *conhecimento concreto*, e busca pontos de apoio nas categorias da cegueira perante os factos (*Tatsachenblindheit*) e do *dolus indirectus*.

4.1. O DOLO COMO INSTITUIÇÃO NORMATIVA

O trabalho da dogmática, segundo Hsu, é libertar a imputação subjetiva da psicologia. Determinar a imputação subjetiva implica verificar se uma ação objetivamente imputável contém a afirmação do não reconhecimento da norma. O dolo, como “vontade do facto” (*Tatwille*), é definido como uma

20 *Doppelindividualisierung und Irrtum*, 119.

21 Acerca da descrição do dolo como estado psíquico, de consciência: *Doppelindividualisierung und Irrtum*, 125.

22 *Ibidem*, 120.

contradição do agente em face da norma, seja no sentido de que ele se motivou à realização do tipo, como sua intenção (*Absicht*), seja no sentido de que não se motivou – apesar da certeza ou da possibilidade de realização do tipo – para sua evitação²³. O processo de esclarecimento (do dolo) é normativo, e não se trata da representação do agente, sendo, antes, uma análise objetiva orientada à norma²⁴.

É preciso, contudo, encontrar caminhos para a concretização dessas premissas, sobretudo nos casos de déficits de representação, nos quais a doutrina majoritária tende a afastar o dolo.

4.2. AS CATEGORIAS DA CEGUEIRA PERANTE OS FACTOS E DO *DOLUS INDIRECTUS*: ERROS/DESCONHECIMENTOS IRRELEVANTES?

É incontroverso que o desconhecimento, como déficit, exonera, desde que se revele inevitável e não censurável. Mais disputada e controversa, porém, é a solução dos casos em que o agente, por completa indiferença, realiza o comportamento em estado de desconhecimento²⁵. Esse é o campo em que se discutem as estruturas da cegueira perante os factos e do *dolus indirectus*.

4.2.1. A CEGUEIRA PERANTE OS FACTOS

A categoria dogmática da cegueira perante os factos²⁶ (*Tatsachenblindheit*) se assenta em dois pressupostos: a) o resultado, em face da ação do autor, não é improvável; b) o agente, em virtude de desinteresse, inibe suas capacidades cognitivas. Em razão desses dois pressupostos, Mezger propôs a punição a título de dolo, equiparando-se a cegueira perante os factos e a cegueira

23 *Doppelindividualisierung und Irrtum*, 169.

24 *Ibidem*, 170.

25 *Ibidem*, 179-185.

26 A categoria é atribuída a Edmund Mezger. In: Bockelmann, Paul et al. (Hrsg.). *Probleme der Strafrechtsrenewerung. (Festschrift für Eduard Köhler zum 70. Geburtstag, 1978)*, 180.

perante o direito (*Rechtsblindheit*). O tema foi recentemente retomado por Jakobs. Para este Autor, se o agente, por completo desinteresse, não gera os conhecimentos necessários e atua em situação de desconhecimento, não há que se cogitar de erro, para fins de subsunção ao §16 do *StGB*, pois o erro pressupõe a presença de um mínimo interesse em conhecer. Ao contrário, nas situações de indiferença, o agente desvela um posicionamento de rejeição frontal à norma e de deslealdade ao Direito que justificam a censura dolosa²⁷.

Na perspectiva de Hsu, embora rejeitada pela doutrina majoritária²⁸, a categoria da cegueira perante os factos fornece critérios valorativos relevantes para a solução de problemas relacionados ao erro²⁹. Na cegueira perante os factos haveria algo análogo aos casos em que o agente causa o próprio defeito (como na *a.l.i.c.*), na medida em que, em ambas as situações, o motivo para a exoneração é gerado pelo próprio agente. Por tal razão, afigura-se inadequado valorar o aspecto subjetivo no momento em que o defeito se verifica, sendo preciso retroagir ao ponto da geração do defeito e averiguar suas causas. Assim, avalia Hsu, seria de se questionar se a exclusão do dolo é justificada nas situações em que o agente se encontra em uma condição de desconhecimento vinculada à hostilidade ao Direito³⁰. Contudo, reconhece o Autor, a dificuldade está em como determinar a hostilidade ao Direito³¹; para isso, Hsu recorrerá à estrutura dos conhecimentos abstratos, no sentido de se aferir em que medida a representação ou a ausência dela, por parte do agente, relevam.

27 Gleichgültigkeit als dolus indirectus. *ZStW* 114 (2002), 584 e ss. Criticamente, inclusive no tocante à posição de Hsu: Claus Roxin/Luís Greco, *Strafrecht-AT*, 595, n.r.138, a apontarem que a lei não distingue entre erro e falta de representação.

28 Com efeito, a doutrina dominante, como já apontado aqui, não admite a imputação do dolo em caso algum de desconhecimento factual. Veja-se, por exemplo: Ingeborg Puppe. Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis. *ZStW*, 103 (1991), 8.

29 *Doppelindividualisierung und Irrtum*, 186.

30 *Ibidem*, 189. Acerca da hostilidade ao Direito e sua identificação objetiva, veja-se: Michael Pawlik. *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*. (Tübingen: Mohr Siebeck, 2012), 381.

31 Sobre o problema da determinação probatória da indiferença, vejam-se: Claus Roxin/Luís Greco, *Strafrecht-AT*, 597.

4.2.2. O *DOLUS INDIRECTUS*

Hsu também recorre, como categoria de apoio, ao *dolus indirectus*, especialmente ao modelo desenvolvido por Carpzov.

Na *Practicae novae imperialis*, Carpzov já indicava que o dolo abrange os efeitos típicos de uma ação, ou seja, que não constituam um elemento do acaso (*accidens*)³². O Autor sustentava que aquele que fere alguém com um instrumento adequado a causar-lhe a morte, já em razão da incontrollabilidade da lesão, tem *animus occidendi*, e sua vontade abrange, assim, o resultado. Nesses casos, o agente *sabe*, ou ao menos *precisa saber* – “*quia scit, aut saltem scire debeat*” –, em face da natureza do meio, que o resultado pode ocorrer³³. Digno de nota que o *dolus indirectus* não dependia, nessa concepção, da existência de uma “má ação”, podendo ser reconhecido inclusive em situações de “vontade boa”, o que diferencia a categoria da estrutura da “*versari in re illicita*”³⁴. Além disso, diferentemente da *versari*, o *dolus indirectus* não alcança efeitos fortuitos e nem mesmo os provocados *per accidens*. A rejeição do *dolus indirectus*, sob a objeção de que se cuida de um equivalente da teoria do *versari in re illicita* é, para Hsu, descabida. Em nítida conexão ao *dolus indirectus*, o Autor apresenta, então, a estrutura dos conhecimentos abstratos, para a solução de problemas análogos.

4.3. CONHECIMENTO ABSTRATO E CONHECIMENTO CONCRETO: CRITÉRIOS PARA SOLUÇÃO DOS CASOS DE ERRO

Como já se pôde notar, a mais importante categoria apresentada por Hsu, para a solução de múltiplos casos de desconhecimento e/ou erro, é a do *conhecimento abstrato*.

O conhecimento abstrato é aquele que se vincula às normas sociais e regras da racionalidade natural-científica; ele ostenta, assim, validade objetivo-geral,

32 *Benedicti Carpzovii practicae novae rerum criminalium imperialis saxónica. Pars prima*. Leipzig: J.F. Gleditsch, 1724, Qu. 28.

33 *Practicae novae rerum criminalium*, 1724, *Quaestio* 1, n. 29.

34 Veja-se uma ampla análise em: Ingeborg Puppe, *Der Vorstellungsinhalt des Dolus Eventualis*. *ZStW* 103 (1991), 26. Veja-se ainda, acerca do *dolus indirectus*: Wagner Marteleto Filho. *Dolus indirectus* ontem e hoje. *RBCCRIM*, 168 (2020), 70 e ss.

sendo possuído por todas as pessoas imputáveis. Em um exemplo claro: todos conhecem o risco para a vida de uma lesão perfuro-cortante na região do pescoço, ou de uma queda do décimo andar de um edifício; todos sabem que, em um parque infantil, crianças de tenra idade brincam junto ao solo e podem sofrer lesões com pedaços de vidro de uma garrafa quebrada, etc.

O conhecimento abstrato permite que se ajuíze no sentido de que o resultado de uma ação se apresenta como: a) *possível*; b) *provável* (em termos de regularidade geral); ou c) *necessário*; ainda que, em todos esses casos, os detalhes da situação concreta sejam desconhecidos³⁵.

Por isso, presente o conhecimento abstrato, nas modalidades da *regularidade geral* ou da *necessidade*, as circunstâncias de o agente não refletir sobre ele, ou não dispor de um conhecimento concreto no momento da ação, não conduzem à afirmação de desconhecimento ou de erro³⁶, mantendo-se intacto o dolo, como vontade do facto (*Tatwille*).

Na situação de conhecimento abstrato do resultado como apenas *possível*, é exigido, contudo, o conhecimento concreto, como uma representação efetiva, para a imputação do dolo. Em um exemplo: derrubar alguém do primeiro andar de um edifício implica em dolo de ofensas corporais, mas não em dolo de matar, exceto no caso de o agente possuir o conhecimento concreto de que, no local da queda, há vários vergalhões pontiagudos, em virtude de uma reforma do prédio. No último caso, se o agente desconhece a existência dos materiais perigosos, não há que se reconhecer o dolo quanto ao resultado morte, pois este resultado não é nem regular, nem necessário, e sua ocorrência configura exclusivamente a negligência.

Com efeito, pressupondo-se a capacidade racional do homem, a afirmação de um desconhecimento no que se refere à natureza da coisa (enquanto validade geral) tende a ser ignorada.

Nesse contexto, o erro sobre o curso causal (abrangendo os casos de desvios causais *lato sensu*, de consumação antecipada e de *dolus generalis*) consiste, para Hsu, em um erro vinculado ao conhecimento concreto, que pode, ou não, ser relevante. Caso se trate de um resultado *regular* ou *necessário*, nos

35 *Doppelindividualisierung und Irrtum*, 222.

36 *Ibidem*, 203.

termos do conhecimento abstrato, o erro não será relevante³⁷, pois o sentido da ação estará claramente determinado pela indiferença em face da norma. Essa é uma forma possível de se fundamentar a imputação do resultado no conhecido “caso da pilastra”, em que a vítima não morre em razão do afogamento, mas sim da colisão com a pilastra da ponte (não representada pelo agente), resolvido pela doutrina dominante como hipótese de erro não essencial³⁸.

As mesmas premissas correlatas ao conhecimento abstrato se aplicam à *aberratio ictus*, nas situações em que a vítima efetivamente atingida e a vítima visada se encontrem juntas ou próximas uma da outra: o agente desconsidera o risco para o terceiro e a imputação do dolo não deve ser excluída³⁹, mesmo que haja um equívoco na representação do agente, acerca de sua capacidade de controlo da ação⁴⁰.

Seguindo o modelo de distinção entre conhecimento abstrato e concreto, Hsu avança os seguintes exemplos: um sujeito, por mero prazer, e sem pensar nas consequências do acto, quebra uma garrafa de vidro em um estacionamento. Com base na experiência da vida cotidiana, vislumbram-se possíveis múltiplos efeitos: ofensas corporais em um peão; dano nos pneus de uma viatura; ofensas corporais em uma criança que esteja a correr pelo local, etc. Tais resultados não são *regulares* nem *necessários*, à luz da experiência da vida cotidiana. Caso ocorram, o que a ação expressa é a falta de cuidado do agente, ou seja, uma inadvertida e equivocada falta de vontade de seguir a norma, caracterizadora da negligência. Agora, se o sujeito realiza a mesma ação em um parque infantil, onde brincam frequentemente várias crianças de tenra

37 *Doppelindividualisierung und Irrtum*, 207.

38 Para Roxin e Greco, o conhecimento do curso causal não é pressuposto do dolo e a decisão acerca da imputação do resultado ao dolo é puramente normativa, devendo ser considerada a essencialidade ou não essencialidade do desvio à luz do plano, e não o processo psíquico do agente. In: *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, §12, n.m. 153-154. Ou seja, cuida-se de uma questão valorativa, no sentido de se, e em que medida, a ordem jurídica decide pela imputação ao dolo independentemente de um desvio do curso causal representado pelo agente. Para os autores, o critério de decisão para tais casos é o da “realização do plano” (*Planverwirklichung*): no caso da pilastra, o que se afere é se o modo e espécie da morte ainda pode ser vista como realização do plano. E aqui, pouco importa que a vítima tenha morrido em virtude do afogamento ou da fratura do pescoço.

39 *Doppelindividualisierung und Irrtum*, 210 e ss; 224.

40 Proximamente, com referências à previsibilidade e aos conhecimentos do homem médio: Almeida Costa, *Ilícito pessoal*, 2014, 634-635.

idade, poderá ocorrer, enquanto uma regularidade geral, o resultado de ofensa corporal. Então, do ponto de vista normativo, o conhecimento abstrato de que dispõe o agente, acerca de tal resultado regular, é o que basta para a afirmação do dolo, pouco interessando saber se aquele dispunha de um conhecimento concreto ou se, por total indiferença, “desativou suas propriedades racionais”, ao modo da repressão psíquica (*Verdrängung*)⁴¹ proposta pelas teorias cognitivas de base psicológica. Em uma palavra: no último caso, em face da regularidade do resultado, o conhecimento abstrato já fundamentará o dolo⁴².

Aplicando-se ainda a análise direcionada ao conhecimento do curso causal, Hsu assinala que a indiferença do agente, quanto a circunstâncias do tipo objetivo não conhecidas, deve ser punida a título de dolo, desde que o sentido normativo da ação possa ser compreendido a partir do conhecimento abstrato⁴³.

Por fim, ainda sob os critérios do conhecimento abstrato e concreto, Hsu apresenta sua proposta de solução para os casos de erro de dupla individualização, de modo distinto da literatura predominante. Para Hsu, nos casos de explosão à distância, *v.g.*, em que o resultado, em face de terceiros, pode ser determinado de modo regular, ou mesmo necessário, não se deve afastar a imputação ao dolo, reconhecendo-se a irrelevância do erro, seja ele relativo ao próprio curso causal, seja relativo à pessoa⁴⁴.

4.4. INCOERÊNCIAS DA DOCTRINA MAJORITÁRIA NO TRATAMENTO DO CONHECIMENTO E DO DESCONHECIMENTO COMO ESTADOS MENTAIS

Dentre as incoerências na exigência do conhecimento como pressuposto inafastável do dolo, Hsu indica os casos em que o agente atua com afetos

41 Sobre isso: Horst Schröder, *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*. In: Wegner, Arthur Wegner (Hrsg.), *Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag am 24 Juni 1949*. (Berlin: Walter de Gruyter, 1949), 237.

42 Explicativamente, sobre isso: Wagner Marteleto Filho, *Dolo e risco no Direito Penal*, 2020, 399 e ss., com análise de outros exemplos.

43 *Doppelindividualisierung und Irrtum*, 223.

44 *Ibidem*, 217 e 224.

intensos – como a ira – ou em hipóteses de intoxicação, e observa que a literatura tende a não conceder relevância a tais circunstâncias, ainda que possam impactar sensivelmente no âmbito cognitivo do agente. Em face disso, verifica-se um parâmetro diverso para se lidar com o erro, notadamente o erro de tipo permissivo, quando enraizados em afetos intensos⁴⁵ ou intoxicação (→ irrelevância para o afastamento do dolo = princípio da responsabilidade), e nas demais situações (→ afastamento automático do dolo = princípio epistêmico)⁴⁶.

A contradição parece mesmo bastante evidente: se o desconhecimento é aferido como um estado psicológico, de modo desvinculado às causas que o provocaram, não se afiguraria possível distinguir entre casos de erro de tipo permissivo fundados em estados afetivos e intoxicação e aqueles vinculados a outras circunstâncias. Nesse aspecto, o BGH teria sido coerente – ainda que se julgue a decisão como normativamente inadequada⁴⁷ – ao afastar o dolo no tocante ao resultado morte no conhecido “caso dos golpes de martelo” (BGHSt 6, 332⁴⁸).

E ainda evidencia-se, segundo Hsu, outro aspecto contraditório: como se anotou supra, ao se tratar do erro sobre o processo causal, a jurisprudência e a literatura decidem a partir da relevância do desvio, e não do conteúdo da representação do agente. Isso demonstra que “factos psicológicos” e “estados mentais” não são medidas adequadas para a imputação subjetiva⁴⁹.

De acordo com Hsu, um problema relevante estaria no modo de se interpretar as circunstâncias do tipo (*Tatumstände*). A interpretação de circunstância (*Umstand*) não deve se dar no “sentido semântico”, mas sim em face do

45 Sobre efeitos dos afetos astênicos no âmbito cognitivo – ainda que a não subscrever esse fundamento como *ratio* da não-punibilidade do excesso na legítima defesa –, veja-se: Bruno Oliveira Moura, *A não-punibilidade do excesso na legítima defesa*. (Coimbra: Coimbra, 2013), 139 e ss.

46 *Doppelindividualisierung und Irrtum*, 176.

47 Hsu ainda assinala que pode haver um duplo benefício ao agente, seja ao plano do tipo subjetivo (ao se considerar que não teve a compreensão do facto), seja ao plano da culpa (em termos de uma avaliação insuficiente do risco). *Doppelindividualisierung und Irrtum*, 174-176.

48 Essa decisão foi influenciada pela controvertida “*Hemmschwellentheorie*” (teoria do elevado obstáculo psíquico), como fundamento para o afastamento do dolo quanto ao resultado morte em vários precedentes que envolvem delitos de homicídio passional. Sobre a teoria, criticamente: Ingeborg Puppe, *Begriffskonzeptionen des dolus eventualis*, *GA* 2006, 77 e ss. Wagner Marteleto Filho, *Dolo e risco*, 2020, 336 e ss. Claus Roxin/Luís Greco, *Strafrecht-AT*, 571 e ss., especialmente sobre a inadequação no tocante aos crimes omissivos.

49 *Doppelindividualisierung und Irrtum*, 185 e 209.

“conteúdo normativo do tipo”. O agente necessita conhecer as facticidades que preenchem o tipo objetivo, mas não o resultado típico em sua concretude. Isto significa que o *esboço abstrato do resultado* é o objeto do dolo, mas não a *forma concreta do resultado*⁵⁰.

5. OS RESULTADOS DA INVESTIGAÇÃO

Antes de se ingressar nas considerações finais dessa recensão, é oportuno sintetizar as principais conclusões alcançadas por Hsu. São elas:

i. Uma ação é designada como dolosa se ela expressa, de modo objetivo, que a validade da norma não foi reconhecida⁵¹.

ii. O conhecimento abstrato, tendo por objeto o *resultado regular* ou *necessário*, basta para a imputação do dolo, sendo desnecessário o conhecimento concreto.

iii. O conhecimento concreto só cumpre um papel, no deslinde entre dolo e negligência, em se tratando de um prognóstico de resultado *possível* – nem regular, nem necessário – e sua ausência conduz ao reconhecimento da negligência.

iv. Quanto ao conhecimento das circunstâncias típicas (*Tatumstände*), caso estas já possam ser compreendidas segundo o sentido normativo da ação, pela via do conhecimento abstrato, o dolo estará preenchido.

v. A mesma solução se aplica aos casos de erro, notadamente acerca do curso causal (*dolus generalis*, desvios causais e consumação postergada), e *aberratio ictus*. Um erro, aqui, nada mais é do que um erro sobre o conhecimento concreto, somente relevando, no que concerne à imputação ao resultado, em casos de simples possibilidade.

vii. Por fim, os casos de *erro de dupla individualização* não são solucionados submetendo-os ao regime do *error in persona* nem da *aberratio ictus*, mas sim, e também, a partir da categoria dos conhecimentos abstratos, imputando-se o resultado ao dolo em todos os casos em que o resultado se revele *regular* ou *necessário*.

50 *Doppelindividualisierung und Irrtum*, 202.

51 *Ibidem*, 221.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta de Hsu conduz a uma sensível normatização da imputação subjetiva, que deixa de se centralizar em um determinado estado mental do agente como fiel da balança.

Trata-se de um projecto teórico de relevo no sentido de se “libertar” a teoria da imputação subjetiva, seja quanto ao dolo seja quanto ao erro (sua contraface), do psicologismo que a caracteriza, desde Feuerbach, e que ainda considera o conhecimento como um dado neutro.

Como modelo teórico, parece-me um trabalho promissor, que depende de maiores desenvolvimentos e concretizações, nomeadamente no que toca à demonstração das causas censuráveis do desconhecimento (hostilidade ao Direito, indiferença etc), o que é reconhecido por Hsu.

Outra objeção consiste na própria indeterminação do conceito de conhecimento abstrato, não bastando um modelo puramente dedutivo, que poderia vulnerar o princípio da culpa, presumindo-se conhecimentos que o agente, por razões variadas, e diversas da indiferença, pode não deter.

Por outro lado, a referência ao conhecimento abstrato, em casos de *regularidade* ou *necessidade*, acaba por aproximar as conclusões daquelas alcançadas pela doutrina majoritária, sobretudo quando presente o dolo direto de segundo grau, em que o resultado colateral é altamente provável ou necessário, ainda que, para Hsu (e aqui está a diferença) a representação efetiva não seja exigida. O terreno da simples possibilidade, contudo, continua problemático, e mantém-se vinculado ao conhecimento concreto.

Há, ainda, dúvidas sobre uma efetiva distinção das categorias do conhecimento abstrato e do próprio *dolus indirectus*, o que conduz a refletir sobre a autonomia teórica do modelo de Hsu. O avanço, porém, está em explicitar, de modo suficientemente claro e rigoroso, as incoerências e inadequações da doutrina majoritária, especificamente derivadas da construção de um conceito de dolo intelectualista.

Existem, de um lado, razões importantes para que o conhecimento seja considerado um elemento indeclinável do dolo. Toda proposta que coloca

essa posição em causa é devedora de um intenso ônus argumentativo. Mas isso não significa que a proposta de Hsu não aponte para vários pontos cegos e incoerências do nosso secular modelo de imputação subjetiva, que demanda uma profunda revisão.