

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 20 • vol. 97 • jul-ago. / 2012

Presidência
Marta Saad

Coordenação
Helena Regina Lobo da Costa

DIRETORIA DA REVISTA

COORDENAÇÃO – Helena Regina Lobo da Costa.

COORDENAÇÃO ADJUNTA – Ana Elisa Liberatore S. Bechara, Bruno Shimizu, Heloisa Estelita e Mariângela Lopes.
CONSELHO EDITORIAL – Almirio Velludo Salvador Netto, Alair Leite, Alberto Zacharias Toron, Alessandra Teixeira, Alexandra Letelson Szafr, Alexandre Wunderlich, Alvaro P. Pires, Alvim Augusto de Sá, Ana Messuti, André Augusto Mendes Machado, André Zenker Schmidt, Carina Quirto, Carlos Weis, Carolina Dizinidas Haber, Celso Eduardo Faria Coracini, Cleunice Valentin Bastos Pichon, Cristiano Avila Maronni, Davi de Paiva Costa Tangerino, David Teixeira de Azevedo, Denise Provasi Vaz, Diogo Malan, Eduardo Reale Ferrari, Enilda Gonçalves de Macedo Haddad, Fábio Machado de Almeida Delmanto, Filipe Henrique Veigniano Magliarelli, Giovanni Agostini Saavedra, João Paulo Orsini Martinelli, José Danilo Lobato, Karyna Sposato, Juliana Garcia Belloque, Luciano Anderson de Souza, Luciano Feldens, Luis Gerardo Lanfredi, Luis Greco, Luis Guilherme Vieira, Maira Rocha Machado, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Marina Pinhão Coelho Araújo, Pedro Vieira Abramovay, Renato de Mello Jorge Silveira, Roberto Delmanto Junior, Rodrigo de Grandis, Rodrigo Sanches Rios e Sérgio Salomão Shecaira.

COLABORADORES PERMANENTES

NACIONAIS – Ada Pellegrini Grinover, Afranio da Silva Jardim, Alberto Silva Franco, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Antonio Carlos da Gama Barandier, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scaranze Fernandes, Belisário dos Santos Junior, Benedito Roberto Garcia Pozzer, Carlos Eduardo de Campos Machado, Celso Luiz Limongi, Cezar Roberto Bitencourt, Cláudio Th. Leotta de Araújo, Dirceu de Mello, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior, Edmundo de Oliveira, Elia Wilecko Volkmer de Castilho, Felipe Cardoso Moreira de Oliveira, Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Luiz Ximenes da Rocha, Geraldo Prado, Gilberto Passos de Freitas, Gustavo Henrique Rigli Ivahi Badaro, Helena Singer, Heloisa Estelita, Ivette Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, João José Caldeira Bastos, João José Leal, João Mestieri, José Barcelos de Souza, José Carlos Dias, José Henrique Rodrigues Torres, Juares Cirino dos Santos, Juares Favares, Leonardo Isaac Yancowesky, Luis Francisco da Silva Carvalho Filho, Luis Greco, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, Marcio Bartoli, Marcos Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thierza Rocha de Assis Moura, Mauricio Kuehne, Mauricio Zanoid de Moraes, Miguel Reale Junior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Odone Sanguin, Ranulfo de Melo Freire, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco, Salo de Carvalho, Sérgio de Oliveira Medici, Sergio Mazina Martins, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Tadeu A. Dix Silva, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista.

ESTRANGEREIROS – Adolfo Ceretti, Alejandro Aponte, Anabela Miranda Rodrigues, Ana Isabel Pérez Cepeda, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercier Nogueira, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, Carlos Maria Romeo-Casabona, Cláudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanes, Esther Gimenez-Sallinas, Colome, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando Acosta, Fernando Santa Cecilia Garcia, Francisco Muñoz Conde, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Itaki Rivera Beiras, Jesús-Maria Silva Sánchez, João Pedrosa, Jorge de Figueiredo Dias, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Luis Alberto Arroyo Zapeatero, Luis Fernando Niño, Maria Paz Arenas Rodríguez, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Mauricio Martínez Sánchez, Nicolás Rodríguez García, Pedro Caetano, Olga Spinoza, Pilar Gomes Parvón, Raul Cervini, Roberto Bergalli, Sergio Moccia, Stella Maris Martínez e Urs Kindhäuser.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 20 • vol. 97 • jul-ago. / 2012

Coordenação
HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

Repositório de Jurisprudência autorizado pelos Tribunais Regionais
Federais das 1.ª, 4.ª e 5.ª Regiões.



EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Exercício da medicina e responsabilidade criminal, de João José Leal – RT 706/290;
- O médico e o dever legal de cuidar: alguns aspectos jurídico-penais, de Paulo Vinícius Sporrer de Souza – RT 863/425; e
- Exercício da medicina e responsabilidade criminal, de João José Leal – RT 706/290.

Veja também Jurisprudência

- Responsabilidade penal evidenciada e negligência caracterizada de médico plantonista que delegou tarefa de diagnóstico a estagiário de medicina: JRP/1998/1486. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br].

ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DE UM CONCEITO DE DOLO POLÍTICO-CRIMINALMENTE ORIENTADO

3

*Fundamentals of the concept
of criminally guided political fraud*

HUMBERTO SOUZA SANTOS

Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes. Advogado criminalista.

Área do Direito: Penal

RESUMO: Esse trabalho analisa a difícil questão a respeito dos elementos do conceito de dolo, seus fundamentos e suas funções. Após a exposição dos principais problemas da teoria volitiva e das teorias cognitivas, tradicionais e recentes, é proposta uma construção própria, político-criminalmente fundada, capaz de abarcar tanto dados empíricos quanto normativos e satisfazer as funções que um conceito de dolo precisa desempenhar.

PALAVRAS-CHAVE: Dolo – Culpa – Teoria volitiva do dolo – Teoria cognitiva do dolo – Proteção de bem jurídico – Fundamentos políticos-criminais – Funcionalismo.

Abstract: This paper analyzes the difficult issue regarding the elements of the concept of fraud (*dolus*), its fundamentals and its functions. After presenting the main problems of the theory of volition and the cognitive theories, both traditional and recent, a new premise is proposed, which is politically-criminally based, able to encompass both empirical and normative data and duly perform the functions required of a concept of fraud.

Keywords: *Dolus* – Guilt – Theory of volition of *dolus* – Cognitive theory of *dolus* – protection of the legal interest – Political-criminal fundamentals – Functionalism.

Sumário: 1. Introdução – 2. Críticas à teoria volitiva do dolo – 3. Crítica às teorias cognitivas tradicionais: 3.1 Teoria do conhecimento da probabilidade de realização do resultado; 3.2 Teoria do conhecimento da possibilidade de realização do resultado – 4. Crítica às teorias cognitivas recentes: 4.1 Teoria do conhecimento de um risco típico, de Frisch; 4.2 Teoria do

conhecimento de um risco desprotegido, de Herzberg, 4.3 Teoria do conhecimento de um risco idôneo ou estrategicamente racional, de Puppe – 5. Desenvolvimento de um conceito de dolo político-criminalmente orientado: 5.1 Criação consistente de um risco eficiente; 5.2 de dolo político-criminalmente orientado: 5.3 Cumprimento das exigências pré-exclusão de mecanismos específicos de proteção; 5.3 Cumprimento das exigências pré-exclusão de mecanismos específicos de proteção; 5.4 Comparação crítica às demais teorias cognitivas – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Em outra oportunidade pude desenvolver um estudo,¹ no qual concluí que um conceito de dolo capaz de levar soluções justas a casos concretos deve ser claro em seus elementos, coerente em seu raciocínio, acessível à comprovação empírica e propiciar uma correlação proporcional entre o elemento conceitual justificador do reproche mais gravoso, o que se pretende coibir com esse reproche e a intensidade da conduta contrária ao bem jurídico protegido.²

Isso porque, a seguir essas diretrizes, tal conceito de dolo se compromete com o exclusivo fim de proteção de bens jurídicos e não se dispersa em divagações que buscam fundamentar seu reproche gravoso em elementos alheios à integridade do que realmente interessa ao direito penal tutelar: o bem jurídico. Consequentemente, também cheguei à conclusão de que um conceito de dolo ambíguo em sua própria premissa, impreciso quanto ao seu limite em relação à culpa, caracterizado por um direito penal de ânimo, desvinculado da gravidade da agressão ao bem jurídico e muito difícil de ser provado na prática, não satisfaz o rigor científico que o atual estágio do direito penal deve exigir na construção de seus institutos e nem se sustenta como ferramenta adequada a proporcionar fundamentos seguros para o intérprete tomar suas posições.³

Enquanto aquele estudo teve como objetivo específico demonstrar que o conceito volitivo de dolo – tradicional e majoritário – não cumpre qualquer dessas diretrizes e sofre desses vícios repudiados intoleráveis, o que justifica plenamente seu abandono,⁴ o presente trabalho retoma e aprofunda as reflexões e considerações então levantadas, de modo a avaliar os pontos críticos das

principais teorias cognitivas e a traçar as linhas mestras de um conceito que esteja de acordo com tais diretrizes. Para situar o leitor dos principais pontos desta questão, faço a seguir um panorama das críticas dirigidas à teoria volitiva do dolo, para, após, ingressar na exposição das críticas às teorias cognitivas e da construção do próprio pensamento sobre o conceito de dolo.

2. CRÍTICAS À TEORIA VOLITIVA DO DOLO

A teoria volitiva trabalha com a ideia de que o dolo consiste, basicamente, na vontade consciente do autor de realizar as circunstâncias descritas no tipo penal,⁵ um conceito, portanto, formado por uma componente intelectual e uma componente volitiva que, juntas, atuam como fatores formadores do reproche doloso. A teoria volitiva parte, então, dessa premissa para dividir o dolo em três diferentes espécies (embora a lei brasileira se refira expressamente a apenas duas)⁶ consolidadas pela doutrina alemã⁷ e apenas recentemente trabalhadas pela doutrina brasileira.⁸ A primeira espécie é o dolo direto de 1.º grau, orientado pelo sentido cotidiano de intenção, cujo conteúdo é definido pelo fim a que o autor se propõe e os meios que escolhe para realizá-lo.⁹ A segunda espécie é o dolo direto de 2.º grau, consistente nos efeitos colaterais representados pelo autor como necessários à realização do objetivo que ele pretende alcançar.¹⁰ A terceira espécie é o dolo eventual, definido basicamente como um dado anímico da esfera de consciência do autor em relação à possibilidade do resultado, o que conduz diversas correntes a uma complexa busca da identidade desse elemento anímico “chave”.¹¹

5. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal – Parte geral*, 2008, p. 134.

6. O querer o resultado e o assumir o risco de produzi-lo, descritos no art. 18, I, do CP.

7. A respeito das três categorias de dolo formuladas pela teoria volitiva na Alemanha, ver: GRECO, Luis. Algumas observações introdutórias à “distinção entre dolo e culpa” de Ingeborg Puppe. In: Puppe, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*, 2004, p. XIII.

8. Embora a tripartição do dolo já apareça em: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*, 1985, p. 76 e LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*, 1987, p. 65, ainda estavam a expor apenas duas categorias: Jesus, Damásio Evangelista de. *Direito penal I*, 1999, p. 286 e DELMANTO, Celso et alii. *Código Penal comentado*, 1991, p. 30-31.

9. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – Parte geral I*, 2009, p. 288.

10. Idem, ibidem.

11. Os manuais brasileiros normalmente expõem a teoria da anuência, consentimento ou assunção de risco como uma terceira teoria ao lado da teoria volitiva e das teorias

1. Refiro-me ao meu anterior trabalho: Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo. In: GRECO, Luis; LOBATO, Danilo (coords.). *Temas de direito penal – Parte geral*, 2008, p. 263-293.

2. Idem, p. 288.

3. Idem, p. 288-289.

4. Idem, p. 288.

O significado cotidiano de "intenção" atribui, portanto, ao elemento "querer" o fundamento de desvalor entre dolo e culpa, de modo a delimitá-los através de uma oposição contraditória entre querido e não querido, em sentido necessariamente psicológico-descriptivo,¹² seja por ser o objetivo último do autor, seja por ser apenas um meio para ele alcançar outros objetivos. Um exemplo simples: A, com intenção ("querer realizar", "propósito", em sentido cotidiano) de matar seu inimigo B, aponta-lhe uma arma e atira. Porém, se A, em vez de usar uma arma, preferir explodir o avião no qual viaja B, o termo "querer" em sentido psicológico-descriptivo torna-se insuficiente para entender o reproche doloso em relação aos outros passageiros, necessariamente exterminados ao lado de B, pois A não concebe as mortes deles como objeto de sua "intenção", as quais, inclusive, podem lhe soar psicologicamente indesejadas.¹³

Para enfrentar esse problema, a teoria volitiva desenvolve uma interpretação do termo "vontade" que engloba a consciência dos efeitos colaterais necessários da conduta ou da possibilidade do resultado, e impossibilita o autor de se isentar de responsabilidade com a alegação de não ter querido psicologicamente o resultado. Essa interpretação sustenta não mais um "querer" em sentido psicológico-atributivo, mas um "querer" em sentido atributivo-normativo¹⁴ que origina as espécies de dolo direto de 2.º grau (consequências necessárias) e de dolo eventual (resultado possível). Esse salto de um conceito de vontade psicológico-descriptivo para um conceito normativo-atributivo faz com que a palavra "querer" seja utilizada de modo ambíguo e significa um camuflado abandono da fundamental premissa da qual parte a teoria volitiva. Tal, é facilmente observável tanto no desenvolvimento do conteúdo do dolo direto de 2.º grau, de lógica semelhante a qualquer teoria cognitiva, pois tem como centro de gravidade apenas a consciência, quanto na incessante jornada à procura de fundamentos para o dolo eventual, cujo excessivo psicologismo exhibe uma profusão de disposições internas referidas

ao conhecimento da possibilidade do resultado, mas desconexas da própria vontade em sentido psicológico.¹⁵

Como nesse sistema desenvolvido pela teoria volitiva o dolo eventual é a categoria mais próxima da culpa, pois tanto ele quanto a culpa consciente fundam-se na consciência do autor a respeito da possibilidade de realização do resultado, o insucesso dos obstinados esforços empreendidos para identificar seu elemento diferenciador obscureceu a fronteira entre o reproche mais gravoso do dolo e o reproche mais brando da culpa e relegou-a a uma zona recheada de ambiguidades e insuficientes explicações.¹⁶ A mais conhecida dessas explicações, a denominada teoria da anuência, consentimento ou assunção aprovadora do risco, sustenta que o dolo eventual condiciona-se ao consentimento do autor em que ocorre um resultado representado como possível.¹⁷ O importante é identificar se o autor acredita na possibilidade do futuro resultado ou se, ao contrário, confia em que nada acontecerá.¹⁸ Se ele acreditou nas consequências são tidas como queridas. Ao contrário, essa "vontade de realização" não será atribuída ao autor nos casos em que ele confia na não ocorrência do resultado, apesar de tê-lo previsto como possível.¹⁹

Nesse raciocínio é possível verificar que, assim como a expressão "querer", o termo "aprovação" é empregado de maneira ambígua, visto que se "aprovação" for compreendida num sentido cotidiano, significará apenas um juízo a respeito de como um fato deve ou pode ser,²⁰ mas, se a interpretação de "aprovação" estiver relacionada com o sentido de "intenção" utilizado no dolo direto de 1.º grau,²¹ engloba somente os criminosos por convicção²² e incompatibiliza-se com qualquer dado psíquico do autor que mostre reprovação, desconforto ou indiferença quanto à ocorrência do resultado. Como não é essa a conclusão pretendida pela teoria da anuência, pois, caso contrário, ela esvaziaria seu próprio objetivo, a disposição interna "aprovação", a exemplo da "vontade" que deveria fundamentar, é caracterizada de modo plenamente atributivo-normativo, não psicológico-descriptivo.

cognitivas, o que não é bem exato. A teoria da anuência é parte integrante da teoria

volitiva e, longe de qualquer pretensão de independência, busca tão somente fundamentar que a assunção de risco é o elemento interno do autor responsável pelo

reproche doloso caracterizador do dolo eventual. Essa inexactidão pode ser observada, por exemplo, em BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 285-286; e JESUS, Damásio

12. PUPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*, 2004, p. 33.

13. SOUZA SANTOS, Humberto. Op. cit., p. 269.

14. PUPE, Ingeborg. Op. cit., p. 32.

15. SOUZA SANTOS, Humberto. Op. cit., p. 268-270.

16. Idem, p. 271.

17. MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal I*, 1962, p. 314.

18. SOUZA SANTOS, Humberto. Op. cit., p. 272.

19. Idem, ibidem.

20. Idem, p. 272; PUPE, Ingeborg. Op. cit., p. 37.

21. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 2006, p. 453.

22. PUPE, Ingeborg. Op. cit., p. 37.

Os problemas da teoria da anuência, contudo, não se resumem à confusa interpretação de conceitos, mas se estendem à sua própria estrutura lógica. A plena viabilidade de uma situação na qual o autor não acredita na ocorrência do resultado, mas, embora ocorrendo, o aprove, demonstra que a teoria da anuência não é capaz de realizar a distinção entre dolo e culpa ainda na hipótese em que o autor espera a não ocorrência do resultado.²³ Uma tentativa de correção dessa falha foi empreendida pelo BGH²⁴ mediante a afirmação de que a existência de culpa consciente depende de uma confiança séria do autor, não apenas vaga, na não ocorrência do resultado,²⁵ o que reduziu a original oposição "querer/não querer" a um vazio e, por isso mesmo, improvable e manipulável limite entre acreditar ou não de modo vago na produção do resultado.²⁶

Embora a teoria da anuência exerça forte influência na jurisprudência, a teoria dominante na doutrina alemã é a que fundamenta o dolo eventual na hipótese em que o autor leva a sério a possibilidade de ocorrência do resultado, de modo a incluir em seus cálculos a possibilidade de realização de um tipo sem que essa realização seja capaz de dissuadi-lo de praticar a conduta. Ao assim proceder, o autor decide-se conscientemente contra o bem jurídico protegido, o que justifica a censurabilidade dolosa de sua conduta.²⁷ Tal ideia parte da consideração de que é mais fácil ao autor que levou a sério o perigo evitar uma exposição proibida do bem jurídico,²⁸ mas ignora que não há como justificar um reproche menos gravoso de quem, apesar de criar, conscientemente, um claro, enorme e incontornável risco, não o leva a sério.²⁹ Ao contrário, o autor demonstra um desprezo à integridade alheia, merecedor de maior reproche justamente ao não levar a sério um perigo que tem consciência da extensão da gravidade.³⁰ Esse raciocínio ainda leva à isenção de dolo do autor tão pouco interessado pela ocorrência do resultado que sequer apresenta qualquer ponderação anímica³¹ e reprova com maior severidade o autor que criar um

23. Souza Santos, Humberto. Op. cit., p. 272.

24. O BGH, Bundesgerichtshof, é a Corte alemã correspondente ao nosso STJ. Sua jurisprudência é favorável à teoria do consentimento.

25. Puppe, Ingeborg. Op. cit., p. 40.

26. Idem, ibidem.

27. Roxin, Claus. Op. cit., p. 446.

28. Souza Santos, Humberto. Op. cit., p. 273.

29. Puppe, Ingeborg. Op. cit., p. 57.

30. Idem, p. 56.

31. Idem, p. 57.

pequeno risco, porém já não permitido, tão somente por ter superado o obstáculo psíquico surgido no interior de sua mente ao levar a sério esse perigo.³²

Jakobs tenta superar a teia psicológica na qual se entredou a teoria volitiva fazendo algumas concessões de cunho normativo ao seu pressuposto descritivo. Em primeiro lugar, admite que apenas as consequências principais do delito são realmente parte do conteúdo da vontade do autor, uma vez que as consequências secundárias, por somente fazerem parte do conteúdo do conhecimento, apenas por dependência se relacionam com a vontade do autor.³³ Em segundo lugar, afirma que dolo é o conhecimento de que a realização do tipo depende da execução querida da ação, mesmo que esta realização não seja querida por si mesma.³⁴ A partir dessas duas considerações, ele define que a relação subjetiva do autor com as consequências principais, pelas quais pratica a conduta, chama-se intenção ou dolo direto de 1.º grau,³⁵ e que configura o dolo direto de 2.º grau a certeza da realização segura do tipo, a qual permite ao autor saber que evitar o resultado, apesar de não desejá-lo, é incompatível com o que quer e o faz preferir se distanciar intelectualmente dessa evitação por ter consciência de que o resultado está forçosamente vinculado à execução da ação por ele querida.³⁶ O dolo eventual surgirá de acordo com a exatidão com que o autor aprecie a situação e as consequências que se poderiam esperar da prática da conduta,³⁷ exatidão essa que deve ser limitada por meio da relevância normativa do risco avaliado pelo autor em sua decisão de praticar a conduta. Tal relevância normativa abrange a importância do bem afetado, avaliada conforme a estimativa jurídica fundada em dados estatísticos e na intensidade do risco, determinada de acordo com o juízo jurídico e não o individual, para que não seja alegada a mera crença do autor em se sentir capaz de controlar perigos especiais, mas sim que ele possui uma habitualidade a tais riscos consequente de um comportamento desenvolvido e constatável na prática.

Em outras palavras, segundo o entendimento de Jakobs, caso o autor tenha aprendido a conviver com situações arriscadas apesar da gravidade do perigo,

32. Idem, ibidem. Puppe expõe um raciocínio interessante: um motorista que, durante a manobra de estacionamento, infringir em poucos centímetros a distância mínima a ser mantida em relação aos carros vizinhos e levar a sério a possibilidade de colisão, deverá, então, ser condenado por tentativa de dano.

33. Jakobs, Günther. *Der rechtliche Kern – Parte general*, 1997, p. 315.

34. Idem, p. 316.

35. Idem, p. 321.

36. Idem, p. 324.

37. Idem, p. 326.

não existirá dolo, pois estará excluída a normatização da relevância e falará fundamento para que a estimativa jurídica resida no âmbito de responsabilidade do autor.³⁸ Esse critério remete ao direito penal do autor por atribuir dolo ou culpa conforme o comportamento do sujeito em situações perigosas e diminui a intensidade do reproche na medida em que situações concretamente perigosas são criadas, o que termina por premiar e estimular o hábito de colocar em perigo bens jurídicos alheios. Um rigoroso reproche, ao contrário, incide sobre aqueles que não estão acostumados a gerar situações perigosas, o que quer dizer que um motorista inexperiente deveria ser condenado por tentativa de homicídio ao não respeitar a distância de segurança em relação ao veículo que lhe precede, simplesmente por ter consciência de que, estatisticamente, morrem milhares de pessoas em virtude dessa infração.³⁹

Uma tentativa rara de não afirmar uma relação anímica positiva entre o autor e a conduta foi a empreendida por Engisch que, ao contrário de identificar um dado presente, como aprovação, consentimento etc., afirma o dolo eventual de forma negativa, a partir da ausência de oposição do autor do fato em relação ao resultado previsto por ele de modo concreto e real, isto é, na hipótese em que a lesão ao bem jurídico lhe seja indiferente.⁴⁰ Por isso, caso o sujeito atue esperançoso ou confiante de que o resultado não ocorrerá, existirá uma oposição interna no tocante à previsão do acontecimento do resultado e o dolo não estará caracterizado.⁴¹ Esse raciocínio deve ser complementado pela afirmação de que sempre haverá culpa nos casos em que a probabilidade de ocorrência do resultado for reduzida e pela avaliação de que, nos casos em que tal probabilidade for grande, existirá dolo devido a uma manifestação in concreto da indiferença relativa do autor.⁴²

Apesar de se fixar na ausência e não na presença de um dado anímico, esse raciocínio não esclarece qual o vínculo que justifica um reproche mais grave a uma

conduta praticada de forma indiferente em relação ao resultado⁴³ e, nas considerações em que uma relação entre a conduta do autor e o risco conscientemente criado aparece de modo mais claro, ao sustentar a culpa nas hipóteses de probabilidade reduzida do resultado previsto e o dolo nas hipóteses em que esta probabilidade é grande, Engisch simplesmente adota, embora sem admitir, uma teoria cognitiva da probabilidade e abandona o conteúdo psicológico-descriptivo do termo "indiferença", que passa, então, a ser utilizado em sentido atributivo-normativo e a repetir a mesma ambiguidade de sentidos da palavra "querer".⁴⁴

Armin Kaufmann considera que a busca por algum estado sentimental do sujeito não se adequa à teoria do erro de tipo e erro de proibição, por acrescentar ao dolo um elemento emocional característico da consciência da anti-juridicidade, que permaneceu como componente da culpabilidade enquanto o dolo tornou-se um elemento do tipo,⁴⁵ e sustenta que apenas é possível negar o alcance da finalidade do autor sobre as eventuais consequências previstas por ele numa situação em que a finalidade sirva como limite à própria finalidade.⁴⁶ Kaufmann aduz que apenas uma finalidade dirigida à evitação das consequências faz com que a finalidade de sua conduta deixe de se dirigir a elas, ou seja, o autor passa a atuar com culpa consciente⁴⁷ apenas nos casos em que manifesta vontade de evitar a consequência de sua conduta, de modo a estabelecer, na ação por ele praticada, fatores contrários à realização da consequência representada como possível,⁴⁸ pois assim concede uma oportunidade real à habilidade que acredita ter de conduzir o processo sem ferir a integridade alheia.⁴⁹

Entretanto, apesar da correção desse raciocínio ao afirmar que o propósito de evitar exclui o propósito de realizar, é ignorado que, em sentido psicológico-descriptivo, no dolo direto de 2.º grau e no dolo eventual não existe o propósito de realizar. Se for admitido que a vontade de realização excluída pela vontade de evitação se dá sob a interpretação do termo "vontade" em sentido normativo-atributivo, o raciocínio perde sua necessidade lógica, pois, em sen-

38. Idem, p. 334, 313-314. Jakobs também afirma a existência de dolo nos casos de "cegueira diante dos fatos", que são hipóteses nas quais, em vez de uma falta de atenção geral e não dirigida, existe um desinteresse específico do autor em relação às consequências da conduta.

Mas, como se trata de uma discussão a respeito de um tema peculiar, prefere-se não analisar essa opinião, ao menos por enquanto.

39. RAGÜES I VALLES, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 140.

40. ENGISCH, Karl. *Untersuchung über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, p. 207-208.

41. Idem, p. 191-207.

42. Idem, p. 198.

43. POPPE, Ingeborg. Op. cit., p. 63.

44. Idem, p. 64.

45. KAUFMANN, Armin. Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze. In: _____. *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, p. 61-66.

46. Idem, p. 67.

47. Idem, ibidem.

48. Idem, p. 68.

49. Idem, ibidem.

tido normativo-atributivo, a "vontade" do dolo é compatível com o propósito de realizar um objetivo incompatível com o resultado,⁵⁰ apenas em sentido psicológico-descritivo é que não seria. Além disso, Kaufmann não especifica quais são as exigências mínimas para que as medidas de evitação tomadas pelo autor possam ser consideradas eficazes. Tampouco esclarece acerca de qual quer exigência a respeito da qualidade da medida de evitação ou da seriedade da vontade de evitação exprimida pelo autor. Se qualquer medida suficiente para reduzir de modo irrisório o risco for considerada um propósito de evitação apenas porque o autor teve essa finalidade,⁵¹ o dolo seria aplicado, em verdade, somente nas hipóteses de demonstração, pelo autor, de fraco desejo de que o resultado não ocorra.⁵² Tal assertiva equivaleria ao mesmo dado psicológico característico de expressões como consentimento, aprovação, assunção aprovadora do risco ou aceitação do resultado.⁵³

Frank, com o intuito de identificar o conteúdo do estado psicológico específico do autor doloso no momento do fato e criar a relação entre esse estado e a conduta praticada,⁵⁴ elaborou a fórmula que consiste em averiguar se o autor teria agido ainda que soubesse do resultado. Caso o intérprete conclua que o autor deixaria de praticar o ato, o estado psicológico característico da ausência, aprovação ou consentimento do risco estará ausente e o dolo eventual, consequentemente, negado. Posteriormente, Frank complementou essa fórmula com uma segunda, que implica em analisar se o autor, ao se tornar consciente da possibilidade do resultado, afirma para si mesmo: "seja assim ou de outra maneira, ocorra isso ou aquilo, de qualquer modo eu agirei", o que define a presença do estado psicológico característico do dolo eventual.⁵⁵

Nessas duas fórmulas, Frank pretende verificar a existência do elemento psíquico do dolo eventual a partir de dados fictícios, pois o autor, em verdade, não dispõe de nenhuma certeza a respeito do resultado típico e tampouco de realizações claras sobre sua conduta alternativa, o que obriga o intérprete a recorrer aos seus próprios juízos e preconceitos. A única maneira de aplicá-las, em especial a segunda, sem recair no mais puro preconceito, seria na hipótese de os estados psicológicos do autor, inclusive suas decisões, apresentarem-se

como algo determinado por leis naturais estritas já conhecidas pelo intérprete. Para isso, seriam necessários excepcionais elementos capazes de esclarecer qual seria o comportamento do autor na hipótese de previsão segura da realização do resultado,⁵⁶ os quais absolutamente inexistem.

A análise de todas essas teorias demonstra que existe perfeita compatibilidade entre a prática de qualquer ação, independente de sua intensidade, e o "consentimento" em que o resultado ocorre, ou o "levar a sério" o perigo, ou a "indiferença" ou a "vontade de evitação", ou o "confiar seriamente e não de modo vago" em que o resultado não acontecerá, de modo que fica claro que o centro de gravidade do reproche da teoria volitiva não está na gravidade da conduta praticada pelo autor e nem no fim de proteção de bem jurídico, mas, tão somente, no estado de espírito do autor, o que relega esse reproche a um direito penal de ânimo disanciado do desvalor do injusto em relação ao fato concreto e deixa sem sentido a própria divisão típica entre uma forma mais severa (dolo) e branda (culpa).

Assim, se o reproche não está no fato praticado, mas no sentir uma "assunção", um "levar a sério", uma "indiferença", uma "vontade de evitação", ou em não ter a "habitualidade" de criar riscos, a punição mais grave ou mais branda, por ser alheia ao fato concreto, não tem aptidão para proteger bens jurídicos, mas, no máximo, para evitar que o autor "assuma", "leve a sério", fique "indiferente" ao risco e para incentivá-lo a praticar a conduta "confiando seriamente na não ocorrência do resultado".⁵⁷ Entretanto, uma reprovação penal que pretenda evitar não a violação de bens jurídicos, mas a mera existência de estados psicológicos, que reprova não o fato lesivo, mas o simples sentimento interno do autor coincidente à prática desse fato, limita a liberdade das pessoas sem qualquer ganho social e, no interior de um sistema jurídico-penal cujo fim seja a proteção de bens jurídicos, não se coaduna com a ideia de idoneidade, presente no princípio constitucional da proporcionalidade, segundo a qual toda limitação de liberdade deve ser capaz de alcançar a finalidade desejada,⁵⁸ o que a torna, de plano, ilegítima.⁵⁹

50. Puppe, Ingeborg. Op. cit., p. 48.

51. Idem, p. 49.

52. Idem, ibidem.

53. Idem, ibidem.

54. Idem, p. 44.

55. Frank, Reinhard. *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 1931, § 59, nm. V, p. 190.

56. Puppe, Ingeborg. Op. cit., p. 45.

57. Ou, ainda, estimular o autor a produzir, com constância, situações perigosas com o intuito de adquirir a "habitualidade" de Jakobs.

58. Em relação à adequação ou idoneidade como parte do princípio da proporcionalidade: Avila, Humberto. *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2007, p. 165-170. A respeito da idoneidade para legitimar proibições: Greco, Luis. *Um panorama da imputação objetiva*, 2005, p. 24-25.

59. Souza Santos, Humberto. Op. cit., p. 283.

Essa falta de relação entre o reproche exercido pela teoria volitiva e a gravidade da conduta praticada pelo autor afeta, também, as outras duas ideias que compõem o princípio constitucional da proporcionalidade: a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A ideia de necessidade afirma que uma medida jurídica somente deve ser tomada caso não haja uma medida menos gravosa que possa atingir o mesmo fim.⁶⁰ Na hipótese em que o autor cria um perigo baixo, apesar de não permitido, ao bem jurídico, existe uma medida menos gravosa suficientemente apta para proteger o bem jurídico, contra essa espécie de ataque: a atribuição de culpa. Entretanto, para a teoria volitiva, desde que o autor esteja no estado psicológico exigido, a conduta deve ser reprochada do modo mais severo (dolo), ainda que sua intensidade seja pequena. Já a ideia de proporcionalidade em sentido estrito sustenta que a medida jurídica, numa ponderação de interesses, não pode limitar a liberdade excessivamente.⁶¹ A teoria volitiva, ao reprovar do modo mais severo (dolo) uma conduta pouco perigosa, limita a liberdade do autor mais do que o suficiente para evitar essa forma de agressão ao bem jurídico. No outro extremo, a teoria volitiva desrespeita o princípio constitucional da proporcionalidade ao aplicar a medida mais branda (culpa) ao autor que comete um fato intencionalmente agressivo ao bem jurídico, tão somente devido ao seu estado de espírito no momento da prática desse fato.

Para tornar mais evidente o que aqui se afirma e demonstrar que a teoria volitiva relega ao acaso o nível de proteção à integridade do bem jurídico e, conseqüentemente, a mais pura sorte o ajuste entre a gravidade da agressão e seu reproche mais brando ou severo, basta utilizar uma variante do conhecido problema proposto por Lacmann.⁶² Durante a famosa festa de peão realizada na

cidade de Barretos/SP, dois fazendeiros observam uma moça que está de costas para eles e fazem a seguinte aposta: um deles atirará no chapéu dela, se ele acertar o alvo, ganhará todo o patrimônio do outro, se ele errar, perderá todo o patrimônio para o outro. O atirador escolhido se prepara: escolhe a posição mais confortável, encosta seu braço numa mureta para servir de apoio, mira com atenção o chapéu, puxa o gatilho do revólver e a bala atinge em cheio a nuca da moça, causando-lhe morte instantânea. Não há dúvida de que nessa hipótese ocorreu a criação consciente de um grande risco à vida da vítima, ao final concretizado, através de uma conduta evidentemente merecedora de reproche doloso (dolo eventual, caso seja seguida a divisão da teoria volitiva).⁶³

Contudo, segundo a teoria da assunção de risco, será preciso afirmar que o fazendeiro-atirador, por ter apostado todo seu patrimônio, não assumiu o risco de atingir a nuca da moça e confiava seriamente na não ocorrência do resultado, o que leva à atribuição de culpa consciente à sua conduta.⁶⁴ A culpa consciente também deverá ser atribuída conforme a teoria do risco levado a sério, já que, por mais intensa que tenha sido a conduta contrária ao bem jurídico e por mais forte que tenha sido o risco conscientemente criado à vida da vítima, o fazendeiro-atirador, ao apostar todo o seu patrimônio, não levou a sério o risco de errar o alvo e acertar a vítima, mas, ao contrário, agiu com a confiança de que nada aconteceria.⁶⁵ A teoria de Jakobs solucionará o problema de acordo com a habitualidade do fazendeiro-atirador em criar esse tipo de perigo. Caso seja a primeira ou uma das primeiras vezes que o autor tenha praticado essa conduta, o dolo eventual estaria configurado por falta de verificação prática a respeito de estar o autor habituado a controlar o risco por ele criado. Porém, se o fazendeiro-atirador já tiver o costume de atirar em direção à cabeça de outras pessoas para vencer apostas e em poucas vezes ele tenha acertado alguém, mas habitualmente o chapéu, a culpa consciente estaria caracterizada e o autor premiado por constantemente praticar tal ação.⁶⁶ De acordo com o pensamento de

60. No tocante à exigibilidade ou necessidade da medida jurídica, em termos gerais: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2002, p. 262. Sobre a necessidade da medida jurídica no âmbito do direito penal: GRECO, Luis. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*, 2004, p. 136.

61. A respeito da proporcionalidade em sentido estrito: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 270. Sobre a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito no campo penal: GRECO, Luis. *Cumplicidade através de ações neutras...* *cit.*, p. 136.

62. Lacmann desenvolveu a hipótese de que num parque de diversões o autor aposta com um amigo que consegue acertar, com um tiro, a bola de vidro que está na mão da menina que atende ao público no estande de tiro ao alvo. Mas, se ele acertar a menina e não a bola, ele pretende jogar a arma no chão e desaparecer na multidão. Lacmann demonstra, com esse caso, a possibilidade de que, num caso merecedor de dolo eventual, a ocorrência do resultado seja incompatível com o objetivo do autor

e, dessa maneira, esvazia a argumentação das fórmulas de Frank. LACMANN, W. *Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 31, 1911, p. 159.

63. Adota essa variante desenvolvida em meu estudo *Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo* e chega a conclusões semelhantes: GRECO, Luis. *Dolo sem vontade*. In: DUS, Augusto Silva et alii (orgs.). *Liber Amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70.º aniversário – Estudos de direito e filosofia*, 2009, p. 887-888.

64. SOUZA SANTOS, Humberto. *Op. cit.*, p. 285.

65. *Idem*, *ibidem*.

66. *Idem*, p. 285-286.

Engisch, a culpa consciente estará caracterizada porque o autor, ao disponibilizar todo seu patrimônio em caso de erro, demonstrou que não era indiferente ao resultado, mas, ao contrário, que atuava na confiança de que o mesmo não ocorreria, de modo a agir, portanto, com a oposição interna exigida por Engisch.⁶⁷ O raciocínio de Kaufmann também soluciona a hipótese como culpa consciente porque o fazendeiro-atirador, ao escolher a posição mais confortável, encostar seu braço numa mureta para servir de apoio, e mirar com atenção e concentração o chapéu, tomou medidas precavidas para evitar acertar a nuca da moça. Além disso, ao disponibilizar todo seu patrimônio em caso de erro, já teria atuado com a finalidade de quem tem vontade de evitar o resultado.⁶⁸ A conclusão a que se chega ao aplicar às fórmulas de Frank é a mesma obtida pelo caso original do tiro ao alvo elaborado por Lacmann, qual seja, de que o evidente dolo eventual do autor pode surgir numa situação em que a ocorrência do resultado é incompatível com o seu objetivo (ganhar a aposta). Entretanto, ao ignorar esse dado, as fórmulas de Frank levam à conclusão de que o caso é de culpa consciente, pois o autor não atiraria se soubesse de seu erro e nem se estivesse diante da previsão segura do resultado, uma vez que perderia todo seu patrimônio e ainda praticaria uma conduta sem sentido.⁶⁹

Por outro lado, a teoria volitiva do dolo, ao defender a distinção entre dolo e culpa de acordo com estados internos do autor, se mostra extremamente difícil de ser comprovada na esfera judicial e evidencia o costumeiro desinteresse dos penalistas materiais em relação à viabilidade prática de seus argumentos ao partem, erroneamente, do pressuposto de que não cabe ao teórico se preocupar com problemas relacionados à produção probatória, relegados que estariam ao intérprete no plano processual.⁷⁰ Entretanto, esse mal disfarçado menosprezo em relação à prática forense esquece que, para o direito processual cumprir sua missão como instrumento adequado a constatar a existência ou inexistência do direito material com solidez científica, são necessárias ferramentas precisas o suficiente para que seja indicado qual caminho deve ser seguido pela atividade probatória.⁷¹ Ainda que as regras processuais sejam as mais eficientes, que os métodos e as possibilidades sejam os mais sofisticados, a prática forense necessita incidir sobre um conceito material preciso, uma vez que significa desafiar

a lógica admitir um conceito obscuro e esperar que sua clareza surja diante das regras processuais, pois, afinal, a viabilização de um método correto de prova somente pode ocorrer quando ao menos se sabe o que se está a provar.⁷² Em verdade, a consequência da aplicação judicial do conceito volitivo de dolo tem sido uma evidente imprevisibilidade e manipulabilidade de decisões que o utilizam como fórmula mágica para camuflar que o reproche doloso foi imputado ou afastado ao acusado devido a qualquer circunstância que tenha causado no intérprete algum desconforto sentimental.⁷³

Além disso, a vontade como componente do conceito de dolo ainda padece de um sério problema de fundamentação, como bem demonstra Greco no trabalho em que conclui que o autor doloso precisa praticar a conduta com um conhecimento tal que lhe permita exercer o domínio sobre o que realiza,⁷⁴ de modo que o caminho a ser seguido seria aprimorar a teoria da probabilidade,⁷⁵ por não ter sido apresentado, até o momento, qualquer fundamento convincente para se exigir que a vontade faça parte do conceito de dolo.⁷⁶

Um elemento volitivo não pode ser justificado com o argumento de ser a ação praticada com vontade objetivamente mais perigosa, pois o que torna uma ação objetivamente mais perigosa não é a vontade, e sim a maneira como é externamente executada.⁷⁷ Tampouco pode ser sustentado com a alegação de que um autor que pratica um ato com vontade é um sujeito mais perigoso, capaz de querer praticá-lo de novo, pois assim se estará punindo o sujeito não somente pelo que ele fez, mas pelo que poderia fazer, algo característico de um direito penal do autor, não do fato.⁷⁸ Também não é adequado defender que a presença da vontade deve ser reprovada por ser o dolo algo decorrente de perigosos e hostis afetos e paixões que conduzem a um desejo antijurídico e nem porque, ao agir com vontade, o autor questionaria diretamente a vigência da norma, visto serem considerações que gravitam em torno de um conteúdo moralista e que censuram mais gravemente o autor não em razão do que ele fez, mas de sua atitude interna.⁷⁹

72. Purpe, Ingeborg. Op. cit., p. 60.

73. Souza Santos, Humberto. Op. cit., p. 287.

74. Greco, Luis. Dolo sem vontade cit., p. 902.

75. Idem, p. 903.

76. Idem, ibidem.

77. Idem, p. 898-899.

78. Idem, p. 899.

79. Idem, p. 900.

67. Idem, p. 286.

68. Idem, ibidem.

69. Idem, ibidem.

70. Ragús i Valls, Ramón. Consideraciones sobre la prueba del dolo, 2002, p. 7.

71. Idem, p. 1.

Da mesma maneira, não convence a afirmação de que uma teoria cognitiva do dolo expandiria excessivamente seu alcance, o que tornaria necessário o elemento vontade por este se apresentar como fator limitador. Isso porque, a depender do critério adotado para se definir a característica do risco conscientemente criado suficiente para configurar o dolo, uma teoria cognitiva poderá punir menos do que uma volitiva,⁸⁰ principalmente porque esta já agravava o nítido de reproche diante do mero dado anímico do autor. Por outro lado, existem hipóteses em que realmente se é exigido um reproche mais gravoso do que o propiciado pela teoria volitiva, como no citado exemplo da Festa de Peão em Barretos, o que demonstra não ser o punir mais ou menos o que deve nortear a fundamentação do conceito de dolo,⁸¹ mas a adequação da censurabilidade do fato à intensidade da conduta praticada.

3. CRÍTICA ÀS TEORIAS COGNITIVAS TRADICIONAIS

3.1 Teoria do conhecimento da probabilidade de realização do resultado

A tradicional teoria do conhecimento da probabilidade do resultado, formulada numa época em que predominava o entendimento de que dolo e a culpa seriam elementos constitutivos da culpabilidade penal, sustenta que o limite entre o dolo, como a forma mais grave da culpabilidade, e a culpa, como a forma mais branda, apenas pode ser estabelecido a partir do grau de perigo que o autor sabe causar, pois essa relação entre consciência do perigo e conduta do autor, base para a forma mais grave ou mais branda de culpabilidade, consiste no fato de que o autor, apesar de representar o perigo, não se dissuade de seu projeto de ação. Essa lógica é também aplicada na culpa inconsciente sob o argumento de que nela o autor ignora o apelo, oriundo de fatos conhecidos por ele e que fundamentam seu dever objetivo de cuidado, para que respeite e conserve o bem jurídico lesado.

A teoria da probabilidade não estabelece, assim, uma diferença de princípio, mas unicamente de grau, entre o dolo e a culpa, de modo que quanto maior for o perigo criado pelo autor conforme sua representação, tanto maiores serão o injusto subjetivo e a culpabilidade.⁸² A partir dessa premissa, a teoria da probabilidade se divide em duas vertentes. A primeira vertente é a de Lacmann,⁸³ segundo a qual o fundamento do reproche severo ocorre no momento em que

80. Idem, p. 901.

81. Idem, ibidem.

82. Purpe, Ingeborg. Op. cit., p. 65-66.

o autor representa a maior probabilidade do resultado, já que quanto maior o risco de acordo com sua representação, menor motivação será necessária para evitar o resultado e dissuadi-lo da prática da conduta. O fator de reproche é a baixa motivação do autor para evitar o resultado, sob o argumento de que sequer a consciência de sua alta probabilidade foi suficiente para fazê-lo superar os desejos ligados ao seu projeto de ação.⁸⁴ A segunda vertente é a de Sauer, que encontra o fundamento do reproche mais gravoso não na baixa motivação do autor para evitar o resultado, mas no próprio perigo, consciente ou imaginariamente criado. Isso ocorre porque, de acordo com a opinião de Sauer, a valorização jurídica deve incidir sobre uma ação objetivamente perigosa originada de uma livre decisão de vontade, ou seja, o reproche vincula-se ao próprio desvalor do perigo mais intenso, como conteúdo da consciência do autor, de modo que tal conhecimento do perigo mais intenso significa não apenas um indicio do dolo no sentido da probabilidade, mas sim, o próprio dolo.⁸⁵

O grande equívoco do pensamento de Lacmann, ao fundar a distinção entre dolo e culpa na motivação de evitar o resultado que o autor possa ter, é tornar a intensidade do perigo considerada pelo autor apenas um entre muitos indicadores do dolo, sequer o mais importante, uma vez que, para a motivação de evitar o resultado superar a motivação de praticar a conduta, será preciso, sobretudo, que a motivação de praticar a conduta esteja determinada pelo interesse ou desejo do autor de realizar seu projeto, o que faz dessa intensidade de motivos, interesses e desejos o verdadeiro fundamento do limite entre o dolo e a culpa. No final das contas, recai na mesma busca por estados espirituais empreendida pela teoria volitiva, ainda que aqui eles estejam indicados pela probabilidade.⁸⁶

Além disso, caso a vítima tenha desenvolvido algo especificamente destinado a proteger o bem jurídico ou um terceiro tenha se diligenciado no sentido de salvaguardá-lo, de modo que o perigo tenha se tornado menor do que normalmente seria apenas em razão desses fatores, será possível interpretar, seguindo o raciocínio de Lacmann, que a motivação do autor quanto à evitação do resultado, conforme a relação psicológica que estabelece de motivação da prática da conduta inversamente proporcional à probabilidade do perigo que possa ser criado, tenha se tornado maior e, portanto, fundamento da atribuição de culpa. Dessa maneira, a defesa específica do bem jurídico interfere diretamente na análise procedida pela teoria de Lacmann, embora, ainda dentro do

83. LACMANN, W. Op. cit., p. 114.

84. SAUER, Wilhelm. *Derecho penal – Parte general*, 1956, p. 268-271.

85. Purpe, Ingeborg. Op. cit., p. 67.

jogo de interesses psicológicos que sustenta, no sentido de se premiar com a atribuição da sanção mais branda da culpa o autor que praticou a conduta, apesar da diligência da vítima ou de um terceiro, e sancionar com a maior tolerabilidade penal da agressão o fato de se ter diligenciado no sentido de proteger o bem jurídico.

O raciocínio de Sauer, a princípio, é mais acertado do que o de Lacmann, pois não confere ao propósito de realização uma função autônoma na verificação do dolo, mas sim o de apenas um elemento capaz de aumentar o perigo ao qual o autor expõe o bem jurídico. Isso significa que é o mirar contra uma pessoa para matá-la, de modo a criar um perigo maior do que quem visa outro alvo, por acaso próximo a essa pessoa, o que fundamenta o dolo e não o mero propósito do autor que, apesar de contribuir para esse mirar e para a criação intensa do perigo, não pode ultrapassar o limite de ser apenas um elemento entre os formadores do perigo para, por si só e autonomamente, fundamentar o dolo.⁸⁶ As críticas tradicionalmente dirigidas à teoria da probabilidade questionam, principalmente, qual seria o quociente de probabilidade que determinaria o início do dolo e o final da culpa e de que maneira poderia o autor obter o conhecimento de tais quocientes de probabilidade. Sauer, a exemplo de Lacmann, sempre se recusou a admitir determinadas quotas de probabilidade e sustentava que o reproche doloso estaria presente se o autor considerara a ocorrência do resultado mais provável do que sua não ocorrência.⁸⁷

Contudo, ao empregar o termo "mais provável", Sauer inevitavelmente torna dados estatísticos o ponto central de seu conceito, indispensáveis que são para se saber se um determinado fato é ou não mais provável do que outro. Além disso, não esclarece se circunstâncias relevantes para o acontecimento avaliadas segundo dados da experiência, que não necessariamente indicam um conteúdo estatístico, poderiam ser utilizadas para se chegar à conclusão de que a ocorrência seja mais provável do que sua não ocorrência, ponto do qual se omite. Por outro lado, assim como o raciocínio de Lacmann, a teoria de Sauer permite que o estabelecimento pela vítima ou por um terceiro de mecanismos que sirvam para especificamente proteger o bem jurídico interfira diretamente na análise do dolo ou da culpa do autor, pois, caso seja suficiente para diminuir a probabilidade do evento até que sua ocorrência se torne menos provável do que sua não ocorrência, deverá ao autor ser atribuída a culpa tão somente pelas atitudes tomadas no sentido de salvar o bem jurídico ameaçado.

86. Idem, p. 68.

87. Idem, p. 69.

3.2 Teoria do conhecimento da possibilidade de realização do resultado

A teoria do conhecimento da possibilidade de realização do resultado sustenta-se na ideia desenvolvida por Schröder de que basta a mera consciência da possibilidade da realização do resultado para motivar o autor a desistir de sua ação. Segundo seu entendimento, qualquer confiança na não ocorrência do resultado traz em si mesma a negação de sua possibilidade, o que leva à conclusão de que toda conduta culposa apenas pode ser, sempre, hipótese de culpa inconsciente, de modo a inexistir, ao menos no sentido tradicional, a modalidade culpa consciente.⁸⁸

Schmidhäuser concorda que o reproche doloso está na presença ou não do conhecimento da possibilidade do resultado pelo autor do fato, mas, sustenta que é necessário dividir essa consciência entre consciência de fatos seguros e consciência de fatos inseguros, a qual ocorre, por exemplo, no caso em que alguém não sabe se a penumbra diante de si pertence a um ser humano (consciência insegura de um fato presente) e se, ao disparar contra ela provocará a morte deste (consciência insegura de um fato futuro). Para Schmidhäuser o dolo sempre estará caracterizado nas hipóteses de conhecimento de fatos seguros, porém, nos casos de conhecimento inseguro apenas se o autor estiver consciente da possibilidade concreta de realização do tipo. Schmidhäuser, explica que ao não conhecer a possibilidade concreta de ocorrência do resultado, apesar de haver considerado a possibilidade em abstrato, o autor se convence de que o resultado não irá acontecer e isso implica numa eliminação mental da própria consciência da possibilidade de realização do tipo, o que caracteriza uma hipótese de culpa aparentemente consciente. O reproche doloso se caracteriza nos casos de conhecimento inseguro da possibilidade concreta, porque neles o autor se decide, de modo consciente, pela lesão.⁸⁹

Embora tanto Schröder quanto Schmidhäuser tenham estabelecidos alguns limites ao reproche doloso sobre condutas conscientes – Schröder ao considerar a existência de hipóteses nas quais uma transgressão é tão mínima que pode ser considerada como insignificante,⁹⁰ Schmidhäuser nos casos em que acontece uma eliminação mental da representação da possibi-

88. SCHRÖDER, Horst. *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*, 1949, p. 245.

89. SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat ("dolus eventualis" und bewußte Fahrlässigkeit)*, 1980, p. 240-250.

90. SCHRÖDER, Horst. *Op. cit.*, p. 240; RAGUÉS I VALLES, Ramon. *El dolo y su prueba...*, cit., p. 75.

lidade de realização do tipo por parte do autor –⁹¹ a teoria da possibilidade pune com dolo condutas que, a princípio, mereceriam um reproche culposo. Além disso, ao sustentar que a confiança na não ocorrência do resultado significa, desde já, a eliminação do conhecimento, abandona o próprio ponto de partida, segundo o qual, o fundamento do dolo seria o conhecimento, e, por meio de interpretações psicológicas fictícias, faz de algo sabido algo não sabido.⁹² Aliás, é possível observar que, com essa conclusão, a teoria de Schmidhäuser desloca o ponto central do dolo do conhecimento para o “confiar plenamente que nada ocorrerá” já defendido pela teoria volitiva majoritária, a qual tem seus próprios problemas. Além disso, também aqui as atitudes da vítima ou de um terceiro, tomadas para resguardar o bem jurídico, podem influenciar o juízo de atribuição de dolo ou culpa ao sujeito, pois à medida que quanto mais protegido o bem jurídico no caso concreto, mais “inseguro” tornar-se-ia o conhecimento do perigo e “abstrata” a possibilidade do resultado.

4. CRÍTICA ÀS TEORIAS COGNITIVAS RECENTES

4.1 Teoria do conhecimento de um risco típico, de Frisch

A teoria de Frisch parte da ideia de que o dolo é a consciência da conduta típica, englobada numa dimensão especial, ou seja, de que não é suficiente para o reproche doloso o conhecimento da conduta apenas como uma sucessão externa de fatos, mas que esta conduta tenha adquirido uma dimensão especial. Frisch estabelece três requisitos para que essa dimensão seja tipicamente relevante. Primeiro, essa dimensão típica deve aparecer como um dado que revele a contradição existente entre o comportamento de quem pratica a conduta e o ordenamento jurídico. Segundo, ela deve especificar periculosidade em relação aos bens jurídicos. Terceiro, deve demonstrar que a conduta praticada constitui um fato qualificado diante das exigências jurídicas. Isso quer dizer que, para ser qualificada como típica, a conduta deve ser concretamente arriscada e juridicamente desaprovada, juízo obtido a partir das circunstâncias reconhecidas *ex ante* que circundam o caso e desde a perspectiva do autor. O dolo se caracteriza nas hipóteses em que o autor, consciente da tipicidade de sua conduta, nos delitos de lesão, “parte para si” de que cria objetivamente um risco não tolerado de lesão, enquanto nos delitos de perigo “parte para si”

de que gera um risco não permitido de criação de uma situação que significa perigo, isto é, que a dimensão de risco de sua conduta se apresenta como uma possível causação de uma situação de perigo, ainda que julgue não conter, em si mesma, um perigo de lesão.⁹³

Nesse sentido, Frisch faz uma distinção entre delitos de lesão e delitos de perigo, segundo a qual nos delitos de lesão o autor toma “para si” o conhecimento de que sua conduta possui objetivamente um risco não tolerado de lesão e nos delitos de perigo o autor toma “para si” o conhecimento de que sua conduta traz consigo um risco não permitido de criação de uma situação que significa perigo. Contudo, essa distinção não parece delimitada em critérios precisos e nem se entende qual seria a diferença entre um “risco não tolerado de lesão” e a criação de “uma situação que significa perigo” quando se compara o risco de um crime de lesão com o risco de um crime de perigo concreto. Além disso, seus críticos apontam a ocorrência de uma ampliação do âmbito de reproche doloso, uma vez que a mera colocação em perigo de um bem jurídico protegido pelo ordenamento penal daria lugar à reprovação que incide sobre o autor, a deixar o resultado como uma mera sorte de qualificação.⁹⁴

4.2 Teoria do conhecimento de um risco desprotegido, de Herzberg

A teoria de Herzberg gira em torno da classificação do risco criado em duas espécies fundamentais. A primeira espécie é o “risco protegido”, justificador da culpa, no qual subsiste uma atenção do titular ou de um terceiro sobre o bem jurídico que permite ao autor confiar, orientado por uma expectativa racionalmente fundada na experiência, que tudo terminará bem. Caso o resultado aconteça, apesar dessa mais alta atenção da vítima ou de um terceiro, não passará de um infortunado desenvolvimento da situação. A segunda espécie é o “risco desprotegido”, responsável por fundamentar o dolo, em que não se constitui qualquer âmbito de proteção e nem o autor que cria o risco e nem o esforço da vítima (ou de um terceiro) criam uma reserva capaz de evitar a realização do resultado. Por isso, caso o autor confie que tudo ocorrerá bem, essa será apenas a expressão de uma confiança irracional e, portanto, inidônea para afastar o reproche doloso. Herzberg explica ainda que a consciência do autor que reconhece um risco ao bem jurídico impossível de diminuir, por mais que haja esforço para tanto, é suficiente para justificar o reproche doloso, mas, se

91. SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Op. cit.*, p. 240-250.

92. PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 74.

93. FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 70-74.

94. DÍAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*, 1994, p. 137.

este risco for insignificante, deve-se atribuir culpa, já que um risco desprotegido do pequeno equipara-se a um risco protegido.⁹⁵

Herzberg formula poucas exigências para a caracterização do perigo doloso, pois atribui culpa somente aos casos de culpa leve, quando o perigo é pequeno ou protegido com alta eficiência, de modo que as hipóteses de culpa média ou culpa grave sofrem um reproche doloso. Mas, se a premissa da proteção com alta eficiência for renunciada sem que seja substituída por outro requisito qualitativo, a distinção entre perigo protegido e desprotegido torna-se manipulável, uma vez que Herzberg aceita como proteção de um perigo qualquer circunstância que, analisada *ex ante*, oponha-se à realização do perigo. Isso significa que sempre será possível concluir pela existência de um perigo protegido ao se examinar tais circunstâncias opostas, as quais somente não ocorrem quando o risco possui 100% de chances de ser concretizado, de modo separado dos fatores que favorecem a realização do perigo. Ao contrário, se os fatores reconhecíveis *ex ante* favorecedores e redutores do perigo forem considerados em conjunto, na construção de um perigo global, chegar-se-á, em todas as hipóteses, à conclusão de se estar diante de um perigo desprotegido.⁹⁶ Além disso, também a atribuição de dolo ou culpa segundo a teoria de Herzberg está sujeita a ser influenciada conforme a vítima ou um terceiro se diligencie no sentido de proteger o bem jurídico. Isso porque se a mera presença de um fator redutor já fundamenta a culpa, o autor sempre atuará com culpa consciente em razão da existência de qualquer mecanismo específico de proteção ao bem jurídico. Contudo, se a relevância do fator redutor depender de sua intensidade, um bom mecanismo específico de proteção já será suficiente para fundamentar a conduta culposa do autor.

4.3 Teoria do conhecimento de um risco idôneo ou estrategicamente racional, de Puppe

O raciocínio formulado por Puppe sustenta que o reproche doloso se caracteriza nas hipóteses em que perigo criado representa, em si mesmo, um método idôneo para a provocação do resultado, ou seja, um método cuja chance de alcançar o objetivo apresenta-se relativamente grande de acordo com os conhecimentos de quem o utiliza. Para identificar a idoneidade ou não do método, Puppe explica que não deve ser realizada uma ponderação inflexível a

respeito da quantidade de perigo, pois é impossível medir índices de probabilidade com clareza, mas uma avaliação orientada de acordo com um repertório de métodos, fundado na experiência, para alcançar os mais diversos objetivos.

Por isso, o relevante não é a situação individual do autor e suas possibilidades de agir, uma vez que o fato de o autor almejar o resultado e não dispor de nenhum meio melhor não transforma uma estratégia genericamente inidônea em idônea, assim como não deixa de ser uma estratégia idônea e, portanto, um perigo doloso, o autor dispor, no caso concreto, de meios ainda melhores para alcançar o resultado, como golpear a cabeça da vítima com um cano apesar de trazer consigo uma pistola. Puppe explica com acerto que o propósito do autor de provocar o resultado pode até exercer, em certos casos, um papel decisivo ao constituir-se como fator de perigo, como na hipótese em que um bom atirador, a uma distância média, dispara com o propósito de matar e com uma arma de alta precisão, mas o reproche doloso estará constituído não por causa do propósito em si, mas porque o autor visa uma parte do corpo na qual a vítima pode ser letalmente ferida.⁹⁷

Embora a teoria de Puppe esteja absolutamente correta em seus fundamentos, falha por uma certa imprecisão terminológica daquilo que pretende expressar. Ao trabalhar com o termo “inidôneo”, para se referir ao método empregado caracterizador da culpa, transmite a ideia de que o resultado é impossível de ser obtido. Por outro lado, de acordo com o que se depreende de seu raciocínio, falar em repertório de métodos significa recorrer a dados da experiência, seja ela cotidiana ou científica, de modo que é linguisticamente mais simples referir-se diretamente a esse juízo do que empregar a expressão “repertório”, mais confusa. Ademais, é um tanto vago delimitar a intensidade do perigo doloso numa “chance relativamente grande” de se alcançar o resultado, ainda mais porque, mesmo nos casos em que a não ocorrência do resultado seja a hipótese com maior chance de acontecer, pode subsistir uma chance relativamente grande de se alcançar o resultado.

Além disso, a exemplo do que ocorre com as teorias de Lachmann, Sauer, Schmidhäuser e Herzberg, a depender da capacidade de tornar mais difícil a realização do resultado de um mecanismo destinado pela vítima ou por um terceiro para a proteção específica do bem jurídico, o método empregado pelo autor pode deixar de ser “estrategicamente idôneo”, tornando a conduta culposa ou mesmo atípica (na falta de sua previsão culposa) somente devido à diligência empreendida em relação ao bem jurídico. Assim, por exemplo, na

95. Herzberg, Rolf Dietrich. Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – Ein Problem des objektiven Tatbestandes, 1986, p. 249-256.
96. Puppe, Ingeborg. Op. cit., p. 80.

97. Idem, p. 82-84.

hipótese em que alguém tenta assaltar um grande, e bem protegido, banco munido apenas de uma pistola 38 – fato que o forte aparato de proteção tornaria atípico (não existe roubo culposo) independente de ter sido tentado ou consumado. Isso significa, como ressaltado na crítica às demais teorias que apresentam o mesmo problema, punir a vítima com a desproteção de seu bem jurídico justamente por ter existido em relação a ele uma diligência fática e premiar o autor por ter tido a ousadia de praticar o fato apesar do mecanismo que aumentou o nível de proteção.

5. DESENVOLVIMENTO DE UM CONCEITO DE DOLO POLÍTICO-CRIMINALMENTE ORIENTADO

A seguir serão explicadas as principais bases de um conceito de dolo político-criminalmente orientado que se preocupe com a clareza de seus elementos, coerência de seu raciocínio, acessibilidade à comprovação empírica e manutenção de uma correlação proporcional entre o elemento conceitual justificador do reproche mais gravoso, o que se busca coibir com esse reproche e a intensidade da conduta contrária ao bem jurídico protegido.⁹⁸

Em primeiro lugar, em razão do exposto na análise da teoria volitiva, o correto é admitir a consciência, e não a vontade, como centro de gravidade do reproche doloso, de modo a seguir o mesmo caminho das teorias cognitivas recentemente desenvolvidas. A partir daí devem ser identificados os elementos sobre os quais a consciência do autor precisa incidir para que sua conduta seja reprovada como dolosa. Esses elementos devem se apresentar como características inerentes ao risco criado, e capazes de fundamentar a censurabilidade mais grave do dolo como algo proporcional e ajustado à intensidade da conduta praticada no caso concreto. A conclusão a que se chega é que o dolo deve ser definido como *a criação consciente de um risco eficiente, excluídos mecanismos específicos de proteção*. Esse conceito será detalhado nos próximos dois subtópicos.

5.1 Criação consciente de um risco eficiente

O autor deve saber que cria um risco eficiente contra o bem jurídico. Esse é o ponto fundamental do dolo e o fator justificador do reproche mais gravoso da conduta por ele praticada. Um risco eficiente é aquele que possui em seu âmbito de configuração duas características principais: *ser juridicamente*

desaprovado e ter a realização do resultado como sua principal tendência racionalmente fundada.

A primeira dessas características, a de ser o perigo conscientemente criado do algo *juridicamente desaprovado*, isto é, um *risco não permitido*, avaliado de acordo com os *princípios de imputação objetiva*, sintetizados por uma ideia de ampla ponderação entre o interesse de proteção de bens jurídicos e o interesse geral de liberdade, na qual o importante não é apenas o valor dos bens expostos a perigo, mas a intensidade, o interesse social, a idoneidade da medida de cuidado, a existência e custo de alternativas menos perigosas e considerações relativas ao princípio da proporcionalidade por trás de normas específicas regulamentadoras de situações perigosas que o intérprete deve ter em mente no momento de avaliar em que medida essa ponderação poderá ser entendida como a identificação acertada de um risco permitido ou não.⁹⁹

A exigência da segunda característica, *ser a realização do resultado a principal tendência racionalmente fundada do risco não permitido criado*, segue caminho semelhante ao empreendido por Puppe de recorrer a dados extraiados da experiência capazes de fundamentar racionalmente um juízo de reproche doloso conforme a intensidade consciente da conduta praticada. Contudo, para além de se apresentar como uma chance relativamente grande, a realização do resultado deve se caracterizar como *principal tendência* do risco criado, uma vez que é plenamente compatível a existência de uma chance relativamente grande de ocorrência do resultado em casos em que sua não ocorrência é a tendência principal. Nesse ponto, é desproporcional, além de incoerente, estabelecer o reproche mais gravoso do dolo com fundamento na intensidade do perigo quando o bem jurídico tem uma maior chance de sair ileso do que de ser atingido. Por outro lado, inexistentes no caso concreto dados que permitam racionalmente fundamentar a hipótese de realização do resultado como a principal tendência do desenrolar dos acontecimentos, deverá ser reconhecida a culpa pelo princípio da dúvida.

Nesse contexto de análise da intensidade da conduta, uma quantidade probabilística de perigo deve ser considerada, quando disponível, como apenas uma parte do conjunto de dados da experiência racionalmente adequados para demonstrar que a tendência principal do risco conscientemente criado é a realização do resultado. Essa experiência pode ser dividida em dois grandes grupos de casos identificados de acordo com o nível de conhecimento a ser constatado no autor: *dados de observações cotidianas e dados de observações especializadas*.

98. SOUZA SANTOS, Humberto. Op. cit., p. 288.

99. GRECO, Luis. *Um panorama da imputação objetiva* cit., p. 43-46.

Os dados de observações cotidianas, isto é, aqueles que podem ser obtidos da experiência do dia a dia, rotineira, têm conteúdo e avaliação ao alcance da generalidade das pessoas, já que podem ser extraídos do conteúdo básico da vida em geral. Entretanto, os dados de observações especializadas somente podem ser obtidos mediante o acesso a campos específicos de conhecimento (científicos, técnicos, profissionais etc.) e fundamentam o reproche doloso na medida dos conhecimentos especiais do sujeito que pratica a conduta. Assim, por exemplo, o conhecimento da capacidade letal de um tiro na cabeça de alguém é um dado da experiência cotidiana, disponível a qualquer pessoa normal, enquanto que o conhecimento das chances de determinado edifício desabar devido ao desrespeito a determinadas regras de engenharia somente está disponível a quem teve acesso a esse tipo de informação, por ser um dado de experiência especializada, o que obriga a, necessariamente, considerar os conhecimentos especiais do autor.

5.2 Exclusão de mecanismos específicos de proteção

Como explicado na crítica dirigida à teoria de Puppe, o juízo a respeito da idoneidade do meio para se alcançar o resultado pode ser influenciado por mecanismos especificamente empregados para proteger o bem jurídico e dificultar sua lesão, o que ocasiona um desequilíbrio político-criminal punitivo da vítima diligente e premiador do autor ousado. O mesmo se diga em relação à noção de eficiência do risco criado aqui desenvolvida.

Nesses casos, a idoneidade ou a ineficiência do risco criado não acontecem em razão das próprias características do método em si, mas de fatores externos especificamente destinados pela vítima (ou por um terceiro) a salvaguardar o bem jurídico. Assim, a potencialidade lesiva do comportamento do autor é diminuída tão somente porque o bem jurídico fora diligentemente melhor protegido, pois, sem essas medidas específicas de proteção, o método utilizado pelo autor se tornaria reconhecidamente eficiente para atingir o resultado.

Esses fatores apresentam, portanto, qualidade normativa diferente de outros dados capazes de influenciar na eficiência do meio escolhido pelo autor. Isso porque sua existência tem como fundamento a mesma finalidade de proteção de bens jurídicos que orienta o direito penal, o que justifica um tratamento diverso em relação a dados circunstanciais do caso concreto que não tenham como característica o objetivo de proteger o bem jurídico ameaçado. Nesse sentido, como os mecanismos específicos de proteção são previamente estabelecidos para que o nível de proteção do bem jurídico seja aumentado,

sua interferência na intensidade do perigo causado pela conduta do autor deve ser desconsiderada. Caso contrário, o atestado será o próprio fim de proteção de bem jurídico que os orienta e a solução caminhará para um político-criminalmente inadequado reproche mais brando. Os demais fatores, contudo, por não se destinarem diretamente à proteção do bem jurídico, relacionam-se com a capacidade lesiva dos métodos escolhidos pelo autor, não como reflexo do empenho por essa proteção, mas como partes autonomamente (em relação ao caráter protetivo) integrantes do complexo de circunstâncias, o que justifica e legitima um reproche mais brando no caso de ineficiência.

Essa exclusão dos mecanismos de proteção, fruto da natureza diferenciada deles, encontra também justificativa em três importantes princípios. O primeiro deles, já mencionado, é o fim de proteção de bem jurídico, objetivo maior do direito penal, que não permite ao direito penal valorar, em detrimento do próprio bem jurídico, condutas específicas e proporcionalmente destinadas a protegê-lo. O segundo é a proporcionalidade. A exclusão dos mecanismos específicos de proteção é uma medida adequada, necessária e não excessiva para manter a conduta do autor vinculada ao reproche merecedor de um método cuja eficiência somente foi alterada devido a componentes salvadoras.¹⁰⁰ O terceiro é o princípio da vitimodogmática, segundo o qual a vítima deve proteger com diligência seu próprio bem jurídico quando, dentro de suas possibilidades e da racionalidade humana, tiver plenas condições de fazê-lo por si mesma, sem necessidade de aguardar o aparato do Estado.¹⁰¹ Todos esses princípios caminham para a mesma direção: a de que a vítima não pode ser punida por se proteger e o autor não pode ser premiado por precisar enfrentar a proteção da vítima.

5.3 Cumprimento das exigências pré-estabelecidas

Nesse tópico será testado se a concepção de dolo aqui desenvolvida é clara em seus elementos, coerente no raciocínio que emprega, acessível à comprovação empírica e capaz de manter uma correlação proporcional entre o

100. Sobre o princípio da proporcionalidade, vide notas 59 e 60.

101. Em favor do princípio da vitimodogmática: SCHÜNEMANN, Bernd. Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtsplege. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*. 1986, p. 195 e 439. SCHÜNEMANN, Bernd. Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts. In: KAUFMANN, Arthur et alii. *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70 Geburtstag*. 1979, p. 129. A respeito também: CANCIO MENA, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, 1998, p. 235-243.

elemento conceitual justificador do reproche mais gravoso, o que se busca coibir com esse reproche e a intensidade da conduta contrária ao bem jurídico protegido, conforme as diretrizes político-criminais que foram anteriormente pré-estabelecidas.¹⁰²

Em relação à clareza de elementos e a coerência de raciocínio, a presente proposta parte do pressuposto de que dolo é a consciência de se criar um risco eficiente, excluídos mecanismos específicos de proteção e mantêm em qualquer caso a mesma premissa e interpretação terminológica das quais, parte seu pensamento, sem recair numa ambiguidade de sentidos e sem precisar se subdividir em diferentes categorias contraditórias entre si para preencher eventuais dificuldades.

Quanto à acessibilidade à comprovação empírica, seus elementos estão aptos a uma adequada identificação realizada pelos métodos de prova da prática forense. A consciência é um dado psicológico que permite ser constatado na prática com um mínimo de clareza, em especial quando comparada à obscuridade dos demais dados anímicos, enquanto o conteúdo da expressão “risco eficiente” é algo preenchido com dados extraídos tanto de observações cotidianas quanto de observações especializadas, de modo a se racionalmente fundar na experiência empírica. Nesse ponto, pode o intérprete trabalhar com uma margem maior de precisão e segurança do que se obrigado a identificar a presença de dados restritos à esfera interna do sujeito.

Por fim, o conceito aqui defendido correlaciona o elemento justificador do reproche mais severo, o que se almeja coibir com esse reproche e a intensidade da conduta contrária ao bem jurídico. O elemento justificador do reproche doloso é a consciência da criação de um risco eficiente, isto é, o conhecimento de que se está a criar um risco não permitido, cuja capacidade para atingir o bem jurídico surge como sua principal tendência racionalmente fundada. O que se pretende coibir com esse elemento justificador do reproche mais severo é a exposição do bem jurídico a condutas que produzam uma contrariedade objetivamente intensa ao seu âmbito de proteção, censurando-as mais gravemente, e, assim, manter uma relação de proporcionalidade entre a importância da conduta praticada pelo autor e a reprovação à qual ela será submetida. Esse raciocínio também está diretamente relacionado com o princípio do fim de proteção de bem jurídico, que orienta o direito penal na direção de apenas reprovar condutas segundo sua capacidade de violação aos bens jurídicos tutelados.

102. Souza Santos, Humberto. Op. cit., p. 288.

5.4 Comparação crítica às demais teorias cognitivas

Além de averiguar a clareza, coerência, acessibilidade prática e a correlação proporcional entre o fundamento do reproche mais gravoso, seu objetivo e a intensidade da conduta praticada, é necessário, também, para que se justifique a proposta do conceito de dolo aqui desenvolvida, verificar seu afastamento de falhas estruturais apresentadas por outras teorias cognitivas.

Nesse sentido, o conceito de dolo aqui defendido não se submete ao mesmo problema observado na teoria de Laemann, pois não depende da motivação interna do sujeito e, portanto, da ponderação resultante de qualquer jogo de interesses psicológicos mais afetos aos seus dados anímicos do que propriamente à intensidade da conduta. Por outro lado, apesar de se assemelhar ao entendimento de Sauer, não se impõe a limitação estatística decorrente do termo “probabilidade” e nem se omite quanto ao seu método de análise, uma vez que se refere a um juízo de “tendência” que engloba toda a intensidade conhecida das circunstâncias relevantes para o desencadear dos acontecimentos, não apenas dados estatísticos, e esclarece que tal deve ser procedido de acordo com os dados da experiência cotidiana e especializada de conhecimento do sujeito, comprováveis através de laudos, perícias, depoimentos etc.

Tampouco opta por uma solução extrema, como a teoria de Schröder, visto que admite a existência de culpa consciente. Também não apresenta a mesma falha da teoria de Schmidhäuser, pois não gravita em torno de dados anímicos muito difíceis de serem comprovados, como se o autor considerou a possibilidade de realização do resultado em concreto ou em abstrato, ou se teve conhecimento seguro ou inseguro do fato, nem recorre a interpretações psicológicas fictícias, como a de que o confiar plenamente na não ocorrência do resultado exclui o conhecimento do sujeito.

Além disso, ao contrário da teoria de Frisch, não promove distinções imprecisas e incompreensíveis, como a entre “a criação de um risco não tolerado de lesão” e “a criação de uma situação que significa perigo”, nem possui como elemento central um dado anímico desvinculado da intensidade da conduta e muito difícil de comprovação forense como o “partir para si” semelhante ao “assumir o risco” de uma das subteorias volitivas do dolo eventual.

Já em relação à teoria de Herzberg, não repete a falha de indicar elementos sem grau mínimo de intensidade, como os fatores favorecedores e redutores determinantes para qualificar o risco de protegido ou desprotegido, cuja mera presença em qualquer grau já é suficiente para excluir ou fundamentar a “proteção” do risco. Ademais, se serve de um critério teórico de análise que não se sujeita à manipulação de raciocínio, como ocorre no pensamento de Herzberg

ao se considerar os fatores redutores de modo isolado ou em conjunto com os fatores favorecedores.

Num primeiro sentido, a teoria aqui proposta não diverge em substância do pensamento de Puppe. Difere em questões terminológicas, pois, ao contrário de utilizar o termo "inidoneo", que tem uma conotação linguística de "impossibilidade", isto é, a de que um método inidoneo seria impossível para se alcançar o resultado, o que, absolutamente, não é o entendimento de Puppe, faz um juízo sobre a "ineficiência", termo que deixa claro que o método empregado pelo autor pode alcançar o resultado, embora de maneira mais difícil e tortuosa. Além disso, ao contrário de estabelecer um juízo quantitativo impreciso como o exposto pelo critério da "chance relativamente grande" para a realização do resultado, a proposta aqui defendida deixa claro que a tendência para a ocorrência do acontecimento deve ser no mínimo a "principal", ou seja, superior às outras tendências.

A grande diferença em relação ao raciocínio de Puppe, contudo, está num dos elementos principais da teoria aqui defendida: a exclusão dos mecanismos protetivos. O pensamento de Puppe, assim como os de Lacmann, Sauer, Schmidhäuser e Herzberg, permite que o juízo sobre a imputação de dolo ou culpa ao autor seja influenciado pelo comportamento da vítima que se esforçou para se autoprotger ou de um terceiro que se dispôs a salvar o bem jurídico alheio, sempre no sentido de se tornar menos digno de censura penal o bem jurídico diligentemente resguardado, bem como mais tolerável a conduta daquele que contra ele se lançou.

Entretanto, ao se excluir esses mecanismos fáticos de proteção, mediante um juízo de comportamento hipotético, com fundamento nos princípios do fim de proteção ao bem jurídico, da proporcionalidade e da vitimodogmática, a proposta aqui sustentada se afasta dessa crítica e se aproxima, também sob esse aspecto, de uma solução político-criminalmente adequada aos fundamentos que devem nortear um conceito de dolo apto a exercer de modo preciso a função de reproche que lhe cabe num direito penal preocupado em evitar e desestimular a violação a bens jurídicos, objeto exclusivo de sua proteção.

6. BIBLIOGRAFIA

- AYUA, Humberto. *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRENKOW, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – Parte geral I*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CANCIO MEJA, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*. Barcelona: José María Bosch Ed., 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. *Direito penal – Parte geral*. Curitiba: ICP/Lumen Juris, 2008.

DELMANTO, Celso et alii. *Código Penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DIAZ PIRA, Maria del Mar. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

ENGISCH, Karl. *Untersuchung über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Berlin: Otto Liebman, 1930.

FRANK, Reinhard. *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*. 18. ed. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1931.

FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*. Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag KG, 1983.

GREGO, Luis. Algumas observações introdutórias à "distinção entre dolo e culpa" de Ingeborg Puppe. In: Puppe, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. São Paulo: Manole, 2004.

_____. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Dolo sem vontade. In: Dias: Augusto Silva et alii (orgs.). *Liberté Amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70.º aniversário – Estudos de direito e filosofia*. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. *Um panorama da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HERZBERG, Rolf Dietrich. Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – Ein Problem des objektiven Tatbestandes. *Juristische Schulung*. München: C. H. Beck, 1986.

JACOBS, Günther. *Derecho penal – Parte general*. 2. ed. Trad. Joaquín Cuervo Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. vol. 1.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal I*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

KAUFMANN, Armin. Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der Handlung und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze. In: _____, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*. Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag, 1982.

LACMANN, W. Die Abgrenzung der Schuldförmern in der Rechtslehre und im Vortwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 31. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1911.

LUIS, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1987.

MEJA, Manuel Cancio. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal – Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. Barcelona: J. M. Bosch, 1998.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal I*. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.

PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luis Greco. Barueri/SP: Manole, 2004.

RAGUES I VALLES, Ramón. Consideraciones sobre la prueba del dolo. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. n. 7. p. 1891-1898. Madrid: La Ley, 2002.

El dolo y su prueba en el proceso penal. Barcelona: Jose Maria Bosch Ed., 1999.

ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil I*. München: Verlag C. H. Beck, 2006.

SAUER, Wilhelm. *Derecho penal – Parte general*. Trad. Juan del Rosal e José Cerezo. Barcelona: Bosch, 1956.

SCHMIDHAUSER, Eberhard. Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat (*dolus eventualis* und bewußte Fahrlässigkeit). *Juristische Ausbildung*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1980.

SCHRÖDER, Horst. Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs. *Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag am 24. Juni 1949*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1949.

SCHÜNEMANN, Bernd. Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts. In: KAUFMANN, Arthur et alii. *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*. München, 1979.

SCHÜNEMANN, Bernd. Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*. p. 195 e 439. 1986.

SOUZA SANTOS, Humberto. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo. In: GRECO, Luis; LOBATO, Danilo (coords.). *Temas de direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Consideraciones sobre la prueba del dolo, de Ramon Ragues i Valles – *RBCCrim* 69/129;
- Dolo eventual e culpa consciente, de Ingeborg Puppe – *RBCCrim* 58/114;
- Dolo eventual e culpa consciente, de Sérgio Salomão Shecaira – *RBCCrim* 38/142.e
- Sobre a estrutura monista do dolo: uma visão crítica, de Carlos Maria Romeo Casabona – *RCP* 3/7.

REPUBLICANISMO PENAL E LIBERDADES PÚBLICAS: SOBRE OS LIMITES DA FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO PENAL

4

*Penal republicanism and public liberties:
about the limits of the promotional function of penal law*

JOÃO PEDRO CHAVES VALLADARES PÁDUA

Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado e Doutorando em Estudos da Linguagem pela PUC-RJ. Professor de Direito Processual Penal da UFF. Ex-professor de Direito Penal da UFRJ. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Filosofia

Resumo: O problema da filosofia do direito penal é tradicionalmente relegado a segundo plano nos debates doutrinários (brasileiros e estrangeiros). Na maioria das vezes, os pressupostos filosóficos que dão base para as construções analíticas de todas as vertentes da teoria do direito penal (teoria do fato punível, teoria da pena, teoria do bem jurídico etc.) ficam recalçados nas diversas posições e investigações sobre o assunto, produzindo efeitos sem que os seus autores tomem consciência disso. Todavia, recentemente, alguns trabalhos procuraram tratar desse problema. Dentre estes trabalhos, destacam-se os que procuram relacionar as pesquisas da filosofia política contemporânea com o direito penal. No presente artigo, procuro analisar alguns desses trabalhos, com foco sobre propostas de aplicar a teoria do republicanismo para trazer à tona e

Abstract: The issue of the philosophy of penal law is traditionally left on the backstage in the current academic debates (both Brazilian and foreign) on doctrine. Most of the time, the philosophical assumptions on which the analytical premises of all the branches of penal law theory (theory of punishable fact, theory of punishment, theory of the legal interest etc.) are based on, are reflected on the various positions and studies on the subject, having an effect unbeknownst to its authors. Even recently, some studies tried to approach this issue. Among these writings, those that seek to link research on current political philosophy and penal law stand out. In this article, I intend to analyze some of these writings, focusing on propositions to apply the theory of republicanism, to bring to the forefront