

Copyright © 2017, D'Plácido Editora.
Copyright © 2017, Os autores.

Editor Chefe
Plácido Aires

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Tales Leon de Marco

Diagramação
Bárbara Rodrigues da Silva
Christiane Moraes de Oliveira
Enzo Zaqueni Prates

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007

W W . E D I T O R A D ' P L Á C I D O . C O M . B R

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização
prévia do Grupo D'Plácido.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO..... 9

DIREITO PENAL ECONÔMICO - PARTE GERAL..... 17

1. A EMPRESA É CAPAZ DE AÇÃO? UMA PROPOSTA DE DISCUSSÃO
SOBRE A CAPACIDADE DE RENDIMENTO DA CONCEPÇÃO
SIGNIFICATIVA DA AÇÃO NO DIREITO PENAL EMPRESARIAL..... 19

Décio Franco David
Paulo César Busato

2. A RESPONSABILIDADE PENAL OMISSIVA DOS DIRIGENTES DE
EMPRESAS..... 45

Augusto Assis

3. CAUSALIDADE NA OMISSÃO: UM PANORAMA DOS PROBLEMAS
DAS OMISSÕES PARALELAS E SUCESSIVAS NA CRIMINALIDADE DE
EMPRESA..... 69

Helôisa Estrellita

4. A CAUSALIDADE NOS DELITOS ECONÔMICOS: UM PANORAMA DAS
CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE DO TEMA..... 115

Bruno de Oliveira Moura

5. A IMPUTAÇÃO OBJETIVA E SUA APLICAÇÃO NOS DELITOS
ECONÔMICOS E EMPRESARIAIS..... 167

Janice Santin

Catálogo na Publicação (CIP) Ficha catalográfica

Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro. LOBATO, José Danilo
Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza [Orgs.]
— Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

Bibliografia.
ISBN: 978-85-8425-698-3

1. Direito. 2. Direito Penal. I. Título. II. Autores

CDU 340

CDU 342.1

GRUPO
D'PLÁCIDO



Rodapé



O DOLO NOS CRIMES ECONÔMICOS E EMPRESARIAIS

7

*Humberto Souza Santos**

1. INTRODUÇÃO

O dolo no direito penal já há muito tempo é majoritariamente compreendido a partir de um centro de gravidade relacionado à vontade do indivíduo. A influência desse entendimento é tão forte que se faz presente até na redação de códigos penais de alguns países, como o Brasil¹ e Portugal,² embora em outros o legislador tenha optado por uma postura mais pruden-

* Doutorando em Direito Penal na Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes - UCAM. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Advogado. Email: humbertosouzasantos@hotmail.com.

¹ BRASIL. Código Penal brasileiro: "Art. 18 - Diz-se o crime: (R: edição dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). Crime doloso (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 15.jul.2017.

² PORTUGAL. Código Penal português: "Artigo 14.º Dolo. 1 - Age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, atuar com intenção de o realizar. 2 - Age ainda com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta. 3 - Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente atuar conformando-se com aquela realização." Disponível em: <<http://www.codigopenal.pt/>>. Acesso em 15.jul.2017.

te, como na Argentina, na Espanha³ e na Alemanha⁴, onde não há referência a qualquer definição específica de dolo. Mas o ímpeto de positivar fórmulas pouco pode dizer nesse campo, já que, além de a tarefa da ciência não se esgotar em descobrir se quem decide tem poder para decidir, mas também se a decisão tem razões que a justifiquem,⁵ os termos utilizados pelo legislador brasileiro oscilam, como se verá melhor adiante, entre um sentido descritivo-psicológico e atributivo-normativo,⁶ e levam a uma jurisprudência instável e a um estado de obscuridade conceitual. Isso não apenas permite, mas obriga a que a ciência do direito penal dirija intensos esforços para esclarecer o dolo, que é um dos temas de repercussão prática mais manifesta no direito penal, especialmente no âmbito dos delitos econômicos e empresariais, no qual o legislador não é particularmente mais claro quanto ao aspecto subjetivo das condutas que descreve.

A teoria dominante, que pode ser chamada de volitiva, define o dolo como a consciência e vontade do autor do fato de realizar os elementos descritos no tipo penal.⁷ É uma definição composta por uma parte intelectual e uma parte volitiva, segundo a qual a primeira significa o conhecimento das circunstâncias do tipo objetivo, uma representação do fato concreto em seus elementos,⁸ e a segunda o “querer” a conduta descrita no tipo objetivo como resultado de

seu próprio comportamento.⁹ A teoria volitiva também entende que o dolo pode ser dividido em três categorias distintas: o dolo direto de primeiro grau, o dolo direto de segundo grau e o dolo eventual.¹⁰ O dolo direto de 1º grau dá ao dolo o sentido cotidiano de intenção e engloba o objetivo do autor e os meios escolhidos para concretizá-lo.¹¹ O dolo direto de 2º grau pressupõe o conhecimento seguro dos resultados colaterais que devem ocorrer durante a realização do fim pretendido.¹² O dolo eventual é preenchido com elementos anímicos do autor do fato somado à sua consciência da possibilidade de um resultado, motivo de divergência entre diversas correntes.¹³ Tal raciocínio é majoritariamente aplicado aos crimes econômicos e empresariais e tem levado a pontos obscuros sobre o aspecto subjetivo de diversos tipos penais, não raro preenchido por argumentos derivados do mero sentimento interno do julgador, o que ocasiona problemas insuperáveis em relação aos fundamentos apresentados para atribuir o tratamento mais grave do dolo ao comportamento do autor do fato.

2. PROBLEMAS DA VONTADE COMO FUNDAMENTO DO DOLO

Uma definição adequada de dolo precisa ser clara, coerente, acessível à prova forense e apresentar uma correta proporção entre o elemento central de seu reproche mais gravoso em relação à culpa, o que se visa prevenir com tal reproche e a intensidade da ameaça ao bem jurídico

³ ESPANHIA. Código Penal espanhol (*Código penal español*). Artigo 10. São delitos as ações e omissões dolosas ou imprudentes apenadas pela lei. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>>. Acesso em 15.jul.17.

⁴ ALEMANHA. Código Penal alemão (*Stürgeretzbuch (StGB)*): “§ 15. Ação dolosa e culposa. Somente a ação dolosa é punível quando a lei não ameaça expressamente com pena a ação culposa.” Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_15.html>. Acesso em 15.jul.17.

⁵ GRECO, Luís. *Dolo sem vontade*. In: Dias: Augusto Silva et alii (orgs.). *Liberté Anticorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70.º aniversário – Estudos de direito e filosofia*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 885-886.

⁶ Ver GRECO, Luís. *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, p. XVII e XVIII.

⁷ KÜHL, Kristian. *Stürgeretzbuch Allgemeiner Teil*, 6. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2008, p. 68.

⁸ WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Stürgeretzbuch Allgemeiner Teil*, 38. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2008, p. 84.

⁹ STRATENWERTH, Günther; KUHLEN, Lothar. *Stürgeretzbuch Allgemeiner Teil I*, 5. Auflage. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2004, p. 121.

¹⁰ O Código Penal brasileiro, em seu artigo 18, I, reconhece apenas duas definições, o querer o resultado e o assumir o risco de produzi-lo, mas a atual doutrina brasileira admite pacificamente a existência do dolo direto de 2º grau, como pode ser observado, por exemplo, em MARTINELLI, João Paulo Osório; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Lições fundamentais de direito penal*, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 450.

¹¹ HAFI, Fritiof. *Stürgeretzbuch Allgemeiner Teil*, 9. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2004, p. 156.

¹² BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. *Stürgeretzbuch Allgemeiner Teil*, 11. Auflage, 2003, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, p. 485-486.

¹³ SOUZA SANTOS, Humberto. *Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo*. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (coords.). *Temas de direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 267-268.

provocada pelo comportamento praticado. A presença de tais qualidades é necessária para evitar que divagações abstratas sejam utilizadas para fundamentar o tratamento mais severo do dolo em elementos alheios ao risco criado ao bem jurídico que se busca proteger com a proibição da conduta. Mas o que a teoria volitiva do dolo tem oferecido está longe disso, uma vez que os argumentos que apresenta muitas vezes são ambíguos e contrariam a sua própria premissa, são imprecisos quando tratam de estabelecer o limite quanto ao dolo culposo, recorrem a um direito penal de ânimo, não se vinculam à gravidade da agressão praticada contra o bem jurídico e não se preocupam sobre como serão provados em juízo.¹⁴ Tais defeitos, insuperáveis já no direito penal "tradicional", potencializam-se no direito penal econômico e empresarial devido ao *modus operandi* mais complexo das condutas que proíbe e dos termos mais abertos que o legislador costuma utilizar para determinar os elementos dos tipos penais.

2.1. SENTIDO CONFUSO DA EXPRESSÃO "VONTADE"

A teoria volitiva do dolo é, em primeiro lugar, fundamentada a partir do elemento "vontade", entendido como uma "intenção", um "querer" descritivo-psicológico, cujo reproche consiste em o autor valorar o resultado como algo querido, pois é o que pretende alcançar ou um meio para o que pretende alcançar. A distinção desse estado psicológico para a culpa está em que nessa o resultado, ao contrário, é um fato não querido. Assim, a fronteira entre o dolo e a culpa se demarca pela oposição entre algo querido e algo não querido, de acordo com um juízo necessariamente psicológico-descritivo.¹⁵ Mas nenhum defensor da teoria volitiva sustenta com coerência esse fundamento básico em todas as hipóteses. Entender que a "intenção", em sentido descritivo-psicológico, é o conteúdo da "vontade" elementar do dolo permite que o autor do fato alegue em determinados casos que o resultado não corresponde ao que ele, psicologicamente, queria, sem que isso signifique uma mentira, como ocorre nas hipóteses em

que o resultado é um efeito colateral seguro ou apenas uma possibilidade fora do objetivo almejado pela conduta. Para enfrentar essa insuficiência político-criminal, a teoria volitiva abandona o sentido descritivo-psicológico do elemento "vontade" e passa a compreendê-lo num sentido que impeça que o autor se isente de responsabilidade com o argumento, verdadeiro, de não ter querido psicologicamente o resultado: um sentido atributivo-normativo. Essa mudança sorrateira de sentido do termo "vontade" permite que o conceito se desdobre também nas categorias do dolo direto de 2º grau e de dolo eventual, que explicitam um "querer" em sentido atributivo-normativo.¹⁶ O fundamento central do conceito de dolo, segundo a teoria volitiva, é apresentado, então, de maneira ambígua, ora em sentido psicológico-descritivo, ora em sentido atributivo-normativo, o que viola a coerência lógica necessária a todo argumento científico e joga o intérprete num estado de confusão. Nos delitos econômicos e empresariais essa sorrateira mudança de sentido de uma modalidade para outra torna obscuro saber o que é exigido no plano subjetivo de tipos penais importantes. Por exemplo, em relação às condutas previstas no artigo 1º da Lei 9.613/1998,¹⁷ que define o crime de lavagem de dinheiro, há a posição de que a única modalidade cabível seria o dolo direto de 1º grau, o que lhe daria um sentido de "intenção";¹⁸ e, ainda, a possível um dolo eventual próximo à cegueira deliberada;¹⁹ e, ainda, a que admite um dolo eventual também próximo à cegueira deliberada, mas com a introdução de filtros limitativos,¹⁹ de modo que essas duas

¹⁴ SOUZA SANTOS, Humberto. *Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminas n. 97. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 88-89.

¹⁵ PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*, tradução de Luís Greco. Barueri-SP: Manole, 2004, p. 33.

¹⁶ PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, 2004, p. 32.

¹⁷ BRASIL. Lei n. 9613, de 3 de março de 1998: "Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal (Redação dada pela Lei n.º 12.683, de 2012)". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>

¹⁸ MORO, Sérgio Fernando. *Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem*. In: JUNIOR, José Paulo Balazar. MORO, Sérgio Fernando (org.). *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 101.

¹⁹ Para Badaró e Bottini um dolo eventual próximo à cegueira deliberada apenas poderia admitido se o sujeito criar consciente e voluntariamente obstáculos com o fim específico de evitar seu conhecimento a respeito de fatos ilícitos. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 98-99.

últimas posições já manifestam um "sentido atributivo-normativo" em relação à vontade do sujeito.

Um conceito atributivo-normativo não interpreta "vontade" como um elemento psíquico, mas atribui normativamente uma "vontade" ao autor, justificada por outros elementos distintos de sua intenção psicológica, e torna, por sua vez, inócuos argumentos referidos a um não ter psicologicamente querido realizar o resultado.²⁰ É o que acontece na categoria "dolo direto de 2º grau", que surge definida como uma mera teoria cognitiva: consciência das consequências necessárias do comportamento. No dolo eventual, a atribuição normativa da "vontade" ao autor ocorre com a constatação do segundo elemento ao lado da consciência da possibilidade do resultado. Essas três modalidades de dolo, portanto, apresentam-se, na verdade, como três conceitos diferentes, que não guardam relação lógica um com o outro e são enquadrados numa mesma teoria apenas porque fundamentada numa expressão – "vontade" – empregada de maneira ambígua e casuística em sentidos distintos.

2.2. LIMITE OSCURO EM RELAÇÃO À CULPA

Para os defensores da teoria volitiva, o dolo eventual é a categoria mais próxima da culpa, pois tem em comum com a culpa consciente um de seus elementos: o conhecimento, pelo autor, da possibilidade de realização do resultado. O segundo elemento, que ao lado do conhecimento da possibilidade do resultado justifica o dolo, é o que distingue o dolo eventual da culpa consciente e, também, o que gera as maiores polêmicas ao subdividir a teoria em diferentes posições sem que nenhuma consiga apresentar um limite claro em relação à culpa. A obscuridade desse limite no direito penal econômico e empresarial gera transtornos na interpretação de elementos típicos, como ocorre, por exemplo, com a expressão "temerária", prevista no parágrafo único do artigo 4º da Lei n. 7.492/1986,²¹ cujo significado subjetivo, da perspectiva da teoria volitiva, é o de

um dolo eventual próximo à culpa, mas a insegurança de não se ter clareza sobre a presença do elemento diferenciador entre dolo e culpa no comportamento analisado tem legado ao arbítrio do julgador decidir se o comportamento foi mesmo típico.

2.2.1. ASSUNÇÃO APROVADORA DO RISCO (CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA DOMINANTES NO BRASIL E JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE NA ALEMANHA)

A denominada teoria da anuência, consentimento ou assunção aprovadora do risco justifica o dolo eventual com o consentimento do agente de que aconteça o resultado representado por ele como possível. A aprovação ou o consentimento correspondem, assim, ao elemento volitivo do dolo.²² Esse foi o raciocínio que o legislador brasileiro tomou por referência no artigo 18, inciso I, do Código Penal brasileiro, que ainda é dominante na doutrina e na jurisprudência do Brasil e na jurisprudência da Alemanha. Os termos "aprovação" ou "consentimento" recebem da teoria volitiva, porém, um significado ambíguo, pois, compreendidos em sentido cotidiano, não dizem nada mais do que um juízo sobre um fato, uma manifestação sobre como esse fato deve ou pode ser; e isso significa confundir os com o sentido de "intenção" característico do dolo direto de 1º grau e estendê-los somente aos criminosos por convicção.²³ Tal, por sua vez, é incompatível com qualquer reprovação, desconforto ou mesmo indiferença do autor em relação ao resultado e esvazia as categorias do dolo direto de 2º grau e do dolo eventual, de modo a retirar do que se considera crime doloso diversas hipóteses solucionadas por meio dessas figuras. Mas essa não é a conclusão almejada pela teoria da anuência e, para evitá-la, o termo "aprovação" não é interpretado em sentido psicológico, mas em sentido tão atributivo-normativo quanto a expressão "vontade" que ele é incumbido de fundamentar, o que leva a uma manobra retórica duplamente atributivo-normativa. Esse raciocínio também ignora que não é incompatível que o autor, embora não acredite que o resultado venha a ocorrer, aprove-o

²⁰ PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, 2004, p. 32.

²¹ BRASIL. Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986: "Art. 4º Gerir fraudulentemente instituição financeira. Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único. Se a gestão é temerária. Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa." Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>

²² BAUMANN/Jürgens: WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. *Op. cit.*, 2003, p. 488.

²³ PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, 2004, p. 37.

caso ocorra, o que impossibilita uma distinção entre dolo eventual e culpa consciente apenas com a afirmação de que o resultado não era esperado. Esse ponto cego na lógica da teoria levou à interpretação de que a presença de culpa consciente depende de o autor do fato confiar com seriedade, não somente de modo vago, em que o resultado não ocorrerá, o que reduz a oposição "querer/não querer" da premissa volitiva a uma distinção improvável, manipulável e vazia de conteúdo entre acreditar ou não de modo vago em que o resultado não ocorrerá.²⁴

Aplicar tal raciocínio aos delitos econômicos e empresariais pode gerar um forte conflito entre os dados anímicos exigidos como fundamento do dolo e a estrutura de tipos penais cujo plano subjetivo não se adequa a tal grau de psicologismo. Assim, por exemplo, no caso do artigo 27-D da Lei 6.835/1976,²⁵ que prevê, em relação à informação que deve ser mantida sob sigilo, que ela seja "capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida", se o autor, que não se beneficiou, alegar que acreditava com força e não de modo vago que a informação não era capaz de propiciar vantagem a outra pessoa, e, portanto, que não assumia tal risco, o julgador estará diante de duas questões apenas solucionáveis no caso concreto pelo seu mero arbítrio: decidir se o sujeito acreditou que a informação não fosse capaz de beneficiar outra pessoa e se ele confiou seriamente e não de modo vago nisso.

2.2.2. RISCO LEVADO A SÉRIO OU DECISÃO PELA LESÃO DE BENS JURÍDICOS (DOUTRINA DOMINANTE NA ALEMANHA)

A teoria do risco levado a sério ou da decisão pela lesão de bens jurídicos entende que o centro de reproche do dolo eventual está no levar a sério a possibilidade do resultado da qual se é consciente.

²⁴ PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, 2004, p. 40.

²⁵ BRASIL. Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976: "Art. 27-D. Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários: (Artigo incluído pela Lei n.º 10.303, de 31.10.2001) Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime. (Incluído pela Lei n.º 10.303, de 31.10.2001)". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/L6385.htm>

O dolo se configura, assim, à medida que o autor inclui em seus cálculos a realização do resultado que admite como possível, mas, não dissuadido por essa hipótese de realização, não deixa de praticar a conduta ainda que leve a sério a possibilidade de que o resultado ocorra, o que demonstra que tomou uma decisão consciente, mesmo que somente para o caso eventual, contra o bem jurídico protegido pelo tipo penal.²⁶ Assim, o dolo apenas é excluído quando o autor confia que a realização do resultado, mesmo possível, não acontecerá, pois quando o agente considera seriamente a possibilidade de ocorrência do resultado, é obrigado a decidir se a prática da conduta merece tal preço e praticar o fato nessas circunstâncias significa responder de maneira afirmativa a essa questão, de modo que, nessa resposta afirmativa, está o conteúdo do reproche doloso.²⁷

A teoria do risco levado a sério considera, portanto, que é mais fácil que o autor evite a colocação proibida em perigo do bem jurídico quando leva sério o perigo. Mas não justifica por que é atribuída uma responsabilidade menor àquele que, mesmo consciente de um perigo intenso, evidente e incontrolável, não leva a sério a possibilidade de que o resultado venha a ocorrer em comparação com quem, na mesma situação, leva o perigo a sério. Não há dúvida de que quanto maior, mais evidente e mais claro é o perigo reconhecido pelo autor, maior deveria ser a reprovação de seu desprezo à integridade alheia, que ele próprio demonstra ao não levar a sério um perigo de tais proporções. Uma tal posição ainda deveria excluir o dolo de quem é tão pouco interessado pela possibilidade de violar o bem jurídico que não apresenta qualquer ponderação anímica ou, ainda, atribuir dolo a quem cria um perigo muito reduzido, mas não permitido, e leva a sério tal perigo, já que superou o referido obstáculo psíquico do interior de sua mente que o impediria de praticar a conduta.²⁸

Aplicar esse entendimento no âmbito dos crimes econômicos e empresariais, além de não representar nenhum ganho em relação aos problemas da tradicional teoria da assunção aprovadora de risco, é logicamente incompatível com tipos penais cujo centro

²⁶ ROXIN, Claus. *StRAFGESETZ Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage: München, Verlag C.H. Beck, 2006, p. 446.

²⁷ STRATENWERTH, Günther; KUHLEN, Lothar. *Op. cit.*, 2004, p. 126.

²⁸ PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, 2004, p. 56-57.

de reprovação é justamente a falta de seriedade do autor diante de situações de risco. Por exemplo, o delito previsto no artigo 64, da Lei 8.078/1990, que pune a conduta de "deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado",²⁹ apenas pode ser praticado por quem não leva a sério o perigo gerado pelo produto colocado no mercado e confia que a realização do resultado, mesmo possível, não ocorrerá, pois quem considera seriamente a possibilidade de acontecer lesão aos consumidores decorrente de tal risco sabido e não comunicado, vislumbra com facilidade que isso levaria, além das punições jurídicas previstas nas esferas civil, administrativa e penal, à perda de reputação no mercado, da confiança dos consumidores, da credibilidade da marca, a uma queda drástica nas vendas de seus produtos, a dificuldades de obtenção de créditos e a um grande prejuízo financeiro, de modo que a prática do comportamento proibido não mereceria tal preço. Mas segundo a teoria do risco levado a sério ou da decisão pela lesão de bens jurídicos, não levar a sério o risco é justamente o que exclui o dolo e, como não há modalidade culposa punível da conduta prevista no artigo 64 da Lei 8.078/1990, ela teria de ser considerada sempre atípica, embora tipificada.

2.2.3. RESULTADO NÃO IMPROVÁVEL E RISCO HABITUAL (GÜNTHER JAKOBS)

A teoria do dolo de Jakobs parte do pressuposto de que apenas as consequências principais do crime estão de fato contidas na vontade do autor, enquanto as consequências secundárias fazem parte do conteúdo do conhecimento e somente por dependência se relacionam com a vontade.³⁰ Por isso, Jakobs acredita que o correto é definir o dolo como o conhecimento de que a realização do tipo

²⁹ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990: "Art. 64. Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado: Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>

³⁰ JAKOBS, Günther. *Delictio penal, parte general*, tradução de Joaquín Cuervo Contreras, José Luis Serrano González de Murillo, 2ª edición, Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas S.A., 1997, p. 315.

depende da execução querida da ação, ainda que esta realização não seja querida por si mesma,³¹ o que não significa abandono da teoria volitiva e de sua tripartição conceitual. Jakobs defende que a relação subjetiva do autor com as consequências principais do delito, em razão das quais pratica o comportamento, é a intenção ou dolo direto de 1º grau,³² enquanto aquelas que o autor prevê como realização segura do tipo compõem a certeza (*Wissenlichkeit*) ou dolo direto de 2º grau, que o torna consciente de que a evitação do resultado é incompatível com aquilo que quer. O autor admite o resultado vinculado à execução da conduta por ele querida e prefere se distanciar intelectualmente de sua evitação.³³

Mas em relação ao dolo eventual Jakobs afirma que devem ser distinguidos os casos em que a causação de um resultado é mais facilmente evitável daqueles em que a causação é evitável com mais dificuldade e não apenas verificar em que medida a atitude interna do sujeito esteve distante da evitação da consequência de seu comportamento. Jakobs sustenta que o fundamental é a exatidão com que o autor aprecia as circunstâncias do fato e as consequências possíveis de seu comportamento, não que lhe seja subjetivamente fácil ou difícil evitar a realização do resultado. E dessa apreciação, em sua opinião, surge o conhecimento do autor sobre a provável realização do tipo, o que quer dizer que, se ele não decide entre a representação do perigo e a esperança de que a ação se desenvolverá sem consequências, também não decide se o resultado é provável. Por isso, para Jakobs, o dolo eventual existe quando o autor, no momento da prática do fato, julga que a realização do tipo é provável como sua consequência.³⁴ Além desse juízo consciente do autor sobre a probabilidade do resultado, Jakobs ainda entende ser necessário estabelecer o limite em que se pode considerar que tal probabilidade já está no campo doloso. Ele afirma que tal limite é estabelecido por meio da relevância normativa do risco avaliado pelo autor quando decide praticar seu comportamento, o que depende da importância do bem afetado, verificada de maneira objetiva, de acordo com a estimativa jurídica

³¹ JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1997, p. 316.

³² JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1997, p. 321.

³³ JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1997, p. 324.

³⁴ JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1997, p. 325-326.

fundada em dados estatísticos e não conforme a estimação subjetiva do sujeito que pratica a conduta, bem como da intensidade do perigo avaliada conforme o juízo jurídico e não o individual. Para Jakobs, o risco, que já está na esfera do não permitido, deve ser considerado relevante em sentido normativo para a decisão, mesmo que o autor o julgue apenas incidental,³⁵ mas tal requisito de normatização da relevância do risco somente é tolerável se a disposição psíquica do sujeito que pratica a conduta, na forma de sua habitualidade a lidar com tal risco, puder ser manifestada, como assunto dele próprio. Por isso, Jakobs entende que a mera crença de alguém em sua capacidade de controlar perigos especiais não permite a exclusão do dolo, mas se existir uma habitualidade do autor ao perigo, que seja constável na prática, no sentido de que este tenha aprendido a conviver com tal risco específico apesar de sua intensidade, a normatização da relevância do perigo e, por conseguinte, o dolo, ficam excluídos pela ausência de fundamento que justifique uma estimação jurídica ainda no âmbito de responsabilidade do sujeito que pratica a conduta.³⁶

A teoria de Jakobs, porém, embora sofisticada, ao final das contas distingue o dolo da culpa conforme o histórico da conduta que o sujeito apresenta em circunstâncias perigosas, o que remete ao direito penal do autor. De acordo com o seu raciocínio, quanto mais situações objetivamente perigosas o sujeito crie e enfrente, mais sua reprovação jurídico-penal estará diminuída, pois desenvolverá o hábito de pôr em perigo bens jurídicos alheios; enquanto, ao contrário, o inexperiente receberá sempre uma reprimenda mais grave, independente da intensidade do perigo que cause. Tal entendimento também não é compatível com tipos penais do direito penal econômico e empresarial em que uma colocação habitual de bens jurídicos alheios em perigo é considerada elemento do tipo, como, por exemplo, o delito de gestão temerária, disposto no parágrafo único do artigo 4º da Lei n. 7.492/1986.³⁷ O termo "gerir" é

³⁵ JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1997, p. 333 e 334.

³⁰ JAKOBS, Günther. *Derecho Op. cit.*, 1997, p. 334.

³⁷ BRASIL. Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986: "Art. 4º Gerir fraudulenta e abusivamente a instituição financeira. Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa, de 100 (cem) a 500 (quinhentos) salários-mínimos. Se a gestão é temerária: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa." Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17492.htm>

interpretado como a conduta de dirigir, como o comportamento de quem exerce controle ou gerência sobre instituição financeira ou parte dela,³⁸ e ainda que a jurisprudência brasileira dirige sobre se a falta de habitualidade sempre exclui o tipo penal³⁹ ou se isso não acontece nos casos em que um ato único seja de tal gravidade que já evidencie a temeridade,⁴⁰ não há dúvida de que sua presença apenas aumenta o nível de reproche sobre a conduta do sujeito. Mas a aplicação do raciocínio de Jakobs excluiria o dolo da prática de gestão temerária conforme o autor desenvolvesse justamente essa habitualidade censurável e tornaria atípico o seu comportamento (não há previsão de punição na modalidade culposa) à medida que com cada vez mais frequência colocasse em risco a saúde financeira da instituição e o patrimônio dos investidores.

2.2.4. INDIFERENÇA QUANTO À PRODUÇÃO DO RESULTADO (KARL ENGISCH)

O entendimento de Engisch parte da indagação sobre se é necessária uma relação entre o autor do fato e o resultado previsto como possível para que o dolo se configure, mesmo sem a presença de uma intenção em sentido psicológico. Engisch admite expressamente que não e entende que há dolo sempre que a violação ao bem jurídico é indiferente ao sujeito que pratica a conduta, uma indiferença constatada de maneira negativa, como a falta de oposição do sujeito diante da possibilidade concreta e real de violação ao bem jurídico que ele representa.⁴¹ Assim, para Engisch, o dolo eventual não se caracteriza por meio de uma relação psíquica positiva entre o autor do fato e a realização típica, como, por exemplo, seu consentimento com o perigo, mas de acordo com a sua mera não oposição interna a que o resultado aconteça.⁴² Há

³⁸ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*, 11ª edição. São Paulo: Saraiva: 2017, p. 622.

³⁹ STF, HC 87987/RS, 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 9 de maio de 2006.

⁴⁰ STJ, Resp. 200602086152/PR, 5ª Turma, Relatora Ministra Lauria Vaz, julgado em 10 de agosto de 2010.

⁴¹ ENGISCH, Karl. *Untersuchung über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Berlin: Otto Liebman, 1930, p. 207 e 208.

² ENGISCH, Karl. *Op. cit.*, 1930, p. 188 a 190.

dolo eventual, portanto, nas hipóteses em que o resultado é possível ou apenas provável e o sujeito que pratica a conduta se mostra indiferente,⁴³ mas, ao contrário, se o comportamento é praticado na esperança ou confiança de que o resultado não ocorrerá, existe tal oposição interna quanto à previsão do resultado e o dolo não se configura.⁴⁴ Engisch ainda acredita que há sempre culpa nas hipóteses em que é reduzida a probabilidade de que o resultado se realize e, nas hipóteses em que tal probabilidade é grande, há dolo porque significa uma manifestação *in concreto* da diferença do autor a respeito da ocorrência do resultado.⁴⁵

A teoria de Engisch não explica, porém, o principal: por que o elemento psíquico indiferença quanto ao resultado justifica a atribuição de dolo ao sujeito que pratica a conduta, se, na verdade, ele não é um vínculo, mas uma falta de vínculo psicológico entre um e outro.⁴⁶ E quando Engisch afirma que a culpa existe nos casos de probabilidade reduzida do risco de que o resultado aconteça e dolo quando tal probabilidade é grande, adota, embora sem reconhecer, uma verdadeira teoria cognitiva da probabilidade afastada do ponto de partida psicológico-descriptivo do termo “indiferença”. Aqui, mais uma vez, a premissa fundamental do raciocínio é utilizada de modo ambíguo, em sentido atributivo-normativo quando havia sido apresentada como descriptivo-psicológico.⁴⁷

No direito penal econômico e empresarial justificar a atribuição de dolo pela “ausência” de um elemento psicológico, por um dado anímico negativo, significa uma extensão ainda maior do já amplo campo de arbítrio ao julgador fornecido pela teoria volitiva. A manipulável interpretação de sentidos do termo “indiferença” impede qualquer alegação defensiva de que ela não tenha ocorrido em sentido psicológico-descriptivo, por exemplo, em crimes nos quais uma autorização burocrática é elemento objetivo do tipo penal, como é o caso do artigo 64 da Lei 9.605/1998, que pune o comportamento de construir em solo não edificável ou em seu entorno sem autorização da autoridade competente ou em desa-

cordo com a autorização concedida por ela,⁴⁸ em que argumentos no sentido de que não se ficou indiferente ao perigo, de que as mesmas medidas que teriam sido exigidas com a autorização foram tomadas, não são levados em consideração, ainda que em sentido psicológico-descriptivo seja a pura verdade. Além disso, a prova de um dado anímico negativo é uma prova diabólica, pois requer não apenas que incida sobre sentimentos e emoções internalizados no plano puramente psicológico do sujeito, mas que demonstre que tais manifestações psíquicas efetivamente não ocorreram, o que é duplamente inacessível.

2.2.5. FALTA DE VONTADE DE EVITAÇÃO (ARMIN KAUFMANN)

Armin Kaufmann, um histórico defensor da teoria finalista da ação, acredita que dolo e finalidade apresentam uma mesma identidade⁴⁹ e englobam não apenas o que o sujeito almeja, o que é caso de dolo direto de 1º grau, ou tem certeza de que ocorrerá, caso de dolo direto de 2º grau, mas, também, tudo o que é considerado possível pelo autor do fato.⁵⁰ Para Kaufmann, a separação entre dolo e consciência da antijuridicidade tornou a distinção entre consequências possíveis, com base em algum estado sentimental de quem pratica o fato, inadequada à moderna teoria da culpabilidade, particularmente quando se trata de diferenciar entre erro de tipo e erro de proibição, pois significa acrescentar ao dolo um elemento emocional característico da consciência da antijuridicidade, que permaneceu como componente da culpabilidade. Kaufmann afirma que a negativa do alcance da finalidade sobre as eventuais consequências que sejam previstas por quem pratica o fato, sem que seja preciso

⁴³ ENGISCH, Karl. *Op. cit.*, 1930, p. 220.

⁴⁴ ENGISCH, Karl. *Op. cit.*, 1930, p. 191 a 207.

⁴⁵ ENGISCH, Karl. *Op. cit.*, 1930, p. 198.

⁴⁶ PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, 2004, p. 63.

⁴⁷ PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, 2004, p. 64.

⁴⁸ BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. “Art. 64. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.” Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ctv/il_03/leis/L9605.htm >

⁴⁹ KAUFMANN, Armin. *Der dolus eventualis im Deliktisaußbau. Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldhilfe auf die Vorranggrenze*, in: *Stratfrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1982, p. 59.

⁵⁰ KAUFMANN, Armin. *Op. cit.*, 1982, p. 67.

recorrer a nenhum dado emocional, somente é possível se a finalidade servir como limite à própria finalidade, de modo que apenas uma finalidade do sujeito dirigida à não-realização, à evitação dessas consequências, leva a que a finalidade de seu comportamento deixe de se dirigir a tais consequências. O sujeito, assim, atua com culpa consciente quando manifesta vontade de evitar a consequência de seu comportamento, de modo que há culpa consciente quando ele estabelece fatores contrários à realização da consequência possível da conduta que pratica,⁵¹ pois dá uma oportunidade real à habilidade que julga ter de conduzir o processo de maneira a não causar lesão a ninguém.⁵²

Em sentido psicológico-descriptivo, Kaufmann não está errado quando conclui que o propósito de evitar exclui o de realizar, mas nos casos de dolo direto de 2º grau e de dolo eventual não há tal propósito de realizar em sentido psicológico-descriptivo. E se for admitido que a vontade objetiva de evitação do sujeito exclui sua vontade de realização em sentido atributivo-normativo, sentido este em que as teorias volitivas enquadram o dolo direto de 2º grau e o dolo eventual, o pensamento de Kaufmann perde sua necessidade lógica, já que em sentido atributivo-normativo o dolo é plenamente compatível com o propósito de realizar um objetivo incompatível com o resultado, de modo que, em sentido atributivo-normativo, o mero fato de o sujeito que pratica o comportamento estabelecer fatores contrários à ocorrência do resultado não é suficiente para excluir a “vontade” de realização que lhe é atribuída. Kaufmann também não esclarece qual seria o mínimo exigido para que as medidas de evitação estabelecidas pelo sujeito possam ser consideradas eficazes para prevenir o resultado, o que leva a crer que a precaução mais irrisória pode ser considerada um propósito de evitação se o autor pretender a diminuição do risco e, também nas hipóteses em que as medidas de evitação são insuficientes, não há um esclarecimento sobre alguma forma de exigência ou requisito sobre a qualidade da medida de evitação ou da seriedade da vontade de evitação experimentada pelo autor. Mesmo que a medida reduza de modo irrisório o perigo, pode ser considerada um propósito de evitação sempre que o sujeito que pratica a conduta tiver essa finalidade, o que torna o

pensamento de Kaufmann apenas aplicável nos casos de manifestação de fraco desejo de que o resultado não ocorra. O aparente ganho em objetividade fica reduzido, portanto, a uma tal fraca demonstração, pelo autor do fato, de um desejo de evitar que, ao final das contas, corresponde ao mesmo elemento psicológico presente em termos como “consentimento”, “aprovação”, “assunção aprovadora” do perigo ou “aceitação” do resultado.⁵³

Os problemas da proposta de Kaufmann ficam ainda mais ressaltados no direito penal econômico e empresarial. Como, em geral, seus tipos penais são formados por elementos que envolvem a prática de comportamentos cujo *modus operandi* é sofisticado, fica mais fácil perceber que, em sentido atributivo-normativo, o mero fato de se estabelecer fatores contrários à ocorrência do resultado não é suficiente para excluir uma “vontade” de realização também em sentido atributivo-normativo. Assim, por exemplo, no crime previsto no artigo 3º da Lei 7.492/1986, que proíbe a conduta de divulgar informação falsa ou prejudicialmente incompleta sobre instituição financeira,⁵⁴ o sujeito que pratica a conduta pode ter realizado uma checagem de dados que ele próprio sabia insuficiente ou insegura, mas que não deixa de ser uma medida contrária ao resultado. Em sentido atributivo-normativo, porém, essa checagem que se sabe insuficiente e insegura não permite a exclusão do dolo. E superar tal problema com a redução das premissas da teoria a uma “fraca demonstração de desejo” de evitar, equivalente a uma “assunção aprovadora” do perigo, leva, por sua vez, à mesma questão vista na análise da teoria da assunção aprovadora do risco, pois a decisão sobre se existiu ou não uma “fraca demonstração de desejo” fica legada ao mero arbítrio do julgador.

2.2.6. FÓRMULAS HIPOTÉTICAS (REINHARD FRANK)

Frank acredita que é possível distinguir o dolo eventual da culpa consciente por meio da aplicação de duas fórmulas hipotéticas desenvolvidas por ele. A primeira fórmula almeja determinar

⁵¹ PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, 2004, p. 48-49.

⁵² BRASIL. Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986. “Art. 3º Divulgar informação falsa ou prejudicialmente incompleta sobre instituição financeira. Pena - Reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.” Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>

⁵¹ KAUFMANN, Armin. *Op. cit.*, 1982, p. 61-68.

⁵² KAUFMANN, Armin. *Op. cit.*, 1982, p. 68.

a existência do estado psíquico específico da anuência, aprovação ou consentimento do risco nos casos em que o julgador verifica que o autor do fato teria agido da mesma forma se soubesse que o resultado certamente aconteceria, de modo que se a conclusão for a de que ele, se soubesse que o resultado ocorreria, teria deixado de praticar a conduta, então, está ausente tal elemento psíquico e não há que se falar em dolo eventual. A segunda fórmula foi desenvolvida posteriormente por Frank e requer uma análise hipotética segundo a qual se o sujeito que pratica a conduta, diante da possibilidade do resultado, disser para si mesmo "seja assim ou de outra maneira, ocorra isso ou aquilo, de qualquer modo eu agirei", então, o elemento psíquico configurador do dolo estará presente.⁵⁵

Com a primeira fórmula, Frank pretendia precisar o conteúdo do estado psicológico específico do autor do fato no momento em que realiza a sua conduta e identificar a relação necessária entre tal elemento psíquico e o seu comportamento. Mas a identificação desse elemento psíquico, de acordo com tal raciocínio, parte de um dado fictício que o autor teria tido no momento do fato, pois, no mundo real, não dispõe de nenhuma certeza sobre se o resultado típico acontecerá, de modo que diferenciar dolo e culpa de acordo com tal fórmula hipotética é algo que fica legado, apenas, ao puro sentimento do julgador quando analisa o fato, uma mera adivinhação fundada em preconceitos e despidida de juízos científicos. Já a segunda fórmula, que foi elaborada por Frank para servir de complemento à primeira, não só traz o mesmo defeito como levanta uma indagação que apenas seria respondível se o comportamento do sujeito fosse determinado por leis naturais estritas e conhecidas pelo julgador, o que a torna viável somente quando há elementos excepcionais que seriam idôneos a revelar qual seria a conduta do autor do fato se ele tivesse uma previsão segura de que o resultado aconteceria.⁵⁶

Um tal entendimento, aplicado ao direito penal econômico e empresarial, torna a solução do caso concreto descomprometida de argumentos racionais. Saber, por exemplo, se o autor do crime de "causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana", descrito no artigo 54

da Lei 9.605/1998, teria praticado esse comportamento se soubesse que o resultado ocorreria ou que disse para si mesmo "seja assim ou de outra maneira, ocorra isso ou aquilo, de qualquer modo eu agirei" é algo tão distante da realidade que uma análise sobre tais questões, diante do falta de uma máquina que ao mesmo tempo em que volte ao passado ainda leia pensamentos, bem como do desconhecimento de leis deterministas precisas que tornem possível prever com exatidão o comportamento das pessoas, seria um mero exercício de vidência.

2.3. EXPRESSÃO DE UM DIREITO PENAL DE ÂNIMO

As diversas tentativas da teoria volitiva de delimitar o âmbito do dolo com base em elementos anímicos internos levaram ou a um direito penal do autor contrário à proteção de bens jurídicos, como no caso da proposta de Jakobs; ou a premissas fictícias que também recorrem a uma adivinhação, como a proposta de Frank; ou a termos abstratos como "assunção de risco", "perigo levado a sério", "indiferença", "vontade de evitação", que fundamentam o reproche mais gravoso do dolo em dados sentimentais que não têm ligação com o fato além da coincidência de acontecerem ao mesmo tempo.⁵⁷ A perfeita compatibilidade entre qualquer comportamento praticado e um "consentimento" ou "aprovação" em que o resultado aconteça, um "levar a sério" o risco ou um sentir por ele "indiferença" ou a "vontade de evitação", ou, ainda, um "confiar seriamente e não de modo vago" em que não ocorrerá, revela que a verdadeira justificativa da maior reprovação do dolo, pela teoria volitiva, não é o fato praticado nem a proteção do bem jurídico, mas apenas o mero estado de espírito do sujeito durante o seu comportamento, o que demonstra, por sua vez, uma qualidade de direito penal de ânimo. Assim, o desvalor do injusto, segundo a teoria volitiva, fica distante do fato concreto e a distinção entre uma forma típica mais grave, representada pelo dolo, e mais branda, representada pela culpa, torna-se orientada pelo reproche ao sentimento interno do autor, alheio à realidade exterior e sem qualquer apêndice para proteger bens jurídicos, pois o máximo que consegue alcançar é evitar que o autor sinta um "assumir", um "levar a sério" ou fique "indiferente" ao risco e estimulá-lo a praticar a conduta "confiando seriamente na

⁵⁵ FRANK, Reinhard. *StRGesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18. Auflage, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1931, p. 190.

⁵⁶ PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, 2004, p. 44-45.

⁵⁷ PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, 2004, p. 51.

não ocorrência do resultado” ou mesmo incentivá-lo a criar com frequência situações perigosas para adquirir uma “habitualidade”.⁵⁸

Mas a busca por prevenir tais dados anímicos não evita nem diminui o nível de afetação a bens jurídicos alheios, que é o que de fato contraria o fim de proteção de bens jurídicos. Ao contrário, somente dá conteúdo a uma justificativa do reproche mais grave do dolo que não tem nenhuma relação com tal tarefa do direito penal. E um direito penal que tenha como objetivo não prevenir a violação de bens jurídicos, mas apenas a mera presença de dados anímicos no sujeito, que censura não o fato danoso, mas o puro estado de espírito do autor coincidente com a prática desse fato, limita a liberdade dos cidadãos sem qualquer ganho efetivo e nem fornece uma argumentação racional que justifique tal limitação. A mera evitação de sentimentos internalizados, que é o máximo que o reproche exercido pela teoria volitiva no plano do injusto poderia atingir, não é um objetivo que se justifica num direito penal que tenha por finalidade a proteção de bens jurídicos e, por isso, não se adequa à noção de idoneidade que faz parte do princípio constitucional da proporcionalidade e orienta que toda limitação de liberdade deve ser capaz de alcançar a finalidade desejada, o que torna tais elementos conceituais figuras ilegítimas se o fim do sistema jurídico-penal é a proteção de bens jurídicos.⁵⁹

2.4. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO COM A INTENSIDADE DO RISCO OBJETIVAMENTE CRIADO

A falta de relação entre os elementos psicológicos que fundamentam a teoria volitiva e o fim do direito penal de evitar lesões a bens jurídicos acarreta, também, uma ausência de vínculo entre os argumentos fornecidos para justificar o reproche mais gravoso do dolo e a intensidade do risco que o autor efetivamente cria na realidade. Essa falta de relação de um com outro leva a que a atribuição de dolo ao sujeito que pratica a conduta apenas acompanhe a intensidade do perigo que ela verdadeiramente cria ao bem jurídico quando ocorre o eventual acaso de tal sujeito também manifestar os

sentimentos que a teoria volitiva censura. Legar à mera coincidência o ajuste do reproche mais gravoso do injusto à gravidade real da conduta praticada torna ainda mais evidente a ilegitimidade de um tal raciocínio, já que revela sua violação aos aspectos da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, que também compõem o princípio constitucional da proporcionalidade.⁶⁰

A noção de necessidade orienta que uma medida jurídica apenas deve ser tomada caso não exista outra medida menos gravosa que seja suficiente para atingir o mesmo fim,⁶¹ mas na hipótese em que o autor cria um perigo baixo, embora não permitido, a teoria volitiva, se presente o estado de espírito que censura no autor, reprova por dolo a conduta por este praticada, mesmo que criadora de um risco pequeno e ainda que exista uma medida menos gravosa suficiente para proteger o bem jurídico contra essa espécie de ataque, que seria a atribuição do reproche culposos a tal comportamento. Há, também, violação à noção de proporcionalidade em sentido estrito, que esclarece que a medida jurídica, numa ponderação de interesses, não pode limitar em excesso a liberdade,⁶² pois quando atribui dolo ao comportamento pouco perigoso do autor do fato, a teoria volitiva limita a liberdade dele mais do que o bastante para evitar agressões ao bem jurídico dessa espécie. O mesmo também pode ocorrer em sentido contrário, pois ao sujeito consciente de que cria um risco alto e evidente ao bem jurídico pode ser atribuída a culpa consciente, desde que não manifeste os dados anímicos censuráveis, em inobservância à necessidade de uma medida mais gravosa e de maneira a impor uma insuficiente limitação à sua liberdade.⁶³

Tais características da teoria volitiva – um direito penal de ânimo e o não estabelecimento de uma relação entre o que reprova no dolo a intensidade do risco objetivamente criado – também não se enquadram no que pode ser chamado de “espírito” dos delitos econômicos e empresariais. Os delitos econômicos e empresariais previstos nas últimas décadas fazem parte de um movimento do di-

⁵⁸ SOUZA SANTOS, Humberto. *Op. cit.*, 2008, p. 283-284.

⁵⁹ A respeito da necessidade da medida jurídica no campo do direito penal, GRECO, Luís. *Cumplimento através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 136.

⁶⁰ Sobre a proporcionalidade em sentido estrito no âmbito penal, GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2004, p. 136.

⁶¹ SOUZA SANTOS, Humberto. *Op. cit.*, 2008, p. 284.

⁵⁸ SOUZA SANTOS, Humberto. *Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo*. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (coords.). “Temas de direito penal – parte geral”. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 281-282.

⁵⁹ SOUZA SANTOS, Humberto. *Op. cit.*, 2008, p. 281-282.

reito penal, denominado por Silva Sánchez de "expansão do direito penal", que recorre ao argumento da aparição de novos bens jurídicos, novos interesses ou novas valorações de interesses pré-existent, para postular sua proteção por meio do direito penal.⁶⁴ Embora seja duvidoso considerar os novos tipos penais de natureza econômica e empresarial como integrantes de uma nova fase do direito penal, eles que tem sido alcunhada de "modernização do direito penal", eles são justificados com a ideia de prevenir os riscos que podem decorrer das condutas que problematizam, riscos estes que teriam surgido do desenvolvimento da sociedade, que se tornou mais complexa. Uma justificativa de prevenção de riscos não se compatibiliza com um direito de ânimo e nem encontra sentido na explicação de um tratamento mais severo desvinculado do perigo que o comportamento pode gerar, o que leva a crer que, sob o ponto de vista da estrutura argumentativa, a teoria volitiva do dolo, que já tem problemas suficientes para justificar seu abandono independentemente dessa conclusão, propõe um raciocínio de aplicação inadequada aos crimes econômicos e empresariais.

2.5. DIFICULDADE DE COMPROVAÇÃO NA PRÁTICA FORENSE

A distinção entre dolo e culpa fundada em dados anímicos do sujeito também se mostra inacessível a uma comprovação empírica segura na prática forense. E esse problema é ainda mais grave no caso dos crimes econômicos e empresariais, em que a existência de tais dados anímicos precisa ser comprovada e relacionada com comportamentos que já apresentam suas próprias dificuldades probatórias no plano objetivo, como a lavagem de dinheiro (artigo 1º da Lei 9.613/1998) ou a realização de operações simuladas para alterar o funcionamento dos mercados de valores mobiliários (artigo 27-C da Lei 6.385/1976). A dificuldade de cumprir a exigência de se constatar a presença de elementos psíquicos e sentimentais do autor do fato leva à peculiar situação de a tarefa do direito processual, que é servir de instrumento adequado a identificar o direito material, ser obstaculizada pelo próprio direito

material que deve ser identificado. No direito penal econômico e empresarial isso pode significar que, mesmo diante da produção de inúmeros volumes de documentos ou do testemunho dos maiores especialistas no assunto tratado pelo processo, no plano subjetivo a decisão ainda continua legada ao arbítrio do julgador, pois não há método de prova que acesse a esfera interior do indivíduo como exigido pela teoria volitiva. Ignora-se, assim, que criar figuras de direito material inacessíveis à comprovação prática significa um esforço científico inútil, pois nunca se poderá saber com segurança quando se estará diante de sua presença. As propostas que justificam o tratamento mais severo dado ao dolo com dados anímicos não constataáveis, ainda mais em relação aos crimes econômicos e empresariais, podem ser dispensadas por não indicarem em qual caminho a atividade probatória deve seguir.⁶⁵

A aplicação judicial da teoria volitiva do dolo tem gerado um histórico de manipulabilidade formado por julgamentos imprevisíveis fundados em argumentos aleatórios e referidos ao puro sentimento do julgador. A opção pelos critérios da teoria volitiva impede que o julgador consiga relacioná-los aos métodos de prova e o torna obrigado a presumir mesmo pensamentos do autor distantes de qualquer indício, o que é desastroso para uma escorreita solução de casos concretos. E com frequência os elementos conceituais da teoria volitiva do dolo são utilizados como fórmula mágica que encobre a atribuição de um reproche doloso apenas devido a uma circunstância qualquer que cause ao julgador um desconforto intuitivo.⁶⁶ Tem-se aqui, um problema insuperável, pois, por mais eficazes que sejam as regras processuais, por mais desenvolvidos que estejam a possibilidade e os métodos de prova, a comprovação forense precisa incidir sobre algo definido, já que admitir um conceito obscuro e esperar que sua clareza surja após a elaboração de regras probatórias desafia a lógica de que viabilizar um método correto de prova depende de se saber ao menos o que se está a provar.⁶⁷ E isso no direito penal econômico e empresarial faz do acusado refém do que o julgador suspeite que tenha passado em seus sentimentos.

⁶⁵ RAGÜÉS IVALLES, Ramón. *Consideraciones sobre la prueba del dolo*. In: *La Ley*. Revista Jurídica Española, n.º 5633, 2002, p. 01.

⁶⁶ SOUZA SANTOS, Humberto. *Op. cit.*, 2008, p. 286-287.

⁶⁷ PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, 2004, p. 60.

⁶⁴ Ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal - Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Segunda edición. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 1 e seguintes.

3. BALANÇO INTERMEDIÁRIO: A NECESSIDADE DE ABANDONAR A TEORIA VOLITIVA

A análise da teoria volitiva até aqui demonstrou problemas insuperáveis que se refletem na maneira incoerente e manipulável que é trabalhada na doutrina e aplicada pelos tribunais. A ambiguidade da expressão "vontade" utilizada pelo legislador e pelo teórico deixa obscuro o sentido em que deve ser interpretada e aberta a possibilidade de que qualquer argumento abstrato, sem relação com sua premissa psicológica nem com a gravidade da conduta, sirva para preencher, em sentido atributivo-normativo, seu conteúdo tanto em textos acadêmicos quanto em decisões judiciais. A delimitação da fronteira entre dolo e culpa com base em dados anímicos e sentimentos internalizados do autor do fato tem gerado diversas manobras retóricas que fundamentam o reproche mais grave do dolo em seu mero estado de espírito durante a prática da conduta e levam a conflitos lógicos internos e a soluções inadequadas do ponto de vista político-criminal. A fundamentação do reproche mais grave do dolo com explicações dessa natureza alimenta um direito penal de ânimo que se orienta por um fim de evitar elementos psíquicos, dados anímicos e sentimentos internalizados inidôneo à proteção de bens jurídicos e incapaz de fornecer uma argumentação racional que justifique a maior limitação na liberdade dos cidadãos que resulta do tratamento mais severo do dolo. A falta de relação entre tais argumentos psicológicos e a intensidade do perigo que a conduta de fato cria ao bem jurídico no mundo exterior permite que, de maneira desproporcional, a censura mais grave seja incidida sobre agressões pequenas e a censura menos grave sobre fatos muito mais perigosos. E a dificuldade de sua comprovação na prática forense, derivada da natureza anímica de seus próprios elementos, revela que promove esforços científicos inúteis, pois nunca será possível estar seguro da presença real dos dados que exige, e se disponibiliza como fórmula mágica para encobrir o arbítrio do julgador. Todos esses graves problemas indicam que ela merece e deve ser abandonada por todo o direito penal, o âmbito do direito penal econômico e empresarial deixa essa conclusão ainda mais clara, com o fim de refinar os argumentos que justificam o tratamento mais severo dado ao sujeito que atua com dolo e não deixar que tal tratamento dependa de um mero desconforto intuitivo qualquer do julgador. A opção mais adequada ao desenvolvimento do conceito de dolo

é fundamentá-lo na consciência da criação de um risco qualificado, como tem sido feito por estudos recentes, e localizar, nos fatores que caracterizam o perigo criado, uma correlação entre o seu reproche mais grave, a verdadeira intensidade da conduta e o fim de proteção de bens jurídicos, o que, no direito penal econômico e empresarial, leva a interpretações mais coerentes com suas próprias premissas e mais acessíveis à prática forense.

4. O DOLO COMO CONHECIMENTO

As teorias cognitivas do dolo justificam o reproche mais grave do fato doloso com fundamento no conhecimento de quem realiza o comportamento. A existência do conhecimento como fator subjetivo fundamental do dolo pode ser justificada, como explica Greco, porque permite uma espécie de domínio ou controle sobre o comportamento, já que quem sabe o que faz e o que pode derivar de sua conduta também exerce uma espécie de controle sobre o que faz e sobre o que pode derivar de sua conduta, de modo que desse domínio surgem duas razões para que ele sofra uma censura mais grave. Como afirma Greco, a primeira razão, de ordem consequencialista, é a de que a existência de um domínio sobre a realização do fato gera uma maior necessidade de prevenção, pois leva a condutas mais perigosas para bens jurídicos e mais passíveis de serem repensadas e abandonadas por aqueles que haviam decidido praticá-las; enquanto a segunda razão, de ordem deontológica, porque quem atua com domínio, quem tem em suas mãos o poder de decidir qual curso será tomado por seu comportamento e, em determinada medida, os efeitos que dele decorrem, tem maior responsabilidade sobre sua prática e sobre as consequências que dela são derivadas do que quem atua sem esse domínio, o que significa que condutas praticadas com conhecimento e, por conseguinte, com domínio ou controle sobre o plano dos acontecimentos são condutas que "pertencem" a quem as pratica de modo mais íntimo do que aquelas realizadas com falta de conhecimento.⁶⁸

Assim, como sustenta Greco, é plenamente justificado que o conhecimento, em sentido psicológico, seja um componente ne-

⁶⁸ GRECO, Luís. *Dolo sem vontade*. In: DIAS, Augusto Silva et alii (orgs.). "Libet Amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70.º aniversário - Estudos de direito e filosofia." Coimbra: Almedina, 2009, p. 891-892.

cessário do dolo, já que apenas ele gera domínio sobre a realização do fato e tal domínio justifica um reproche mais gravoso, pois aumenta as necessidades de prevenção e a responsabilidade de quem pratica a conduta.⁶⁹ Já em relação à vontade, como visto até aqui, os argumentos que a sustentam se perdem em graves problemas estruturais e nenhum fundamento capaz de explicar por que merece um reproche mais gravoso foi até o momento apresentado. Por isso, o dolo deve ser entendido como conhecimento e, como a vontade não tem relevância, também não tem sentido seu desdobramento nas diferentes formas de dolo direto de 1º grau, dolo direto de 2º grau e dolo eventual, o que significa que há apenas uma forma de dolo.⁷⁰ Mas qual seria o conteúdo exato de tal conhecimento é uma questão debatida pelos defensores de um conceito cognitivo de dolo, que se dividem em diversas teorias, como se analisa a seguir.

4.1. TEORIAS COGNITIVAS TRADICIONAIS

4.1.1. TEORIA DO CONHECIMENTO DA PROBABILIDADE DO RESULTADO (W. LACMANN, WILHELM SAUER)

A posição que identifica o conteúdo do conhecimento merecedor de reproche doloso na probabilidade do resultado remonta à época em que o dolo e a culpa eram considerados parte integrante da culpabilidade. O dolo era visto como a forma mais grave de culpabilidade e a culpa como a forma mais branda, o que permitia o entendimento de que o limite entre um e outro fosse estabelecido a partir do grau de perigo que o autor soubesse causar. Tal vínculo entre conhecimento do perigo e comportamento do sujeito manifestava-se, então, como a justificativa para distinguir a forma mais grave da mais branda de culpabilidade, com base no fato de que o sujeito, embora representante o perigo, não se persuade de seu plano de conduta. A teoria da probabilidade delimita dolo e culpa, assim, não com uma diferença de princípio, mas de grau, de modo a entender que quanto maior for o perigo criado pelo sujeito conforme a sua representação, maiores também serão o injusto subjetivo e a culpabilidade.⁷¹

A teoria tradicional da probabilidade apresenta, porém, duas posições distintas. A primeira posição é a defendida por Lacmann, para quem o fundamento do reproche mais severo do dolo é a representação pelo sujeito que pratica a conduta da maior probabilidade de ocorrer o resultado, de modo que quanto maior for o perigo de acordo com sua representação, menor motivação é necessária para evitar o resultado e dissuadi-lo de realizar seu comportamento. A justificativa do reproche é a baixa motivação do autor para evitar o resultado, a partir da premisa de que sequer o conhecimento de sua alta probabilidade foi bastante para persuadir o autor do fato a superar os desejos ligados ao seu plano de conduta.⁷² Já a segunda posição é a defendida por Sauer, que entende a justificativa do tratamento mais severo do dolo não na baixa motivação do sujeito que pratica a conduta para evitar o resultado, mas no próprio perigo, consciente ou imaginariamente criado. Para Sauer, a valoração jurídica precisa incidir sobre uma conduta que seja objetivamente perigosa e derivada de uma livre decisão de vontade. Sauer entende que o reproche mais gravoso do dolo é relacionado com o próprio desvalor do perigo mais intenso, o que preenche o conteúdo do conhecimento do sujeito e significa que a consciência do risco mais intenso é não somente um indicio do dolo no sentido da probabilidade, mas o próprio dolo.⁷³

O raciocínio de Lacmann, quando fundamenta a distinção entre dolo e culpa na motivação de evitar o resultado que o sujeito possa ter, torna a intensidade do perigo vislumbrada por ele somente um, entre muitos indicadores do dolo, que não é nem o mais importante, pois, para que a motivação de evitar o resultado supere a motivação de praticar a conduta, é necessário que a motivação de realizar o comportamento esteja determinada pelo interesse ou desejo do autor do fato de concretizar seu plano, de modo que tal intensidade de motivos, interesses e desejos é a verdadeira justificativa da distinção entre o dolo e a culpa. O raciocínio de Lacmann, então, termina reduzido à mesma fundamentação em dados anímicos característica da teoria volitiva e a probabilidade é utilizada apenas como mero

⁷² LACMANN, W. *Die Abgrenzung der Schuldförmern in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 31, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1911, p. 114.

⁷³ SAUER, Wilhelm. *Derecho penal – Parte general*. Trad. Juan del Rosal e José Cerezo. Barcelona: Bosch, 1956, p. 268-271.

⁶⁹ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2009, p. 893.

⁷⁰ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2009, p. 902.

⁷¹ PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, 2004, p. 65-66.

indício deles.⁷⁴ Isso aplicado aos crimes econômicos e empresariais significa praticamente nenhum acréscimo em relação ao já fornecido pela teoria volitiva, que, como visto acima, é problemática e insuficiente. Mas não é apenas esse o problema. Se a vítima tiver desenvolvido algo dirigido à proteção específica de seu bem jurídico ou algum terceiro tiver se diligenciado também no sentido de protegê-lo, de modo a tornar o perigo provocado pela conduta do autor do fato menor do que o que teria sido normalmente gerado, apenas em razão desses fatores, o raciocínio de Lacmann permite interpretar que a motivação do sujeito referida à evitação do resultado, de acordo com a relação psicológica estabelecida segundo a qual a motivação para evitar a prática do comportamento é inversamente proporcional à probabilidade do resultado decorrente do perigo criado, tenha se tornado maior, o que justifica a atribuição de culpa ao seu comportamento. A defesa específica do bem jurídico afeta, portanto, as conclusões que seriam de se esperar da teoria de Lacmann se ninguém tivesse diligenciado nesse sentido, premia com a reprimenda mais branda da culpa o sujeito que praticou o fato mesmo diante da diligência da vítima ou de um terceiro e trata com maior tolerância penal a agressão ao bem jurídico de quem buscou protegê-lo.⁷⁵ Por exemplo, se o Estado desenvolver mecanismos de fiscalização mais rígidos e o sujeito ainda assim decidir enfrentá-los e praticar o crime de descaminho, previsto no artigo 334 do Código Penal,⁷⁶ uma interpretação coerente levaria a concluir que a diminuição da probabilidade do resultado justificaria a atribuição de culpa e, por conseguinte, a atipicidade da conduta por falta de punição na modalidade culposa.

Já a teoria de Sauer não chega a conferir ao propósito de praticar a conduta uma função autônoma para que o dolo seja constatado,

⁷⁴ PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, 2004, p. 67.

⁷⁵ SOUZA SANTOS, Humberto. *Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 97, São Paulo: Editora RT, 2012, p. 103-104.

⁷⁶ BRASIL. Código Penal brasileiro. Disponível em: "Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014) Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos." (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>

mas o de apenas um elemento que pode aumentar o risco ao qual o sujeito expõe o bem jurídico, pois pode contribuir para que o sujeito pratique uma conduta que produza um risco de maneira intensa.⁷⁷ As maiores críticas à sua ideia giram em torno de qual seria o quociente de probabilidade que determinaria o começo do dolo e o final da culpa e de que modo o sujeito poderia obter o conhecimento de tais quocientes de probabilidade. Sauer sempre se recusou a admitir quotas determinadas de probabilidade e considera suficiente que o sujeito saiba que a realização do resultado é mais provável do que a sua não realização,⁷⁸ mas a utilização da expressão "mais provável", porém, obriga a tal juízo de quociente de probabilidade, pois um determinado fato apenas tem maior probabilidade de realizar o resultado do que não realizar quando ultrapassa a esfera de 50%. Sauer também não esclarece se dados da experiência, que não são necessariamente estatísticos, podem exercer algum papel no juízo a respeito da maior probabilidade de ocorrência do resultado. O emprego de seu raciocínio aos delitos econômicos e empresariais tem, portanto, um manifesto problema de obscuridade. Por exemplo, em relação ao crime de promover publicidade que sabe ou deveria saber capaz de induzir o consumidor a se comportar de maneira prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança, previsto no artigo 68 da Lei 8.078/1990,⁷⁹ a teoria de Sauer não deixa claro se é preciso um conhecimento estatístico sobre se tal publicidade é capaz de induzir o consumidor a se conduzir de maneira danosa ou arriscada em mais de 50% dos casos ou se bastam dados da experiência que indiquem que isso acontece numa quantidade relevante de casos, mas sem precisão estatística. E, assim como o ocorre na ideia de Lacmann, o raciocínio de Sauer permite que o fato de a vítima ou um terceiro empregar mecanismos para proteger o bem jurídico interfira no resultado do exame sobre o dolo do sujeito se isso diminuir o nível de probabilidade de ocorrência do resultado até ao ponto de esta se tornar menos provável do que a não ocorrência, o que levaria

⁷⁷ PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, 2004, p. 68.

⁷⁸ PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, 2004, p. 69.

⁷⁹ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990: "Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança; Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>

à atribuição de culpa a quem pratica a conduta.⁸⁰ Por exemplo, a conduta tipificada no artigo 4º, inciso IX, da Lei 8.137/1990, de exportar à venda mercadoria em condições impróprias ao consumo, deveria ser sempre punida na modalidade culposa, prevista no parágrafo único,⁸¹ caso fosse praticada numa comunidade em que os consumidores são atenciosos e se comportam com toda a diligência quando compram mercadorias, de modo que as impróprias ficam normalmente encalhadas nas prateleiras dos supermercados, pois a ocorrência de uma lesão aos consumidores seria menos provável do que a sua não ocorrência.

4.1.2. TEORIA DO CONHECIMENTO DA POSSIBILIDADE DO RESULTADO (HORST SCHRÖDER, EBERHARD SCHMIDHÄUSER)

A ideia de que basta a consciência da possibilidade do resultado para que o dolo seja atribuído ao autor do fato foi defendida por Schröder sob a justificativa de que sua presença é suficiente para motivá-lo a desistir de seu comportamento. Para Schröder, qualquer confiança na não ocorrência do resultado significa negar a sua possibilidade e somente pode ser reconhecido um comportamento culposamente se trate de culpa inconsciente, o que o leva a não reconhecer, por isso, a culpa consciente em seu sentido tradicional.⁸² Já Schmidhäuser concorda que o dolo se configura com a consciência do sujeito de que o resultado é possível, mas estabelece uma distinção entre conhecimento de fatos seguros e de fatos inseguros, os quais, por sua vez, podem ser fatos inseguros presentes (por exemplo, não se sabe se a penumbra pertence a um

ser humano) ou futuros (não se sabe se atuar nele provocará sua morte). Schmidhäuser defende que o dolo sempre se caracteriza nos casos de consciência de fatos seguros, mas nas hipóteses de consciência de fatos inseguros somente pode ser atribuído se o sujeito que pratica a conduta tiver conhecimento da possibilidade concreta de realização do tipo. Para Schmidhäuser, quando o autor do fato não conhece a possibilidade concreta de o resultado ser realizado, mesmo que considere essa possibilidade em abstrato, se convence de que o resultado não ocorrerá, o que leva a uma eliminação mental do próprio conhecimento da possibilidade de realização dos elementos do tipo penal e a um caso de culpa aparentemente consciente. Mas, em sua opinião, o dolo se configura nos casos de consciência insegura da possibilidade concreta, porque neles o sujeito que pratica a conduta se decide, de modo consciente, pela violação do bem jurídico.⁸³

Schröder e Schmidhäuser chegam a estabelecer, também, alguns limites ao reconhecimento de dolo em condutas conscientes. Schröder considera que podem existir casos em que o risco criado ao bem jurídico representa uma transgressão tão mínima que pode ser considerada insignificante.⁸⁴ Já Schmidhäuser não admite dolo nas hipóteses em que há uma eliminação mental da representação da possibilidade de realização do tipo penal pelo sujeito que pratica a conduta.⁸⁵ Mas, a despeito desses limites, Schröder alarga demasiado o âmbito do dolo e trata de maneira mais severa comportamentos que mereceriam um reproche culposamente, enquanto Schmidhäuser, ao sustentar que a confiança em que o resultado não ocorrerá quer dizer eliminar a consciência de sua possibilidade, afasta-se de sua própria premissa, que indica o fundamento do dolo no conhecimento, e faz, por meio de uma retórica psicológica fictícia, de algo sabido algo não sabido.⁸⁶ A ideia de Schmidhäuser desloca, com essa afirmação, a justificativa do dolo para o mesmo argumento "confiar plenamente que nada ocorrerá" já existente na teoria volitiva e que tanto gera problemas. No caso, por exemplo, do tipo previsto no artigo 54, § 2º,

⁸⁰ SOUZA SANTOS, Humberto. *Op. cit.*, 2012. p. 104.

⁸¹ BRASIL. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990: "Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: (...) IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria em condições impróprias ao consumo; Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II, III e IX pune-se a modalidade culposa, reduzindo-se a pena e a detenção de 1/3 (um terço) ou a de multa à quinta parte." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>

⁸² SCHRÖDER, Horst. *Außen und Grenzen des Vorsatzbegriffs*. Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag am 24. Juni 1949. Berlin: Walter de Gruyter, 1949, p. 245.

⁸³ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat (*delus eventualis* und bewußte Fahrlässigkeit). *Juristische Ausbildung*. Berlin: Walter de Gruyter, 1980, p. 240-250.

⁸⁴ SCHRÖDER, Horst. *Op. cit.*, 1949, p. 240.

⁸⁵ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Op. cit.*, 1980, p. 240-250.

⁸⁶ PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, 2004, p. 74.

inciso III, da Lei 9.605/1998,⁸⁷ que incrimina a conduta de causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade, definir se o sujeito tinha ou não confiança de que a poluição gerada pelo seu comportamento não tornaria necessário interromper o abastecimento de água de uma comunidade significa um retorno aos dados anímicos da teoria volitiva e a todos os seus defeitos.

4.2. TEORIAS COGNITIVAS RECENTES

4.2.1. CONHECIMENTO DE UM RISCO TÍPICO (WOLFGANG FRISCH)

Frisch entende que o dolo é o conhecimento de um comportamento típico, não somente de uma sucessão externa de fatos, mas englobado numa dimensão especial. Ele explica que há três requisitos para que essa dimensão possa ser considerada tipicamente relevante. O primeiro requisito é que tal dimensão típica surja como um dado que manifeste a contradição entre a conduta praticada e o ordenamento jurídico. O segundo requisito é que especifique perigosidade em relação aos bens jurídicos. O terceiro requisito é que demonstre que o comportamento do sujeito constitua um fato qualificado diante das exigências jurídicas. Assim, para ser qualificado como típico, o comportamento do sujeito precisa ser perigoso de maneira concreta e juridicamente desaprovada, o que é verificado de acordo com as circunstâncias reconhecidas *ex ante* que circundam o fato e a partir da perspectiva do sujeito que pratica a conduta, de modo que o dolo é atribuído nos casos em que, com conhecimento da tipicidade de seu comportamento, nos delitos de lesão, "vê para si" que cria objetivamente um risco não tolerado de lesão, enquanto nos delitos de perigo "vê para si" que gera um risco não permitido de criação de uma situação que significa perigo, ou seja, que a dimensão de risco de seu comportamento surge como uma

possível causação de uma situação de perigo, mesmo que acredite que não tenha, em si mesma, um perigo de lesão.⁸⁸

O raciocínio de Frisch, porém, apresenta critérios pouco precisos. A afirmação que faz de que nos delitos de lesão o autor "vê para si" que sua conduta possui objetivamente um risco não tolerado de lesão e nos delitos de perigo o autor "vê para si" que sua conduta traz consigo um risco não permitido de criação de uma situação que significa perigo indica que, na verdade, esse "ver para si" determinante do dolo é um dado anímico não muito diferente daqueles apresentados pelas subteorias volitivas e de difícil constatação. Por exemplo, verificar se quem reproduz uma marca registrada sem autorização, conduta proibida pelo artigo 189 da Lei 9.279/1996,⁸⁹ vê para si que gera algum tipo de prejuízo ao titular da marca é uma tarefa inglória, pois, mesmo que o autor do fato tenha pleno conhecimento de que viola o registro da marca, ele pode ver para si que isso não causa nenhuma lesão e ainda divulgar, gratuitamente, a marca para o público. O raciocínio se reduz, então, à necessidade de constatar mero dados internos e reações psíquicas não comprováveis na prática forense. E compreender esse "ver para si" não no sentido psicológico-descritivo, mas atributivo-normativo, simplesmente torna inútil tal expressão, pois não apresenta nenhuma vantagem em relação aos diversos termos já cunhados no âmbito da teoria volitiva.

4.2.2. CONHECIMENTO DE UM RISCO DESPROTEGIDO (ROLF DIETRICH HERZBERG)

Herzberg acredita que a distinção entre dolo e culpa pode ser realizada a partir de uma classificação da natureza do risco criado em duas categorias. Uma categoria é o "risco protegido", fundamento da culpa, em relação à qual há uma atenção do titular ou de um terceiro sobre o bem jurídico que permite ao sujeito que pratica a conduta confiar, de acordo com uma expectativa racionalmente

⁸⁷ BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. "Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: (...) § 2º Se o crime: (...) III - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade: (...) Pena - reclusão, de um a cinco anos." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>

⁸⁸ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1983, p. 70-74.

⁸⁹ BRASIL. Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. "Art. 189. Comete crime contra registro de marca quem: I - reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada, ou imita-a de modo que possa induzir confusão". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>

baseada na experiência, que o resultado não ocorrerá e, se o resultado ocorrer, apesar da maior preocupação da vítima ou de um terceiro, terá sido mais um desdobramento infornado das circunstâncias. Já a segunda categoria é o "risco desprotegido", que fundamenta o dolo, aquele em que não há um âmbito de proteção e nem o sujeito que pratica a conduta cria o risco e nem o esforço da vítima ou de um terceiro cria uma reserva que possa evitar a ocorrência do resultado, de modo que, se o autor do fato confiar que tudo terminará bem, terá sido a manifestação de uma confiança irracional e, assim, inidônea para afastar a atribuição de dolo. Herzberg ainda entende que, por um lado, o conhecimento do sujeito que reconhece um risco ao bem jurídico impossível de diminuir basta para justificar a atribuição de dolo e, por outro lado, se tal risco for insignificante, deve ser atribuída culpa ao sujeito, pois, em sua opinião, um risco desprotegido pequeno deve ser equiparado a um risco protegido.⁹⁰

O limite entre o dolo e a culpa no pensamento de Herzberg fica, porém, estendido devido às fracas exigências impostas para a configuração do perigo doloso. Herzberg termina por atribuir culpa apenas às hipóteses de culpa leve, nas quais o risco ou é pequeno ou é protegido com alta eficiência, o que lega os casos que seriam de culpa média ou grave ao âmbito do dolo. Mas, além disso, a própria distinção entre o dolo e a culpa é manipulável, pois é sempre possível concluir pela presença de um risco protegido quando circunstâncias opostas são analisadas em separado dos fatores que favorecem a realização do perigo, já que apenas não estarão presente se o crime tiver 100% de chances de ser realizado. Por exemplo, no crime de praticar ato fraudulento que resulte ou possa resultar prejuízo a credores num contexto de recuperação judicial ou falência, previsto no artigo 168 da Lei 11.101/2005,⁹¹ se os advogados dos credores forem

atenciosos e perspicazes e/ou o juiz e sua equipe forem criteriosos, de modo a desenvolver uma atuação que diminua a possibilidade de atos de fraude a credores tenham êxito, a prática do ato fraudulento deverá ser considerada atípica, já que será o caso de um perigo protegido e tal conduta não é punível na modalidade culposa. Mas se os fatores, reconhecíveis *ex ante*, que favoreçam ou reduzam o risco, forem examinados em conjunto, como um perigo global, em todos os casos é possível concluir que se trata de um perigo desprotegido.⁹² Assim, por exemplo, nunca será possível punir alguém pela prática culposa do delito de não alertar, por recomendações escritas ostensivas, sobre a perigosidade do serviço, previsto no § 1º do artigo 63 da Lei 8078/1990,⁹³ ainda que isso esteja previsto no § 2º da mesma norma, pois, a partir de uma perspectiva de análise global, sempre tratar-se-á de um perigo desprotegido.

4.2.3. CONHECIMENTO DE UM RISCO IDÔNEO (INGEBORG PUPPE)

Puppe defende que a atribuição do dolo se justifica nos casos em que perigo conscientemente criado pelo sujeito que pratica a conduta significa, em si mesmo, um método idôneo para a provocação do resultado. Método idôneo é aquele cuja chance de alcançar o objetivo é relativamente grande conforme os conhecimentos daquele que o emprega. Puppe explica que a identificação da idoneidade do método não deve ser realizada de acordo com uma ponderação inflexível sobre a quantidade de perigo, já que nem sempre é possível uma medição clara de índices de probabilidade, e sim conforme uma observação de repertório de métodos, com base na experiência, utilizados para atingir variados objetivos. Para Puppe, o importante não é a circunstância individual do autor do fato e as possibilidades que

⁹⁰ HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit: Problem des objektiven Tatbestandes*. Juristische Schulung, München: C. H. Beck, 1986. p. 249-256.

⁹¹ BRASIL. Lei 11.101/2005, de 9 de fevereiro de 2005. "Art. 168. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem. Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>

⁹² PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, 2004, p. 74.

⁹³ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. "Art. 63. Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade: Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa. § 1º. Inocorrerá nas mesmas penas quem deixar de alertar mediante recomendações escritas ostensivas, sobre a periculosidade do serviço a ser prestado. § 2º Se o crime é culposo: Pena Detenção de um a seis meses ou multa." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>

ele tem de se comportar, pois, em sua opinião, o sujeito pretender o resultado e não dispor de nenhum método mais adequado para atingi-lo não torna uma estratégia em geral inidônea em idônea e tampouco uma estratégia deixa de ser idônea se o autor tiver à sua disposição métodos melhores. Puppe afirma que o propósito do sujeito que pratica a conduta de alcançar o resultado pode exercer um papel determinante, em algumas hipóteses, para o fator perigo, mas o reproche gravoso da atribuição do dolo não é o propósito do autor de provocar o resultado e sim o fato de ele ter escolhido um método idôneo para alcançar isso.⁹⁴

A teoria de Puppe é correta em sua essência, mas imprecisa ao descrever o que faz de um método idôneo e merecedor de integrar o repertório daqueles que criam um risco doloso. Ao estabelecer o limite entre o dolo e a culpa numa oposição "idôneo"/"inidôneo" que fundamenta o dolo pelo emprego de um método que traga uma "chance relativamente grande" de se alcançar o resultado, não esclarece o que quer dizer por uma "chance relativamente grande", o que se torna ainda mais obscuro ao se ter em vista que, 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 (pense-se, por exemplo, em termos probabilísticos: 49% é uma chance relativamente grande). Por exemplo, na hipótese do delito de omitir informação relevante sobre a natureza do produto, previsto no artigo 66 da Lei 8.078/1990,⁹⁵ tal raciocínio não deixa claro se, no caso de a conduta provocar uma chance relativamente grande de dano aos consumidores, mas que ainda não seja a tendência principal do risco criado, o sujeito é punido por dolo, conforme o disposto no *typus*, ou culpa, nos termos do § 2º. No raciocínio de Puppe também há o problema de mecanismos estabelecidos pela vítima ou por um terceiro para especificamente proteger o bem jurídico tornar o método utilizado pelo

sujeito que pratica a conduta "inidôneo" para alcançar o resultado e permitir uma atribuição culposa ou mesmo o reconhecimento de sua atipicidade na ausência de previsão de punição na modalidade culposa.⁹⁶ Assim, no caso em que, por exemplo, o sujeito decide cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, tipo penal previsto no artigo 39 da Lei 9.605/1998,⁹⁷ mesmo consciente de que uma grande operação da polícia e de órgãos de proteção do meio ambiente é realizada justamente na área de tal corte, com enorme possibilidade de que ele seja pego, a conduta, ainda que ele consiga realizar o resultado e seja apenado em seguida, deveria ser considerada atípica, diante da falta de previsão de sua punição na modalidade culposa, por configurar um método inidôneo, embora essa inidoneidade apenas tenha ocorrido devido a uma medida especificamente tomada (a realização da operação pelos agentes estatais) para proteger o bem jurídico.

4.3. A PRÓPRIA OPINIÃO: DOLO COMO CONHECIMENTO DE UM RISCO EFICIENTE

Os argumentos expostos na primeira parte desse estudo demonstraram que o correto é admitir a consciência, não a vontade, como centro do reproche mais grave do dolo.⁹⁸ A análise das teorias

⁹⁴ SOUZA SANTOS, Humberto. *Op. cit.*, 2012, p. 109-110.

⁹⁵ BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. "Art. 39. Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente: Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>

⁹⁶ Também em defesa de um conceito cognitivo de dolo, está em vias de publicação a interessante tese de doutorado defendida por Viana na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), em que é proposta uma teoria inferencialista do dolo, segundo a qual o dolo é o compromisso cognitivo representando. Tal compromisso cognitivo se torna preponderantemente presente quando o autor utiliza um método que, aos olhos do homem racional, apenas é utilizado por quem queira realizar o tipo representado, cujo elemento mais importante para sua identificação é a intensidade objetiva do perigo por ele criado somado ao grau de vulnerabilidade concreto da vítima. Assim, para Viana, nos casos em que o perigo seja de alta intensidade e a vítima esteja em elevado grau de vulnerabilidade deve ser atribuída a conduta dolosa e o erro de tipo é inviável; nos casos de risco com alta intensidade e vítima com médio ou baixo grau de vulnerabilidade e, também, nos riscos com média intensidade e vítimas com alto ou médio grau de vulnerabilidade, o dolo é, prima facie, positivo, a não

⁹⁴ PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, 2004, p. 82-84.

⁹⁵ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. "Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços: Pena - Detenção de três meses a um ano e multa. § 1º Incorrerá nas mesmas penas quem proporcionar a oferta. § 2º Se o crime é culposo: Pena Detenção de um a seis meses ou multa." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>

cognitivas tradicionais e recentes demonstrou, por sua vez, que elas também possuem suas incoerências internas, mas nenhuma forte o suficiente para convencer que o caminho cognitivo é pior do que o volitivo. Entender o dolo como conhecimento, sem uma obscura retórica psicologista que censura meros dados anímicos e sentimentos internalizados, permite desenvolver um conceito que se preocupe com a clareza de seus elementos, a coerência de seu raciocínio, a acessibilidade de sua comprovação na prática forense e que mantenha uma correlação proporcional entre o que justifica o reproche mais gravoso, o que se quer evitar com tal reproche e a intensidade do comportamento dirigido contra ao bem jurídico protegido. E isso vale não só para os delitos econômicos e empresariais, mas para todo o direito penal. O conceito que parece mais se aproximar de cumprir essas diretrizes é o que define o dolo como a criação consciente de um risco eficiente, excluídos mecanismos específicos de proteção,⁹⁹ pois toma a posição de um conceito cognitivo e busca na definição de “eficiência” as características do risco criado que signifiquem uma afecção mais intensa ao bem jurídico e que, por isso, merecem um reproche mais gravoso, além de prever a exclusão da análise do risco de medidas favoráveis à proteção do bem jurídico que poderiam distorcê-la. É o que se explica adiante.

4.3.1. A CRIAÇÃO CONSCIENTE DE UM RISCO EFICIENTE

Um risco eficiente para se alcançar o resultado é um risco juridicamente desaprovado cuja tendência principal racionalmente fundada seja a realização do resultado. A criação consciente de um risco considerado, nesses termos, eficiente significa, em primeiro lugar, produzir conscientemente um risco avaliado como não

ser que estejam presentes contraindicadores, mas o erro de tipo é excepcional; no caso de perigo de baixa intensidade, mas vítima em alto grau de vulnerabilidade, o dolo também é prima facie positivo, mas é possível o erro de tipo; e, por fim, no caso de perigo de média ou baixa intensidade e a vítima em baixo nível de vulnerabilidade, o dolo é prima facie negativo e a imputação depende da análise do complexo de dados. VIANA, Eduardo. *Dolo como ignôrencia. Uma contribuição para o conceito cognitivo de dolo*. São Paulo: Marcial Pons, no prelo, p. 322-323.

⁹⁹ SOUZA SANTOS, Humberto. *Op. cit.*, 2012, p. 110.

permitido de acordo com os critérios da imputação objetiva¹⁰⁰ e, em segundo lugar, que a realização do resultado seja a principal tendência, de acordo com um juízo racionalmente fundado, desse risco não permitido criado, o que deve ser avaliado por meio de um raciocínio semelhante ao de Puppe, ou seja, com recurso a dados extraídos da experiência que possam fundamentar de maneira racional a conclusão a respeito da intensidade do perigo criado ao bem jurídico. Mas não é suficiente concluir que o risco apresenta uma “chance relativamente grande” de realizar o resultado, o que não deixa claro qual exatamente o nível de risco exigido para o reproche de dolo, e sim que a realização do resultado se apresente, entre todas as projeções possíveis, como a principal tendência desse risco criado, pois é desproporcional e incoerente com uma justificativa sobre o tratamento mais severo merecedor do dolo referida à intensidade do perigo criado ao bem jurídico o fato de, mesmo com a presença de tal perigo, existir uma chance maior de o bem jurídico permanecer íntegro do que de ser afetado.¹⁰¹

Nesse exame sobre a intensidade do risco não permitido criado, informações sobre quantidades probabilísticas de perigo, quando disponíveis, podem ser levadas em consideração, mas somente como parte do conjunto de dados da experiência que são adequados para demonstrar, de maneira racional, que sua tendência principal é a realização do resultado. Tais dados da experiência podem ser divididos em dois grandes grupos conforme a sua relação com o nível de

¹⁰⁰ Os critérios para definir a desaprovação jurídica de um risco, de acordo com a teoria da imputação objetiva, podem envolver uma ampla ponderação entre o interesse de proteção de bens jurídicos e o interesse geral de liberdade, em que o relevante não é somente 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 se deve ter em mente ao se avaliar em que medida essa ponderação pode ser compreendida como a identificação correta de um risco permitido, além da verificação de circunstâncias que permitiriam a exclusão da desaprovação jurídica do risco criado, como a não ultrapassagem do âmbito do risco permitido, a contribuição a uma autocolocação em perigo, uma heterocolocação em perigo consentida, ações de salvamento de perseguição, ações neutras. Sobre a desaprovação jurídica do risco criado conforme os critérios da imputação objetiva, ver GRECO, Luís. *Um panorama da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 50-94.

¹⁰¹ SOUZA SANTOS, Humberto. *Op. cit.*, 2012, p. 110-111.

conhecimento do sujeito que pratica a conduta: dados de observações cotidianas e dados de observações especializadas. Os dados de observações cotidianas podem ser obtidos das experiências do dia a dia, das experiências rotineiras, que estão ao alcance da generalidade das pessoas e presentes no conteúdo básico da vida em geral. Já os dados de observações especializadas apenas podem ser obtidos por meio do acesso a áreas específicas de conhecimento e são, por exemplo, dados científicos, técnicos, profissionais, etc., o que baliza o reproche do dolo à medida dos conhecimentos especiais do autor do fato.¹⁰² Por exemplo, saber se um determinado comportamento utilizado na cobrança de dívida expõe o consumidor ao ridículo, conforme o tipo penal previsto no artigo 71 da Lei 8.078/1990,¹⁰³ depende de dados da experiência cotidiana, enquanto que saber se depende de dados da experiência cotidiana, enquanto que saber se um título ou valor mobiliário foi emitido sem lastro ou garantia suficiente nos termos da legislação, crime disposto no artigo 7º, inciso III, da Lei 7.492/1986,¹⁰⁴ depende de dados da experiência técnica especializada no sistema financeiro.

Assim, no caso do crime de lavagem de dinheiro, descrito no tipo penal do artigo 1º da Lei 9.613/1998,¹⁰⁵ a análise sobre a exis-

¹⁰² SOUZA SANTOS, Humberto. *Op. cit.*, 2012, p. 111-112.

¹⁰³ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990: "Art. 71. Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer: Pena Detenção de três meses a um ano e multa." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>

¹⁰⁴ BRASIL. Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986: "Art. 7º Emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários: (...) III - sem lastro ou garantia suficientes, nos termos da legislação." Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>

¹⁰⁵ BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998: "Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) § 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) I - os converte em ativos lícitos; II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros. § 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de

tência de um risco eficiente, ou seja, cuja tendência principal racionalmente fundada é a realização do resultado, pode ser extraída de dados da experiência cotidiana ou especializada que façam parte do conhecimento do autor e indiquem certa irracionalidade em relação às operações naturais do mercado, como operações sem nenhuma explicação aparente, que não possam dar lucro ou gerem sempre prejuízo, presença de pessoas jurídicas sem atividade, indivíduos com perfil extremamente distinto daquele de quem exerce a mesma função, sociedades deficitárias sob o mesmo nome empresarial, transferência apenas formal de domicílio da pessoa jurídica, aumento abrupto de lucros sem justificativa aparente, prática de negócios sem relação com a atividade operacional da pessoa jurídica, uso de múltiplas contas bancárias criadas e extintas sistematicamente, constantes reorganizações societárias sem explicação racional, além de vários outros dados internacionalmente reconhecidos como integrantes de métodos característicos de lavagem de dinheiro, que fazem parte de comportamentos geradores de riscos cuja tendência principal é de aparência de licitude a ativos ilícitos provenientes de atividades criminosas. Tal posição de justificar o dolo a partir do elemento cognitivo e não volitivo também torna inúteis as discussões sobre se a lavagem de dinheiro somente pode ser praticada na modalidade de dolo direto ou se também é admitida na modalidade de dolo eventual, pois, de acordo com uma teoria cognitiva, não há essa subdivisão em modalidades, mas apenas uma espécie, o próprio dolo.

Aplicada a outros exemplos, a teoria cognitiva aqui defendida também se mostra adequada para identificar os elementos que explicam o tratamento mais severo do dolo. No crime de gestão temerária,

2012) II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei. § 3º A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal. § 4º A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) § 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>

previsto no parágrafo único do artigo 4º da Lei 7.492/1986,¹⁰⁶ o dolo se configura com o conhecimento do autor de que seus atos de gestão produzem um risco cuja tendência principal é uma situação de perigo concreto ao patrimônio da instituição e dos investidores acima do tolerado pelo mercado e além dos limites aceitáveis mesmo em operações arriscadas. No delito de manutenção de depósitos no exterior não declarados à repartição federal competente, descrito na parte final do parágrafo único do artigo 22 da Lei 7.492/1986, o dolo de quem pratica a conduta está no conhecimento de que produz um risco cuja tendência principal é impedir que o Estado tenha acesso a essas informações.¹⁰⁷ Por isso, se ele declara corretamente seus depósitos no exterior a uma repartição federal que equivocadamente acredita ser a competente, com base na natureza dela e nas circunstâncias objetivas, a falta de declaração à repartição pode gerar uma infração administrativa, mas deve ser excluído, a princípio, o dolo desse tipo penal, pela ausência de conhecimento de que o risco gerado por seu comportamento seja eficiente para impedir que o Estado tenha a acesso a tais informações, que já lhe foram disponibilizadas pela primeira repartição federal julgada competente e pertencente ao mesmo ente da segunda, a União. No crime de utilizar informação relevante não divulgada no mercado que pode gerar vantagem indevida a si ou a outra pessoa em negociação de valores mobiliários, disposto no artigo 27-D da Lei 6.835/1976,¹⁰⁸

¹⁰⁶ BRASIL, Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986: "Art. 4º Gerir fraudulenta e ilegalmente o patrimônio de uma instituição financeira: Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único. Se a gestão é temerária: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa." Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>

¹⁰⁷ BRASIL, Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986: "Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promova, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele manter depósitos não declarados à repartição federal competente." Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>

¹⁰⁸ BRASIL, Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976: "Art. 27-D. Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de proporcionar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários: (Artigo incluído pela Lei n.º 10.303, de 31.10.2001) Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o

o reconhecimento do dolo exige que o sujeito tenha conhecimento de que o uso da informação relevante não divulgada ao mercado, por sua natureza e características, produz um risco cuja tendência principal é permitir uma vantagem indevida por meio da negociação de valores mobiliários. No delito de provocar poluição a níveis que resultem ou possam resultar danos à saúde humana, tipificado no artigo 54 da Lei 9.605/1998,¹⁰⁹ o dolo é o conhecimento do autor do fato de que o risco produzido pelo seu comportamento poluidor tem como tendência principal provocar danos à saúde humana, de modo que se faltar a consciência de que o perigo criado atinge tal nível, sua conduta deve ser considerada culposa, nos termos do § 1º do mesmo artigo. No crime de provocar incêndio em mata ou floresta, previsto no artigo 41 também da Lei 9.605/1998,¹¹⁰ o sujeito age com dolo quando tem conhecimento de que sua conduta cria um perigo cuja tendência principal é gerar um incêndio numa mata ou numa floresta, o que ocorre, por exemplo, quando põe fogo em um monte de lixo com vários litros de gasolina no meio da mata. Mas se a conduta tiver sido jogar um pequeno objeto em chamas na mata, o que cria um perigo já não permitido, mas cuja tendência principal não é o incêndio, se o incêndio vier a ocorrer, deverá ser punida com culpa, como previsto no parágrafo único do mesmo artigo. No delito de abuso de poder econômico que domine o mercado, com eliminação total ou parcial da concorrência, por meio de ajuste ou acordo de empresas, disposto no artigo 4º, inciso I, da Lei 8.137/1990,¹¹¹ o dolo é o conhecimento de que o ajuste ou o acordo entabulado entre

montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime. (Incluído pela Lei n.º 10.303, de 31.10.2001)". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6385.htm>

¹⁰⁹ BRASIL, Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: "Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa, § 1º Se o crime é culposo: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>

¹¹⁰ BRASIL, Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: "Art. 41. Provocar incêndio em mata ou floresta: Pena - reclusão, de dois a quatro anos, e multa. Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena é de detenção de seis meses a um ano, e multa." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>

¹¹¹ BRASIL, Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990: "Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer

as empresas gera um risco à concorrência cuja tendência principal é eliminá-la por completo ou ao menos de maneira parcial. Se o acordo ou ajuste entre as empresas não tiver a capacidade de gerar um risco à concorrência com tais características, não deve ser atribuído dolo aos participantes. No crime de ter em depósito para vender mercadoria imprópria ao consumo, por ser nociva à saúde, previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei 8.137/1990,¹¹² combinado com o artigo 18, § 6º, inciso II, da Lei 8.078/1990,¹¹³ a caracterização do dolo depende do conhecimento de que 1) a mercadoria esteja em depósito com o fim de ser colocada à venda e 2) que esteja em condição inapropriada ao consumo que gere um perigo cuja tendência principal é causar dano à saúde dos consumidores, de modo que se falar conhecimento sobre um desses pontos, a conduta apenas pode ser punida na modalidade culposa, nos termos do previsto no parágrafo único do artigo 7º da Lei 8.137/1990. A incriminação da manutenção em depósito é, assim, a antecipação da punibilidade da criação de um risco ao consumidor com tal característica.

4.3.2. A EXCLUSÃO DE MECANISMOS ESPECÍFICOS DE PROTEÇÃO

O juízo a respeito das características do risco criado pelo autor do fato não pode, como demonstrado pela análise acima, ser influenciado por eventuais medidas utilizadas pela vítima ou por terceiros especificamente para proteger o bem jurídico e dificultar sua lesão.

forma de ajuste ou acordo de empresas". (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>

¹¹² BRASIL. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990: "Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo: (...) IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo; Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II, III e IX pune-se a modalidade culposa, reduzindo-se a pena e a detenção de 1/3 (um terço) ou a de multa à quinta parte". (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>

¹¹³ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990: "Art. 18 (...) § 6º São impróprios ao uso e consumo: (...) II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em 23.jul.17.

Uma tal influência levaria a uma distorção político-criminal que premia o sujeito ousado que decide atacar o bem jurídico a despeito das medidas de proteção tomadas para salvaguardá-lo. Além disso, também significaria um desestímulo a que se seja diligente e se tenha preocupação com a integridade do bem jurídico, pois o reproche menos gravoso da culpa ou, ainda, o reconhecimento da atipicidade do comportamento, ausente a previsão de punição culposa, manifestariam que a conduta praticada contra um bem jurídico tratado com zelo merece pouca ou nenhuma prevenção. Mas em tais hipóteses a ineficiência do risco criado não ocorre devido às características da conduta praticada contra o bem jurídico e sim exclusivamente de fatores especificamente direcionados pelo seu titular ou por um terceiro justamente para salvaguardá-lo. Tais fatores apresentariam uma qualidade normativa diferente de outros dados que podem exercer influência no juízo sobre a eficiência do risco criado, pois a sua existência se justifica pelo objetivo de proteção de bens jurídicos, que é finalidade do direito penal, e deve receber, por isso, um tratamento diverso das circunstâncias que não sejam destinadas à essa proteção no caso concreto.¹¹⁴

Isso porque, enquanto tais medidas são previamente tomadas para que o nível de proteção do bem jurídico seja aumentado, as demais circunstâncias que circundam o fato não se destinam a tal proteção. Elas são apenas elementos da realidade que influenciam a intensidade do risco criado sem qualquer fim relacionado à evitação do resultado, o que justifica o juízo de ineficiência do perigo e o tratamento mais brando da conduta, por meio da atribuição da culpa ou reconhecimento da atipicidade, na falta de previsão de punição culposa. E tal exclusão dos mecanismos de proteção, justificada pela natureza diferenciada deles, pode ser fundamentada por três importantes princípios. O primeiro é o fim de proteção de bem jurídico, que não permite ao direito penal valorar, em detrimento do próprio bem jurídico, comportamentos específicos e destinados de maneira proporcional a protegê-lo. O segundo é a proporcionalidade, pois a exclusão dos mecanismos específicos de proteção é uma medida adequada, necessária e não excessiva para manter o comportamento do sujeito vinculado ao reproche mais gravoso que merece um método de agressão

¹¹⁴ SOUZA SANTOS, Humberto. *Op. cit.*, 2012, p. 112.

ao bem jurídico cuja eficiência apenas foi alterada devido ao próprio cuidado em protegê-lo. O terceiro é a vitimodogmática, que afirma que a vítima deve proteger com diligência seu próprio bem jurídico se, 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.¹¹⁵ Tais princípios indicam a mesma coisa, ou seja, que o titular do bem jurídico não pode ser punido por protegê-lo e nem o sujeito que pratica a conduta pode ser premiado por superar a proteção que o cerca.¹¹⁶ Por isso, medidas específicas de proteção ao bem jurídico, como, por exemplo, a atuação de auditorias internas numa organização empresarial, o aumento da fiscalização por agentes estatais, o uso de programas de compartilhamento de informações pelo Estado, a contratação de advogados especializados, ou mesmo a mera diligência de consumidores, não podem ser levadas em consideração no momento de se avaliar a eficiência do risco criado, de modo que devem ser excluídas do juízo sobre se sua tendência principal é a realização do resultado.

5. A QUESTÃO DA CEGUEIRA DELIBERADA

A cegueira deliberada, *willful blindness*, é uma figura antiga no sistema da *common law*¹¹⁷ e sua introdução no direito penal de matriz

¹¹⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. *Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts*. In: KAUFMANN, Arthur (Hrsg.). *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*. München: Beck, 1979, p. 129.

¹¹⁶ SOUZA SANTOS, Humberto. *Op. cit.*, 2012, p. 113.

¹¹⁷ Em 1861, no caso inglês *Regina v. Sleep*, Mr. Sleep havia sido condenado por apropriar-se de paraísos de cobre de titularidade pública, apesar de ter alegado não ter tido consciência de que os bens eram públicos, e teve a sentença reformada sob o argumento de que a falta de consciência não foi intencional, mas com a ressalva de que se tivesse sido provado que a abstenção de obter conhecimento fosse intencional, teria recebido a mesma resposta punitiva do conhecimento efetivo. Em 1899, na Corte Suprema dos EUA foi julgado que o conhecimento efetivo. Em 1899, na Corte Suprema dos EUA foi julgado o caso *Spurr v. United States*, em que Mr. Spurr foi condenado por ter certificado cheques emitidos por um cliente contra uma conta sem fundos, sob o argumento de que se o funcionário se mantém deliberadamente na ignorância sobre se há ou não dinheiro no banco ou quando mostra uma indiferença crassa sobre seu dever de verificar tal circunstância, pode ser atribuído a ele o propósito específico de violar a lei. A partir da década de 1970, especialmente após a sentença no caso *Jewell v. United States*, a *willful blindness* passou a ser

germânica tem sido debatida com fervor nos últimos tempos. Os argumentos dogmáticos mais sólidos em favor de sua adoção foram dados por Ragués i Vallès, quem defende que a adoção da cegueira diante dos fatos pode ser justificada com a explicação de que há um distinto conteúdo expressivo nas ações e omissões dolosas quando comparada com as culposas, pois nas primeiras o sujeito expressa com seu fato uma negação de determinados valores compartilhados em um determinado sistema social, enquanto nas realizações culposas não há essa expressão. Assim, como a pena deve ser mais grave no caso de dolo para produzir efeitos de reafirmação dos valores questionados e de pacificação social, nos casos em que o indivíduo busca se beneficiar de seu estado de ignorância para eludir responsabilidade, seja para evitar um dilema também moral (hipótese do autor "avestruz"), seja para proteger-se de possíveis declarações de culpabilidade (hipótese do autor "raposa"), existe, especialmente no último caso, uma necessidade de pena superior a dos casos normais de culpa por duas razões. A primeira porque um observador médio nunca diria que quem quis se manter em ignorância está numa situação de erro, ainda mais se partir da suspeita inicial de que seu comportamento poderia lesar algum interesse. A segunda, porque se tais casos ficarem impunes, a pena deixará de cumprir sua função de promover o fracasso do criminoso em situações nas quais ele alcança seu propósito criminoso, o que passa aos cidadãos a mensagem de que, em determinadas circunstâncias perigosas para terceiros, é mais aconselhável se inibir do que se preocupar.¹¹⁸

Mas, como explica Greco, o raciocínio de Ragués i Vallès considera apenas que a sociedade deve castigar mais gravemente o dolo sem importar se a sociedade tem ou não direito de buscar esse benefício com um tratamento mais severo ao autor, de modo

aplicada nos EUA de maneira generalizada para condenar pessoas que transportavam malas de drogas sem se certificarem do conteúdo delas. Em 2011, no caso *Global-Tech Appliances et al. v. Seb S.A.*, que discutia infração ao direito de patente, a Corte Suprema dos EUA afirmou que a doutrina da cegueira deliberada já estava bem assentada no direito penal e a aplicou, também, sobre normas de direito civil que exigiam, para sua infração, um determinado conhecimento. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Mejor no saber – sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal*. In: *Discusiones: Ignorancia deliberada y Derecho Penal. Sección I: Discusión*. Revista Discusiones n. XIII, diciembre 2013. Buenos Aires: Editorial Universidad Nacional del Sur – edUNNS, 2013, p. 13-16.

¹¹⁸ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Op. cit.*, 2013, p. 29-33.

que ele justifica a pena somente com um fundamento de interesse social ou de bem comum, sem nem mesmo descrever qual seria tal interesse. Greco observa, com razão, que a tese de Ragués i Vallès da cegueira deliberada como equivalente do dolo não apresenta um fundamento adequado nem quando diferencia entre autores que se comportam como avestruz e autores que se comportam como raposa, pois a distinção entre dolo e culpa não tem relação com a estrutura mais ou menos egoísta da motivação do autor, por exemplo, o fato de que alguém tire a vida da vítima a pedido dela própria, que já não suporta o sofrimento do câncer, não exclui o dolo de matar. Além disso, como também lembra Greco, as hipóteses de culpa apenas são punidas quando todos os elementos do tipo são realizados, enquanto a presença do dolo legitima uma punição mesmo que falte alguns desses elementos, por tentativa, de modo que se a cegueira deliberada se equivaler ao dolo, nos casos em que o tipo penal se realize por completo haveria punição por tentativa que levaria a uma série de dificuldades como a fixação do início de uma tal tentativa, a determinação do tipo cuja realização ainda se está a tentar e uma punição por tentativa de todos os tipos que poderiam ter sido realizados.¹¹⁹

Sem um fundamento dogmático claro, o argumento que resta a quem demanda a aplicação da cegueira deliberada seria a superação de dificuldades de produção de provas na prática forense. Essa pretensão, porém, não se adequa ao princípio da culpabilidade, pois o indivíduo não seria punido pelo fato que teria praticado, ou seja, a realização de uma conduta dolosa comprovada, mas apenas por se suspeitar que ele tenha praticado um comportamento doloso em relação ao qual não se tem prova. O princípio da culpabilidade deve ser analisado de acordo com a relação do autor com um determinado fato específico, ou seja, conforme o autor seja ou não censurável por ter praticado um determinado fato específico.¹²⁰ Se não se sabe se o autor praticou um fato específico, não é possível realizar um tal juízo de censura, pois não é viável, diante do princípio da culpabilidade,

que alguém seja punido não pelo que fez e foi comprovado, mas pelo que se suspeita que fez, mas não ficou comprovado. O dolo apenas pode ser atribuído à medida que na esfera de conhecimento do autor estejam presentes dados da experiência cotidiana ou especializada que demonstrem que o risco criado por sua conduta tem a tendência principal de realizar o resultado. Sem conhecimento, não há dolo — uma afirmação que vale tanto para os delitos econômicos e empresariais quanto para os delitos tradicionais.

6. CONCLUSÃO

O dolo no sentido do direito penal é uma figura de importância essencial que, por significar um reproche mais grave da conduta, precisa ser coerente, relacionada à perigosidade da conduta e acessível à prática forense. A falta dessas qualidades não se compatibiliza com um direito penal que proteja bens jurídicos nem com a racionalidade de uma teoria cujos elementos comprováveis em juízo sirvam a uma solução de casos concretos fundamentada em argumentos claros. No âmbito dos delitos econômicos e empresariais, formado em grande parte por tipos penais realizados por comportamentos sofisticados, o que obriga a que sejam provados em juízo por um processamento mais complexo, justificar um tratamento mais severo em termos que permitam interpretações manipuláveis leva a um campo de arbitrio do julgador ainda superior ao observado no direito penal "tradicional". Como se concluiu no balanço intermediário, uma teoria do dolo que gire em torno do elemento "vontade" merece ser abandonada pelo direito penal e sua aplicação aos crimes econômicos e empresariais evidencia ainda mais os seus problemas.

O caminho mais promissor para um satisfatório conceito de dolo é o de admitir um conceito cognitivo de dolo, que tenha como centro de reproche a criação consciente de um perigo com determinadas características. Esse pensamento, por sua natureza, se adequa com mais segurança aos delitos econômicos e empresariais, cujos tipos penais são em boa medida estruturados a partir do objetivo de evitar situações de risco e não da mera pretensão de prevenir dados anímicos do autor do fato. E o conceito que parece mais correto é o que considera dolo como o conhecimento da criação de um risco eficiente, excluídos mecanismos específicos de proteção. Em tal conceito, risco eficiente é aquele em que a realização do resultado é a sua tendência principal, de modo que o que fundamenta

¹¹⁹ GRECO, Luís. *Comentario al artículo de Ramon Ragués*. In: *Discusiones: Ignorancia deliberada y Derecho Penal. Sección I: Discusión*. Revista Discusiones n. XIII, diciembre 2013. Buenos Aires: Editorial Universidad Nacional del Sur - edUNs, 2013, p. 73-75.

¹²⁰ BAUMANN/Jürgen WEBER, Ulrich: MITSCH, Wolfgang. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 11. Auflage. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2003, p. 437.

DOLO E ERRO NOS DELITOS DE INFIDELIDADE PATRIMONIAL E ADMINISTRAÇÃO DANOSA: VIOLAÇÃO DO DEVER COMO ELEMENTO MISTO – ORA EM BRANCO, ORA DA VALORAÇÃO GLOBAL DO FATO – DO TIPO?

Alaor Leite*

1. DOLO, ERRO E VIOLAÇÃO DO DEVER NA INFIDELIDADE PATRIMONIAL: TRÊS TÓPICOS DE UMA DOGMÁTICA UNIVERSAL

As controvérsias dogmáticas em torno do dolo, da distinção entre erro de tipo e de proibição e da cláusula “violação do dever” existente no tipo de infidelidade patrimonial interessam aos cientistas de todos os países, até mesmo daqueles que sequer conhecem um tipo penal específico de infidelidade patrimonial, como o Brasil¹. São três tópicos que se situam em estrato mais profundo e que colocam problemas materiais que antecedem à intervenção do legislador nacional². São tópicos que integram uma dogmática penal universal³. Ignorar a estrutura material desses problemas fará da solução

esse juízo sobre a tendência principal do risco criado são dados da experiência cotidiana ou especializada. Tal raciocínio indica com clareza que o que deve ser evitado e merece o tratamento mais severo do dolo é um comportamento que, de maneira consciente, crie um risco intenso ao bem jurídico. Essa é uma explicação que serve para todo o direito penal e, em relação aos crimes econômicos e empresariais, que trazem em si a ideia de prevenção de riscos, ela se torna ainda mais coerente. Mas da avaliação sobre o risco devem ser excluídas as medidas específicas de proteção ao bem jurídico, tomadas tanto pelo titular do bem jurídico quanto por terceiros, para evitar que o juízo sobre a eficiência do risco, em especial sobre sua tendência principal, seja afetado de maneira a permitir conclusões político-criminalmente distorcidas, o que se justifica pelos princípios do fim de proteção do bem jurídico, da proporcionalidade e da vitimodogmática. No direito penal econômico e empresarial tal exclusão adquire uma grande importância, pois é um campo em que diferentes medidas específicas são tomadas para proteger o bem jurídico de comportamentos criminosos, como auditorias internas em empresas, operações de fiscalização de agentes do Estado, programas informáticos que compartilham informações, formação de equipes de advogados para atuações preventivas, campanhas sobre a conscientização de consumidores, entre muitas outras. O conceito aqui defendido também estabelece o conhecimento como limite à atribuição do dolo, pois considera que o dolo apenas é configurado se no âmbito de conhecimento do sujeito que pratica a conduta ou estiverem presentes dados derivados da experiência cotidiana ou especializada que indiquem que o perigo gerado pela conduta tem a tendência principal de realizar o resultado, de modo a entender que sem conhecimento não há dolo, uma conclusão que se postula em sentido contrário à aplicação da cegueira deliberada para fundamentar o dolo nos delitos econômicos e empresariais.

* Mestre e doutorando na Ludwig-Maximilians Universität, München. Wissenschaftlicher Mitarbeiter (assistente científico) junto à cátedra de Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Penal Econômico na Universidade de Augsburg.

¹ Assim Leite/Teixeira, “O principal delito econômico da moderna sociedade industrial” – Observações introdutórias sobre o crime de infidelidade patrimonial, *RBDPE* 1 (2016), p. 15. Hanschel, *Unternehmensgesetz*, Berlin, 2010; Winter, *Pflichtwidrigkeitsvorsatz bei der Untreue*, München, 2012.

² Ver Frisch, *Wesenszüge rechtswissenschaftlichen Arbeitens – am Beispiel und aus der Sicht des Strafrechts*, in: Engel/Schön (org.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Tübingen, 2007, p. 156 e ss., p. 162.

³ Sobre o conceito de “ciência universal”, baseada na “universalidade das razões”, com especial foco na teoria do processo penal, ver Greco, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtslehre*, 2015, p. 41 e ss.; Silva-Sánchez, *Bases ideológicas de una*