

Todos os direitos reservados à

LIVRARIA E EDITORA RENOVAR LTDA.

MATRIZ: Rua da Assembleia, 10/2.421 - Centro - RJ

CEP: 20011-901 - Tel.: (21) 2531-2205 - Fax: (21) 2531-2135

FILIAL RJ: Tels.: (21) 2589-1863 / 2580-8596 - Fax: (21) 2589-1962

FILIAL SP: Tel.: (11) 3104-9951 - Fax: (11) 3105-0359

FILIAL PE: Tel.: (81) 3223-4988 - Fax: (81) 3223-1176

LIVRARIA CENTRO (RJ): Tels.: (21) 2531-1316 / 2531-1338 - Fax: (21) 2531-1873

LIVRARIA IPANEMA (RJ): Tel: (21) 2287-4080 - Fax: (21) 2287-4888

www.editorarenovar.com.br renovar@editorarenovar.com.br

SAC: 0800-221863

© 2008 by Livraria Editora Renovar Ltda.

Conselho Editorial:

Amaldo Lopes Sussekind — Presidente

Caio Tácito (*in memoriam*)

Carlos Alberto Menezes Direito

Celso de Albuquerque Mello (*in memoriam*)

Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.

Nadia Araujo

Ricardo Lobo Torres

Ricardo Pereira Lira

Revista Tipográfica: Luís Fernando Guedes

Capa: Sheila Neves

Editoração Eletrônica: TopTextos Edições Gráficas Ltda.

Nº 0929

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

G236
Luís Greco e Danilo Loboato (coords.)
Temas de Direito Penal — Parte Geral / Luís Greco e Danilo Loboato (coords.).

— Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

438p.: 23 cm

ISBN 978-857147-689-9

1. Direito penal — Brasil. I. Título.

CDD 346.81015

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

Introdução

É com grande alegria e satisfação que apresentamos ao público brasileiro a presente coletânea. Ela persegue uma finalidade concreta através de meios bem particulares. A *finalidade* é fornecer ao público, especialmente universitário, uma espécie de “reader” ou “compañion”, para usar as expressões que no mundo anglo-saxônico caracterizam o presente gênero de publicação, isto é, oferecer um volume de artigos, sobre questões tratadas no curso de graduação, que busca introduzir e iniciar o leitor num estudo mais aprofundado. O presente livro não substitui, portanto, os tradicionais Manuais ou Cursos de Direito Penal, Parte Geral, mas os complementa. A quantidade de matéria que um Manual ou Curso têm de conter e o escasso tempo que é dispensado ao Direito Penal no currículo universitário não permitem uma reflexão mais detida sobre os temas ali discutidos. O presente livro se vê, assim, como uma contribuição ao suprimento dessa lacuna e à satisfação da curiosidade dos estudantes mais interessados. Pensamos, contudo, que não só o estudante de graduação, mas também o pós-graduando, bem como todo aquele que tenha gosto por um estudo mais detido, do gênero que mais se costuma encontrar em periódicos, poderá obter algum proveito da presente coletânea.

O meio de que nos valemos foi recolher, de alguns estudiosos dispostos a colaborar, contribuições de valor sobre problemas da Parte Geral do Direito Penal. E aqui diretriz foi a do *equilíbrio*.

Primeiramente, um equilíbrio entre autores nacionais e estrangeiros: o leitor observará que dos quatorze artigos que aqui se encontram, seis são de estrangeiros — três alemães, dois portugueses e um espanhol. A ciência do direito penal encontra suas fronteiras não na

Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo

Humberto Souza Santos

1. Introdução

A adoção majoritária, e por um longo período, de determinada doutrina muitas vezes tem o terrível efeito de esconder a defesa de seus traços e sua inapetência para permanecer como ferramenta segura ao desenvolvimento científico. A mera imagem de escudo-protector contra incertezas acaba por se tornar mais importante do que o enfrentamento das questões impostas pela realidade. Sustentar a idéia tabu adquire ares de dogma e a mesma convicção com que o público, na conhecida parábola, não via diante de si um rei nu, mas uma majestade envolta numa vestimenta invisível. Assim ocorre com o conceito volitivo de dolo, uma construção que, apesar de se permitir imperfeições suficientes para justificar seu abandono, reafirma-se numa fé irracional de que dolo e vontade devem caminhar de braços dados, ainda que isso signifique problemas estruturais inadmissíveis no presente estágio da ciência jurídico-penal.

O objetivo desse trabalho, por motivo de foco, será expor os principais defeitos da teoria volitiva como raciocínio que justifique o reproche que está por trás das formas mais grave e branda de injusto. Esses defeitos, de acordo com o que aqui será exposto, são a ambigüidade do termo vontade, a obscura delimitação entre dolo e culpa, a natureza de direito penal de ânimo, o reproche desvinculado da intenção da conduta praticada pelo autor e a dificuldade de comprovação prática dos elementos responsáveis por fundamentar o dolo. Ou-

tos existem, os quais foram reputados toleráveis — afinal, toda teoria tem pontos fracos, e outros certamente existirão, conforme o espírito crítico de cada estudioso. A análise das teorias cognitivas, sejam as clássicas versões da probabilidade¹, da possibilidade², ou as mais recen-

1 A tradicional teoria da probabilidade divide-se em duas vertentes: LAC-MANN defende que o fundamento do reproche mais rigoroso deve ocorrer se o autor representou a maior probabilidade do resultado, pois quanto maior o perigo conforme a sua representação, menor motivação será necessária para evitar o resultado e dissuadir o autor de praticar a conduta. O fator de reproche é a baixa motivação do autor para evitar o resultado, uma vez que sequer a consciência de sua alta probabilidade pôde superar os desejos ligados ao projeto de ação. LAC-MANN, W. *Die Abgrenzung des Vorsatzbegriffs*, in: Goldammer's Archiv für Strafrecht 58, 1911, p. 114. Já SAUER encontra o fundamento do dolo no próprio perigo, consciente ou imaginariamente criado pelo autor, pois o objeto da valoração jurídica seria a ação objetivamente perigosa, esta sim advinda de uma livre decisão de vontade. O reproche é o próprio desvalor do perigo mais intenso, como conteúdo da consciência do autor. O conhecimento do perigo mais intenso não indicia o dolo no sentido da probabilidade, ele, em si mesmo, é o próprio dolo. SAUER, Wilhelm. *Derecho penal, parte general*, 1956, pp. 268 a 271.

2 SCHRÖDER acredita que a mera consciência da possibilidade da realização do resultado é o bastante para motivar o autor a desistir de sua ação, pois qualquer confiança na não-ocorrência do resultado encerraria, em si mesma, a negação de sua possibilidade. Assim, SCHRÖDER conclui que não existe culpa consciente, ao menos em seu sentido tradicional, e que toda conduta culposa apenas pode ser, sempre, hipótese de culpa inconsciente. SCHRÖDER, Horst. *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*, in: Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag am 24. Juni 1949, 1949, p. 245. SCHMIDHAUSER concorda que a diferença entre dolo e culpa se faz de acordo com a presença ou não do conhecimento da possibilidade do resultado pelo autor do fato. Porém, analisa essa consciência em duas frentes: 1) a consciência de fatos seguros e 2) a consciência de fatos inseguros, como, por exemplo, na hipótese em que alguém não sabe se a penumbra que entrevê pertence a um ser humano (consciência insegura de um fato presente) e se ao disparar contra ela provocará a morte deste (conhecimento seguro e nos de conhecimento inseguro somente na hipótese em que a consciência do autor seja da possibilidade concreta de realização do tipo. O autor do fato, ao não conhecer a possibilidade concreta de realização do tipo. O autor apesar de haver considerado a possibilidade concreta de ocorrência do resultado, que em sua concreta situação o resultado não iria acontecer e, para SCHMIDHAUSER, essa não-confiança no resultado implica uma eliminação mental da própria consciência da possibilidade de realização do tipo, a caracterizar hipótese de culpa aparentemente consistente. Nos casos de conhecimento inseguro da possibilidade concreta, o dolo existe porque o autor se decide, de modo consciente, pela lesão. SCHMIDHAUSER, Eberhard. *Die Grenze zwischen vorsätz-*

tes, fundadas na qualidade do risco conscientemente criado³, promette-se para outra oportunidade.

licher und fahrlässiger Straftat ("dolus eventualis" und bewusste Fahrlässigkeit), in: Juristische Ausbildung, 1980, pp. 240 a 250.

3 FRISCH desenvolve a teoria de que o objeto do dolo é a consciência da conduta típica e engloba uma dimensão especial dessa conduta. Não basta, para que o dolo se caracterize, o conhecimento da conduta apenas como uma sucessão externa de fatos, mas é necessário que ela adquira uma dimensão especial. Essa dimensão tipicamente relevante possui, para FRISCH, três requisitos básicos: 1) deve aparecer como um dado que revele a contradição existente entre o comportamento de quem a pratica e o ordenamento jurídico; 2) deve especificar periculosidade frente aos bens jurídicos; e 3) deve demonstrar que a ação realizada constitui um fato qualificado frente às exigências jurídicas. Assim, para que seja qualificada como típica, a conduta deve ser concretamente artiscada e juridicamente desaprovada, julgo obtido a partir das circunstâncias reconhecidas *ex ante* que circundam o caso e desde a perspectiva do autor. Consciente da tipicidade de sua conduta, o autor doloso, nos delitos de lesão, "parte para si" de que cria objetivamente um risco não tolerado de lesão, enquanto nos delitos de perigo "parte para si" de que promove um risco não permitido de criação de uma situação que significa perigo, ou seja, que a dimensão de risco de sua conduta se apresenta como uma possível causação de uma situação de perigo, embora não julgue conter, em si mesma, um perigo de lesão. FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 70 a 74. HERZBERG sustenta que o risco criado pode ser classificado, conforme as circunstâncias, em duas espécies: A primeira, o "risco protegido", justificador da culpa, em que devido à atenção do titular do bem jurídico (ou de um terceiro) o autor, consciente desta reação da vítima (ou de um terceiro), confia em que tudo terminará bem, firmado em uma expectativa racionalmente fundada na experiência. Caso o resultado aconteça apesar da mais alta atenção da vítima (ou de um terceiro), não passará de um infortunado desenvolvimento da situação. A segunda, o "risco desprotegido", fundamento do dolo, a respeito do qual nada constitui esse âmbito de proteção ao bem jurídico e nem o autor que cria o risco e nem o esforço da vítima (ou de um terceiro) criam uma reserva capaz de evitar a realização do resultado, de modo a inexistir qualquer proteção orientada à evitação do resultado. Por isso, caso o autor confiasse em que tudo fosse ocorrer bem, tal seria apenas a expressão de uma confiança irracional. HERZBERG explica que a consciência do autor que reconhece um risco ao bem jurídico, risco esse impossível de diminuir por mais que haja esforço para tanto, é suficiente para imputar o resultado como doloso, mas, se este risco for insignificante, deve-se afirmar a culpa, pois um risco desprotegido pequeno deve ser equiparado a um risco protegido. HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit — ein Problem des objektiven Tatbestandes*, 1986, pp. 249 a 256. PUPPE raciocina que um perigo será doloso na hipótese em que representar, em si mesmo, um método idôneo para a provocação do resultado. Método idôneo é aquele cuja chance de alcançar o objetivo apresenta-se relativamente grande de acordo com os conhecimentos de quem o

2. A teoria volitiva

A teoria volitiva sustenta que o dolo consiste, basicamente, na vontade consciente do autor de realizar as circunstâncias descritas no tipo penal⁴. Esse conceito, portanto, é formado por uma componente intelectual e uma componente volitiva que, juntas, atuam como fatores formadores do reproche doloso. O elemento intelectual do dolo significa o conhecimento atual das circunstâncias do tipo objetivo, consubstanciado numa representação real da conduta, ou seja, uma representação que esteja além de uma consciência potencial e abaixo de uma consciência verbalizada⁵, que compreenda as circunstâncias do tipo presentes (vítima, coisa, documento, etc.) e futuras (o curso causal e o resultado)⁶. O elemento volitivo do dolo exprime-se num “querer realizar” a conduta descrita no tipo objetivo. Essa vontade, que materialmente pode ser concebida como projeção da energia psíquica lesiva de bens jurídicos tutelados⁷, deve se caracterizar como

utiliza. Entretanto, PUPPE esclarece que, em termos gerais, não deve ser realizada uma ponderação inflexível conforme a quantidade de perigo, pois, além de ser impossível medir com clareza índices de probabilidade, a avaliação deve ser orientada segundo um repertório de métodos, fundado na experiência, para alcançar os mais diversos objetivos. Assim, o importante não é a situação individual do autor e suas possibilidades de agir, já que o fato de o autor almejar o resultado e não dispor de nenhum meio melhor não transforma uma estratégia genericamente inidônea em idônea. Tampouco deixa de ser uma estratégia genericamente idônea e, por conseguinte, um perigo doloso, o autor dispor, no caso concreto, de meios ainda melhores para alcançar o resultado, como golpear a cabeça da vítima com um cano apesar de carregar consigo uma pistola. Porém, PUPPE não descarta que o propósito do autor de provocar o resultado, em certos casos, cumpre um papel decisivo ao constituir-se como fator de perigo, como na hipótese em que um bom atirador, a uma distância média, dispara com propósito de matar e com uma arma de alta precisão. Contudo, o dolo estará constituído não por conta das más intenções do autor, mas porque ele visa uma parte do corpo na qual a vítima pode ser letalmente ferida. PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*, 2004, pp. 82 a 84.

- 4 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*, 2000, p. 62.
- 5 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*, 2000, p. 62.
- 6 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*, 2000, p. 63.
- 7 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*, 2000, p. 64.

uma decisão de ação já definida, isto é, incondicionada⁸, e suficientemente capaz de influenciar o acontecimento real, de modo que o resultado típico seja reconhecido não como simples esperança ou desejo do autor⁹, mas como verdadeira obra deste¹⁰.

Porém, a teoria volitiva não pára por aí e divide o conceito de dolo em diferentes espécies. Embora a lei brasileira, no artigo 18, I do Código Penal, reconheça apenas duas definições — o querer o resultado e o assumir o risco de produzi-lo, são três as formas desenvolvidas pela teoria volitiva, as quais se encontram consolidadas pela doutrina alemã¹¹ e apenas recentemente trabalhadas pela doutrina brasileira¹². A primeira dessas definições é o dolo direto de 1º grau, que, orientado pelo sentido cotidiano de intenção, tem por objeto o fim a que o autor se propõe e os meios que escolhe para realizá-lo¹³. Em segundo lugar, o dolo direto de 2º grau, a compreender os efeitos colaterais representados pelo autor como necessários à realização do objetivo que pretende alcançar¹⁴. Por fim, o dolo eventual, que se refere a um dado anímico do autor sobre a possibilidade consciente de um resultado. A identidade desse elemento anímico do autor é motivo de divergência

8 Isso quer dizer que ainda não formou o dolo alguém que, apesar de segurar uma faca, não se decidiu sobre ferir ou ameaçar a vítima. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*, 2000, p. 63.

9 No caso em que alguém leva o tio à floresta, durante a formação de uma tempestade, na expectativa de que um raião o fulmine, o dolo do autor não se caracterizaria porque o resultado estaria além de seu poder de influência. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*, 2000, p. 63. Esse exemplo é solucionado, de maneira correta, pela teoria da imputação objetiva, segundo a qual o problema seria, em verdade, de tipo objetivo (criação e realização do risco no resultado) e não de tipo subjetivo (dolo).

10 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*, 2000, p. 63.

11 Sobre a tripartição do conceito volitivo de dolo na Alemanha, GRECO, Luis. Algumas observações introdutórias à “distinção entre dolo e culpa” de Ingeborg Puppe, in: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*, 2004, p. XIII. 12 A tripartição do dolo já aparece defendida em CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*, 1985, p. 76, e LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*, 1987, p. 65. Porém, ainda a expor somente a dupla definição encontram-se JESUS, Damásio E. de, *Direito penal*, 1, 1999, p. 286, e DELMANTO, Celso, et alii. *Código penal comentado*, 1991, pp. 30 e 31.

13 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*, 2000, p. 209.

14 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*, 2000, p. 209.

entre diversas correntes e conduz os manuais brasileiros ao erro de considerar a teoria da anuência, consentimento ou assunção de risco como um terceiro raciocínio teórico ao lado das teorias volitivas e cognitivas¹⁵. A teoria da anuência, como se verá adiante, nada mais é do que parte da teoria volitiva e se apresenta como um pensamento, restrito ao dolo eventual, que busca na assunção de risco o elemento interno do autor responsável pelo reproche doloso da conduta por este praticada. Por isso, peca a doutrina brasileira ao desconsiderar que a teoria do consentimento nem é mais importante do que as outras correntes nem possui autonomia suficiente para fugir do âmbito volitivo atribuído ao dolo eventual¹⁶.

Realizados esses necessários esclarecimentos sobre o conceito volitivo de dolo, já é possível adentrar no objetivo, propriamente dito, deste trabalho. Adiante serão analisados, em cada tópico, os mais críticos problemas estruturais da teoria volitiva para, ao fim, chegar-se a uma conclusão a respeito de qual o melhor caminho a ser seguido para superar tais deficiências.

3. Confusão entre os sentidos de vontade

A teoria volitiva, orientada pelo sentido cotidiano de intenção, atribui ao elemento "querer" o fundamento de desvalor entre dolo e culpa. A formação do dolo consistiria na presença desse dado descritivo-psicológico que faz o autor valorar o resultado positivamente como querido, seja por ser seu objetivo último, seja por ser apenas um meio para alcançar outros objetivos. A culpa, a *contritatio sensu*, seria um fato não-querido e, como fazem questão de ressaltar em qualquer polêmica contra teorias cognitivas, os defensores da teoria volitiva consideram demais fundamentações normativas desnecessárias e até prejudiciais. A delimitação deve partir da existência de uma oposição contraditória entre querido e não-querido, em sentido necessariamente

psicológico-descritivo¹⁷. É o que ocorre no exemplo em que o homicida A, com a intenção de matar seu inimigo B, aponta-lhe uma arma e atira. Psicologicamente, a conduta de A foi orientada pela presença do "querer realizar" o fato típico do homicídio e materializou o "propósito", em sentido cotidiano, de extinguir a vida de B. Essa "intenção" existente no atuar de A, para a teoria volitiva, é o fundamento do reproche configurador de dolo.

Mas, e se A, em vez de usar uma arma, decidisse explodir o avião em que viaja B, como ficará o reproche de tal conduta criminosa a respeito dos outros passageiros, necessariamente exterminados ao lado de B, os quais A não relaciona como objeto de seu "propósito" e cujas mortes ainda lhe soam desagradáveis? Com o termo "querer", em sentido psicológico-descritivo, a servir de chave para a existência do dolo, a solução deveria ser reputar homicídio culposos a ação de A sobre os demais passageiros. Esse tipo de conclusão, claramente absurda, obriga a doutrina a se deparar com a insuficiência do sentido cotidiano de "intenção" para solucionar todos os casos merecedores de um reproche mais gravoso. Para enfrentar essa questão, a teoria volitiva admite uma "vontade" que impossibilite ao autor se isentar de responsabilidade alegando não ter querido psicologicamente o resultado. Tal admissão acontece não apenas no que se refere à situação em que o autor é consciente dos efeitos colaterais necessários de sua conduta, mas, também, nas hipóteses em que o resultado, ao invés de necessário, é apenas possível. Desdobram-se, desse modo, os conceitos de dolo direto de 2º grau (consequências necessárias) e de dolo eventual (resultado possível), explicitados no tópico anterior, como formas de "querer" em sentido atributivo-normativo¹⁸. Essa manobra conduz os defensores da teoria volitiva a afirmações capazes de assustar o mais desprevenido dos leigos.

STRATENWERTH expõe que a circunstância de a consequência secundária do fato poder resultar ao autor muito desagradável, que sobre ela não tenha um sentimento de aprovação e que tampouco a deseje, não modifica em nada seu dolo direto, pois não pode ele eliminar de sua vontade de realização as consequências de seu obrar, que se representa como inevitável, simplesmente porque são desagradá-

15 Isso pode ser observado, por exemplo, nas exposições de BITENCOURT, Cesar Roberto, *Manual de direito penal*, 2000, pp. 206 e 207; e JESUS, Damásio E. de, *Direito penal*, I, 1999, pp. 283 e 284.

16 A mesma crítica faz GRECO, Luis. Algumas observações introdutórias à "distinção entre dolo e culpa" de Ingeborg Puppe, in: PUPPE, Ingeborg, *A distinção entre dolo e culpa*, 2004, p. XV.

17 Como esclarece PUPPE, Ingeborg, *A distinção entre dolo e culpa*, 2004, p. 33.

18 PUPPE, Ingeborg, *A distinção entre dolo e culpa*, 2004, p. 32.

4.1. Assunção aprovadora do risco

De acordo com o raciocínio da chamada teoria da anuência, consentimento ou assunção aprovadora do risco, a existência do dolo eventual está condicionada ao consentimento do autor em que um resultado representado como possível ocorra³⁰. É analisado se o autor acredita na possibilidade do futuro resultado ou se, ao contrário, confia em que nada acontecerá. Desse modo, devem ser tidas como que-ridas pelo autor as consequências nas quais este acreditou que fossem produzidas por sua ação e, mesmo assim, não se absteve de praticá-la. Ao contrário, essa "vontade de realização" não será atribuída ao autor nos casos em que este confiar na não-ocorrência do resultado, apesar de tê-lo representado como possível.

Da mesma forma que o termo "querer", a palavra "aprovação" recebe da teoria volitiva um significado ambíguo. Caso se entenda "aprovação" num sentido cotidiano, essa palavra significará nada mais do que um juízo sobre um fato, uma manifestação a respeito de como esse fato deve ou pode ser³¹. Entretanto, essa interpretação confunde a "aprovação" com o próprio sentido da "intenção" do dolo direto de 1º grau³², de modo que o dolo estaria estendido apenas aos criminosos por convicção³³ e seria incompatível com qualquer disposição interna do autor que indique reprovação, desconforto ou mesmo indiferença diante da ocorrência do resultado. Assim, estariam esvaziadas as construções do dolo direto de 2º grau e do dolo eventual e excluídos do âmbito doloso inúmeros casos solucionados através destas figuras. Entretanto, como não é essa a conclusão pretendida pela teoria da anuência, o elemento psíquico "aprovação" é interpretado de modo tão atributivo-normativo quanto a "vontade" que visa a fundamentar. Além disso, como é plenamente viável que o autor não acredite que o resultado venha a ocorrer, mas, embora ocorrendo, o aprove, torna-se impossível verificar a culpa consciente somente com a afirmação de que a ocorrência do resultado não era esperada. Por isso, ainda na hipótese em que o autor espera a não-ocorrência do resultado, a estrutura da teoria do consentimento não é capaz de realizar a distinção

entre dolo e culpa. O BGH³⁴, para suprimir esse vácuo, cuidou de definir que a existência de culpa consciente depende que o autor confie seriamente, não apenas de modo vago, na não-ocorrência do resultado³⁵ e, assim, reduziu a original oposição "querer/não querer" da premissa volitiva a uma improvável, manipulável e vazia distinção entre acreditar ou não de modo vago na produção do resultado³⁶.

4.2. Risco levado a sério ou decisão pela lesão de bens jurídicos

Apesar da grande aceitação jurisprudencial da teoria da anuência, a teoria dominante na doutrina alemã é a que analisa se o autor levou a sério a possibilidade de ocorrência do resultado da qual era consciente ou se a ignorou. Nesse sentido, o dolo estaria configurado se o autor incluir em seus cálculos a realização de um tipo reconhecida como possível, sem que essa realização seja capaz de dissuadi-lo de praticar conduta, pois estaria demonstrado que o autor se decidiu, conscientemente, ainda que somente para o caso eventual, contra o bem jurídico protegido³⁷. O dolo estaria ausente somente na hipótese em que o autor sentisse confiança de que a realização do possível resultado não aconteceria. Isso, porque o autor, ao considerar seriamente a possibilidade de ocorrência do resultado, vê-se obrigado a decidir se o intento de praticar a ação merece pagar tal preço. A prática do fato pelo autor significa uma resposta afirmativa a tal ponderação e, nessa resposta afirmativa, reside o conteúdo do dolo eventual³⁸.

O raciocínio da teoria do levar a sério, portanto, consiste em considerar que é mais fácil para o autor evitar a exposição proibida do bem jurídico na hipótese em que leva a sério o perigo. Entretanto, não há como justificar uma responsabilidade menor daquele que apesar de um intenso, evidente e incontrolável perigo não leva a sério a possibilidade de ocorrência do resultado em comparação com aquele que,

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

31 PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*, 2004, p. 37.

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

33 PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*, 2004, p. 37.

34 Bundesgerichtshof — Supremo Tribunal Federal alemão, correspondente ao nosso Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisprudência majoritária é favorável à teoria do consentimento.

35 PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*, 2004, p. 40.

36 A mesma crítica faz PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*, 2004, p. 40.

37 ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, I, 2006, p. 446.

38 STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal, parte general*, I, 1982, p. 111.

sob as mesmas circunstâncias, leva o risco a sério³⁹. Quanto maior, mais evidente e mais claro for o risco reconhecido pelo autor, maior deverá ser a reprovação do desprezo à integridade alheia que o autor demonstra ter ao não levar a sério o perigo⁴⁰. O mesmo pensamento ainda é obrigado a isentar de dolo o autor tão pouco interessado pela possibilidade de lesão que sequer apresenta qualquer ponderação anímica⁴¹. Da mesma forma, se o autor criar um perigo reduzido, porém já não permitido, e levar a sério esse perigo, deverá ser-lhe imputado dolo por ter superado o obstáculo psíquico surgido no interior de sua mente⁴².

4.3. A não improvável produção do resultado e a habitualidade do risco em GÜNTHER JAKOBS

GÜNTHER JAKOBS admite que somente consequências principais do delito estariam contidas, de verdade, na vontade do autor. As consequências secundárias, por fazerem parte somente do conteúdo do conhecimento, estariam apenas por dependência relacionadas com a vontade⁴³. Por isso, JAKOBS sustenta que o correto seria afirmar que dolo é o conhecimento de que a realização do tipo depende da execução querida da ação, mesmo que esta realização não seja querida por si mesma⁴⁴.

Apesar de sugerir um novo conceito de dolo, JAKOBS não foge da estrutura da teoria volitiva e defende a mesma tripartição conceitual. JAKOBS expõe que a relação subjetiva do autor com as consequências principais, pelas quais pratica a conduta, chama-se intenção ou dolo direto de 1º grau⁴⁵, e que, uma vez pelo autor prevista a realização segura do tipo, haverá certeza (*Wissentlichkeit*) ou dolo direto de 2º grau, a respeito do qual o autor sabe que a evitação do resultado, apesar de não desejá-lo, é incompatível com aquilo que quer e prefere

dela se distanciar intelectualmente. O autor, então, admite o resultado forçosamente vinculado à execução da ação por ele querida⁴⁶. Porém, em relação ao dolo eventual, JAKOBS sustenta que devem ser diferenciadas as hipóteses nas quais a causação de um resultado é mais facilmente evitável daquelas em que a causação é evitável com mais dificuldade⁴⁷ e não observar em que medida a atitude interna do autor se distanciou da evitação da consequência da conduta por este praticada⁴⁸.

JAKOBS explica que o importante é a exatidão com que o autor aprecie a situação e as consequências que se poderiam esperar da prática da conduta⁴⁹ e não se a este é subjetivamente fácil ou difícil aumentar a evitação da ocorrência do resultado. Assim, porque, de acordo com o entendimento de JAKOBS, será dessa apreciação que surgirá o conhecimento do autor a respeito da provável realização do tipo. Isso significa que se o autor não tiver decidido entre a representação do perigo e a esperança de que a ação se desenvolverá sem consequências, tampouco terá decidido se o resultado é provável. Nesse sentido, o dolo eventual configura-se numa situação em que o autor, no momento da conduta, julga que a realização do tipo é provável como consequência do que está a praticar⁵⁰.

Mas, ao lado da constatação desse juízo consciente do autor a respeito da probabilidade do resultado, é preciso determinar o limite necessário para que tal probabilidade possa adentrar no âmbito dolo-so. Este limite determina-se através da relevância normativa do risco avaliado pelo autor em sua decisão de praticar a conduta. Essa relevância normativa depende da importância do bem afetado, avaliada objetivamente, conforme a estimativa jurídica embasada em dados estatísticos e não a estimativa subjetiva do autor, e da intensidade do risco determinada de acordo com o juízo jurídico e não o individual. O risco já não permitido deve ser normativamente relevante para a decisão ainda quando o autor o considere incidental⁵¹. Entretanto, essa exigência de normatização da relevância do risco apenas será tolerável na

39 PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*, 2004, p. 57.

40 PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*, 2004, p. 56.

41 PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*, 2004, p. 57.

42 Um motorista que, ao estacionar, infringe em poucos centímetros a distância mínima a ser mantida em relação aos carros vizinhos, mas leva a sério a possibilidade de colisão, então, ser condenado por tentativa de dano. PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*, 2004, p. 57.

43 JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*, 1997, p. 315.

44 JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*, 1997, p. 316.

45 JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*, 1997, p. 321.

46 JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*, 1997, p. 324.

47 JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*, 1997, p. 325.

48 JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*, 1997, p. 326.

49 JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*, 1997, p. 326.

50 JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*, 1997, p. 334.

51 JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*, 1997, pp. 333 e 334.

hipótese em que a disposição psíquica do autor, isto é, a habitualidade deste ao risco, possa ser apresentada como assunto do próprio autor. Embora, sustenta JAKOBS, ninguém possa alegar a crença de se sentir capaz de controlar perigos especiais a outras pessoas devido ao costume de viver perigosamente, caso a habitualidade ao risco seja consequência de um comportamento do autor constatável na prática, em que este aprendeu a conviver com tais riscos apesar da intensidade, o estará excluída a normatização da relevância e, por consequência o dolo, por falta de fundamento para que a estimação jurídica resida no âmbito de responsabilidade do autor⁵².

Apesar de avançar além do psicologismo característico da teoria volitiva, o critério de JAKOBS, termina por atribuir dolo ou culpa de acordo com o comportamento do sujeito em situações de risco, o que remete ao direito penal do autor. Assim, na medida em que o sujeito criasse situações concretamente perigosas sua reprovação diminuiria, pois se habituaria a pôr em perigo bens jurídicos alheios. Da mesma forma, a *contrario sensu*, um motorista inexperiente deveria ser condenado por tentativa de homicídio ao não respeitar a distância de segurança em relação ao veículo que lhe precede simplesmente por ter consciência de que estatisticamente morrem milhares de pessoas por causa dessa infração⁵³.

4.4. A indiferença em KARL ENGISCH

KARL ENGISCH indaga que relação deveria existir entre o sujeito e o resultado previsto como possível para que o dolo exista sem a obrigatoria ocorrência da intenção. A conclusão a que ENGISCH chega é que existirá dolo sempre que a lesão ao bem jurídico for indiferente ao autor. Essa indiferença é descrita por ENGISCH de forma

52. JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*, 1997, p. 334. JAKOBS ainda sustenta a configuração do dolo nos casos de "cegueira diante dos fatos", hipóteses em que, ao contrário de uma falta de atenção geral e não dirigida, existe um desinteresse específico do autor em relação às consequências da conduta. JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*, 1997, pp. 313 e 314. Porém, como se trata de uma discussão a respeito de um tema peculiar, essa tese não será aqui analisada.

53. A mesma crítica faz RAGUÉS I VALLES, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 140.

negativa, como a ausência de oposição do autor frente à lesão do bem jurídico representada por ele de modo concreto e real⁵⁴.

O dolo eventual, no raciocínio de ENGISCH, não é afirmado através de uma relação psíquica positiva entre o autor e a realização típica, como, por exemplo, assunção, aprovação, ou consentimento de risco, mas de acordo com sua mera não-oposição interna em relação ao resultado⁵⁵. Nesse sentido, haverá dolo eventual nas hipóteses em que o resultado se apresenta como possível ou simplesmente provável e o autor se mostra indiferente⁵⁶. Caso contrário, se o sujeito atua na esferança ou confiança de que o resultado não ocorrerá, terá havido uma oposição interna em relação à previsão do acontecimento do resultado e a figura do dolo não estará caracterizada⁵⁷. Porém, ENGISCH ainda sustenta que haverá sempre culpa nos casos em que a probabilidade de ocorrência do resultado for reduzida e, nos casos em que esta probabilidade for grande, o dolo estará configurado em razão de uma manifestação *in concreto* da indiferença relativa do autor⁵⁸.

Apesar de se fixar num dado anímico mais claro, ENGISCH não esclarece qual o vínculo entre a conduta do autor e o elemento psíquico da indiferença que fundamenta a imputação por dolo⁵⁹. Ao sustentar a existência de culpa nas hipóteses de probabilidade reduzida do resultado previsto e de dolo nas hipóteses em que esta probabilidade é grande, ENGISCH nada mais faz do que adotar, embora sem admitir, uma teoria cognitiva da probabilidade e abandonar seu ponto de partida psicológico-descritivo do termo "indiferença". Essa premissa passa, então, a ser utilizada de modo ambíguo, em sentido atributivo-normativo, e a repetir a mesma confusão com que a palavra "querer"⁶⁰ é interpretada pela teoria volitiva.

54. ENGISCH, Karl. *Untersuchung über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, pp. 207 e 208.

55. ENGISCH, Karl. *Untersuchung über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, pp. 188 a 190.

56. ENGISCH, Karl. *Untersuchung über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, p. 220.

57. ENGISCH, Karl. *Untersuchung über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, pp. 191 a 207.

58. ENGISCH, Karl. *Untersuchung über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, p. 198.

59. PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*, 2004, p. 63.

60. PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*, 2004, p. 64.

4.5. A vontade de evitação em ARMIN KAUFMANN

ARMIN KAUFMANN, orientado pela teoria finalista da ação, identifica que dolo e finalidade⁶¹ compreendem não somente aquilo que o sujeito busca alcançar (dolo direto de 1º grau) ou está certo de que o sujeito busca alcançar (dolo direto de 2º grau), mas, também, tudo o que seu acontecimento (dolo direto de 2º grau), KAUFMANN considera que, pelo sujeito foi considerado possível⁶². KAUFMANN considera que, devido à separação entre dolo e consciência da antijuridicidade, a distinção entre consequências possíveis fundada em algum estado sentimental do sujeito não se adequa à moderna teoria da culpabilidade, em especial à teoria do erro de tipo e erro de proibição. Significa, de acordo com KAUFMANN, acrescentar ao dolo um elemento emocional característico da consciência da antijuridicidade, que permaneceu como componente da culpabilidade⁶³.

Para KAUFMANN, então, negar o alcance da finalidade sobre as eventuais consequências previstas pelo autor, sem que se recorra a nenhum dado emocional, apenas é possível numa situação em que a finalidade sirva como limite à própria finalidade⁶⁴. Somente uma finalidade do autor dirigida à não-realização, à evitação dessas consequências, faria com que a finalidade da conduta por ele mesmo praticada deixasse de se dirigir a tais consequências. Em outros termos, o autor somente passaria a atuar com culpa consciente⁶⁵,⁶⁶, na hipótese em

que tivesse manifestado vontade de evitar a consequência. A culpa consciente configurar-se-ia no estabelecimento pelo autor, na ação que pratica, de fatores contrários à realização da consequência representada como possível⁶⁷. Assim, o autor concede uma oportunidade real à habilidade que julga ter de conduzir o processo de modo não prejudicial⁶⁸.

Embora KAUFMANN esteja correto ao afirmar que o propósito de evitar exclui o propósito de realizar, nos casos de dolo direto de 2º grau e de dolo eventual não existe esse propósito de realizar. Caso se admita que a vontade objetiva de evitação do autor exclua a vontade de realização em sentido normativo-atributivo, na qual as teorias volitivas enquadraram o dolo direto de 2º grau e o dolo eventual, o raciocínio perde sua necessidade lógica, pois, em sentido normativo-atributivo, o dolo é compatível com o propósito de realizar um objetivo incompatível com o resultado⁶⁹. Em outras palavras, num sentido nor-

tem a certeza de que realizará (o campo do dolo direto de 2º grau), como também tudo aquilo que o autor considera possível (p. 67). Fazer alguma distinção entre consequências possíveis fundando-se em um estado sentimental qualquer do autor, dizendo que ele é indiferente em relação a umas e não outras, seria contrário à moderna teoria da culpabilidade, ou seja, à distinção entre erro de tipo e erro de proibição, pois isso significaria acrescentar ao dolo um componente emocional, dele extirpada a partir do momento em que o dolo deixou de compreender a consciência da antijuridicidade (pp. 61 e ss.; "todas as reliquias do *dolus malus* devem ser extirpadas" — p. 61). Se se quiser, portanto, negar o alcance da finalidade por sobre aquelas tidas pelo autor como possíveis, não se recorrendo a nada de emocional, só restará um caminho, que é de deixar que a finalidade limite a própria finalidade ("a vontade de realização (= finalidade, L.G.) encontra seu limite — na própria vontade de realização!" — p. 67). Ou seja, a finalidade só deixará de dirigir-se às consequências tidas como possíveis, se houver uma finalidade dirigida à não-realização, à evitação dessas consequências. Só quando o autor atuar, manifestar a sua vontade de evitar a consequência tida como possível é que atuará ele com culpa consciente, excluindo-se o dolo eventual (p. 67).⁷⁰ GRECO, Luís. Nota explicativa do tradutor em PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*, 2004, p. 48.

67 KAUFMANN, Armin. *Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schullehre auf die Vorsatzgrenze*, in: *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, p. 68.

68 KAUFMANN, Armin. *Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schullehre auf die Vorsatzgrenze*, in: *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, p. 68.

69 A mesma crítica faz PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*, 2004, p. 48.

- 61 KAUFMANN, Armin. *Der dolus eventualis im Deliktsaufbau*, in: *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, p. 59.
- 62 KAUFMANN. *Der dolus eventualis im Deliktsaufbau*, in: *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, p. 67.
- 63 KAUFMANN, Armin. *Der dolus eventualis im Deliktsaufbau*, in: *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, pp. 61 a 66.
- 64 KAUFMANN. *Der dolus eventualis im Deliktsaufbau*, in: *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, p. 67.
- 65 KAUFMANN. *Der dolus eventualis im Deliktsaufbau*, in: *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, p. 67.
- 66 Excelente a explicação de LUIS GRECO: "A teoria da evitação atuando, na forma proposta por Armin Kaufmann (*Der dolus eventualis im Deliktsaufbau*, pp. 59 e ss., original ZStW 70 [1958] pp. 64 e ss.), parte do pressuposto de que dogma oriundo da teoria finalista da ação, que tem em Kaufmann um de seus maiores defensores. E a finalidade, para Kaufmann, compreende não só tudo aquilo que o autor almeja realizar (o campo do dolo direto de 1º grau) ou que ele

mativo-atributivo, o estabelecimento pelo autor de fatores contrários à realização do resultado não é capaz de excluir a vontade de realizá-lo a ele atribuída. A teoria da evitação tampouco especifica quais as exigências mínimas para que as medidas de evitação tomadas pelo autor possam ser consideradas eficazes. A precaução mais irrisória poderia ser considerada como propósito de evitação caso o autor pretendesse a diminuição do risco. Da mesma forma, ainda nos casos em que a medida de evitação foi de todo insuficiente, KAUFMANN é incapaz de especificar algum tipo de exigência a respeito da qualidade da medida de evitação ou da seriedade da vontade de evitação exprimida pelo autor. Se a medida reduzir de modo irrisório o risco, será considerada como um propósito de evitação sempre que o autor tiver essa finalidade⁷⁰, o que faz com que o raciocínio seja aplicado, em verdade, somente nas hipóteses de demonstração, pelo autor, de fraco desejo de que o resultado não ocorra. Perde-se, assim, o aparente ganho em objetividade que a teoria de KAUFMANN apresentou e fica constatado, então, que essa fraca demonstração, pelo autor, do desejo de evitar se equívale ao mesmo dado psíquico característico de expressões como consentimento, aprovação, assunção aprovadora do risco ou aceitação do resultado⁷¹, já criticadas anteriormente.

4.6. As fórmulas de REINHARD FRANK

Raros foram os juristas filiados à teoria volitiva que se propuseram a demonstrar a relação existente entre o dado anímico substituto da vontade psíquica e a conduta do autor. REINHARD FRANK é um FRANK desenvolveu duas fórmulas para a constatação do dolo eventual. A primeira visava a determinar o estado psíquico específico da ausência, aprovação ou consentimento do risco, presente caso o intérprete concluisse que o autor teria agido ainda que soubesse do resultado. Porém, se o intérprete concluisse que, com o conhecimento do resultado, o autor deixaria de praticar a ação, o elemento psíquico estaria ausente e o dolo negado. FRANK, mais tarde, elaborou uma

segunda fórmula, que consistia na análise da hipótese em que o autor, ao se defrontar com a possibilidade do resultado, diz para si mesmo: "seja assim ou de outra maneira, ocorra isso ou aquilo, de qualquer modo eu agirei". No caso de o autor responder afirmativamente, estará presente o elemento característico do dolo⁷².

FRANK esperava que sua primeira fórmula cumprisse as funções de precisar o conteúdo do estado psicológico específico do autor dolo no momento do fato e criar a relação necessária entre esse estado psíquico e a ação⁷³. Entretanto, como o pretendido por FRANK foi precisar a existência desse elemento psíquico a partir de um dado fictício do autor, já que este, em verdade, não dispõe de certeza alguma a respeito do resultado típico, a distinção entre dolo e culpa conforme a aplicação das fórmulas passa a depender, apenas, do sentimento do intérprete ao analisar o fato. Como, geralmente, o intérprete não dispõe de poderes extra-sensoriais, a saída será decidir fundado numa apreciação psicológica hipotética legado ao campo da mera addivinção orientada por preconceitos e juízos não científicos. A segunda fórmula, elaborada para complementar a primeira, além de carregar as mesmas imperfeições, consiste numa indagação somente respondível caso a conduta do autor fosse determinada por leis naturais estritas e caso tais leis fossem conhecidas. Por isso, a segunda fórmula apenas seria viável diante de excepcionais elementos capazes de descobrir como o autor ter-se-ia comportado na hipótese de previsão segura da realização do resultado⁷⁴.

5. Natureza de direito penal de ânimo

Como visto, a teoria volitiva traça a fronteira entre o dolo e a culpa através de dados anímicos experimentados pelo autor no momento em que pratica a ação. Aqueles que buscaram uma relação entre esses elementos internos, a conduta e o acontecimento exterior ou mergulharam (JAKOBS) num direito penal de autor contrário à proteção de

70 PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*, 2004, p. 49.

71 Com a mesma opinião, PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*, 2004, p. 49.

72 FRANK, Reinhard. *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18. ed., 1931, § 59, nm. V, p. 190.

73 PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*, 2004, p. 44.

74 PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*, 2004, p. 45.

bens jurídicos, ou partiram (FRANK) de premissas fictícias e abertas à adivinhação. De resto, "assunção de risco", "perigo levado a sério", "indiferença", "vontade de evitação", foram apresentados como fundamentos de um reproche gravoso de injusto sem qualquer ligação com o fato além da mera concomitância⁷⁵. Por não se encontrarem nesses elementos internos traços definidores da ocorrência fática, tornaram-se corriqueiras definições como "confiar não de modo vago", "considerar seriamente", "oposição interna", que apenas exprimem um psicologismo retórico e nada significam em termos de influência na conduta.

A demonstração da perfeita compatibilidade entre a prática de qualquer conduta⁷⁶ e o "consentimento" em que o resultado ocorra, ou o "levar a sério" o perigo, ou a "indiferença" ou a "vontade de evitação", assim como o "confiar seriamente e não de modo vago" em que o resultado não acontecerá, evidencia que o fundamento do reproche da teoria volitiva não está no fato praticado pelo autor e tão pouco se arrima na proteção ao bem jurídico. O reproche está fixado, tão-somente, no estado de espírito do autor e significa um indistância-vel direito penal de ânimo.

O conceito volitivo de dolo, ao relegar ao direito penal de ânimo uma das mais importantes ferramentas da teoria do delito, distancia-se do desvalor do injusto conforme o fato concreto e deixa sem sentido a própria divisão típica entre uma forma mais grave (dolo) e branda (culpa). Se o reprovável não é o fato praticado, mas o sentir uma "assunção", um "levar a sério", uma "indiferença", uma "vontade de evitação", ou não ter a "habitualidade" de criar perigo, a punição mais grave ou mais branda, por ser alheia à realidade exterior, não tem qualquer aptidão para proteger bens jurídicos. Em sua eficiência máxima, tais construções podem até evitar que o autor "assuma", "leve a

sério" ou fique "indiferente" ao risco⁷⁷ e incentive-lo a praticar a conduta "confiando seriamente na não-ocorrência do resultado". Porém, esses dados anímicos de nada servem para evitar a prática de um fato agressivo à integridade alheia, a qual, em verdade, é o que contradiz o fim de proteção aos bens jurídicos.

Um direito penal que visa a evitar não a violação de bens jurídicos, mas a mera existência de dados anímicos, que reprova não o fato lesivo, mas o simples estado de espírito coincidente à prática desse fato, limita a liberdade das pessoas sem qualquer ganho social. Assim, o reproche exercido pela teoria volitiva no plano do injusto, dentro de um direito penal que tenha por finalidade apenas proteger bens jurídicos, não se justifica com a ideia de idoneidade presente no princípio constitucional da proporcionalidade, ou seja, a de que toda limitação de liberdade deve ser capaz de alcançar a finalidade desejada⁷⁸. Por isso, o conceito volitivo de dolo, por fundamentar seu reproche numa intervenção inútil na liberdade dos cidadãos, é um conceito ilegítimo dentro de um sistema jurídico-penal orientado a concretizar o exclusivo fim de proteção de bens jurídicos.

6. Reproche desvinculado da intensidade do risco

O tópico anterior sustentou que os elementos psicológicos da teoria volitiva, por se caracterizarem como direito penal de ânimo, não guardam qualquer relação entre o reproche que exercem e o evitar violações a bem jurídicos. Essa natureza anímica do conceito volitivo de dolo acarreta uma consequência que de tão importante merece ser analisada num tópico próprio: a desvinculação entre o reproche exercido pelo conceito e a intensidade do risco criado pelo autor, que faz com que a atribuição de dolo ao autor somente acompanhe a intensidade do perigo ao bem jurídico na hipótese em que ocorra uma casual

75 PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*, 2004, p. 51.

76 Os exemplos citados na nota 43 (fato insignificante ao qual se imputa dolo) e na última frase da análise crítica da teoria de JAKOBS (fato insignificante ao qual se imputa dolo), além dos casos da festa de peão (fato grave ao qual se imputa culpa), expostos adiante no tópico 6 e na nota 83, respectivamente, mostram que o reproche exercido pela teoria volitiva em nada se relaciona com o fato praticado pelo autor.

77 Ou, ainda, estimular uma criação constante de situações artiscadas para adquirir a "habitualidade" de JAKOBS.

78 A respeito da adequação ou idoneidade como parte do princípio da proporcionalidade, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios — da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2003, pp. 116 a 124. Sobre a ideia de idoneidade para legitimar proibições, GRECO, Luis. *Um panorama da imputação objetiva*, 2005, pp. 24 e 25.

coincidência entre ambos. Essa falta de relação entre o elemento anímico do autor e a gravidade da conduta por este praticada torna ainda mais evidente a ilegitimidade da teoria volitiva, adiantada no tópico anterior, por desrespeito às outras duas idéias (a idoneidade foi citada acima) que compõem o princípio constitucional da proporcionalidade: a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A idéia de necessidade presente no princípio da proporcionalidade sustenta que uma medida jurídica somente deve ser tomada caso não haja uma medida menos gravosa que possa atingir o mesmo fim⁷⁹. No caso em que o autor cria um perigo baixo, apesar de não permitido, subsiste uma medida menos gravosa capaz de proteger o bem jurídico contra essa espécie de ataque: a imputação de culpa à conduta do autor. Porém, a teoria volitiva, desde que presente o estado de espírito exigido no autor, reprovava por dolo a conduta por este praticada ainda que criada de um risco pequeno. A idéia de proporcionalidade em sentido estrito defende que a medida jurídica, numa ponderação de interesses, não possa limitar a liberdade excessivamente⁸⁰. A teoria volitiva, ao atribuir dolo à conduta pouco perigosa, limita a liberdade do autor mais do que o suficiente para evitar essa espécie de agressão ao bem jurídico. *A contrario sensu* ocorre o mesmo desrespeito ao princípio constitucional da proporcionalidade e ao autor consciente de um risco alto e evidente pode ser imputada culpa consciente, a desrespeitar a necessidade de uma medida mais gravosa e a impor uma insuficiente limitação à liberdade do sujeito. Isso porque, ao considerar a existência de um dado anímico do autor como fundamento para o conceito de dolo, a teoria volitiva nada mais faz do que relegar ao acaso o nível de proteção à integridade alheia, que apenas se ajusta dependendo da sorte.

79 A respeito da idéia de exigibilidade ou necessidade da medida jurídica, em termos gerais, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2002, p. 262. Sobre a necessidade da medida jurídica no âmbito do direito penal, GRECO, Luis. *Cumplibilidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*, 2004, p. 136.

80 Sobre a idéia de proporcionalidade em sentido estrito, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2002, p. 270. A respeito da aplicação da proporcionalidade em sentido estrito em matéria penal, GRECO, Luis. *Cumplibilidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*, 2004, p. 136.

Para tornar mais claro o que se está a afirmar, basta utilizar a teoria volitiva como solução de um problema-modelo variante do famoso exemplo proposto por LACMANN⁸¹. Numa festa de peão, realizada na cidade de Barretos-SP, dois fazendeiros se encontram. Eles observam uma moça de costas e fazem a seguinte aposta: um deles atiraria e acertaria o chapéu dela. Se acertasse ganharia todo o patrimônio do outro. Caso errasse, perderia o patrimônio para outro. Ele se prepara, põe seu braço numa mureta para servir de apoio, mira com atenção o chapéu, puxa o gatilho e atinge em cheio a nuca da moça, a matá-la instantaneamente. Nessa hipótese, ocorreu a criação consciente de um grande risco à vida da vítima, ao final concretizado, por meio de uma conduta evidentemente merecedora de reproche doloso⁸².

Entretanto, ao se aplicar a teoria da assunção de risco, é preciso admitir que o fazendeiro-atirador, por ter apostado todo seu patrimônio, seguramente não assumira o risco de atingir a nuca da moça e, sem dúvida, confiava seriamente na não-ocorrência do resultado. Não há saída diversa da imputação de culpa consciente à conduta do autor. A teoria do risco levado a sério, semelhante que é à da assunção, também não chega à solução diversa de culpa consciente. Ao apostar todo seu patrimônio, o fazendeiro-atirador, por mais intensa que tenha sido sua conduta contrária ao bem jurídico e por mais forte que tenha sido o risco conscientemente criado à vida da vítima, não o levou a sério. Avaliou a clara e alta possibilidade de atingir a vítima com a confiança de que nada aconteceria.

Diante da teoria de JAKOBS, o problema-modelo seria solucionado segundo a habitualidade do fazendeiro-atirador a esse tipo de criação de risco. Se for a primeira ou uma das primeiras vezes que o autor tenha praticado essa conduta, configurar-se-ia o dolo eventual por fal-

81 O caso do tiro ao alvo desenvolvido por LACMANN é o seguinte: num parque de diversões o autor aposta com seu amigo que consegue atirar na bola de vidro que está na mão da menina atendente do público no estande de tiro ao alvo. Caso ele acerte a menina e não a bola, pretende deixar a arma cair e desaparecer na multidão. LACMANN, com esse exemplo, demonstra ser perfeitamente possível que, num caso merecedor de dolo eventual, a ocorrência do resultado seja incompatível com o objetivo do autor e, assim, desmonta a argumentação das fórmulas de FRANK (sobre as fórmulas de Frank, ver tópico 4.6). LACMANN, W. *Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 31, Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1911, p. 159.

82 Dolo eventual, conforme a divisão da teoria volitiva.

ta de constatação prática de estar o autor habituado a controlar o risco por ele criado. Entretanto, se o fazendeiro-atirador costuma atirar em direção a outras pessoas, para vencer apostas, e nunca tenha acertado ninguém, sempre o chapêu, não haveria como duvidar da caracterização de culpa consciente. Apesar de o raciocínio de JAKOBS compatibilizar o fato com o dolo eventual, premia o autor que constantemente cria situações arriscadas e pune aquele que pouco ou nunca as criou. Seu raciocínio inverte a lógica do fim de proteção aos bens jurídicos ao considerar que quanto mais agressões forem praticadas, mais brando será o reproche — um escandaloso desprezo à integridade alheia.

Conforme o proposto por ENGISCH, o problema-modelo também seria solucionado como hipótese de culpa consciente, pois, ao disponibilizar todo seu patrimônio em caso de erro, o fazendeiro-atirador de modo algum era indiferente ao resultado e atuou na confiança de que o mesmo não ocorreria. Agiu, portanto, com a oposição interna que ENGISCH exige para a culpa consciente. O raciocínio de KAUFMANN tampouco soluciona a hipótese de modo diferente. O fazendeiro-atirador, ao apoiar-se na mureta e ao mirar com atenção o chapêu da vítima, tomou medidas precavidas e, ao disponibilizar todo seu patrimônio em caso de erro, agiu com a finalidade de quem tem vontade de evitar o resultado. Não há, portanto, pela construção da vontade de evitação, como entender caracterizado o dolo eventual.

O caso do tiro alvo elaborado por LACMANN, do qual o da festa de peão é uma variante, já demonstrara as falhas das fórmulas de FRANK. Por isso, a conclusão trazida pelo problema-modelo nada mais faz do que repetir a mesma de um século atrás e aprofundá-la: não apenas o evidente dolo eventual do fazendeiro-atirador surge numa situação em que a ocorrência do resultado é incompatível com o seu objetivo (ganhar a aposta) como em que ele não atiraria se soubesse de seu erro, nem agiria diante de previsão segura do resultado, pois, além de perder todo seu patrimônio, ainda praticaria uma conduta sem razão de ser. Por essa última conclusão, o pensamento de FRANK indica a culpa consciente.

7. Dificuldade de comprovação prática

A teoria volitiva, ao defender a distinção de dolo e culpa conforme a presença de elementos internos ao autor, além de sofrer de todos os problemas analisados até o momento, ainda se mostra extremamente

difícil e até impossível de ser comprovada na prática forense. Em seu conteúdo reside o tradicional desinteresse que os penalistas materiais cultivam ao partirem do pressuposto de que a viabilidade prática ou não de uma teoria material é um mero dado atinente à produção probatória, cujo problema cabe ao intérprete solucionar no plano processual⁸³. Entretanto, essa desprezada dificuldade probatória em verificar a existência de dados anímicos do autor impede que o direito processual cumpra sua missão como instrumento adequado a constatar a existência ou inexistência do direito material com certeza científica. O que faz a teoria volitiva é ignorar que um instituto de direito material inacessível na prática é, essencialmente, um instituto inútil, pois dificilmente se saberá estar o mesmo caracterizado no objeto em análise. Por isso, as diversas construções que propuseram um elemento anímico do autor como fundamento do reproche doloso, podem, com tranquilidade, ser taxadas de dispensáveis por não indicarem em qual caminho deva ser empreendida a atividade probatória⁸⁴.

A consequência da aplicação judicial do conceito volitivo de dolo tem sido uma evidente incalculabilidade e manipulabilidade de decisões orientadas conforme os pontos de vista mais aleatórios. Isso ocorre porque, ao decidir de acordo com a teoria volitiva, o intérprete nada consegue provar e é obrigado a tudo presumir, inclusive pensamentos do autor distantes de qualquer método indiciário. O conceito volitivo de dolo, então, acaba por ser utilizado como fórmula mágica para mascarar que o reproche doloso foi imputado devido à presença de qualquer circunstância que tenha causado ao intérprete um desconforto intuitivo. Por outro lado, a teoria volitiva, além de inacessível judicialmente, é obscura ao estabelecer seus limites diante da culpa, haja vista que são refutáveis as diversas tentativas de cumprir essa missão⁸⁵, a complicar duplamente a verificação prática da existência do dolo. Nesse contexto, não se pode ignorar que, por mais eficazes que sejam as regras processuais, por mais desenvolvidos que estejam a possibilidade e os métodos de prova, será sempre preciso que a comprovação forense incida sob um conceito materialmente definido. Ad-

83 A mesma crítica faz RAGÜES I VALLES, Ramón. *Consideraciones sobre la prueba del dolo*, p. 7.

84 RAGÜES I VALLES, Ramón. *Consideraciones sobre la prueba del dolo*, 2002, p. 1.

85 Como analisado, acima, nos tópicos 3 e 4.

mitir um conceito obscuro e esperar que sua clareza surja após a elaboração de regras probatórias significa desafiar a lógica, pois, para viabilizar um método correto de prova, é necessário ao menos saber o que se está a provar⁸⁶. Assim, o conceito volitivo de dolo, ao desenvolver uma construção inacessível de verificação empírica e obscura em seus contornos, de modo a prejudicar a constatação prática de seus elementos, é duvidoso o suficiente para que seja questionada sua própria validade jurídico-científica.

8. Conclusão

Como acima mencionado, toda teoria tem seus pontos fracos. Entretanto, conforme a teoria traga maiores vantagens à análise do fato punível, suas imperfeições — desde que não sejam grosseiras — podem até ser toleradas em prol do ganho obtido. Não é o que ocorre com o conceito volitivo de dolo, cujos defeitos, como pôde ser observado ao longo desse trabalho, são de tal ordem profundos, sem que exista qualquer contrapartida aceitável, que não há alternativa senão concluir pelo seu abandono.

Num sistema jurídico-penal preocupado com soluções axiológicamente justas de casos concretos, o conceito de dolo deve cumprir determinadas funções orientadas pelo exclusivo fim de proteção de bens jurídicos. Tal conceito necessita ser claro em seus elementos, uma correlação proporcional entre o elemento conceitual justificador do reproche mais gravoso, o que se pretende coibir com esse reproche e a intensidade da conduta contrária ao bem jurídico protegido. Portanto, não foi sem razão a escolha dos pontos críticos analisados nesse trabalho, pois estes demonstram o descumprimento, pela teoria volitiva, de todas essas exigências funcionais. Ao contrário, o que se verificou foi um raciocínio teórico ambíguo em sua premissa — o sentido do termo “vontade”, que não se delimita satisfatoriamente do âmbito vincula à gravidade da agressão ao bem jurídico e muito difícil de ser provado na prática. Por isso, a teoria volitiva do dolo carece de argu-

mentos que justifiquem seu uso, a não ser como maquiagem à mera intuição do julgador ou para desencargo do acadêmico, livre para afirmar em sala de aula que “o autor é reprovável porque quis cometer o fato, mesmo não o tendo desejado”, ao largo de acusações infundadas, defesas obscuras e sentenças esotéricas.

O caminho para um conceito adequado só pode se admitir o dolo como a consciência da criação de um risco qualificado, na esteira dos recentes trabalhos cognitivos, e encontrar, nos fatores qualificantes desse perigo, o cumprimento de funções que vinculem o reproche mais grave à proporção dos acontecimentos e à proteção de bens jurídicos. Desse modo, é chegado o momento de abandonar a máscara da retórica e admitir o óbvio, que “a instância competente para decidir a respeito do significado jurídico do perigo reconhecido pelo autor não é ele próprio, mas sim o direito”⁸⁷.

⁸⁶ A mesma crítica faz PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*, 2004, p. 60.

⁸⁷ PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*, 2004, pp. 61 e 62.