

EDUARDO VIANA

DOLO COMO
COMPROMISSO COGNITIVO



Coleção

Direito Penal e Criminologia

Direção

Íñigo Ortiz de Urbina / Ramon Ragués / Luís Greco

Conselho Científico Editorial

Manuel ATIENZA / Carlos BERNAL / Mauro BUSSANI / Jordi FERRER

José María Serna de la GARZA / Luís GRECO / Daniel González LAGIER / Raúl LETELIER

Judith MARTINS-COSTA / Daniel MITIDIERO / José Juan MORESO / Juliana NEUENSCHWANDER

Jordi NIEVA / Eduardo OTEIZA / Ángel Luis Prieto de PAULA / Ramón RAGUÉS

Claudia ROESLER / María SALVADOR / José María Rodríguez de SANTIAGO / Adrian SGARBI

Virgílio Afonso da SILVA / Carlos Ari SUNDFELD / Michele TARUFFO / Íñigo Ortiz de URBINA

Dolo como compromisso cognitivo

Eduardo Viana

Capa

Nacho Pons

Produção

Ida Gouveia / HBLIZ / Oficina das Letras*

Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

**CIP-Brasil. Catalogação na Publicação
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ**

V667d

Viana, Eduardo,

Dolo como compromisso cognitivo / Eduardo Viana. - 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2017.

Apêndice

Inclui bibliografia

ISBN 9788566722505

1. Direito Penal. 2. Criminologia. I. Título.

17-45084

CDU: 343.2

© Eduardo Viana

© MARCIAL PONS EDITORA DO BRASIL LTDA.

Av. Brig. Faria Lima, 1461, Torre Sul, 17/8 Jardim Paulistano CEP 01452-002 São Paulo-SP

☎ +55 (11) 3192.3733 www.marcialpons.com.br

SUMÁRIO

PREFÁCIO – Luís GRECO.....	7
APRESENTAÇÃO.....	9
AGRADECIMENTOS.....	11
ABREVIATURAS.....	13
INTRODUÇÃO.....	23
1. Considerações preliminares.....	23
2. Justificativa.....	29
3. O marco teórico e bibliográfico.....	31
4. O problema.....	31
5. O método.....	33
6. A investigação conceitual.....	34
7. Os parâmetros legais alemão, espanhol e brasileiro.....	36
8. O programa da tese.....	42

PARTE I

PANORAMA APROXIMATIVO

1. Considerações preliminares.....	45
2. Sobre a clássica posição e estrutura do dolo.....	46
2.1 O dolo dentro das estruturas de delito.....	47
2.1.1 O sistema causal-naturalista.....	47
2.1.2 O sistema finalista.....	50
2.2 A clássica definição do crime doloso.....	55
2.2.1 O dolo como representação.....	57
2.2.2 O dolo como querer.....	63

2.3	Espécies de dolo e sua relação sistemática.....	64
2.3.1	Dolo direto de primeiro grau.....	66
2.3.2	Dolo direto de segundo grau	69
2.3.3	Dolo eventual	72
2.3.4	A importância jurídica da distinção entre as espécies de dolo.....	77
2.4	Dimensão temporal do dolo	79
3.	Sobre a relação entre o dolo e a culpa	82

PARTE II

SOBRE O TRADICIONAL TRATAMENTO DA VONTADE DENTRO DA ESTRUTURA DO DELITO DOLOSO

1.	Considerações preliminares.....	85
2.	Dimensão da precisão da vontade	88
2.1	A imputação psicológico-descritiva da vontade: as teorias da disposição de ânimo	88
2.1.1	Teorias do consentimento ou da assunção aprovadora ..	91
2.1.1.1	Exposição	91
2.1.1.2	Objecções	102
2.1.2	Teoria do levar a sério o perigo de realização do tipo objetivo.....	107
2.1.2.1	Exposição	107
2.1.2.2	Objecções	103
2.1.3	Teoria da indiferença.....	116
2.1.3.1	Exposição	116
2.1.3.2	Objecções	122
2.1.4	Teoria da vontade de evitação não atuada.....	124
2.1.4.1	Exposição	124
2.1.4.2	Objecções	130
2.2	A imputação normativa da vontade: a teoria da decisão pela lesão do bem jurídico.	134

2.2.1	Exposição.....	134
2.2.1.1	O primeiro Claus Roxin	135
2.2.1.2	O segundo Claus Roxin.....	139
2.2.2	Objecções.....	142
3.	Dimensão da fundamentação: a <i>ratio</i> da concepção volitiva.....	147
3.1	Maior desvalor da ação: periculosidade objetiva para o bem jurídico.....	149
3.2	A periculosidade subjetiva	152
3.3	Contenção do poder punitivo	156
3.4	Síntese	159
4.	Objecções adicionais ao elemento volitivo.....	159
4.1	Os sentidos do querer	160
4.2	A vontade como fenômeno psicológico?	166
4.3	Conhecimento sem vontade em sentido psicológico?.....	169
4.4	A vontade é a conduta	170
4.5	Determinação do nível de imputação nas mãos do cidadão.....	170
5.	Síntese e primeiras conclusões preliminares	172

PARTE III

SOBRE O TRADICIONAL TRATAMENTO DA COGNIÇÃO
 DENTRO DA ESTRUTURA DO DELITO DOLOSO

1.	Considerações preliminares.....	175
2.	Dimensão da fundamentação: a <i>ratio</i> da concepção cognitiva	176
2.1	Indiferença e <i>poena naturalis</i>	176
<i>Excursus.</i>	A compatibilização de esferas de liberdade.....	179
2.2	Representação do perigo como ativador do compromisso entre o agente e a conduta	184
2.3	Lesão do dever de autodomínio.....	186
2.4	Prevenção geral negativa.....	192
3.	Dimensão da precisão da cognição	194

3.1	Teorias da representação: a fronteira cognitiva entre o dolo e a culpa	195
3.1.1	Teoria da possibilidade	197
3.1.1.1	Horst Schröder.....	198
3.1.1.2	Eberhard Schmidhäuser.....	202
3.1.1.3	Objecções	209
3.1.2	Teorias da probabilidade	212
3.1.2.1	A probabilidade subjetiva.....	213
3.1.2.1.1	Exposição.....	213
3.1.2.1.2	Objecções.....	217
3.1.2.2	A probabilidade subjetiva-objetiva	220
3.1.2.2.1	Exposição.....	220
3.1.2.2.2	Objecções.....	222
3.2	Teorias do perigo.....	222
3.2.1	Variante subjetiva.....	224
3.2.1.1	Exposição	224
3.2.1.2	Objecções	230
3.2.2	Variante objetiva	231
3.2.2.1	Exposição	231
3.2.2.2	Objecções	235
3.2.3	Variante do perigo doloso	239
3.2.3.1	Exposição	239
3.2.3.2	Objecções	246
4.	Síntese e segunda conclusão preliminar	248

PARTE IV

TRANSIÇÃO PARA O DOLO SEM VONTADE

1.	Considerações preliminares.....	251
2.	Dimensão da precisão.....	255
2.1	Considerações preliminares.....	255
2.2	Critérios para a inferência do dolo	256
	<i>Excurso. A redução do âmbito do dolo à luz da imputação objetiva</i>	260

2.3 A qualidade do perigo doloso: a correção do critério	262
2.3.1 O catálogo para o juízo inferencial	263
2.3.1.1 Periculosidade objetiva da conduta	264
2.3.1.2 A gravidade do perigo determinado pela vulnerabilidade concreta da vítima	265
<i>Excursus.</i> Valoração qualitativa da periculosidade da conduta	268
2.3.1.3 Marca dominante da conduta	271
2.3.1.4 Contexto de realização da conduta	274
3. Síntese da teoria inferencialista do dolo.....	282
4. Repercussão processual	283
5. Objeções à concepção cognitiva.....	284
5.1 Incompatibilidade com a legislação?	284
5.2 Ampliação do âmbito da imputação dolosa?.....	288
5.3 Incompatibilidade com os tipos penais que possuem elementos subjetivos?	289
5.4 Incompatibilidade com os delitos de perigo?	291
5.5 Circunstâncias já existentes no momento da conduta?	292
6. Sobre a relação entre o dolo e a culpa.....	293
7. Síntese	294

PARTE V

A PRAGMÁTICA DO DOLO NA JURISPRUDÊNCIA

1. Considerações preliminares	297
2. O dolo na jurisprudência do BGH: em especial sobre o crime de homicídio.....	299
2.1 Ponto de partida da discussão no âmbito do homicídio: visão geral da (nova) jurisprudência	299
2.2 Fundamentos gerais do dolo.....	300
2.3 A <i>Hemmschwellentheorie</i> (ou teoria do obstáculo psíquico) como teoria especial do dolo?	305
2.4 Constelações de casos	311

2.4.1	Agressão em regiões vitais: em especial pescoço e cabeça.....	311
2.4.2	Vulnerabilidade da vítima: em especial sobre as crianças	320
2.4.3	Métodos de realização da conduta	323
2.4.3.1	Atropelamentos: em especial sobre os casos das barreiras policiais	323
2.4.3.2	Agressão com armas de fogo ou outros instrumentos perigosos	328
2.4.3.3	Arremesso de pedras em rodovias.....	335
2.4.4	Casos de AIDS	336
2.4.4.1	Sexo sem proteção e com parceiro não cientificado.	337
2.4.4.2	Sexo com proteção e com parceiro não cientificado	339
2.4.4.3	Relação sexual com parceiro cientificado	339
2.5	Crítica e balanço.....	341
2.6	Sinalização de um novo caminho da jurisprudência do BGH?	349
	<i>Excursão. O dolo na jurisprudência do STF e do STJ.....</i>	353
	i. O ponto de partida da discussão no âmbito dos tribunais superiores.....	353
	ii. Fundamentos gerais do dolo.....	354
	SOLUÇÃO DOS CASOS PROPOSTOS	359
	CONCLUSÃO FINAL	365
	BIBLIOGRAFIA	369
	APÊNDICE.....	394