



1.

Nos dias 14 e 16 de dezembro de 2021, mais uma vez, o Ministro Luiz Fux, Presidente do Supremo Tribunal Federal, assombrou a comunidade jurídica com duas decisões ilegais: primeiro suspendeu os efeitos de uma liminar monocrática de Desembargador do Primeira Câmara do Tribunal do Rio Grande do Sul (*HC 70085490795*), que impedia o cumprimento imediato de prisão aos condenados no conhecido caso da Boate Kiss de Santa Maria/RS pelo Tribunal do Júri; depois, antes mesmo do julgamento, impediu que eventual decisão de mérito pudesse colocar em liberdade os pacientes. Com uma artimanha inovadora, o antiprocessualista penal recorreu ao que parece conhecer bem: usou a Lei 8.437/92, de natureza civil, para impedir que a liberdade provocasse “risco de grave lesão à segurança”, ao “interesse público”, do que se afora em representante máximo. Com chavões linguísticos autoritários, extraídos das expressões “reprovabilidade social das condutas dos réus”, “impactos para as comunidades locais”, “ordem pública” e “confiança da população na credibilidade das instituições públicas”, o Ministro Luiz Fux enterra vivo o direito ao *habeas corpus* e ressuscita as casuísticas e arbitrárias prisões não cautelares provenientes de condenações ainda recorríveis, como fantasmas irresignados com as próprias decisões do Supremo Tribunal Federal nas ADCs 43, 44 e 54.

2. Esse populismo punitivista proveniente de quem deveria proteger o direito de liberdade merece repúdio veemente: ao tratar os acusados como condenados definitivos, não apenas viola o princípio da presunção de inocência, mas também destrói o que lhes resta de dignidade humana: são meros objetos na mão de uma política penal seletiva, feita por magistrado voluntarista, em busca de aplausos de leigos e da uma imprensa pouco crítica.
3. A plausibilidade do direito dos acusados seria suficiente para a manutenção da liberdade, posto que tudo indica que há mais dados de delito imprudente do que de delito doloso. Elastecer conceitos jurídicos, transformando culpa com concurso formal próprio em dolo, é uma forma ilegal, violenta e injusta de aplicação de pena. Reduzir o dolo a mera consciência de que se está a realizar algo perigo é um erro inadmissível.
4. Na culpa também há consciência do perigo. Na democracia, ao contrário do que afirmam os funcionalistas radicais, o dolo não se contenta apenas com cognição. **A teoria da decisão ou da atitude,**



atualmente dominante na dogmática e jurisprudência alemã, exige tanto um aspecto cognitivo como volitivo: o autor deve **conhecer** o perigo da realização do tipo e deve **conformar-se** com essa possibilidade, é dizer, deve **levar a sério** o perigo e contar inclusive com um resultado indesejado caso insista na decisão prévia de contrariar a norma. O autor deve *levar a sério* a possibilidade do delito (elemento cognitivo) e *conformar-se com essa possibilidade*, ainda que não deseje ou goste (elemento volitivo). Em outras palavras, o autor deve ter conhecimento concreto da capacidade de sua conduta de produzir o resultado típico fora do marco do risco permitido; além disso, o autor deve acreditar que, no seu caso concreto, existe essa possibilidade do delito. Exige-se, portanto, o *prognóstico concreto* de que o resultado delitivo possível pode ocorrer no caso particular do autor. Se o autor está convencido, porque questões objetivas ou meramente irracionais, que o resultado não vai ocorrer, ainda que exista consciência do perigo estatístico, não se caracteriza o dolo eventual, mas sim a imprudência consciente.

5. ROXIN também tem aportado argumentos importantes para determinar o dolo eventual e também delimitar o âmbito problemático existente entre o dolo eventual e a imprudência consciente: o dolo eventual é a “vontade de ação realizadora de um plano” e caracteriza-se pela “decisão pela possível lesão de bens jurídicos”, é dizer, o **resultado possível** deve ser incluído dentro da realização do “plano do autor”, ou seja, deve estar nos seus “cálculos a realização do tipo reconhecido pelo autor como possível, contra o bem jurídico protegido por esse tipo correspondente.” Se o autor conhece as circunstâncias e inclusive está consciência do risco, mas confia na não ocorrência porque do contrário seria a primeira vítima de sua conduta, essa confiança, como diz ROXIN, ainda que seja uma mera esperança, não permite chegar a uma “decisão contra o bem jurídico protegido”. Portanto, não se pode falar de dolo.
6. Essas considerações geram questões substanciais suficientes para afastar a inconstitucional redação da letra “e” do inciso I do artigo 492 do CPP. Afinal, na própria apelação o tribunal poderá conceder efeito suspensivo quando a matéria de discussão poderá reduzir a pena para patamar inferior a 15 anos de reclusão (inciso II do parágrafo quinto do artigo 492 do CPP).
7. Portanto, a atitude do Presidente do Supremo Tribunal Federal – alheio às graves funções do seu cargo -, está na mesma direção de alguns “atos antidemocráticos” que muitos têm afirmado veementemente combater.