

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

PEDRO LOPES DE AQUINO

**DOLO EVENTUAL OU CULPA CONSCIENTE NO HOMÍCIDIO POR
EMBRIAGUEZ NO TRÂNSITO – ANÁLISE DO HC 107.801/SP**

Trabalho de Conclusão de Curso

Orientador: Prof. Dr. Víctor Gabriel de Oliveira Rodríguez

Ribeirão Preto

2015

PEDRO LOPES DE AQUINO

**DOLO EVENTUAL OU CULPA CONSCIENTE NO HOMÍCIDIO POR
EMBRIAGUEZ NO TRÂNSITO – ANÁLISE DO HC 107.801/SP**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP – USP) para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Víctor Gabriel de Oliveira Rodríguez

Ribeirão Preto

2015

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

Aquino, Pedro Lopes de

Dolo Eventual ou Culpa Consciente no Homicídio por Embriaguez no Trânsito – Análise do HC 107.801/SP. Ribeirão Preto, 2015.

64 p. ; 30 cm.

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/ USP.

Orientador: Rodríguez, Victor Gabriel de Oliveira

1. Homicídio 2. Direito Penal. 3. Acidentes de Trânsito. 4. Dolo Eventual. 5. Culpa Consciente.

Nome: AQUINO, Pedro Lopes de

Título: DOLO EVENTUAL OU CULPA CONSCIENTE NO HOMÍCIDIO POR EMBRIAGUEZ NO TRÂNSITO – ANÁLISE DO HC 107.801/SP.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP – USP) para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em: ___/___/_____

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____
Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____
Instituição: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

À minha família, pai, mãe e irmã, pelo incondicional suporte e apoio durante esta jornada que se iniciou no ano de 2011.

À minha companheira Fernanda, por ser meu porto seguro, por todo o amor, carinho e compreensão a mim dedicados nestes anos juntos.

Agradeço aos amigos e companheiros de jornada, principalmente aqueles com quem dividi a minha casa, pela paciência, carinho e diversos momentos de felicidade, sendo desnecessário nomeá-los, já que sabem estar aqui contemplados.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Víctor Gabriel Rodríguez, pelos ensinamentos, brilhantes ideias e serenidade, na condução e auxílio da presente pesquisa.

“There's gonna be some stuff you gonna see
that's gonna make it hard to smile in the future.

But through whatever you see,
through all the rain and the pain,
you gotta keep your sense of humor.

You gotta be able to smile through all this (...)

Smile for me now”

(Tupac Shakur)

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a aplicação do dolo eventual ou da culpa consciente nos crimes de homicídio ocorridos mediante acidentes no trânsito, mormente aqueles em que está envolvida a embriaguez do agente. Por si só a diferenciação dos institutos do dolo eventual e da culpa consciente se mostra dificultosa, para tanto se inicia o trabalho com uma análise da evolução histórica do pensamento penal de uma forma geral, para então se analisar com maior profundidade os institutos do dolo eventual e da culpa consciente e as teorias a eles relacionadas. Por fim, para a análise específica da aplicação destes institutos nos casos de homicídio no trânsito, será usada como base a manifestação do STF no *Habeas Corpus* 107.801/SP, para então se determinar a jurisprudência relativa ao tema. Serão, assim, abordadas as principais teorias relativas à definição do dolo eventual e da culpa consciente, além da sua aplicação especificamente no caso dos homicídios praticados no trânsito.

PALAVRAS-CHAVE: homicídio; direito penal; acidentes de trânsito; dolo eventual; culpa consciente.

ABSTRACT

The present paper try to analysis the application of the institutes of “*dollus eventualis*” or the “*conscient guilt*” on the murder cases relates with traffic accidents, mainly the ones related with drunkenness. By itself, the differentiation of “*dollus eventualis*” and “*conscient guilt*” is difficult, to do so, the paper starts with the analysis of the historical evolution of the criminal law way of thinking, and then a deeper analysis of the institutes of “*dollus eventualis*” and “*conscient guilt*” and the theories with related to them will take place. At last, for the specific analysis of the application of these institutes on the cases of murder related to traffic accidents, there will be used as base the manifestation of the Brazilian Supreme Court on the *Habeas Corpus* 107.801/SP, then the jurisprudence relative to the theme will be determined. By that there will be approached the main theories related to the definition of “*dollus eventualis*” and “*conscient guilt*”, and their application on the specific case of murders caused by traffic accidents.

KEYWORDS: murder; criminal law; traffic accidentes; “*dollus eventualis*”; “*conscient guilt*”.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO PENAL	11
2.1. Pensadores Anteriores à Escola Clássica	11
2.2. A Escola Clássica	12
2.3. A Escola Positivista do Direito Penal.....	13
2.4. Von Liszt e a Teoria Psicológica da Culpabilidade	14
2.5. A Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade.....	15
2.6. A Teoria Finalista da Ação	15
2.7. O Pós-Finalismo	16
2.7.1. Claus Roxin.....	16
2.7.2. Günther Jakobs.....	17
3. DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE	19
3.1. Elementos do Tipo	19
3.2. Dolo	20
3.2.1. Teorias do Dolo.....	21
3.2.1.1. Teoria da Vontade	21
3.2.1.2. Teoria da Representação	22
3.2.2. Espécies de Dolo	23
3.2.2.1. Dolo Direto.....	24
3.2.2.2. Dolo Eventual	27
3.3. Culpa.....	29
3.3.1. Modalidades da Culpa	32
3.3.2. Espécies da Culpa	34
3.3.2.1. Culpa Inconsciente	34
3.3.2.2. Culpa Consciente	35
3.4 Diferenças Entre o Dolo Eventual e a Culpa Consciente.....	35

3.4.1. <i>Teorias do Dolo relativas ao Dolo Eventual e sua Diferenciação em Relação à Culpa Consciente</i>	37
3.4.1.1. <i>A teoria da Aprovação ou do Consentimento</i>	37
3.4.1.2. <i>Teoria da Indiferença</i>	38
3.4.1.3. <i>Teoria da Representação ou da Possibilidade</i>	38
3.4.1.4. <i>Teoria da Probabilidade</i>	39
3.4.1.5. <i>Teoria da Evitabilidade</i>	40
3.4.1.6. <i>As fórmulas de Frank.</i>	41
3.4.1.7. <i>Teorias Combinadas</i>	42
3.4.1.8. <i>Teoria do Risco</i>	42
3.4.1.8. <i>A produção não improvável em Jakobs</i>	43
3.5. <i>Conclusão</i>	44
4. DOLO EVENTUAL OU CULPA CONSCIENTE NO HOMICÍDIO NO TRÂNSITO	47
4.1. <i>Habeas Corpus 107.801/SP</i>	47
4.1.1. <i>Voto Para Denegar o Habeas Corpus</i>	48
4.1.2. <i>Votos para Conceder o Habeas Corpus</i>	50
4.2. <i>Decisões de Tribunais e do próprio STF posteriores ao Habeas Corpus analisado</i>	53
5. CONCLUSÃO	61
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

1. INTRODUÇÃO

O número de acidentes fatais no trânsito vem crescendo em grande escala na maioria das cidades brasileiras. Quando tais acidentes são causados pela embriaguez do condutor do veículo, a comoção popular é ainda maior e a busca por “justiça” para condenar os autores de tais delitos ainda mais ferrenha.

Aqueles mais radicais clamam por punições mais severas nestes casos de homicídio no trânsito contra aqueles que conduzem seus veículos de forma irresponsável, embriagados e em alta velocidade.

Na falta de outro instituto para tornar mais severas as punições nestes casos, muitos tribunais têm utilizado, como forma de atender este clamor popular, a figura do dolo eventual para aumentar a repressão de tais delitos.

O dolo eventual é uma das modalidades do dolo e ocorre quando o agente assume o risco de produzir o resultado, o qual ele havia julgado possível. A culpa consciente, por outro lado, se dá naquele caso em que o agente vê como possível a ocorrência do resultado, mas têm a esperança que ele não ocorra.

A distinção entre as duas figuras é muito tênue e já foi alvo de muitas discussões durante toda a história do pensamento penal.

Há quem afirme que, com todas as campanhas informativas que são divulgadas na atualidade, além de todas as fiscalizações policiais e as novas legislações que visam coibir a prática da condução de veículos em estado de embriaguez — “Lei Seca”¹ —, não é possível que aquele que conduz o seu veículo embriagado não esteja ciente do grande risco que impõe àqueles a sua volta, haja vista as elevadas e conhecidas estatísticas de acidentes provocados por esta situação. De tal maneira, seguindo-se este argumento, ao conduzir o seu veículo embriagado o agente assume o risco de se acidentar e ferir ou até mesmo matar outras pessoas que se encontram na rua, agindo, de tal forma, com o dolo eventual.

¹ BRASIL. Lei 11.705. Brasília, DF: Senado, 2008.

Por outro lado, é possível afirmar que tal sujeito, mesmo sabendo dos riscos de se conduzir um veículo automotor embriagado, confia que não causará um acidente, então, na superveniência de tal resultado, teria agido com culpa consciente.

A linha que distingue o dolo eventual da culpa consciente é tênue e suas repercussões na pena do agente, em caso de homicídio são gigantescas. Há ainda que se considerar que, na eventualidade de ser considerado o dolo eventual, o crime será julgado pelo Tribunal do Júri, o qual, por se tratar de um júri popular, pode muito tender para a emoção e se diferencia em muito do juiz técnico.

A banalização do dolo eventual é muito perigosa e uma análise mais profunda do caso é necessária.

Para tanto, o presente trabalho irá se iniciar com uma análise, ainda que rasa, da evolução do pensamento penal, até se chegar às teorias atuais, com um foco maior nas teorias relativas à culpabilidade, o dolo e a culpa.

Posteriormente, serão analisados especificamente os institutos do dolo e da culpa, e, por consequência do dolo eventual e da culpa consciente, com ênfase na análise das teorias do dolo, mormente aquelas que se aventuram em diferenciar estes dois institutos.

Finalmente, na análise da aplicação do dolo eventual e da culpa consciente será analisada a manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, no *Habeas Corpus* 107.801/SP, e as suas repercussões, além da apreciação de alguns julgados posteriores, em confronto com a manifestação dos ministros.

2. EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO PENAL

Antes de se realizar a definição dos conceitos de dolo e culpa — mais especificamente de dolo eventual e culpa consciente — é necessário um estudo, ainda que raso, da teoria geral do crime e sua evolução, para se chegar até o pensamento penal atual.

O Direito Penal como ciência passou por diversas etapas e evoluções, que culminaram no pensamento penal atual. De tal maneira, não há como se analisar o pensamento presente, sem antes passar pelo passado. No entanto, as várias fases do pensamento do direito penal foram formadas por diversos pensadores, e o que se faz, para exercício de uma análise mais rápida, é uma generalização em escolas, o que pode ser de veras injusto com alguns pensadores.

De tal maneira, inicia-se uma breve exposição do pensamento penal de forma geral, com um direcionamento para os temas em pauta, e maior enfoque nos estudos mais atuais. Para a construção de tal análise, usaremos como base a obra *Fundamentos de Direito Penal Brasileiro*, do professor Rodríguez².

2.1. Pensadores Anteriores à Escola Clássica

Anteriormente ao surgimento da chamada escola clássica, temos a obra do inglês John Howard, o qual foi preso na França, despertando seu interesse em pesquisar e descrever as prisões da época. Desta maneira, ele viajava por toda a Europa visitando tais instituições. O trabalho de John Howard não se deu de forma somente descritiva, mas também de maneira crítica, já que o autor criticava a desumanização das prisões.

Também inglês, houve o filósofo Jeremy Bentham, que foi um dos que contribuiu para a criação do pensamento filosófico utilitarista. Os castigos e as penas evoluíram ao longo dos séculos no sentido de não somente punir o criminoso, mas também prevenir outros crimes. De tal maneira, iniciou-se um estudo da chamada “teoria das penas”, o qual tinha como objeto a análise da finalidade das penas. Bentham foi um dos maiores expoentes em tal análise e defendia que as penas deveriam ter como finalidade última a prevenção geral, de

² RODRÍGUEZ, V. G. O. *Fundamentos de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 25-55.

forma que um indivíduo, ao fazer um cálculo sobre o meio mais vantajoso, escolhesse pelo caminho diverso da conduta criminoso.

2.2. A Escola Clássica

A obra de Cesare Beccaria é vista como o marco do início do Direito Penal como ciência e inaugurou a chamada escola clássica. O maior expoente de tal corrente, no entanto, foi o autor Francesco Carrara, que realizou, dentre suas obras, uma síntese de todo o pensamento penal desde Beccaria, além de sedimentar o conceito de crime como um ente jurídico.

Como autor destaque da escola clássica, também houve Francesco Carrara, que identificava a punição penal como decorrente do Direito Natural. No entanto, dizer que Carrara acreditava no Direito Natural, não significa dizer que ele confundia direito e moral, pelo contrário, Carrara já alertava sobre a necessidade da separação entre os dois. Carrara realizou uma grande síntese de todo o pensamento penal até aquele momento, e foi além, ao inaugurar a visão rigorosamente jurídica do delito.

Toda a elaboração da filosofia do direito penal italiano do Iluminismo, nas diversas expressões que nela tomam corpo, dos princípios iluministas racionalistas e jusnaturalistas, de Beccaria a Filangieri, a Romagnosi, a Pellegrino Rossi, a Mamiani, a Mancini, encontra uma síntese logicamente harmônica na clássica construção de Francesco Carrara, nos densos volumes do *Progamma del corso di diritto criminale*, dos quais o primeiro (parte geral) teve a primeira edição em 1859. Mas a importância histórica da obra do grande mestre de Pisa não reside tanto em haver realizado e recolhido a tradição precedente da filosofia do direito penal, quanto melhor, em haver posto a base lógica para uma construção jurídica coerente do sistema penal (...).

A visão rigorosamente jurídica do delito, que está no centro da construção carrariana, tem, contudo, uma validade formal que é, de algum modo, independente do conteúdo que a filosofia de Carrara dá ao conceito de direito.³

³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 35-36.

2.3. A Escola Positivista do Direito Penal

A escola positivista do direito penal é didaticamente dividida em três fases, a fase antropológica, a sociológica e a criminológica, sendo que cada uma possui um autor principal, quais sejam os italianos Lombroso, Ferri e Garofalo, respectivamente.

(...) Há toda uma diferença de caminhos entre o ex-médico militar que foi Lombroso e os homens públicos que, cada um a seu modo, foram Ferri e Garófalo. Daí que ao primado atribuído por Lombroso ao fator *antropológico*, Ferri tenha contraposto o peso das condicionantes *sociológicas*, enquanto Garófalo pôs em relevo o elemento *psicológico*.⁴

A fase antropológica foi caracterizada pelo seu pensamento determinista, e, apesar da validade questionável das suas hipóteses explicativas — muitas delas aparentando, atualmente, beirar o bizarro —, representou um salto no pensamento criminal, com ela nascendo a criminologia científica.

O maior expoente da fase antropológica da escola positivista foi o italiano Cesare Lombroso, médico militar, o qual afirmava que a tendência ao cometimento de delitos surgia geneticamente, criando a figura do *criminoso innato*. Lombroso ainda tentou identificar traços fenótipos que poderiam indicar a tendência criminosa, como assimetria craniana, desenho das mãos, dentre outros.

O período sociológico teve como maior expoente Enrico Ferri. Ferri propôs uma classificação do criminoso em cinco categorias: nato, ocasional, passional habitual e o louco. Ferri prezava pelo fator sociológico, ampliando o fator antropológico de Lombroso. “Na *Sociologia criminale*, Ferri ampliava, em uma completa e equilibrada síntese, o quadro dos fatores do delito, dispondo-os em três classes: fatores antropológicos, fatores físicos e sociais”⁵.

Por fim, a fase criminológica foi liderada por Garofalo, o qual se diferenciou de Lombroso e Ferri, por adotar uma posição mais moderada, apesar de ainda se manter dentro dos princípios positivistas. Garofalo foi o primeiro a utilizar o termo criminologia, em sua

⁴ DIAS, Jorge de Figueredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 15.

⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 2011. p. 39.

obra “*Criminologia: studio sul delitto e sull mezzo de repressione*”, com a finalidade de torná-la uma pesquisa antropológica, sociológica e jurídica.

A sua obra ficou caracterizada pela tentativa de se definir um conceito sociológico de crime, com a sua teoria do delito natural. Para ele o delito natural seria aquele que viola os sentimentos básicos e universais, procurando uma explicação psicológica para a violação de tais sentimentos.⁶

A filosofia positivista teve larga influência no Brasil, a chamada escola de Recife foi a principal responsável pelo avanço do Direito Penal nacional, tendo como principais pensadores Tobias Barreto e Sylvio Romero.

2.4. Von Liszt e a Teoria Psicológica da Culpabilidade

Ao professor alemão Franz Von Liszt é atribuída a transformação do Direito Penal em ciência. Von Liszt ampliou o estudo do Direito, para torná-lo mais científico, com a análise em conjunto com outras ciências.

Von Liszt era adepto da teoria psicológica da culpabilidade. O autor afirmava que a ação seria um processo originado do impulso da vontade, concluindo que a culpabilidade seria a responsabilidade do ator pelo ilícito que realizou. Tal teoria afirmava que a culpabilidade era “a relação psicológica, isto é, o vínculo subjetivo que existia entre a conduta e o resultado, assim como, no plano objetivo, a relação física era a causalidade.”⁷

Para esta teoria o dolo e a culpa não só eram as duas únicas espécies de culpabilidade, como representavam a sua totalidade.

⁶ DIAS, Jorge de Figueredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. p. 17.

⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 394

2.5. A Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade

A teoria psicológico-normativa da culpabilidade se demonstra como uma intermediária, a evolução da teoria psicológica da culpabilidade, que se concluiria na teoria normativa da culpabilidade.

Com essa teoria, o dolo e a culpa deixaram de ser considerados como espécies da culpabilidade, ou a culpabilidade como um todo, e passaram a ser considerados como “elementos da culpabilidade”.

Nessa concepção o dolo, que era puramente psicológico, passa a ser também um dolo normativo, o *dolus malus*, constituído de *vontade, previsão e consciência da ilicitude*, os dois primeiros elementos psicológicos e o último, normativo. Dessa forma, o dolo passa a constituir-se, para essa teoria, dos seguintes elementos: a) um *elemento intencional*, volitivo, a voluntariedade; b) um *elemento intelectual* (previsão ou consciência), a previsão do fato; c) um *elemento normativo*, a consciência *atual* da ilicitude, configurando o que se denominou um *dolo híbrido*, isto é, psicológico e normativo.⁸

2.6. A Teoria Finalista da Ação

A teoria finalista da ação, ou finalismo, contrapõe-se à teoria causal da ação, a teoria clássica, pois se fixa no resultado da ação. O principal nome de tal teoria foi o alemão Hans Wezel.

A maior inovação da teoria finalista foi a inclusão do dolo e da culpa como pertencentes ao próprio tipo penal. De tal maneira, passaram a existir, com essa teoria, duas vertentes no tipo penal, o tipo objetivo, como a manifestação exterior da vontade, ou seja, aquilo que a lei caracteriza como delito, e o tipo subjetivo, que é o dolo do agente.

O finalismo ainda marcou o surgimento da culpabilidade normativa, que não mais se atem à relação psicológica do sujeito com o fato, e sim à relação do sujeito com o conjunto normativo. “A culpabilidade, no finalismo, por sua vez, pode ser resumida como a *reprovação*

⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. p. 400.

*peçoal que se faz contra o autor pela realização de um fato contrário ao Direito, embora houvesse podido atuar de modo diferente de como o fez.”*⁹

2.7. O Pós-Finalismo

Os pensadores posteriores ao finalismo, apesar de realizarem grandes avanços na teoria do crime como um todo, não romperam completamente com o finalismo. São dois os que têm liderado a teoria chamada normativista: os alemães Claus Roxin e Günther Jakobs.

2.7.1. Claus Roxin

Roxin define como normativista a sua teoria, pois esta estabelece critérios externos para o injusto penal. “*Grosso modo*, a teoria de Roxin observa que deve existir uma função maior na estrutura do crime que o mero formalismo da tipicidade a partir de uma estrutura pré-jurídica. E essa função é a política criminal”¹⁰.

Para Roxin, a separação entre a dogmática jurídico-penal e a política criminal, apesar de um válido ponto de partida, se mostra exagerada. Para o autor, a missão interpretativa da dogmática requer uma sistematização de acordo com os aspectos teleológicos e político-criminais¹¹. Roxin ainda afirma que “o dogmático (seja científico ou juiz) deve, portanto, argumentar político-criminalmente com o legislador; de certo modo tem que acabar de desenhar em todos os detalhes a imagem ou modelo de direito vigente que o legislador pode apenas traçar em linhas gerais” (tradução nossa)¹².

Em relação à culpabilidade, Roxin a coloca como limitadora da pena, afirmando que quando uma pena ultrapassa a culpabilidade, esta atenta contra a dignidade do homem¹³. O

⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. p. 403.

¹⁰ RODRÍGUEZ, V. G. O. *Fundamentos de Direito Penal Brasileiro*. p. 52.

¹¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Tradução e Notas de PEÑA, Diego-Manuel Luzon; GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz y; REMESAL, Javier de Vicente. Madrid: Civitas, 1997. p. 225.

¹² *El dogmático (sea científico o juez) debe por tanto argumentar políticocriminalmente como el legislador; en cierto modo tiene que acabar de dibujar en todos sus detalles la imagen o modelo del Derecho vigente que el legislador sólo puede trazar a grandes rasgos* (Ibidem. p. 225).

¹³ Ibidem. p. 100.

autor ainda insere a culpabilidade na categoria delitiva da *responsabilidade*, juntamente com a “*necessidade preventiva de punição*”¹⁴.

2.7.2. Günther Jakobs

Jakobs —conhecido por ter iniciado a chamada teoria do direito penal do inimigo — inspirou-se na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, separando-se da teoria finalista e criando o chamado funcionalismo sistêmico.

Para Jakobs, a pena não determina uma reparação do dano, já que muitas infrações da norma se completam antes da produção de um dano exterior. O comportamento humano não é somente um fato que surte efeitos no mundo exterior, já que a pessoa domina, ou pode dominar, seu comportamento¹⁵. De tal maneira, o direito funciona como um conjunto de normas que determinam uma motivação para direcionar o comportamento humano¹⁶.

Para o funcionalismo de Jakobs o fim essencial do direito não é a proteção de bens jurídicos, mas a proteção das próprias normas penais. De tal maneira, o conceito tradicional e garantista de *bem jurídico* estaria sendo ofuscado pelo conceito de danosidade social, sendo que este seria o objeto de proteção penal, de acordo com o conceito funcionalista. O que é mais ressaltado é a infidelidade do autor ao ordenamento jurídico e a necessidade de neutralizar a danosidade social. De tal forma, seria como se dizer o direito penal como um fim em si mesmo¹⁷.

Ao discorrer sobre o conceito de pena, e a sua relação com as normas penais, Jakbos discorre que:

¹⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. p. 222.

¹⁵ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução de CONTRERAS, Joaquin Cuello; MURILLO, Jose Luis Serrano Gonzalez de. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 12.

¹⁶ “A un autor que actúa de determinado modo y que conoce, o al menos puede conocer, los elementos de su comportamiento, se le imputa que considere a su comportamiento como la conformación normativa. Esta imputación tiene lugar a través de la responsabilidad por la propia motivación: si el autor hubiera sido motivado predominantemente por los elementos relevantes para evitar un comportamiento, se habría comportado de outro modo”. (Ibidem. p. 13).

¹⁷ MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. *Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal*. Criminalia. México. n. 68. fasc. 3. sept./dic. 2002. p. 26.

A pena — como infração da norma — não deve ser considerado, se não, como um evento exterior (dado que então só apresenta a sucessão irracional de dois males), no entanto, também, a pena significa algo, é dizer, que a significação do comportamento infrator não é determinante e que o determinante segue sendo a norma. Demonstra-se assim que o autor não se organizou corretamente. Ele é privado de meios de organização. *Esta resposta ante a infração da norma, executada em detrimento de seu infrator, é a pena* (tradução nossa)¹⁸.

¹⁸ *La pena — como la infracción de la norma — no debe ser considerada sino como un suceso no exterior (dado que entonces sólo aparece la sucesión irracional de dos males), sino que también la pena significa algo, es decir, que la significación del comportamiento infractor no es determinante y que lo determinante sigue siendo la norma. Se demuestra así que el autor no se ha organizado correctamente. Se le priva de medio de organización. Esta réplica ante la infracción de la norma, ejecutada a costa de su infractor, es la pena.* (JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. p. 13).

3. DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE

Em vista da ligeira exposição do pensamento penal, e levando em conta, principalmente, as considerações em relação ao dolo e a culpa, e as teorias relativas à culpabilidade, agora resta realizar uma definição mais aprofundada dos conceitos de dolo e culpa, e, posteriormente, do dolo eventual e da culpa consciente.

A relação entre estes últimos institutos é extremamente estreita, e alvo de muitos debates. Desta maneira, o presente trabalho não busca solucionar a questão, mas sim apontar as diferenças, no intuito de tentar tornar a distinção mais clara, para a posterior aplicação no caso específico da embriaguez no trânsito.

Como já exposto, o dolo e a culpa eram considerados *espécies* da culpabilidade (teoria psicológica da culpabilidade)¹⁹; posteriormente foram considerados como *elementos* da culpabilidade (teoria psicológico-normativa da culpabilidade)²⁰; atualmente, o dolo e a culpa foram “transferidos” para o tipo do penal, não mais se relacionando com a culpabilidade (teoria finalista da ação)²¹.

3.1. Elementos do Tipo

O tipo penal é frequentemente associado a um núcleo — um verbo, que define uma ação ou uma omissão —, no entanto não se pode confundir o tipo penal com um simples verbo, ou como somente a descrição do artigo na Lei. Diversos elementos são associados com o tipo penal, havendo elementos objetivos e subjetivos. Existem, inclusive, teorias modernas que incluem a antijuridicidade dentro da tipicidade, reduzindo o clássico tripé da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade para, somente, tipicidade e culpabilidade.

O tipo penal possui elementos objetivos, normativos e subjetivos. Os elementos objetivos são os mais fundamentais da proibição, são aqueles que a compõem, a ação — ou

¹⁹ Vide 1.4.

²⁰ Vide 1.5.

²¹ Vide 1.6.

omissão — e o resultado²². Para Roxin, o tipo objetivo possui sempre a menção de um sujeito ativo do delito, uma ação típica e, geralmente, uma descrição do resultado apenado²³.

Os elementos normativos são aqueles vocábulos que extrapolam a descrição objetiva, devendo ser realizada uma atividade valorativa, implicando um juízo de valor. Exemplos de elementos normativos são expressões como “*indevidamente*”²⁴, “*sem permissão legal*”²⁵, “*fraudulentamente*”²⁶, dentre outras presentes nos artigos penais.

Por fim, os elementos subjetivos do delito são os de maior relevância para este trabalho, já que é neles que estão inseridos o dolo e a culpa.

3.2. Dolo

No Direito pátrio, o dolo é definido pelo artigo 18, inciso I, do Código Penal, *in verbis*: “Diz-se o crime: doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”²⁷. É preciso esmiuçar tal definição, para se chegar a um conceito mais estreito do dolo e de suas espécies.

Roxin define, resumidamente, o dolo como saber e querer (conhecimento e vontade) todas as circunstâncias do tipo legal. O elemento intelectual (saber) e o volitivo (querer) estão, em cada um dos diferentes tipos de dolo, diferentemente configurados em suas relações entre si²⁸.

²² RODRÍGUEZ, V. G. O. *Fundamentos de Direito Penal Brasileiro*. p. 152.

²³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. p. 304.

²⁴ Por exemplo, o delito de violação de correspondência (artigo 151, *caput*, do Código Penal). “Art. 151: Devassar *indevidamente* o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem” (destaque nosso — BRASIL. *Código Penal*. Brasília, DF: Senado, 1940).

²⁵ Por exemplo, o delito de emissão de título ao portador sem permissão legal (artigo 292, *caput*, do Código Penal). “Art. 292 - Emitir, *sem permissão legal*, nota, bilhete, ficha, vale ou título que contenha promessa de pagamento em dinheiro ao portador ou a que falte indicação do nome da pessoa a quem deva ser pago.” (destaque nosso — BRASIL. *Código Penal*. Brasília, DF: Senado, 1940).

²⁶ Por exemplo, um dos delitos equiparados ao descaminho (artigo 334, inciso III, do Código Penal). “III- vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou *fraudulentamente* ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem” (destaque nosso — BRASIL. *Código Penal*. Brasília, DF: Senado, 1940).

²⁷ BRASIL. *Código Penal*. Brasília, DF: Senado, 1940.

²⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. p. 415-416.

Essenciais são esses dois elementos para a caracterização do dolo. O elemento intelectual ou cognitivo se consiste na consciência do agente durante a prática do injusto penal. É imprescindível que o agente compreenda o ilícito penal que está praticando, devendo esse entendimento atingir todas as elementares do tipo, caso contrário estará abrangido por uma excludente de pena — erro sobre elementares do tipo e discriminantes putativas (artigo 20 *caput* e § 1º, do Código Penal), erro sobre ilicitude do fato (artigo 21, *caput*, do Código Penal) e isenção da pena por embriaguez (artigo 28, § 1º, também do Código Penal) são exemplos em que o agente está isento de pena pela falta do elemento cognitivo. Por fim, a consciência do agente deve ser atual, ou seja, existente no momento da realização do delito.

O elemento volitivo, por outro lado, consiste na vontade do agente em praticar o ilícito penal. É necessário que o agente tenha vontade de praticar a ação ou omissão penal, caso contrário o agente também se encaixa em causas de isenção de pena ou excludentes de culpabilidade — por exemplo, a obediência hierárquica e a coação irresistível (artigo 22 do Código Penal), ou a inexigibilidade de conduta diversa.

3.2.1. Teorias do Dolo

Diversas teorias já foram formuladas para explicar e classificar o dolo, e, em algumas ocasiões, estabelecer a divisão entre o dolo eventual e a culpa consciente. Em relação à definição de dolo de uma forma geral, podem ser ressaltadas duas teorias principais, a teoria da vontade e a teoria da representação.

3.2.1.1. Teoria da Vontade

A teoria da vontade foi elaborada por Carrara, e, portanto, fazia parte da escola clássica do Direito Penal. Tal teoria afirmava, grosso modo, que o dolo seria a vontade

dirigida ao resultado²⁹. Para tal teoria, o autor do delito deve ter consciência do fato e, principalmente, vontade de causa-lo³⁰.

Ao se observar a definição de dolo adotada pelo nosso Código Penal, pode-se perceber que ele optou pela teoria da vontade, ao menos na primeira parte (“quando o agente quis o resultado”), a qual configura o chamado dolo direto, como veremos posteriormente no trabalho³¹.

Para esta teoria, a essência do dolo está na vontade, não necessariamente vontade de violar a lei, mas a vontade de realizar a ação e obter o resultado. Por fim, a teoria não nega a existência da representação, da consciência do fato, mas dá maior importância à vontade de causar o resultado³².

3.2.1.2. Teoria da Representação

Os principais expoentes da teoria da representação foram Von Liszt e Frank. Para tal teoria basta a representação subjetiva para se caracterizar o dolo, ou seja, bastava a previsão do resultado como certo ou provável³³.

No entanto, o debate entre as teorias da representação e da vontade foi superado, chegando-se à conclusão de que o dolo é, simultaneamente, representação e vontade. Sobre o assunto, Nelson Hungria afirmou que:

Os mais prestigiosos defensores da teoria da representação, isto é, Von Liszt e Frank, acabaram reconhecendo que a representação do resultado, por si só, não basta para exaurir a noção do dolo: é necessário um momento de mais intensa ou íntima relação psíquica entre o agente e o resultado³⁴.

Com o fim do debate entre as teorias da representação e da vontade, e a assunção de que o dolo é, ao mesmo tempo representação e vontade, começaram a surgir teorias

²⁹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I. Tomo 2º. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. p. 111.

³⁰ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 337

³¹ Vide 3.2.2.1

³² BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. p. 314.

³³ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I. Tomo 2º. p. 111.

³⁴ *Ibidem*. p. 112.

direcionadas, principalmente, à solução do problema e da definição do dolo eventual e a sua diferenciação com a culpa consciente. Tais teorias não mais focam na definição do dolo como um todo, mas tentam definir, de forma mais precisa, o dolo eventual, e serão analisadas, portanto, em uma etapa posterior do trabalho, após realizada uma análise dos conceitos de dolo eventual e culpa consciente, e no momento de se tentar realizar uma distinção entre eles³⁵.

3.2.2. *Espécies de Dolo*

Já foram atribuídas diversas classificações às espécies de dolo — dolo alternativo, dolo de ímpeto, dolo de perigo, dolo de dano, dolo de resultado, dentre outros — estas classificações causavam mais confusões do que esclarecimentos. De tal forma, a doutrina majoritária (tanto nacional com internacional) entende que a classificação deve ser reduzida a duas espécies diferentes de dolo: o dolo direto e o dolo eventual³⁶.

Em relação à classificação do dolo, Juarez Tavares se manifestou da seguinte maneira:

As classificações anteriores quanto às espécies de dolo, devem reduzir-se, simplesmente, a duas categorias: dolo direto e dolo eventual. Não há mesmo razão científica alguma na apreciação de terminologias de dolo de ímpeto, de dolo alternativo, dolo determinado, dolo indireto, dolo específico ou dolo genético, que podem somente trazer confusão à matéria e que se enquadram ou entre os elementos subjetivos do tipo ou nas duas espécies mencionadas³⁷.

Sobre a divisão entre dolo direto e eventual, Nelson Hungria já afirmava que: “Quando a vontade se exerce *por causa* do resultado, do dolo é chamado de *direto* (*determinado, intencional, incondicionado*); quando a vontade se exerce *apesar* da previsão do resultado como provável, fala-se de *dolo eventual* (ou *condicionado*)”³⁸.

³⁵ Vide 3.4.1.

³⁶ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 9 ed. p. 338.

³⁷ TAVARES, Juarez. *Espécies de Dolo e Outros Elementos Subjetivos do Tipo*. TAVARES, Juarez. *Espécies de Dolo e Outros Elementos Subjetivos do Tipo*. Revista da Faculdade de Direito UFPR. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/7199/5150>>. Acesso em: 08 de agosto de 2015. p. 108.

³⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I. Tomo 2º. p. 112.

A adoção do Código Penal Brasileiro à divisão em somente duas espécies fica clara ao se analisar o artigo supracitado, referente ao dolo. O Código utiliza a classificação em duas espécies de dolo, o dolo direto (“*quando o agente quis o resultado*”) e o dolo eventual (“*assumiu o risco de produzi-lo*”). Pode-se notar que o Código Penal pátrio, ao definir o dolo direto, adotou a teoria da vontade³⁹, enquanto, para definir o dolo eventual, adotou a teoria do consentimento, a qual será analisada posteriormente⁴⁰.

Conforme exposto, a teoria penal moderna adota a divisão do dolo em duas espécies, o dolo direto e o dolo eventual. O dolo direto ainda é subdividido em duas categorias, o dolo direto de primeiro grau (ou imediato) e o dolo direto de segundo grau (ou mediato).

3.2.2.1. Dolo Direto

Por dolo direto se entende quando o agente quer o resultado como o fim de sua ação. A vontade é dirigida à conclusão do fato típico (tipo objetivo), podendo englobar as consequências secundárias das ações realizadas pelo autor.

Tavares define o dolo direto como:

Diz-se que há dolo direto, quando a vontade de realização associa-se necessariamente à representação das circunstâncias típicas como objetivo final de sua ação, meio para a consecução de outros objetivos ou como consequências acompanhantes ao fato. Em outras palavras, conforme a precisão de Maurach, atua com dolo direto quem representa como desejáveis ou como necessárias as consequências de seu obrar. No dolo direto o agente quer o resultado típico ou toma-o como necessário para a consecução de outros propósitos ou como consequência necessária de sua atividade⁴¹.

O dolo direto é, ainda, subdividido em dolo de primeiro grau (ou imediato) e dolo de segundo grau (ou mediato).

O dolo de primeiro grau é aquele em que o agente busca diretamente a prática do delito, o resultado era o seu fim principal, o seu objetivo final.

³⁹ Vide 3.2.1.1.

⁴⁰ Vide 3.4.1.1.

⁴¹ TAVARES, Juarez. *Espécies de Dolo e Outros Elementos Subjetivos do Tipo*. p. 110.

Roxin define o dolo direto de primeiro grau (“*intención*” ou “*propósito*” na versão traduzida) como a persecução dirigida a um fim do resultado típico. Quando o que importa ao sujeito é o resultado que ele persegue, há o dolo imediato, embora a produção do resultado não necessite ser segura ou certa, mas somente possível. O professor apresenta como exemplo um ladrão que quer matar duas mulheres testemunhas, para tanto desfere golpes com a culatra de sua arma, sem a certeza de que conseguiria este resultado com seus golpes⁴². Outro exemplo apresentado é o de um disparo a uma grande distância⁴³, ainda que não haja certeza de que o disparo será certo e atingirá o alvo, ao efetuar o disparo o agente possui a vontade de matar ou, ao mínimo, ferir a vítima, de tal maneira, ainda que incerto, o resultado querido é provável, estando configurado o dolo imediato.

O dolo de segundo grau, ou mediato, está relacionado às consequências secundárias. Tavares define que, no dolo mediato, a vontade não se dirige diretamente às circunstâncias típicas, no entanto, tais circunstâncias são meios necessários ao alcance do objetivo final, ou como consequências ligadas necessariamente ao alcance do fim desejado pelo autor. Esta situação é caracterizada pela necessidade dos meios, os quais são fatores causais indispensáveis à obtenção do objetivo.

Para maior esclarecimento, diversos autores⁴⁴ utilizam como exemplo o famoso caso Thomas de 1875, no qual o agente coloca uma carga de explosivos em um navio, com o objetivo de explodi-lo, com o intuito de receber o valor referente ao seguro. A pretensão dele não consistia em causar a morte de nenhuma pessoa, no entanto sabia que seria impossível a não ocorrência de fatalidades, haja vista a existência de tripulantes a bordo.

Não fazia parte da vontade de Thomas a morte daquelas pessoas, no entanto ele aceitou as consequências possíveis ao explodir o navio, plenamente consciente de que mortes poderiam ocorrer ao se explodir um navio tripulado. De tal maneira, apesar de não ser a sua vontade causar as mortes, sua conduta foi dolosa em relação a elas.

De tal maneira, o dolo de segundo grau significa que “o efeito intencionalmente perseguido era para o autor (...) ainda mais desejado que a evitação da consequência

⁴² ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. p. 417-418.

⁴³ *Ibidem*. p. 416.

⁴⁴ O mesmo exemplo é citado por Roxin (ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. p. 424); Luiz Regis Prado (PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 9 ed. p. 336) e Juarez Tavares (TAVARES, Juarez. *Espécies de Dolo e Outros Elementos Subjetivos do Tipo*. p. 112).

necessariamente a ele unida, e, por isso, se lhe imputa como querida a consequência necessária”⁴⁵.

Ao discorrer sobre as consequências primárias e secundárias Jakobs afirma que as consequências principais estão contidas tanto no conhecimento como na vontade, enquanto as consequências secundárias são contidas no conhecimento, e são percebidas como dependentes da vontade. No âmbito das consequências principais o autor se distanciou volitiva e intelectualmente de evitar as consequências criminais de seus atos, enquanto no âmbito das consequências secundárias, ele somente se desvinculou intelectualmente da evitação das consequências, sendo que o aspecto volitivo é desprovido de objeto.

O autor, então, utiliza esse raciocínio para criticar a teoria usual que concebe o dolo como conhecimento e vontade, afirmando que o dolo seria somente “*o conhecimento da ação junto com as suas consequências*”⁴⁶.

Roxin, por outro lado, é defensor da teoria de que o dolo se divide nos elementos intelectual e volitivo, afirmando que o elemento intelectual (o saber, o conhecimento) e o elemento volitivo (o querer, a vontade) estão diferentemente configurados em suas relações entre si, em cada uma das espécies do dolo. No caso do dolo imediato, o elemento intelectual já basta com a suposição de uma possibilidade, ainda que remota, de provocar o resultado — como o exemplo do disparo a grande distância. Já que se persegue o resultado e o elemento “querer” é muito evidente nessa modalidade, no momento em que disparo atinge o seu alvo, está configurada uma conduta dolosa consumada. Por outro lado, no dolo direto de segundo grau o elemento intelectual, o “saber” representa tudo o que é possível. Se quem realiza um atentado sabe, com segurança, que a bomba que irá detonar as suas vítimas também causará a morte das pessoas ao redor, pode-se qualificar como “querida” a morte destas, embora tal consequência não fosse perseguida a princípio e o elemento volitivo seja menos intenso que no caso do dolo de primeiro grau⁴⁷.

Em ambas as teorias — seja na de Jakobs, que praticamente exclui o elemento vontade da caracterização do dolo, ou na teoria de Roxin que tenta englobar o “querer” ao dolo de segundo grau — pode-se notar que o dolo de segundo grau começa a se afastar do

⁴⁵ MEZGER, E. *Tratado de Derecho Penal*, t. II p. 153, *apud* PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 9 ed. p. 336.

⁴⁶ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. p. 315-316.

⁴⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. p. 415-416.

dolo de primeiro grau e apresenta aspectos de aproximação com o dolo eventual — já que uma consequência que não era necessariamente “querida” passa a ser considerada dolosa.

3.2.2.2. *Dolo Eventual*

No dolo eventual, o agente não deseja diretamente os elementos descritos no tipo penal, mas os aceita como possíveis ou prováveis, e admite o risco de produzi-los. Luiz Regis Prado, ao definir o dolo eventual afirma que:

O agente conhece a probabilidade de que sua ação realize o tipo e ainda assim age. Vale dizer: o agente consente ou se conforma, se resigna ou simplesmente assume a realização do tipo penal. Diferentemente do dolo direto, no dolo eventual ‘não concorre a certeza de realização do tipo, nem este último constitui o fim perseguido pelo autor’. A vontade também se faz presente, ainda que de forma mais atenuada⁴⁸.

É importante se atentar para a redação adotada pelo nosso Código Penal em seu artigo 18, inciso I, segunda parte: “Diz-se o crime: doloso, quando o agente (...) assumiu o risco de produzi-lo (o resultado)”. Como já afirmado pelo saudoso Nelson Hungria, a redação do Código vai além do que simplesmente ter consciência de correr o risco, assumir o risco significa algo mais do que simplesmente ter consciência do risco. Assumir o risco é consentir previamente no resultado, caso este venha a ocorrer⁴⁹.

O professor Hungria ainda define que, para a existência do dolo eventual, basta que o agente, na dúvida sobre se o resultado previsto aconteceria ou não, não se abstenha da ação, pois quem age mediante tal dúvida assume o risco do que possa vir a acontecer⁵⁰.

Bittencourt, ao discursar sobre o dolo eventual afirma que

Haverá dolo eventual quando o agente não quiser diretamente a realização do tipo, mas a aceitar como possível ou até provável, assumindo o risco da produção do resultado (art.18,1, in fine, do CP). No dolo eventual o agente prevê o resultado como provável ou, ao menos, como possível, mas, apesar de prevê-lo, age aceitando o risco de produzi-lo⁵¹.

⁴⁸ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 9 ed. p. 336.

⁴⁹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I. Tomo 2º. p. 119.

⁵⁰ *Ibidem*. p. 116.

⁵¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. p. 320.

Juarez Tavares, sobre o dolo eventual discorre que, o autor, ao verificar como possível a ocorrência das consequências típicas de suas ações, pode tomar duas posturas distintas: conformar-se com o acontecimento, ou confiar na sua verificação.

No primeiro caso, o autor não se atribui qualquer chance de evitar o resultado, e deixa a sua ocorrência ao acaso. A dependência da atividade futura é menosprezada pelo autor, o que demonstra, ainda que de forma indireta, uma vontade de realização. Nesta situação teríamos a ocorrência do dolo eventual.

Na segunda hipótese, o autor confia em seu poder de evitar o resultado, através da sua condução dos eventos, em virtude da sua habilidade, ou mesmo em razão da sua presença de espírito, atenção ou cuidado. De tal maneira, o autor atua sem vontade de realização, agindo com culpa consciente⁵².

Para tentar explicar o dolo eventual e diferenciá-lo da culpa consciente, diversos autores⁵³ citam chamado caso Lacmann. Tal exemplo consiste em um homem que realiza uma aposta de que irá quebrar, com um tiro, uma bola de vidro que uma feirante está encarregada de segurar, sem feri-la. O atirador aceita o desafio e acaba acertando a mão da feirante. Se o autor confiava em sua habilidade com a arma de fogo, estamos diante de uma conduta culposa, por outro lado, se realizou o disparo ciente de sua inabilidade — e, portanto, conformado com a possibilidade de atingir a mulher — estaremos diante do dolo eventual.

Outro problema relacionado à definição de dolo eventual está na sua determinação em relação aos elementos volitivo e intelectual do dolo⁵⁴. Roxin, ao tentar relacionar o dolo eventual com os dois elementos, afirma que o elemento volitivo está configurado mais fracamente com relação às outras espécies de dolo. O “saber” relativo à produção do resultado também é substancialmente menor. A redução tanto do elemento intelectual com do volitivo

⁵² TAVARES, Juarez. *Espécies de Dolo e Outros Elementos Subjetivos do Tipo*. p. 113.

⁵³ A título de exemplificação, diversos autores citam o caso: Roxin (ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. p. 438), Luiz Regis Prado (PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 9 ed. p. 336), Juarez Tavares (TAVARES, Juarez. *Espécies de Dolo e Outros Elementos Subjetivos do Tipo*. p. 113), Welzel (WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de BALESTRA, Carlos Fontán. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956. p. 76)

⁵⁴ Cumpre ressaltar que, apesar da aceitação de maior parte da doutrina (tanto nacional quanto internacional), da existência dos dois elementos do dolo — elemento volitivo, “querer”, e o elemento intelectual, “saber” — existem aqueles autores que discordam dessa afirmação (tendo como exemplo de tal discordância o autor alemão Jakobs — vide item 3.2.2.1.).

demonstra uma diminuição da própria substância do dolo, e, em casos limítrofes se aproxima demasiadamente da culpa consciente⁵⁵.

Na tentativa de relacionar o dolo eventual com o elemento volitivo, Nelson Hungria explicou que: “Quando a vontade, dirigindo-se a certo resultado, não recua ou não refoge da prevista probabilidade de outro resultado, consentindo no seu advento, não pode haver dúvida de que esse outro resultado entra na órbita da vontade do agente, embora de modo secundário ou mediato”⁵⁶.

É possível perceber que uma definição precisa do conceito de dolo eventual é extremamente difícil, e se torna uma tarefa ainda mais complicada no momento de diferenciá-lo da culpa consciente. Diversos exemplos são citados para tentar se esclarecer a questão, além da elaboração de diversas teorias⁵⁷ para tal.

3.3. Culpa

A culpa é definida no direito pátrio pelo artigo 18, inciso II, do Código Penal: “Diz-se o crime: (...) culposo quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”⁵⁸. Tal inciso, em seu parágrafo único, define que, salvo nos casos expressos em Lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. Uma conduta culposa, por tanto, só pode ser punida criminalmente nos casos expressamente previstos em Lei, caso contrário, somente são puníveis os crimes dolosos.

Os delitos em que a conduta culposa é punida, geralmente são aqueles que protegem bens jurídicos de grande importância, como: a vida ou a integridade física — homicídio culposo (artigo 121, § 3º, do Código Penal) e lesão corporal culposa (artigo 129, § 6º, do Código Penal) —, a incolumidade pública — incêndio e explosão culposa, modalidade culposa dos crimes de uso de gás tóxico ou asfixiante, desabamento, dentre outros (artigo 250, § 2º; art. 251, § 3º, art. 252, parágrafo único e 256, parágrafo único, respectivamente, todos do Código Penal) — ou crimes contra o meio ambiente — modalidade culposa envenenamento e

⁵⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. p. 415-416.

⁵⁶ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I. Tomo 2º. p. 113.

⁵⁷ Vide 3.4.1.

⁵⁸ BRASIL. Código Penal. Brasília, DF: Senado, 1940.

corrupção ou poluição de água potável (art. 270, § 2º e art. 271, parágrafo único, respectivamente, todos do Código Penal).

Tavares afirma que o tipo de injusto culposo é possui uma diferença estrutural em relação ao tipo doloso. Enquanto naquele são necessário critérios normativos de atribuição de sentido à conduta, no tipo doloso tais critérios não podem se afastar do indispensável exame do dolo. No crime doloso é punida uma ação ou omissão, a qual é dirigida a um fim, um resultado ilícito; por outro lado, no crime culposo “pune-se o comportamento mal dirigido a um fim irrelevante (ou lícito)”. O importante para a configuração de um delito culposo é a infração do devido cuidado objetivo, sendo necessária uma conduta descuidada (ou perigosa) antecedente.⁵⁹

A diferença entre os delitos dolosos e culposos já se encontra, pois, na própria estrutura do tipo de injusto. No delito culposo a proibição penal reside na infração ao dever objetivo de cuidado, enquanto no delito doloso a proibição reside em uma ação ou omissão. Cumpre ressaltar que, da infração do dever objetivo de cuidado, deve produzir-se um resultado material externo (ou, no mínimo, um perigo concreto) para o bom jurídico não querido pelo autor. O que é o mesmo que dizer que uma conduta descuidada (com imprudência, negligência ou imperícia) que não se conclui em um resultado material ou um perigo externo não é punível.

Bittencourt também destaca a diferença estrutural entre os delitos culposos e dolosos ao apontar:

O conteúdo estrutural do tipo de injusto culposo é diferente da do tipo de injusto doloso-, neste, é punida a conduta dirigida a um fim ilícito, enquanto no injusto culposo pune-se a conduta mal dirigida, normalmente destinada a um fim penalmente irrelevante, quase sempre lícito. O núcleo do tipo de injusto nos delitos culposos consiste na divergência entre a ação efetivamente praticada e a que devia realmente ter sido realizada, em virtude da observância do dever objetivo de cuidado⁶⁰.

Roxin ao discorrer sobre o delito culposo considera que, na maioria das vezes, os doutrinadores se referem à "infração do dever de cuidado" e fatores como "previsibilidade", "cognoscibilidade" ou "advertibilidade" e "evitabilidade" do resultado como pressupostos ou requisitos da conduta culposa. No entanto, para o autor, para se constatar a realização de um

⁵⁹ TAVARES, Juarez. *Espécies de Dolo e Outros Elementos Subjetivos do Tipo*. p. 341.

⁶⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. p. 328.

delito culposo, não são necessários critérios que se entendam além da teoria da imputação objetiva⁶¹. Ele argumenta que não há como se atribuir a alguém a “infração do dever de cuidado” sem que este tenha criado um risco proibido e que a argumentação do risco proibido por si só já basta para excluir a conduta culposa nestes casos. Algo semelhante acontece em relação aos elementos como “previsibilidade”, “cognoscibilidade” ou “evitabilidade”. Quando o resultado não era previsível — citando como exemplo um namorado que pede à sua companheira para esperar em um local e lá ela é atingida por um meteorito —, não há criação de um perigo juridicamente relevante. O que também ocorre em relação à evitabilidade, se um resultado não era evitável — exemplificando com alguém que conduz o seu veículo em alta velocidade, e acaba atropelando e matando alguém, que, em razão de sua má sorte, não teria sido evitado nem se estivesse em velocidade adequada — também não há conduta culposa, haja vista a falta de realização do perigo⁶².

O delito culposo apresenta uma peculiaridade em relação ao delito doloso, já que se trata de um resultado punido criminalmente, o qual se deu sem qualquer influência da vontade ou da intenção do agente. De tal forma, é tarefa da doutrina determinar o momento em que um resultado deixa de ser resultado do acaso e passa a ser “culpa” do agente. Para tanto se podem utilizar elementos como o “dever de cuidado”, a “previsibilidade” ou “evitabilidade” do resultado, ou mesmo teorias como a teoria da imputação objetiva.

No entanto, a teoria que relaciona a culpa com a “omissão do dever de cuidado” parece ser aquela mais aceita e mais adequada, já que apresenta critérios mais definidos e palpáveis. Ademais, o risco proibido da teoria da imputação objetiva em muito se assemelha ao dever de cuidado neste aspecto, utilizando-se de raciocínios semelhantes.

Para determinar-se o que seria a “omissão do dever de cuidado” deve-se definir qual seria o “cuidado devido” que fora desprezado pelo autor. Para tanto podem ser utilizados

⁶¹ A teoria da imputação objetiva é uma teoria, não necessariamente criada, mas seriamente defendida por Roxin, a qual discute sobre os riscos permitidos e riscos proibidos. Grosso modo, para tal teoria somente seriam puníveis aquelas condutas que criam ou incrementam um risco proibido relevante. Como um exemplo básico teríamos um sujeito (A) que deseja provocar a morte de outro sujeito (B), para tanto o convence a realizar uma viagem para a cidade (X), sobre a qual tem a informação de que, naquele local, vários turistas têm sido vítimas de homicídios ultimamente. (B) realiza a viagem e realmente é assassinado. Neste caso, ainda que (A) queria a morte de (B) e, ao convencê-lo a realizar a viagem, conseguiu tal intento, a sua conduta não é punível. Tal fato se dá, pois viajar e ser vítima de um assassinato neste caso se demonstra como um risco permitido, um risco “normal” da vida, e a conduta adotada por (A) não elevou de modo mensurável tais riscos. No entanto, se para garantir a morte de (B), (A), por exemplo, colocasse uma bomba no avião em que aquele viajava, sua conduta seria punível, já que ser explodido em um avião não se enquadra como um risco permitido, e a conduta de (A) criou um risco proibido.

⁶² ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. p. 999-1001.

critérios, fatores mais objetivos, utilizados como norte para se determinar qual seria o “cuidado devido” que o autor deveria ter realizado e não o fez. Um desses critérios, e talvez o principal, seria a previsibilidade do resultado — para que seja possível a condenação por um delito culposo, o resultado deve ser previsível, no entanto não é necessário que o agente tenha, necessariamente, previsto o resultado no caso concreto. Normas não penais também podem ser utilizadas como critério para a determinação da culpa do agente — como exemplo o código de trânsito, um motorista deve respeitar as leis de trânsito, trafegar em velocidade adequada aos locais em que se encontra, não avançar sinal vermelho, dentre outros “cuidados devidos” que dele são esperados. Tais critérios são somente exemplos que podem ser utilizados pelo aplicador da norma para a difícil missão de determinar o “dever de cuidado”⁶³.

3.3.1. Modalidades da Culpa

O artigo 18, inciso II, do Código Penal estabelece três situações em que há o crime culposo, quando o autor age com “*imprudência, negligência ou imperícia*” essas são as três distintas modalidades da culpa.

a) *Imprudência*

A imprudência se consiste na prática de uma conduta arriscada ou perigosa, caracterizando pela insensatez ou intemperividade do agente. É “uma atitude positiva, um agir sem a cautela, a atenção necessária, com precipitação, afoitamento ou inconsideração. É a conduta ariscada, perigosa, impulsiva”⁶⁴. Na imprudência a ação do autor é concomitante com a sua culpa, ou seja, a conduta do agente se configura como culposa enquanto ele age de forma imprudente.

Um exemplo de imprudência seria alguém que realiza limpeza em uma arma carregada e sem a trava de segurança ativada, e acaba por atingir outrem. De tal maneira, foi imprudente, insensata a ação do autor, e, enquanto ele agia de tal forma, ocorreu um resultado penalmente punível.

⁶³ RODRÍGUEZ, V. G. O. Fundamentos de Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2010.

⁶⁴ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 9 ed. p. 343.

b) Negligência

A negligência, por outro lado, está relacionada a uma conduta omissiva do agente, que podendo agir para não causar ou evitar o resultado, deixa de fazê-lo por desleixo, desatenção ou displicência. A negligência se dá em um momento anterior à ação, “pois significa a abstenção de uma cautela que deveria ser adotada antes do agir descuidado”⁶⁵.

c) Imperícia

A imperícia “vem a ser a incapacidade, a falta de conhecimentos técnicos precisos para o exercício de profissão ou arte. É a ausência de aptidão técnica, de habilidade, de destreza ou de competência no exercício de qualquer atividade profissional”⁶⁶. É importante ressaltar que a imperícia deve estar relacionada a uma falta de habilidade ou conhecimento para o exercício de uma profissão ou ofício, caso contrário, a conduta deverá ser enquadrada nas modalidades da imprudência ou negligência.

Podemos tomar como exemplo um médico clínico que faz uma cirurgia sem possuir os conhecimentos necessários para tanto, resultando na morte do paciente. Em tal caso o médico não possuía a perícia, a habilidade necessária para realizar o ofício que fez, agindo com imperícia.

Não se deve confundir imperícia com erro profissional, enquanto aquele demonstra a culpa do agente, este é um erro, uma falha do acaso. Caso contrário algumas profissões que lidam com a vida — como médicos ou farmacêuticos — estariam seriamente limitadas. Se o médico age dentro das normas e dos procedimentos corretos que deveria, ou se o pesquisador de um remédio realiza todas as precauções necessárias antes de liberá-lo para o consumo humano, e de tais condutas resulta um resultado fatídico indesejável, porém imprevisível, não há necessidade de se punir penalmente aquele profissional que agiu com a cautela que lhe era devida.

⁶⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. p. 337.

⁶⁶ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 9 ed. p. 344.

3.3.2. *Espécies da Culpa*

A doutrina penal divide a culpa em diferentes espécies. Sobre o assunto Nelson Hungria afirmava:

A species primária e mais frequente da culpa é a culpa consciente ou sem previsão (culpa ex ignorantia): o agente deixa de prever o resultado, que, entretanto, segundo a lição da experiência comum, podia prever. Mas há também simples culpa (e não dolo) quando o agente: a) tendo previsto a possibilidade do resultado não o quis, nem aceitou o risco de produzi-lo, esperando inconsideradamente que não ocorresse ou repelindo a idéia do seu possível advento; b) além de ter previsto, também quis o resultado, mas sem reconhecer previamente, por inescusável erro de fato, a sua injuricidade. Na primeira dessas variantes, dá-se a culpa consciente ou com previsão (culpa ex lascivia); na segunda, a culpa por extensão ou por assimilação⁶⁷.

Apesar de Hungria ter dividido a culpa em três espécies distintas, a teoria mais aceita na atualidade a divide em duas espécies: a culpa inconsciente e a culpa consciente.

3.3.2.1. *Culpa Inconsciente*

A culpa inconsciente é a culpa *stricto sensu*, aquele em que o autor não prevê o resultado que poderia prever. O agente não prevê o resultado, embora tal previsão fosse possível, e, portanto, omite o devido cuidado que deveria zelar. De tal maneira, a ação ou omissão do agente — com imprudência, negligência ou imperícia — termina com um resultado que ele não desejava e nem previu, quando deveria estar alerta e ter evitado tal resultado.

A previsibilidade do resultado é elemento comum de ambas as espécies de culpa, no entanto, na culpa inconsciente, apesar da previsibilidade, o autor deixa de prevê-lo, por descuido desatenção ou desinteresse.

⁶⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I. Tomo 2º. p. 181.

3.3.2.2. *Culpa Consciente*

A culpa consciente, por outro lado, é aquela em que o agente prevê a possibilidade do resultado, mas espera que ele não ocorra — é possível ver a semelhança com o dolo eventual, no qual, grosso modo, o agente prevê o resultado e assume o risco que ele ocorra. A culpa consciente também é chamada de culpa com previsão.

Na culpa consciente, o agente ao mesmo tempo não quer o resultado, mas não assume o risco de produzi-lo, convicto de que ele não ocorrerá. O agente crê no seu poder de evitar o resultado indesejado, mas não consegue fazê-lo no momento final.

Juarez Tavares destaca que, na análise da culpa consciente, deve-se proceder com cautela, já que o que efetivamente caracteriza tal modalidade não é a previsão do resultado, e sim a consciência em relação à lesão ao dever de cuidado⁶⁸.

Cumprido ressaltar que o Código Penal brasileiro não faz distinção entre a culpa consciente e a culpa inconsciente, apesar daquela modalidade representar uma maior censurabilidade do que esta. De tal maneira, a diferenciação entre a culpa consciente e a culpa inconsciente deve ser considerada pelo aplicador da norma, no momento da dosimetria da pena.

Por outro lado, a diferenciação entre a culpa consciente e o dolo eventual se mostra de extrema importância, haja vista a grande repercussão na pena entre a modalidade culposa e a modalidade dolosa.

3.4 Diferenças Entre o Dolo Eventual e a Culpa Consciente

A diferenciação entre o dolo eventual e a culpa consciente se mostra deveras dificultosa, haja vista a semelhança entre os dois institutos e as grandes repercussões práticas na pena do autor, e é considerada, por alguns, como uma das questões mais difíceis e discutidas do Direito Penal⁶⁹.

Sobre esta diferenciação Hungria afirmou que:

⁶⁸ TAVARES, Juarez. *Direito Penal da negligência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 172.

⁶⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. p. 424.

Tem-se pretendido, em doutrina e na jurisprudência, identificar o *dolus eventualis* com a *culpa consciente* (*luxúria* ou *lascívia*, do direito romano), isto é, com uma das modalidades da culpa *stricto sensu*. Sensível é a diferença entre essas duas atitudes psíquicas. Há, entre elas, é certo, um traço comum: a previsão do resultado antijurídico; mas enquanto no dolo eventual o agente presta anuência no advento desse resultado, preferindo arriscar-se a produzi-lo, ao invés de renunciar à ação, na culpa consciente, ao contrário, o agente repele embora inconsideradamente, a hipótese de superveniência do resultado, e empreende a ação na esperança ou persuasão de que este não ocorrerá⁷⁰.

Em relação à teoria, a semelhança dos dois institutos se dá na previsão do resultado, em ambos os casos o agente prevê a possibilidade da ocorrência do resultado antijurídico. A diferença se encontra em relação à atitude do autor em frente à esta previsão. No caso do dolo eventual o agente se conforma com a previsão do resultado e assume o risco de que ele ocorra, enquanto na culpa consciente ele repele a sua ocorrência, e realiza a sua ação na esperança de que ele não ocorrerá. Como então determinar qual foi a atitude do agente no caso concreto?

Sobre o assunto Luiz Regis Prado discorre:

O ponto nodal em matéria de dolo assenta no fato de que sempre há uma vontade de lesar determinado bem jurídico. Para afirmar-se a existência de dolo eventual é necessário que o autor tenha consciência de que com sua conduta pode efetivamente lesar ou por em perigo um bem jurídico e que atue com indiferença diante de tal possibilidade, de modo que implique aceitação desse resultado.

Para se caracterizar a indiferença não basta a mera decisão sobre a diretriz a ser seguida, mas é preciso que o autor tenha consciência que a sua forma de agir vai no sentido da possibilidade concreta de lesão ou colocação em perigo do bem jurídico. Nessa linha de pensamento, 'só haverá assunção do risco, quando o agente tenha tomado como séria a possibilidade de lesar ou colocar em perigo o bem jurídico e não se importa com isso, demonstrando, pois, que o resultado lhe era indiferente. Assim, não poderão servir de ponto de apoio a essa indiferença e, pois, ao dolo eventual, a simples dúvida, ou a simples possibilidade, ou a simples decisão acerca da ação'⁷¹.

Welzel, na tentativa de distinguir os dois institutos, afirma que

Assim se distingue o *dolus eventualis* da culpa consciente. No *dolus eventualis* o autor quer, incondicionalmente, o feito, também no caso de se apresentarem como possíveis consequências penais secundárias. Na culpa consciente ele atua com a esperança de que evitará a consequência penal criminal representada como possível, ou seja como se a circunstância representada como possível não existisse. Aqui falta

⁷⁰ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I. Tomo 2º. p. 113.

⁷¹ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 9 ed. p. 346.

a vontade incondicional de concretude do feito, que abarca, também, as possíveis consequências secundárias típicas possíveis (tradução nossa)⁷².

Diversas teorias relacionadas ao dolo foram produzidas para se diferenciar o dolo eventual da culpa consciente, das quais as principais serão debatidas a seguir, para uma melhor elucidação do tema.

3.4.1. Teorias do Dolo relativas ao Dolo Eventual e sua Diferenciação em Relação à Culpa Consciente

Como exposto anteriormente, as primeiras teorias relativas ao dolo eram as teorias da vontade e da representação, com o fim do debate entre elas surgiram diversas teorias com intuito de conceituar o dolo eventual e diferenciá-lo em relação à culpa consciente, as principais serão analisadas a seguir.

3.4.1.1. A teoria da Aprovação ou do Consentimento

A teoria do consentimento, ou da aprovação exige que, para a existência do dolo eventual, além da previsão do resultado o sujeito deve tê-lo aprovado anteriormente, consentido com a sua ocorrência. Para esta teoria, “haverá dolo eventual, quanto o agente, além de tomar o fato como possível, consente no resultado. Não se exige que o agente tome o fato como provável, bastando a possibilidade de conexão entre as consequências e o emprego dos meios ou o alcance do fim”⁷³.

Em relação à definição do dolo eventual esta é a teoria adotada pelo nosso código penal.

⁷² *Con ello se distingue el dolus eventualis de la culpa consciente. En el dolus eventualis, el autor quiere el hecho incondicionalmente, también para el caso de que se presenten como posibles consecuencias penales secundarias. En la culpa consciente actúa en la esperanza de que evitará la consecuencia criminal representada como posible, osea, como si la circunstancia representada como posible existiera. Aquí falta la voluntad incondicional de concreción del hecho, que abarca también las posibles consecuencias típicas secundarias.* (WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. p. 75).

⁷³ TAVARES, Juarez. *Espécies de Dolo e Outros Elementos Subjetivos do Tipo*. p.114.

A crítica a esta teoria é que quando o sujeito aprova diretamente a produção de um resultado, na maioria das vezes se configura o dolo direto e não o dolo eventual, já que “aprovar” a ocorrência de um resultado em muito se assemelha a “querê-lo”. De tal maneira, esta teoria não deixa nada para o dolo eventual. Se “aprovar” não significa mais do que o sujeito incluir no plano de fato o possível resultado, e, nessa medida, o assume em sua vontade⁷⁴.

3.4.1.2. Teoria da Indiferença

A versão mais restrita da teoria do consentimento é a teoria da indiferença. Para tal teoria, existe o dolo eventual quando o sujeito toma por positiva, ou recebe com indiferença, as consequências acessórias negativas meramente possíveis, e, por outro lado, não há dolo eventual quando ele considera indesejáveis essas consequências e tem a esperança que elas não se produzirão⁷⁵.

Há de se concordar, em parte, com esta teoria, já que a indiferença simboliza um indício seguro de que o agente se conformou com o resultado e, portanto, agiu dolosamente. No entanto, o raciocínio inverso — excluindo sempre o dolo quando não há indiferença — não é acertado. Existem situações em que o autor não age com indiferença, e nem por isso deixa de agir com dolo eventual, quando ele, por exemplo, confia em meras e improváveis esperanças de que o resultado não ocorrerá, e continua agindo da mesma forma. Nessa situação, apesar de não existir indiferença, existe o dolo eventual, por que se aceita a produção do risco.

3.4.1.3. Teoria da Representação ou da Possibilidade

A teoria da representação já foi analisada em relação ao dolo de forma geral⁷⁶, no específico do dolo eventual, tal teoria se dá em relação à análise da possibilidade. A teoria da representação se iniciou com Schröder e se aprofundou com Schmidhäuser, e determina que a

⁷⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. p. 431-432.

⁷⁵ *Ibidem*. 432.

⁷⁶ Vide 3.2.1.2.

mera representação da possibilidade deveria fazer com que o sujeito deixe de seguir atuando. De tal forma, aquele que continua agindo, mediante uma possibilidade de um resultado negativo, age de forma dolosa.

Enquanto a teoria da indiferença restringe muito a amplitude do dolo eventual, a teoria da representação, por outro lado, amplia-a demasiadamente. Se somente a mera possibilidade do resultado já configura o dolo eventual, não resta nenhuma hipótese para a culpa consciente. Schröder⁷⁷, inclusive, repele a possibilidade de uma culpa consciente, afirmando que “toda a culpa é culpa inconsciente”, Schmidhäuser, também exclui a possibilidade de uma culpa consciente, e diferencia o dolo da culpa como conhecimento e desconhecimento⁷⁸.

Podemos tomar como um exemplo um artista de circo que arremessa facas em um espetáculo na direção de sua assistente de palco, e, apesar de suas tentativas em contrário, acaba por atingi-la. Se tal fato fosse analisado sobre a óptica da teoria da representação o artista teria agido com dolo eventual, já que, ao arremessar facas contra sua assistente, o artista prevê a possibilidade de atingi-la, ainda que todo o propósito do espetáculo seja o fim inverso.

3.4.1.4. Teoria da Probabilidade

Uma variação da teoria da representação é a teoria da probabilidade, também conhecida como teoria da cognição. A teoria da probabilidade determina que para a configuração do dolo eventual, é necessário que o autor tomasse o fato como provável, e não somente como possível⁷⁹. De tal maneira, somente se configura como dolo eventual o caso em que o agente considera o resultado como provável, quando ele somente o considera possível seria configurada a culpa consciente.

⁷⁷ SCHRÖDER, Sauer. 1949. p. 207, *apud* RODRIGUEZ MONTAÑES, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Madrid: Universidad Complutense, 1994. p. 74.

⁷⁸ Schmidhäuser, GA. 1957. p. 305, *apud* RODRIGUEZ MONTAÑES, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. p. 74.

⁷⁹ TAVARES, Juarez. *Espécies de Dolo e Outros Elementos Subjetivos do Tipo*. p.114.

Cumpra ressaltar que para haver o dolo eventual, o agente deve representar “mais que uma mera possibilidade”, representando uma “probabilidade predominante”, e então continuar atuando, a despeito dessa representação.

Uma crítica à esta teoria, é a falta de análise do elemento volitivo do dolo na definição do dolo eventual, haja vista que se atem somente à análise do elemento intelectual, analisando se o agente previu o resultado como provável ou somente como possível. A avaliação do dolo restrita somente a um juízo intelectual de probabilidade é temerosa, já que não há como se supor que toda e qualquer pessoa realiza um juízo de probabilidades ao agir em sua vida.

3.4.1.5. Teoria da Evitabilidade

Tal teoria preceitua que o intuito de evitar o resultado por parte do autor retira o seu dolo, já que a vontade não foi inteiramente configurada. De tal forma o dolo eventual se configura no sentido oposto, há dolo eventual quando o agente não se orienta no sentido de evitar o resultado⁸⁰.

Sobre essa teoria, Roxin afirma que quando o sujeito deixa que as coisas sigam o seu curso, sem fazer nada para evitá-las, na maioria das vezes, pode deduzir-se que ele consentiu com o resultado. Se, ao contrário, ele realiza esforços para evitar o desfecho, este confia no êxito de seus esforços, e, portanto, não age dolosamente⁸¹.

Assim como a teoria da indiferença, a teoria da evitabilidade estabelece um bom critério para a aferição do dolo eventual, no entanto — igualmente à teoria da indiferença — não basta por si só para definir o dolo eventual de maneira plena.

Enquanto a teoria da indiferença estabelece um critério “positivo” — se há indiferença, há dolo eventual — a teoria da evitabilidade estabelece um critério “negativo” — se não houve ações para evitar o resultado, houve dolo eventual.

No entanto tais critérios não podem ser o único fator considerado para a determinação do dolo eventual. Apesar de serem indícios válidos para a determinação do dolo

⁸⁰ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 9 ed. p. 337.

⁸¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. p. 437.

do agente — tanto a indiferença, quanto a evitabilidade —, estes elementos devem ser usados somente como indícios.

Não se pode considerar em todos os casos os “esforços de evitação” como excludentes do dolo do agente. É plenamente possível se imaginar uma situação em que um agente, com a conduta que toma, aja de forma a se caracterizar o dolo eventual, ainda que ele aja de forma a tentar evitar o resultado. Roxin apresenta como exemplo para tal, dois sujeitos que “dosam” a intensidade do estrangulamento de sua vítima, com o intuito de evitar a sua morte, tentando manter uma intensidade que somente levasse ao seu desmaio⁸². Mesmo com tal “esforço de evitação” não há como se excluir o dolo da ação de tais sujeitos.

3.4.1.6. As fórmulas de Frank.

As fórmulas de Frank se consistem em duas fórmulas, as quais são utilizadas para determinar se a conduta do agente foi culposa ou dolosa.

A primeira fórmula parte da pergunta de como o sujeito agiria se soubesse como certo a produção do resultado desde o princípio. Chegando-se à conclusão de que ele agiria da mesma forma, mesmo com o conhecimento do resultado, deve-se afirmar que ele agiu dolosamente; no caso em que se conclui que o agente teria omitido a ação se tivesse o conhecimento preciso de que o resultado ocorreria, deve-se negar o dolo⁸³.

A segunda fórmula de Frank está sujeita a menos objeções, ela determina que a conduta do agente é dolosa quando ele afirma para si mesmo: “*seja de uma forma ou de outra, aconteça isso ou aquilo, eu atuo em todo caso*”⁸⁴.

⁸² ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. p. 478.

⁸³ *Ibidem*. p. 438.

⁸⁴ *Ibidem*. p. 438-439.

3.4.1.7. Teorias Combinadas

Existem autores que tentam definir o dolo eventual através de uma combinação de teorias, utilizando diversos indícios e princípios simultânea ou alternativamente para definir a existência de dolo ou culpa.

Por exemplo, Schroeder afirma que: “O dolo eventual (...) se dá quando o sujeito considera possível e aprova a realização do tipo, a considera provável, ou a enfrenta com indiferença” (tradução nossa)⁸⁵.

A utilização de diferentes indícios para a apuração do dolo eventual, na maioria dos casos, conduzirá a resultados corretos e se mostra acertada. No entanto, uma crítica que pode ser feita a este método é que ele não representa propriamente o dolo, somente elenca indícios utilizados para averiguar a sua ocorrência ou não.

3.4.1.8. Teoria do Risco

A teoria do risco exclui o elemento da vontade para a apuração do dolo. Para os defensores desta teoria, o seria somente a “conduta típica”, que produz um risco não permitido. De tal maneira, para a configuração do dolo eventual, bastaria o conhecimento do risco não permitido, sem necessidade de nenhuma classe de elemento volitivo. Quem adota uma decisão de atuar consciente do risco típico tomaria uma decisão contra o bem jurídico, e agiria, pois, de forma dolosa.

Para tal teoria “a existência do dolo depende do conhecimento pelo agente do risco indevido (tipificado) na realização de um comportamento ilícito”⁸⁶.

A crítica a esta teoria é, novamente, a exclusão do elemento volitivo completamente, considerando as atitudes do seu humano de forma artificial e mecânica. Ademais, tal teoria só leva em consideração o conhecimento do “risco indevido”, sem analisar o risco do agente em relação aos demais resultados e circunstâncias típicas, o que parece ser temeroso.

⁸⁵ “El dolo eventual (...) se da cuando el sujeto considera posible y aprueba la realización del tipo, la considera probable o la afronta con indiferencia” (LK, Schroeder. § 16. nm. 93, apud ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. p. 439).

⁸⁶ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 9 ed. p. 337.

3.4.1.8. A produção não improvável em Jakobs

Jakobs possui uma das posições mais radicais ao definir o dolo, para o professor o dolo eventual ocorre quando o autor, no momento da ação julga que a realização do tipo como consequência de suas ações não é improvável. Sua teoria também se fixa somente no elemento intelectual do dolo⁸⁷, excluindo a vontade da análise.

Jakobs se aproveita do já referido exemplo do sujeito que aposta com o outro e dispara uma arma em uma bola de cristal que está na mão de um terceiro. Para o autor, ao disparar, o sujeito age dolosamente, já que dispara sabendo da possibilidade de causar dano à integridade daquele que segurava a bola de cristal, e o faz mesmo assim, no intuito de ganhar a aposta⁸⁸.

Seguindo Jakobs o sujeito tem a obrigação de refletir a sua conduta, e dar-se conta de que as suas ações podem causar lesões a terceiros. O autor afirma que “aquele que não se dispõe a refletir e, tão pouco se vê obrigado a refletir, não reflete, e, portanto, não se dá conta daquilo que não está meramente diante de seus olhos” (tradução nossa)⁸⁹.

Em relação ao dolo eventual o autor afirma que:

Em relação ao dolo eventual há de se determinar o limite inferior da probabilidade, que deve existir segundo o julgamento da consciência. Este limite inferior é determinado mediante a relevância do risco percebido para a decisão; o risco deve ser de tal importância que conduza, como um motivo determinante — é claro — de evitar a realização do tipo (...). A relevância para a decisão depende da importância do bem jurídico afetado e da intensidade do risco (tradução nossa)⁹⁰.

⁸⁷ Como visto anteriormente, Jakobs, em sua teoria, praticamente exclui o elemento volitivo do dolo, determinando que somente o elemento intelectual deverá ser analisado ao se apreciar a ocorrência ou não do dolo — vide 3.2.2.1.

⁸⁸ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. p. 327-328.

⁸⁹ *Aquel a quien no le apetece en absoluto reflexionar, y quien tampoco se ve obligado a reflexionar, no reflexiona, y por ello no se da cuenta de aquello que no está meramente ante sus ojos. Así pues, la teoría intelectual no debe entenderse en el sentido de que el dolo sea una situación psiquicamente dependiente sólo del intelecto* (JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. p. 326-327).

⁹⁰ *En relación con el dolo eventual ha de determinarse aún el limite inferior de la probabilidad que debe existir según el juicio concienzudo. Este limite inferior se determina mediante la relevancia del riesgo percebido para la decisión; el riesgo debe ser tan importante como para que conduza, dado un motivo dominante — supuesto! — de evitar la realización del tipo (...), La relevancia para la decisión depende de la importancia del bien afectado y de la intensidad del riesgo.* (JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. p. 333).

A teoria proposta por Jakobs apresenta alguns indícios dignos de serem levados em conta, mas se mostra demasiadamente radical. Outro fator a ser criticado, é a adoção da “importância do bem jurídico afetado” como forma de análise do dolo. Tal fator não deve ser levado em consideração no momento da análise do dolo do agente, já que o critério utilizado para tal deve ser o mesmo em todas as situações, quer seja um crime contra o patrimônio, quer seja um crime contra a vida.

3.5. Conclusão

A separação entre o dolo eventual e a culpa consciente se mostra uma tarefa muito difícil, haja vista a proximidade entre os institutos, e tênue linha que os difere. No entanto, não se pode deixar de analisar tal diferenciação, já que a aplicação de uma ou de outra acarreta em vastas repercussões na pena.

No caso a ser analisado por este trabalho — a aplicação do dolo eventual ou da culpa consciente nos homicídios causados por embriaguez no trânsito — a discrepância entre as reprimendas fica clara. O homicídio culposo possui pena de detenção de um a três anos — ou dois a quatro anos de reclusão na modalidade qualificada do homicídio culposo na direção de veículo automotor⁹¹ — enquanto o homicídio doloso possui pena de reclusão de seis a vinte anos. É evidente a discrepância entre as reprimendas, e a utilização de uma ou de outra se dá pela análise do dolo eventual ou da culpa consciente.

Como demonstrado, diversas teorias foram criadas por brilhantes autores do Direito Penal, tanto nacional quanto internacional, para tentar solucionar a questão, mas nenhuma delas se demonstra como uma completa e satisfatória solução se consideradas separadamente. No entanto, a delimitação entre dolo eventual e culpa consciente é possível, ainda com as diferenças dogmáticas e terminológicas entre as teorias analisadas, haja vista que elas, em sua maioria, acabam por demonstrar resultados surpreendentemente semelhantes.

A dificuldade de se delimitar uma distinção satisfatória entre o dolo eventual e a culpa consciente levou alguns autores a considerar a união de ambos em uma terceira forma específica de culpabilidade, a qual se situaria entre o dolo e a culpa. Weignend⁹² fundamentou

⁹¹ Artigo 302, § 2º, da Lei 9.503/1997.

⁹² Weigend, ZStW (1981), 657, *apud* ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. p. 438.

tal ideia com profundidade, baseando-se na figura jurídica anglo-americana da “*recklessness*”.

Haja vista que tal solução necessitaria de toda uma revisão da parte especial de qualquer legislação penal que a adotar, a possibilidade de sua execução na realidade parece ser remota, no entanto se mostra como uma interessante forma de se encerrar o debate. No entanto igualar as duas modalidades iguala também a diferença que existe entre elas — a diferença entre o “nível de dolo” do agente, ao prever um risco e, simplesmente, assumi-lo, ou ter uma esperança de evitá-lo.

As teorias analisadas podem ser utilizadas como um norte para se determinar a aplicação do dolo eventual ou da culpa consciente no caso concreto, já que a distinção das duas formas ocorre em um campo muito íntimo da vontade do agente — a decisão de assumir ou não o risco por ele previsto.

4. DOLO EVENTUAL OU CULPA CONSCIENTE NO HOMICÍDIO NO TRÂNSITO

Analisados os institutos do dolo eventual e da culpa consciente, e as suas diferenças, podemos aplica-los ao caso do homicídio no trânsito.

Para tanto, iniciaremos com a análise da manifestação do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 107.801/SP, no qual era a relatora a Ministra Cármen Lúcia e foi redator o Ministro Luiz Fux, que priorizou a aplicação da culpa consciente⁹³.

4.1. *Habeas Corpus* 107.801/SP

O *Habeas Corpus* 107.801 foi impetrado em favor de L.A.M. contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, o qual havia denegado a ordem nos autos do Habeas Corpus n. 94.916.

Originalmente, o paciente foi pronunciado pela suposta prática de homicídio doloso qualificado (artigo 121, §2º, inciso IV, combinado com o artigo 18, inciso II, 2ª parte, ambos do Código Penal). Contra tal decisão foi interposto recurso em sentido estrito no Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual foi provido parcialmente, corrigindo a tipificação do delito para o artigo 121, §2º, inciso IV, combinado com o artigo 18, inciso I, 2ª parte — dolo eventual —, ambos do Código Penal.

A defesa impetrou, então, no Superior Tribunal de Justiça o *Habeas Corpus* 94.916, tendo como relator o Ministro Jorge Mussi, que denegou a ordem:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO QUALIFICADO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EXAME DE ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. ANÁLISE APROFUNDADA DO CONJUNTO FÁTICO- PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO CONSELHO DE SENTENÇA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. 1. A

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 107.801/SP, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, data de julgamento: 06/09/2011, Primeira Turma.

decisão de pronúncia encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, exigindo o ordenamento jurídico somente o exame da ocorrência do crime e de indícios de sua autoria, não se demandando aqueles requisitos de certeza necessários à prolação de um édito condenatório, sendo que as dúvidas, nessa fase processual, resolvem-se contra o réu e a favor da sociedade. É o mandamento do art. 408 e atual art. 413 do Código Processual Penal. 2. O exame da insurgência exposta na impetração, no que tange à desclassificação do delito, demanda aprofundado revolvimento do conjunto probatório - vedado na via estreita do mandamus -, já que para que seja reconhecida a culpa consciente ou o dolo eventual, faz-se necessária uma análise minuciosa da conduta do paciente. 3. Afirmar se agiu com dolo eventual ou culpa consciente é tarefa que deve ser analisada pela Corte Popular, juiz natural da causa, de acordo com a narrativa dos fatos constantes da denúncia e com o auxílio do conjunto fático-probatório produzido no âmbito do devido processo legal, o que impede a análise do elemento subjetivo de sua conduta por este Sodalício. 4. Na hipótese, tendo a decisão impugnada asseverado que há provas da ocorrência do delito e indícios da autoria assestada ao paciente e tendo a provisional trazido a descrição da conduta com a indicação da existência de crime doloso contra a vida, sem proceder à qualquer juízo de valor acerca da sua motivação, não se evidencia o alegado constrangimento ilegal suportado em decorrência da pronúncia a título de dolo eventual, que depende de profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente sopesadas pelo Juízo competente no âmbito do procedimento próprio, dotado de cognição exauriente. 5. Ordem denegada.

Os impetrantes insurgiram contra a referida decisão, alegando que o caso se tratava de homicídio culposo e não doloso, requerendo a desclassificação para o artigo 302, *caput*, ou inciso V, da Lei n.º 9.503/97 — homicídio culposo na direção de veículo automotor em decorrência de embriaguez. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo indeferimento do pedido de habeas corpus.

4.1.1. Voto Para Denegar o Habeas Corpus

A ministra relatora Cármen Lúcia, apesar da relevância da questão e da grande repercussão na pena do paciente, afirma que o *Habeas Corpus* não seria a via adequada para apreciar os pedidos realizados pelo impetrante.

A ministra afirma que o *Habeas Corpus* não seria a via adequada para a apreciação do pedido, pois a determinação se o autor teria agido com dolo eventual ou culpa consciente necessitaria de análise profunda do contexto fático e probatório, o que ultrapassaria o âmbito de cognição sumária do *Habeas Corpus*, e cita:

o instituto do habeas corpus visa amparar direito líquido, que se entende aquele cuja existência não é afetada por dúvidas ou incertezas. É de se ver que tal direito deve ser demonstrado com evidência, sem necessitar de produzir provas, pois no julgamento de habeas corpus não é admissível o exame aprofundado de provas. É

claro que o impetrante terá que fornecer de plano os elementos indispensáveis que demonstrem a liquidez de seu direito. O que não se admite é que haja exame aprofundado de prova, para aferir o direito do impetrante ou paciente, que deve fluir naturalmente do próprio pedido⁹⁴.

Ela, ainda destaca a dificuldade de se apreciar a questão, ao citar a seguinte referência da doutrina:

Diferença entre a culpa consciente e dolo eventual: trata-se de distinção teoricamente plausível, embora, na prática, seja muito complexa e difícil. Em ambas as situações o agente tem a previsão do resultado que sua conduta pode causar, embora na culpa consciente não o admita como possível e, no dolo eventual admita a possibilidade de se concretizar, sendo-lhe indiferente. Em nota anterior, demonstrou-se, através da jurisprudência pátria, no contexto dos crimes de trânsito, como é tênue a linha divisória entre um e outro. Se, anos atrás, um racha, com vítimas fatais, terminava sendo punido como delito culposo (culpa consciente), hoje não se deixa de considerar o desprezo pela vida por parte do condutor do veículo, punindo-se como crime doloso (dolo eventual)⁹⁵.

No entanto, como demonstrado posteriormente pelos demais ministros que votaram no caso, a via do *Habeas Corpus* era plenamente possível para se apreciar a questão, já que o exame do caso não se tratava de exame do conjunto fático-probatório e, sim em reavaliação dos fatos postos nas instâncias inferiores, o que seria viável em sede de *Habeas Corpus*.

Finalmente, a Ministra demonstra a sua opinião sobre o caso, a qual gravita a favor da aplicação do dolo eventual no caso, afirmando que a doutrina e a jurisprudência têm admitido em diversos casos a existência do dolo eventual nos crimes graves de trânsito, citando:

tem sido posição adotada, atualmente, na jurisprudência pátria considerar a atuação do agente em determinados delitos cometidos no trânsito não mais como culpa consciente, e sim como dolo eventual. As inúmeras campanhas realizadas, demonstrando o perigo da direção perigosa e manifestamente ousada, são suficientes para esclarecer os motoristas da vedação legal de certas condutas, tais como o racha, a direção em alta velocidade, sob embriaguez, entre outras. Se, apesar disso, continua o condutor do veículo a agir dessa forma nitidamente arriscada, estará demonstrando seu desapego à incolumidade alheia, podendo responder por delito doloso⁹⁶.

⁹⁴ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Questões processuais controvertidas*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1977. p. 325.

⁹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 146.

⁹⁶ *Ibidem*. p. 140

Ademais, a Ministra ressalta o parecer da Procuradoria-Geral da República:

Há nos autos, portanto, elementos que comprovam a materialidade e demonstram a existência de indícios de autoria de crime de homicídio doloso, vale dizer, as circunstâncias do ocorrido demonstram ter a aparência de dolo eventual. Enfim, para a inversão do quanto — acertadamente — decidido pela instância a quo, seria necessário o reexame dos elementos de convicção produzidos na ação penal, providência essa vedada na estreita via mandamental⁹⁷.

De tal maneira, apesar de se esquivar da apreciação concreta da matéria em via de *Habeas Corpus*, a Ministra Carmén Lucia gravita em favor da aplicação do dolo eventual, ao citar passagens neste sentido. Dentre elas se encontra a argumentação de que inúmeras campanhas publicitárias são realizadas no sentido de demonstrar o perigo da direção perigosa, demonstrando ao motorista a vedação da conduta de se conduzir o veículo sob o estado de embriaguez. Se, apesar de tal conhecimento, o condutor continua a agir dessa forma arriscada, estaria demonstrado o desapego de sua ação — a assunção do risco — configurando-se o dolo eventual.

No entanto, tal argumento se revela raso, e, no final de tudo, baseia a aplicação do dolo eventual no caso, somente em virtude da embriaguez do acusado, sem nenhuma análise mais profunda do contexto fático, ou das teorias relacionadas à distinção entre dolo eventual e culpa consciente.

4.1.2. Votos para Conceder o Habeas Corpus

O Ministro Luiz Fux alerta sobre os perigos da banalização da aplicação do dolo eventual — ao se afirmar que somente a embriaguez já seria suficiente para caracterizá-lo —, além do fato de o júri se tratar de um julgamento apaixonado, diferente do júri técnico. O ministro ainda ressalta a discrepância entre as penas mínimas do crime de homicídio qualificado — doze anos — e do homicídio culposo em direção de veículo automotor — dois anos.

Para afastar a figura do dolo eventual, o Ministro Luiz Fux utiliza-se da teoria *actio libera in causa*⁹⁸ e cita a doutrina de Rogério Greco:

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 107.801/SP, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, data de julgamento: 06/09/2011, Primeira Turma. Voto da Relatora. p. 11-12.

Pela definição de *actio libera in causa* fornecida por Narcélio de Queiroz, percebemos que o agente pode embriagar-se preordenadamente, com a finalidade de praticar uma infração penal, oportunidade em que, se vier a cometê-la, o resultado lhe será imputado a título de dolo, sendo, ainda, agravada a sua pena em razão da existência da circunstância agravante prevista no art. 61, II, “I”, do Código Penal, ou, querendo ou não se embriagar, mas sem a finalidade de praticar qualquer infração penal, se o agente vier a causar um resultado lesivo, este lhe poderá ser atribuído, geralmente, a título de culpa⁹⁹.

O Ministro ainda demonstra que, no caso, a aplicação do dolo eventual se deu somente em virtude da presunção de que o acusado assumiu o risco do resultado morte ao conduzir o veículo embriagado. Para tanto, relevantes as citações de trechos da denúncia:

(...)L.A.M. (...), agindo com animo homicida e mediante o emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima, produziu em E..A.O. os ferimentos descritos no exame necroscópico de fls. 31, os quais foram a causa eficiente de sua morte. Segundo se apurou, o indiciado conduzia a camioneta (...), pelo local dos fatos, em estado de embriaguez alcoólica (fls. 32), quando veio a atropelar a vítima, que por ali caminhava e, em decorrência dos graves ferimentos provocados por tal conduta, veio a falecer. **Em razão de sua embriaguez alcoólica, o indiciado assumiu o risco de causar a morte da vítima ao conduzir um veículo automotor em via pública.** O crime foi cometido com o emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima, senhora que praticava caminhadas por recomendações médicas e andava pacificamente pelas ruas de Pradópolis e, atingida de surpresa, não teve chances de esboçar qualquer reação de defesa ou mesmo de esquivar-se do veículo automotor (grifo nosso e os nomes citados no original foram abreviados)¹⁰⁰.

E trechos da sentença de pronúncia:

Não se pode recusar a constatação, evidenciada pelo exame de embriaguez alcoólica que o acusado, na data dos fatos, conduzia o veículo embriagado. Do exame de fls. 35 constou expressamente, que o acusado apresentava sintomas indicativos de que ingeriu bebida alcoólica e em consequência estava embriagado, colocando em risco, no estado em que se encontrava, em perigo, a segurança própria ou alheia. **Conclui-se que o acusado estava em estado de embriaguez alcoólica. Assim, mostra-se absolutamente correta a conclusão no sentido de que o acusado, pelo meio e modo como agiu, assumiu o risco de produzir o resultado morte da vítima, assentindo no resultado** (grifo nosso)¹⁰¹.

⁹⁸ A teoria da *actio libera in causa* é aquela, grosso modo, em que o agente, conscientemente, põe-se em estado de inimputabilidade, no intuito do cometimento de uma ação típica. De tal forma, no momento da execução do ato, tal agente não pode alegar inconsciência do ilícito, ou a sua inimputabilidade, já que tinha consciência da tipicidade no momento em que se colocou em estado de inimputabilidade. Temos como exemplo comum a embriaguez preordenada — situação na qual o autor se embriaga na intenção de “criar coragem” para cometer o delito que pretende.

⁹⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*, 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p.455.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 107.801/SP, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, data de julgamento: 06/09/2011, Primeira Turma. p. 25.

¹⁰¹ *Ibidem*. p. 26.

E, ainda, o trecho do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Com efeito, é bem verdade que **não restou comprovado que o réu tinha intenção de matar a vítima**; porém, considerando que conduzia seu veículo embriagado e em velocidade incompatível com a localidade, **entendo que não se importava com as possíveis consequências, o que evidentemente, caracteriza dolo eventual**. Assim, havendo indícios de existência de crime doloso contra a vida, entendo acertada a decisão de pronúncia (grifo nosso)¹⁰².

O Ministro parece se aproximar das teorias do consentimento¹⁰³ e da probabilidade¹⁰⁴ ao analisar a diferença entre o dolo eventual e nas citações que faz em seu voto. O Ministro afirma que, no caso, houve mera presunção acerca do elemento volitivo e demonstra o seu conceito de distinção entre dolo eventual e culpa consciente. “Em ambas as situações ocorre a representação do resultado pelo agente. No entanto, na culpa consciente este pratica o fato acreditando que o resultado lesivo, embora previsto por ele, não ocorrerá”.¹⁰⁵

Luiz Fux, por fim, vota pela concessão da ordem para desclassificar a conduta imputada ao paciente para homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, *caput*, do CTB), voto o qual é seguido pelo Ministro Dias Tofolli e pelo Ministro Marco Aurélio, o qual ressalta “o precedente que é interessantíssimo, porque se vem colocando na vala comum o dolo eventual — isso em qualquer desastre com resultado morte. A questão é resolvida pelo princípio da especialização. Aplica-se a norma especial que é o Código Nacional de Trânsito”¹⁰⁶.

A decisão no *Habeas Corpus* analisado foi importante, pois estava ocorrendo uma banalização do dolo eventual e muitos Tribunais estavam mantendo decisões no sentido de caracterizar o dolo eventual para autores, mediante a simples presunção de que a embriaguez significava a assunção do risco, e portanto estaria configurado o dolo eventual.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 107.801/SP, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, data de julgamento: 06/09/2011, Primeira Turma. p. 26.

¹⁰³ Vide 3.4.1.1.

¹⁰⁴ Vide 3.4.1.2.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 107.801/SP, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, data de julgamento: 06/09/2011, Primeira Turma. p. 27.

¹⁰⁶ *Ibidem*. p. 31.

Apesar de não se aprofundarem na discussão das teorias da distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente — e se aterem mais à teoria da *actio libera in causa* — os ministros demonstraram uma tendência a acompanhar a teoria do consentimento — sendo que foi esta a adotada pelo nosso Código Penal.

4.2. Decisões de Tribunais e do próprio STF posteriores ao Habeas Corpus analisado

A decisão analisada aqui foi utilizada em outros processos do Supremo Tribunal Federal, como precedente no sentido de que o crime de homicídio praticado na condução de veículo sob a influência de álcool só é considerado doloso em caso de embriaguez preordenada.

*HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO PRATICADO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 302 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. DEBATE ACERCA DO ELEMENTO VOLITIVO DO AGENTE. CULPA CONSCIENTE X DOLO EVENTUAL. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. CIRCUNSTÂNCIA QUE OBSTA O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO. REEXAME DE PROVA. ORDEM DENEGADA. I - O órgão constitucionalmente competente para julgar os crimes contra a vida e, portanto, apreciar as questões atinentes ao elemento subjetivo da conduta do agente aqui suscitadas – o Tribunal do Júri - concluiu pela prática do crime de homicídio com dolo eventual, de modo que não cabe a este Tribunal, na via estreita do habeas corpus, decidir de modo diverso. II - A jurisprudência desta Corte está assentada no sentido de que o pleito de desclassificação de crime não tem lugar na estreita via do *habeas corpus* por demandar aprofundado exame do conjunto fático-probatório da causa. Precedentes. **III – Não tem aplicação o precedente invocado pela defesa, qual seja, o HC 107.801/SP, por se tratar de situação diversa da ora apreciada. Naquela hipótese, a Primeira Turma entendeu que o crime de homicídio praticado na condução de veículo sob a influência de álcool somente poderia ser considerado doloso se comprovado que a embriaguez foi preordenada. No caso sob exame, o paciente foi condenado pela prática de homicídio doloso por imprimir velocidade excessiva ao veículo que dirigia, e, ainda, por estar sob influência do álcool, circunstância apta a demonstrar que o réu aceitou a ocorrência do resultado e agiu, portanto, com dolo eventual.** IV - *Habeas Corpus* denegado. (grifo nosso)¹⁰⁷*

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO PRATICADO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ARTIGO 302 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. DEBATE ACERCA DO ELEMENTO VOLITIVO DO AGENTE. CULPA CONSCIENTE X DOLO EVENTUAL. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. CIRCUNSTÂNCIA QUE OBSTA O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO. REEXAME DE PROVA. WRIT ORDEM DENEGADA. I - O órgão constitucionalmente competente para julgar os crimes contra a vida e, portanto, apreciar as questões atinentes ao elemento subjetivo da

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 115352 /DF, Relator: Ricardo Lewandowski, data de julgamento: 16/04/2013, Segunda Turma.

conduta do agente aqui suscitadas – o Tribunal do Júri - concluiu pela prática do crime de homicídio com dolo eventual, de modo que não cabe a este Tribunal, na via estreita do *habeas corpus*, decidir de modo diverso. II - A jurisprudência desta Corte está assentada no sentido de que o pleito de desclassificação de crime não tem lugar na estreita via do *habeas corpus* por demandar aprofundado exame do conjunto fático-probatório da causa. Precedentes. **III – Não tem aplicação o precedente invocado pela defesa, qual seja, o HC 107.801/SP, por se tratar de situação diversa da ora apreciada. Naquela hipótese, a Primeira Turma entendeu que o crime de homicídio praticado na condução de veículo sob a influência de álcool somente poderia ser considerado doloso se comprovado que a embriaguez foi preordenada. No caso sob exame, o paciente foi pronunciado pela prática de homicídio doloso por imprimir velocidade excessiva ao veículo que dirigia, incompatível com a via em que ocorreu o acidente, colocando em risco a incolumidade alheia, situação que demonstra que o réu aceitou a ocorrência do resultado e agiu, portanto, com dolo eventual.** IV - Este Tribunal assentou o entendimento de que a demonstração de prejuízo, “a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que, (...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). V - *Habeas Corpus* denegado.” (grifo nosso)¹⁰⁸

No entanto, a análise dos julgados citados, demonstra a grande semelhança entre estes e o primeiro *Habeas Corpus* analisado. Nos três casos houve a sentença de pronúncia, pronunciando o agente na modalidade dolosa do homicídio cometido no trânsito, por dolo eventual. No primeiro caso, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela possibilidade da intervenção para desclassificar o delito para a modalidade culposa, no entanto, nas outras duas, decidiu de forma diversa, afirmando sobre a impossibilidade de se intervir pela via do *Habeas Corpus* e decidindo com o intuito de manter a figura do dolo eventual.

Há de se notar uma ligeira diferença entre os três casos analisados, no primeiro somente existia o fator da embriaguez na análise do dolo eventual do agente, enquanto no segundo a embriaguez foi somada ao excesso de velocidade, e no terceiro somente havia o excesso de velocidade.

No entanto a presunção de que a adição de excesso de velocidade na análise leva à pretensão de que o agente agiu com dolo eventual em muito se assemelha àquela presunção de que a embriaguez do acusado gera o dolo eventual, a qual foi condenada pelo próprio Supremo Tribunal em primeiro lugar.

O próprio Ministro Fux manteve a figura do dolo eventual em um caso de homicídio no trânsito.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 112242/DF, Relator: Ricardo Lewandowski, data de julgamento: 05/03/2013, Segunda Turma.

PENAL E PROCESSO PENAL. CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. HOMICÍDIO. “PEGA” OU “RACHA” EM VIA MOVIMENTADA. DOLO EVENTUAL. PRONÚNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DE DESEMBARGADORA NO SEGUNDO JULGAMENTO DO MESMO RECURSO, ANTE A ANULAÇÃO DO PRIMEIRO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. EXCESSO DE LINGUAGEM NO ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA PRONÚNCIA NÃO CONFIGURADO. DOLO EVENTUAL X CULPA CONSCIENTE. PARTICIPAÇÃO EM COMPETIÇÃO NÃO AUTORIZADA EM VIA PÚBLICA MOVIMENTADA. FATOS ASSENTADOS NA ORIGEM. ASSENTIMENTO QUE SE DESSUME DAS CIRCUNSTÂNCIAS. DOLO EVENTUAL CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REVALORAÇÃO DOS FATOS. ORDEM DENEGADA. (...)IV – ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO 11. O caso sub judice distingue-se daquele revelado no julgamento do HC nº 107801 (rel. min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ de 13/10/2011), que cuidou de paciente sob o efeito de bebidas alcoólicas, hipótese na qual gravitava o tema da imputabilidade, superada tradicionalmente na doutrina e na jurisprudência com a aplicação da teoria da actio libera in causa, viabilizando a responsabilidade penal de agentes alcoolizados em virtude de ficção que, levada às últimas consequências, acabou por implicar em submissão automática ao Júri em se tratando de homicídio na direção de veículo automotor. **12. A banalização do crime de homicídio doloso, decorrente da sistemática aplicação da teoria da “ação livre na causa” mereceu, por esta Turma, uma reflexão maior naquele julgado, oportunidade em que se limitou a aplicação da mencionada teoria aos casos de embriaguez preordenada, na esteira da doutrina clássica.** **13. A precompreensão no sentido de que todo e qualquer homicídio praticado na direção de veículo automotor é culposo, desde não se trate de embriaguez preordenada, é assertiva que não se depreende do julgado no HC nº 107801.** 14. A diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente encontra-se no elemento volitivo que, ante a impossibilidade de penetrar-se na psique do agente, exige a observação de todas as circunstâncias objetivas do caso concreto, sendo certo que, em ambas as situações, ocorre a representação do resultado pelo agente. 15. Deveras, tratando-se de culpa consciente, o agente pratica o fato ciente de que o resultado lesivo, embora previsto por ele, não ocorrerá. Doutrina de Nelson Hungria (Comentários ao Código Penal, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 1., p. 116-117); Heleno Cláudio Fragoso (Lições de Direito Penal – parte geral, Rio de Janeiro: Forense, 2006, 17. ed., p. 173 – grifo adicionado) e Zaffaroni e Pierangeli (Manual de Direito Penal, Parte Geral, v. 1, 9. ed – São Paulo: RT, 2011, pp. 434-435 – grifos adicionados). 16. A cognição empreendida nas instâncias originárias demonstrou que o paciente, ao lançar-se em práticas de expressiva periculosidade, em via pública, mediante alta velocidade, consentiu em que o resultado se produzisse, incidindo no dolo eventual previsto no art. 18, inciso I, segunda parte, verbis: (“Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” - grifei). 17. A notória periculosidade dessas práticas de competições automobilísticas em vias públicas gerou a edição de legislação especial prevendo-as como crime autônomo, no art. 308 do CTB, in verbis: “Art. 308. Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, desde que resulte dano potencial à incolumidade pública ou privada:”. 18. O art. 308 do CTB é crime doloso de perigo concreto que, se concretizado em lesão corporal ou homicídio, progride para os crimes dos artigos 129 ou 121, em sua forma dolosa, porquanto seria um contra-senso transmutar um delito doloso em culposo, em razão do advento de um resultado mais grave. Doutrina de José Marcos Marrone (Delitos de Trânsito Brasileiro: Lei n. 9.503/97. São Paulo: Atlas, 1998, p. 76). **19. É cediço na Corte que, em se tratando de homicídio praticado na direção de veículo automotor em decorrência do chamado “racha”, a conduta configura homicídio doloso.** Precedentes: HC 91159/MG, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 24/10/2008; HC 71800/RS, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJ de 3/5/1996. 20. A conclusão externada nas instâncias originárias no sentido de que o paciente participava de “pega” ou “racha”,

empregando alta velocidade, momento em que veio a colher a vítima em motocicleta, impõe reconhecer a presença do elemento volitivo, vale dizer, do dolo eventual no caso concreto. 21. A valoração jurídica do fato distingue-se da aferição do mesmo, por isso que o exame da presente questão não se situa no âmbito do revolvimento do conjunto fático-probatório, mas importa em mera reavaliação dos fatos postos nas instâncias inferiores, o que viabiliza o conhecimento do habeas corpus. Precedentes: HC 96.820/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 28/6/2011; RE 99.590, Rel. Min. Alfredo Buzaid, DJ de 6/4/1984; RE 122.011, relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 17/8/1990. 22. Assente-se, por fim, que a alegação de que o Conselho de Sentença teria rechaçado a participação do corréu em “racha” ou “pega” não procede, porquanto o que o Tribunal do Júri afastou com relação àquele foi o dolo ao responder negativamente ao quesito: “Assim agindo, o acusado assumiu o risco de produzir o resultado morte na vítima?”, concluindo por prejudicado o quesito alusivo à participação em manobras perigosas. 23. Parecer do MPF pelo indeferimento da ordem. 24. Ordem denegada. (grifo nosso)¹⁰⁹

É claro que este último caso em muito difere dos outros analisados, já que se trata da prática de “racha” ou corrida em plena via pública. Tal fator parece apontar com muito mais eficiência a existência do dolo eventual no caso concreto do que somente a presença da embriaguez ou do excesso de velocidade.

Na esfera dos Tribunais, diversos são os julgados no sentido de não mais se julgar automaticamente o homicídio cometido por embriaguez como dolo eventual, por exemplo:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DELITO DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO. EMBRIAGUEZ. DOLO EVENTUAL. DENÚNCIA NÃO RECEBIDA. **A eventual existência de embriaguez não conduz ao entendimento de que o acusado assumiu o risco de causar a morte da sua companheira. Para que seja caracterizado o dolo eventual, é necessária a comprovação de que o condutor obtinha a previsão do acontecimento e indiferença quanto ao resultado.** No caso de morte, esse resultado deve ser considerado e avaliado pelo acusado do fato. Deve haver demonstração de que ele se manteve indiferente com a possibilidade da morte da vítima. **Distingue-se o dolo eventual da culpa consciente, pois nesta firmemente crê que nada acontecerá.** Como se trata de acusação de homicídio, no caso dos autos não ficou demonstrado que o recorrido previamente tenha assumido o risco de causar a morte da sua companheira, que se encontrava no veículo. **E não basta a demonstração de que tenha ingerido bebida alcoólica antes de iniciar a condução do veículo automotor.** RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DESPROVIDO (grifo nosso)¹¹⁰.

HOMICÍDIO - CRIME DE TRÂNSITO - EMBRIAGUEZ - DOLO EVENTUAL - AFERIÇÃO AUTOMÁTICA - IMPOSSIBILIDADE - DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO - RECURSO PROVIDO, POR MAIORIA . 1. Em delito de trânsito, ou se demonstra o dolo direto, ou se reduz em demasia a possibilidade do dolo eventual ante a perspectiva de que o próprio agente ativo da relação penal substantiva poderia ser, também, vítima fatal do evento a que deu causa. 2. **A embriaguez não autoriza a presunção de dolo eventual, o que importaria em odiosa conclusão automática da existência de um elemento**

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 101698 / RJ, Relator: Luiz Fux, data de julgamento: 18/10/2011, Segunda Turma.

¹¹⁰ TJ-RS - RSE: 70052825197 RS , Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Data de Julgamento: 28/03/2013, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 24/04/2013.

subjeto do tipo, indemonstrado. 3. Recurso provido para desclassificar o delito para homicídio culposo. 4. Decisão por maioria (grifo nosso)¹¹¹.

Quando associada ao excesso de velocidade, por algumas vezes os Tribunais decidem pela aplicação da culpa consciente.

APELAÇÃO CRIMINAL - LESÕES CORPORAIS NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR - DOLO EVENTUAL - INOCORRÊNCIA - EMBRIAGUEZ E VELOCIDADE - IMPRUDÊNCIA - CULPA DEMONSTRADA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DO ART. 303, CTB. **Para que seja punido a título de dolo, ainda que eventual, deve-se extrair da prova dos autos ao menos indícios de que o réu teria aceitado como válida a opção de, independentemente das prováveis consequências de sua conduta, continuar a praticá-la, consentindo em causar os resultados danosos descritos na peça acusatória.** Afinal, dirigir sob a influência de álcool e em velocidade incompatível com a via pública são atos de imprudência que, caso culminem em um resultado lesivo, são puníveis a título de culpa. **Para que seja caracterizado o dolo, ainda que eventual, portanto, não será a embriaguez, a gravidade do dano, o número de vítimas ou excesso de velocidade, entre outros motivos, que delinearão a imputação ao acusado, mas tão somente, o seu consentimento para a produção ou não do resultado típico.** Sem o elemento volitivo a conduta é punível a título de culpa, sendo que tais circunstâncias poderão, apenas, servir à fixação da pena, para afastá-la do mínimo cominado. Caso em que, ausente a prova do dolo, mesmo eventual, do agente, desclassificam-se as condutas para os crimes de lesão corporal culposa na condução de veículo automotor, previstos no art. 303 do CTB(grifo nosso)¹¹².

No entanto, em outras oportunidades, o excesso de velocidade associado à embriaguez parece determinar uma presunção automática do dolo eventual.

APELAÇÃO-CRIME. HOMICÍDIO (DUAS VEZES) E LESÃO CORPORAL. CRIMES DE TRÂNSITO. DOLO EVENTUAL. JÚRI. CONDENAÇÃO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS EXCEPCIONAIS. EMBRIAGUEZ, ALTA VELOCIDADE E MENOSPREZO ÀS REGRAS DO TRÂNSITO. ASSUNÇÃO DO RISCO DE CAUSAR A MORTE DE OUTREM. SOBERANIA DO VEREDICTO POPULAR. ÍNTIMA CONVICÇÃO DOS JURADOS. Apelo improvido.¹¹³.

PENAL E PROCESSO PENAL. PRONÚNCIA. HOMICÍDIO SIMPLES. DOLO EVENTUAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CONDUTOR SEM HABILITAÇÃO. EXCESSO DE VELOCIDADE. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR SEM HABILITAÇÃO (ARTS. 306 E 309 DO CTB). CRIMES DE PERIGO. ABSORÇÃO PELO DELITO DE DANO (HOMICÍDIO). APLICAÇÃO

¹¹¹ TJ-SE - RESENSES: 2010302076 SE , Relator: Desembargador Edson Ulisses de Melo, Data de Julgamento: 02/08/2010, Câmara Criminal.

¹¹² TJ-MG - APR: 10188070645349001 MG , Relator: Silas Vieira, Data de Julgamento: 26/11/2013, Câmaras Criminais / 1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 03/12/2013.

¹¹³ TJ-RS - ACR: 70055944078 RS , Relator: Manuel José Martinez Lucas, Data de Julgamento: 11/12/2013, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/02/2014

DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. EXCLUÍDOS DA PRONÚNCIA OS DELITOS PREVISTOS NOS ARTS. 306 E 309 DO CTB. PROVIDÊNCIA ADOTADA DE OFÍCIO. 1. A sentença de pronúncia é mero juízo de admissibilidade acusatório e não condenatório, de modo que, após a instrução criminal, se existirem elementos, mesmo que indiciários, a apontar a autoria, provada substancialmente a materialidade do crime doloso contra a vida, cabe ao juiz remeter a acusação a exame pelos jurados (art. 413, CPP). Lado outro, nos termos do art. 419, CPP, haverá desclassificação quando o juiz se convencer, em discordância com a acusação, da existência de crime doloso contra a vida. Ou seja, enquanto a pronúncia exige uma base probatória minimamente segura quanto à autoria, ou participação, de crime doloso contra a vida, a desclassificação demanda um juízo de certeza. 2. **O fato de existir nos autos a notícia de a vítima transitava em alta velocidade, por si só, não é suficiente para afastar o dolo eventual, porquanto, a falta de habilitação, aliada ao consumo de álcool e ao noticiado excesso de velocidade, evidenciam que o agente, a priori, assumiu o risco de causar o acidente, uma vez que conhecia os riscos inerentes à situação descrita.** 3. Se os elementos de prova carreados aos autos indicam que o agente assumiu os riscos de possível resultado lesivo, que acabou ocorrendo, havendo, assim, indícios da ocorrência do crime doloso contra vida, deve o mesmo ser levado a julgamento pelo Tribunal do Júri, competente para o exame das teses defensivas, devendo o Conselho de Sentença afirmar se a conduta foi praticada mediante dolo eventual ou culpa. 4. O princípio da consunção se aplica quando duas condutas delituosas guardam, entre si, uma relação de meio e fim. Nos casos de delitos de perigo - como o são os tipos penais previstos nos artigos 306 e 309 do Código de Trânsito Brasileiro -, quando o dano se concretizar, o delito de dano - in casu, o homicídio -, por ser mais grave e mais abrangente, deve prevalecer e absorver os crimes de perigo, em observância ao princípio da consunção. 5. Recurso improvido. De ofício, foram excluídos da pronúncia os tipos penais previstos nos artigos 306 e 309 do Código de Trânsito Brasileiro. Decisão unânime (grifo nosso)¹¹⁴.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - DELITOS DE HOMICÍDIO SIMPLES, LESÕES CORPORAIS GRAVES E EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (121, CAPUT, ART. 129, § 1º, INCISO I, DO CP E ART. 306, DO CTB)- PRONÚNCIA - PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DOS DOIS PRIMEIROS DELITOS PARA A FORMA CULPOSA - (ART. 302 E 303 DO CTB)- CONJUNTO PROBATÓRIO A DEMONSTRAR SUFICIENTES INDÍCIOS DA OCORRÊNCIA DE DOLO EVENTUAL - DECISÃO DE PRONÚNCIA MANTIDA - APRECIAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DELITIVA DELEGADA AO TRIBUNAL DO JÚRI - INVIABILIDADE DA DESCLASSIFICAÇÃO DO DOLO EVENTUAL PARA A CULPA CONSCIENTE NESTA ETAPA PROCEDIMENTAL - RECURSO DESPROVIDO. 1. Para a pronúncia basta que existam a materialidade do crime e indícios sérios quanto à autoria do delito, vez que respaldada a configuração do dolo eventual em elementos colhidos da massa cognitiva processual, está o feito, bem endereçado para julgamento pelo Júri. 2. **O conjunto probatório reúne suficientes indicativos de que o recorrente dirigia o veículo depois de ingerir bebida alcoólica e em velocidade excessiva quando atingiu as vítimas que de bicicleta circulavam pelo acostamento. Tais indícios demonstram plausível a imputação, de modo a aperfeiçoar o dolo eventual, revelando que o motorista, nestas condições, poderia ter assumido o risco de produzir o resultado e, portanto a sujeitar-se ao veredicto do Júri Popular.** Recurso desprovido (grifo nosso)¹¹⁵.

¹¹⁴ TJ-PE - RSE: 3086382 PE , Relator: Antônio de Melo e Lima, Data de Julgamento: 13/11/2013, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 27/11/2013

¹¹⁵ TJ-PR - RECSSES: 6668895 PR 0666889-5, Relator: Oto Luiz Sponholz, Data de Julgamento: 02/06/2011, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 663

Percebe-se, então, que, apesar da manifestação do STF sobre a aplicação da culpa consciente no caso de homicídio por embriaguez no trânsito ainda não sedimentou o entendimento, sendo que dolo eventual ainda é aplicado temerosamente em algumas situações.

5. CONCLUSÃO

A diferenciação do dolo eventual e da culpa consciente não se mostra das tarefas mais fáceis do Direito Penal, sendo que diversas teorias já foram criadas para solucionar o tema. Quando se passa ao campo da prática a dificuldade da matéria em muito se eleva, já que a sua definição passa pelo campo da psique do autor, sendo necessário investigar-se se este assumiu ou não o risco por ele previsto.

A dificuldade prática se revela através da análise da jurisprudência atual, que não mantém entendimentos totalmente uniformes em relação à questão, apesar de se notar uma tendência a aplicação da culpa consciente.

Tendo como exemplo o caso do *Habeas Corpus* analisado, o autor, naquela situação, havia sido pronunciado na prática de homicídio doloso, e tal pronúncia havia sido confirmada pelo Tribunal de Justiça e pelo próprio Supremo Tribunal Federal, até que, na segunda intervenção do STF, seu delito foi desclassificado para a modalidade culposa. Naquela ocasião, os Ministros do STF alertaram sobre os perigos da banalização do instituto do dolo eventual.

Se não fosse tal intervenção do STF haveria uma grande chance de tal acusado ser condenado — haja vista a paixão que geralmente aflora no júri nestes tipos de delitos — pela prática de homicídio doloso qualificado, com pena mínima de doze anos, e, ao sua conduta ser desqualificada, a sua pena mínima foi reduzida para dois anos, uma discrepância de dez anos de reclusão.

No entanto, o próprio STF em outras oportunidades manteve a aplicação do dolo eventual em casos em que a embriaguez no trânsito estava associada ao excesso de velocidade, sendo que procedimento semelhante é adotado em diversos Tribunais.

Haja vista a grande repercussão na pena, a presunção automática de que a embriaguez associada ao excesso de velocidade resulta no dolo eventual se mostra tão temerosa quanto a presunção de que a embriaguez por si só configurava o dolo eventual, a qual foi inicialmente condenada pelo nosso Supremo Tribunal Federal.

A distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente no caso concreto deve ser analisada com profundidade, e para tanto diversas teorias foram criadas pelos mais diferentes pensadores do Direito Penal.

A utilização dessas teorias como indícios para a averiguação da presença do dolo eventual ou da culpa consciente no caso concreto se mostra necessária, não podendo tais decisões se originarem de presunções.

A verificação da vontade do agente não pode ser limitada somente à sua subjetividade, já que é impossível adentrar-lhe a mente e descobrir se ele assentiu ou não com o possível resultado típico.

De tal maneira, é necessário analisar-se os elementos externos ao fato criminoso, as circunstâncias fáticas, na tentativa de se apontar a presença do dolo eventual ou da culpa consciente no caso em concreto. Tal análise deve ser feita caso a caso, e jamais devemos nos utilizar de fórmulas ou de conceitos pré-definidos para determinar se o sujeito agiu com dolo ou culpa. Não se pode determinar anteriormente se a embriaguez, ou o excesso de velocidade, ou a prática de corridas de rua, configuram o dolo eventual de forma presumida.

Para tanto, poderão ser utilizadas as teorias aqui analisadas, com a ressalva de que aquelas mais radicais que tentam excluir totalmente o elemento volitivo da análise do dolo — como a teoria defendida por Jakobs, por exemplo — estão fadadas ao fracasso, haja vista a importância deste elemento para a configuração do dolo.

Muito cuidado é necessário no momento de manejar estes institutos. Não pode haver uma banalização do dolo eventual, sob o risco de se causar descrédito nas decisões judiciais. No entanto, é necessário encontrar uma forma concreta e mais uniforme de se tratar o tema, haja vista a insegurança jurídica causada pela presente indecisão de qual instituto a ser aplicado.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. *Código Penal*. Brasília, DF: Senado, 1940.
- BRASIL. *Código de Trânsito Brasileiro*. Lei 9.503. Brasília, DF: Senado, 1997.
- BRASIL. *Lei 11.705*. Brasília, DF: Senado, 2008.
- BRUNO, Oscar Romero. *El Dolo Eventual, Um Ícono de la Mitología Penal*. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/08/doctrina41868.pdf>>. Acesso em: 06 de setembro de 2015.
- DIAS, Jorge de Figueredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O Homem Delincente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- ESPINOZA, Alejandro Solís. *Visión Psicocriminológica Del Dolo Y La Imputabilidad*. REVISTA DE DERECHO UNED, núm. 4, 2009. Disponível em: <<http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2009-4-70120/Documento.pdf>>. Acesso em: 15 de agosto de 2015.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p.455.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I. Tomo 2º. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução de CONTRERAS, Joaquín Cuello; MURILLO, Jose Luis Serrano Gonzalez de. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- JAKOBS, Günther. *Sobre la Teoría de la Pena*. Tradução de MELIÁ, Manuel Cancio. Universidad Externado de Colombia: Cuadernos de Conferencias y Artículos, nº 16, 1998.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Homicídio doloso no trânsito*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7630>. Acesso em: 15 de junho de 2015.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. *Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal*. Criminalia. México. n. 68. fasc. 3. sept./dic. 2002.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Questões processuais controvertidas*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1977.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RODRÍGUEZ, V. G. O. *Fundamentos de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2010.

RODRIGUEZ MONTAÑES, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Madrid: Universidad Complutense, 1994.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Tradução e Notas de PEÑA, Diego-Manuel Luzon; GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz y; REMESAL, Javier de Vicente. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Tomo I. Tradução de CONDE, Francisco Muñoz. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

TAVARES, Juarez. *Espécies de Dolo e Outros Elementos Subjetivos do Tipo*. Revista da Faculdade de Direito UFPR. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/7199/5150>>. Acesso em: 08 de agosto de 2015.

TAVARES, Juarez. *Direito Penal da negligência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de BALESTRA, Carlos Fontán. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.