

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

RAPHAEL SANT'ANNA DA SILVA

O Dolo Eventual no Anteprojeto do Novo Código  
Penal (PLS 236/2012)

Ribeirão Preto  
2013



RAPHAEL SANT'ANNA DA SILVA

# O Dolo Eventual no Anteprojeto do Novo Código Penal (PLS 236/2012)

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Pacheco Pontes

Ribeirão Preto  
2013

## FICHA CATALOGRÁFICA

Silva, Raphael Sant'Anna da

O Dolo Eventual no Anteprojeto do Novo Código Penal (PLS 236/2012) / Raphael Sant'Anna da Silva. -- Ribeirão Preto, 2013.

80 p. ; 30cm

Trabalho de Conclusão de Curso -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Orientador: Prof.Dr. Daniel Pacheco Pontes

RAPHAEL SANT'ANNA DA SILVA

# O Dolo Eventual no Anteprojeto do Novo Código Penal (PLS 236/2012)

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Pacheco Pontes

**Data de aprovação:**

\_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

**Banca examinadora:**

---

Prof. Dr. Daniel Pacheco Pontes  
Universidade de São Paulo

---

Prof. Dr.  
Universidade de São Paulo

---

Prof. Dr.  
Universidade de São Paulo



À Silvano, Carmen,  
Juliana e Camilla.





## **AGRADECIMENTOS**

Ao estimado professor Daniel, que detém grande responsabilidade no meu enveredar por esse instigante e apaixonante caminho a que o Direito Penal conduz. Foi ele o responsável por grande parte da minha formação e aprendizado e pelas oportunidades em que pudemos dividir experiências acadêmicas, tanto em suas saudosas aulas, como nos aprazíveis encontros semanais do grupo de estudos.

À Natália pela paciência e infatigável auxílio com o sinuoso mundo da formatação e demais regras da ABNT e pelo empréstimo de sua sapiência aos mais variados temas jurídicos e da vida, juntamente com sua afável companhia.

À minha família que sempre dispensou o apoio emocional e financeiro necessários durante toda essa jornada que se iniciou em 2009.

Aos amigos que conquistei na faculdade, com os quais pude dividir incríveis experiências e aprendizados, principalmente, àqueles que pude morar junto e dividir as alegrias e intempéries do cotidiano.

Aos Pinhelas, meus amigos da vida inteira, à Tati, minha amiga da vida inteira e ao Terço.



O pior analfabeto é o analfabeto político. Ele não ouve, não fala, nem participa dos acontecimentos políticos. Ele não sabe o custo de vida, o preço do feijão, do peixe, da farinha, do aluguel, do sapato e do remédio dependem das decisões políticas.

O analfabeto político é tão burro que se orgulha e estufa o peito dizendo que odeia a política. Não sabe o imbecil que, da sua ignorância política, nasce a prostituta, o menor abandonado, e o pior de todos os bandidos, que é o político vigarista, pilantra, corrupto e lacaio das empresas nacionais e multinacionais.

Bertolt Brecht.



## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo identificar as principais alterações sofridas pelo dolo eventual no PLS 236/2012 (Projeto de Lei do Senado), também chamado de anteprojeto do Novo Código Penal. Para tanto, é estabelecido um paralelo entre a redação atual do artigo referente ao *dolus eventualis* no Código Penal de 1940, decorrente da última reforma da parte geral ocorrida em 1984, e as novas propostas identificadas no anteprojeto. O desenvolvimento do trabalho se divide em três partes, iniciadas com uma breve exposição sobre a evolução do conceito de dolo na história, desde a sua conceituação no Direito Romano até a Escola Funcionalista, que dentre os principais expoentes estão Roxin e Jakobs. Em seguida, discorre-se sobre as (i) espécies de dolo, tendo por objetivo a compreensão do dolo eventual enquanto um tipo de dolo, dotado de características semelhantes como a vontade e a cognição; (ii) teorias que classificam as espécies de dolo e vislumbram delimitá-las, diferenciando-as entre si, e, por vezes, dos tipos de culpa; e, (iii) aplicações atuais do dolo no Brasil. Subsequente à referida introdução teórica será explorada a redação dos artigos 18 e 20 do anteprojeto, que propõem alterações no conceito e no tratamento do dolo eventual em relação à ordem jurídica vigente, indagando a exposição dos motivos publicada pelo Senado Federal, assim como apresentando suas principais críticas e possíveis implicações.

Palavras-chaves: Dolo Eventual – Reforma do Código Penal – Projeto de Lei 236/2012



## ABSTRACT

This work aims to identify the major changes of the concept of *dolus eventualis* in the Bill 236/2012 (Senate Bill), also called the Criminal Code Reform. For this purpose, it establishes a parallel between the *dolus eventualis* wording of article in the Penal Code of 1940, according to the last reform in 1984, and the new proposals identified in the current draft of the Bill. The work development it's divided in three parts, first a brief introduction over the historical evolution of the *dolus*, since its conceptualization in Roman law until the interpretation given by the Functionalist School, which the leading exponents are Roxin and Jakobs. The second part it discusses the (i) species of *dolus*, to understand the *dolus eventualis* as a type of *dolus*, endowed with similar characteristics as will and cognition, (ii) the theories of *dolus* which classify, demarcate and differ the types of *dolus*, including from the concept of negligence and (iii) the current applications of the concepts in Brazil. After the theoretical introduction will be discussed the wording of Articles 18 and 20 of the Bill, which proposes changes in the concept and treatment of *dolus eventualis* in the current legal frame, by analyzing the explanatory memorandum of the Bill published by the Senate, draw its criticism and possible applications of the new proposed concept.

Keywords: *Dolus Eventualis* - Criminal Code Reform - Bill 236/2012





## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	17
<b>2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DOLO</b> .....	21
<b>2.1 Idade Antiga: Direito Romano</b> .....	21
<b>2.2 Idade Média: Direito Germânico e Direito Canônico</b> .....	22
<b>2.3 Idade Moderna e Contemporânea: Escola Clássica, Neoclássica, Teoria Finalista e Funcionalista</b> .....	24
2.3.1 <i>Escola Clássica</i> .....	24
2.3.2 <i>A Escola Neoclássica: Neokantismo</i> .....	27
2.3.3 <i>A Teoria Finalista</i> .....	29
2.3.4 <i>A Escola Funcionalista</i> .....	32
2.3.4.1 <i>O Funcionalismo Dualista</i> .....	33
2.3.4.2 <i>O Funcionalismo Monista</i> .....	35
<b>3 DOLO: ESPÉCIES, TEORIAS E APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	39
<b>3.1 Espécies de dolo</b> .....	40
3.1.1 <i>Dolo Direto</i> .....	40
3.1.2 <i>Dolo Eventual</i> .....	42
<b>3.2 Teorias do Dolo</b> .....	45
3.2.1 <i>Teoria da vontade</i> .....	45
3.2.2 <i>Teoria da representação ou teoria da possibilidade</i> .....	46
3.2.3 <i>Teoria do consentimento, da assunção ou da aprovação</i> .....	47
3.2.4 <i>Teoria da probabilidade ou da cognição</i> .....	47
3.2.5 <i>Teoria da evitabilidade</i> .....	48
3.2.6 <i>Teoria do risco</i> .....	48
3.2.7 <i>Teoria do perigo a descoberto</i> .....	49
3.2.8 <i>Teoria da indiferença</i> .....	49
3.2.9 <i>Teorias mistas</i> .....	50
<b>3.3 Interpretação atual do conceito de dolo no ordenamento jurídico brasileiro</b> .....	51

<b>4 O DOLO EVENTUAL NO PLS 236/12.....</b>	<b>57</b>
<b>4.1 Discussões preliminares do Anteprojeto.....</b>	<b>57</b>
<b>4.2 Alterações atuais e exposição de motivos.....</b>	<b>60</b>
<b>4.3 Análise crítica das alterações.....</b>	<b>62</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>69</b>
<b>6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>77</b>

## 1

**INTRODUÇÃO**

A aprovação do Novo Código Penal foi e ainda continua sendo assunto polêmico, tanto para a comunidade jurídica, quanto para a sociedade civil como um todo. Atualmente, insculpido sob a alcunha de PLS 236/12 – Projeto de Lei do Senado – o referido diploma normativo suscitou a manifestação, por vezes intensa, de importantes setores da população: professores, catedráticos, ministros, ex-ministros, advogados, desembargadores, etc.

De certo, é um tema que movimenta as estruturas do poder, afinal, não se poderia deixar aprovar – como tentou se fazer - um código sem a devida discussão e maturação das principais ideias em âmbito do Congresso Nacional, principalmente, quando o assunto em pauta é atinente, em último grau, à possibilidade de restrição da liberdade dos cidadãos.

Com o desiderato de compilar toda a legislação que detém implicação penal <sup>1</sup> em um único diploma, de buscar formas alternativas não prisionais e de tornar proporcionais as penas dos mais diversos crimes de acordo com sua gravidade, aliado à necessidade nacional de modernização do atual código em vigência com a compatibilização dos atuais tipos penais -e dos vindouros - com os princípios que regem a Carta Magna de 88, o Senado Federal criou uma comissão sob a presidência do ministro Gilson Dipp do Superior Tribunal de Justiça para chefiar e organizar as discussões que culminarão na aprovação ou não do Novo Código Penal.<sup>2</sup>

A referida Comissão, diante dos seus trabalhos, visou uma reformulação ampla do atual Código fazendo sensíveis e polêmicas alterações, tanto na parte geral, quanto na parte especial.

---

<sup>1</sup> Alguns exemplos do conjunto de leis extravagantes que comporão o Novo Código são: a lei de drogas, o estatuto do desarmamento, a lei Maria da Penha (violência doméstica) e o Código Penal Militar.

<sup>2</sup> De acordo com o histórico do anteprojeto, a tarefa da Comissão é “atualizar o Código Penal, sendo ‘imprescindível uma releitura do sistema penal à luz da Constituição, tendo em vista as novas perspectivas normativas pós-88.’ Da mesma maneira: ‘o atraso do Código Penal fez com que inúmeras leis esparsas fossem criadas para atender a necessidades prementes. Como consequência, tem-se o prejuízo total da sistematização e organização dos tipos penais e da proporcionalidade das penas, o que gera grande insegurança jurídica, ocasionada por interpretações desencontradas, jurisprudências contraditórias e penas injustas – algumas vezes muito baixas para crimes graves e outras muito altas para delitos menores””.

Na Parte Especial, houve a criação e a adaptação de novos tipos penais. Alguns destes, com certeza, fomentarão muitas discussões no Congresso Nacional e possíveis mudanças advindas delas, ainda, deverão sobrevir. Além disso, diz-se que há numerosos casos de desproporcionalidade nas penas cominadas em abstrato.

Mesmo havendo uma grande reformulação na Parte Especial, o foco desse trabalho reside na Parte Geral, mais especificamente no novo tratamento direcionado ao dolo eventual pelo anteprojeto do novo Código Penal, que foi alvo de muitas críticas pelos estudiosos do Direito como um todo.

O Objetivo do trabalho será: discorrer acerca das discussões preliminares à feitura do projeto, evidenciando as necessidades de um novo Código; mostrar a proposta inicial de alteração do artigo 18, inciso I, que dispõe os crimes dolosos e mostrar a fundamentação teórica que motivou essa mudança.

Outrossim, pretende-se mostrar as alterações finais aprovadas pelo Senado no PLS 236/12, fazendo um paralelo com a redação atual, juntamente com a exposição dos motivos pelos quais a comissão de juristas optou por confeccionar o dispositivo que trata o dolo eventual daquela forma..

Por fim, vislumbra-se iniciar uma discussão crítica acerca dessa redação final, com amparo em artigos, conferências, audiências públicas e entrevistas apontando eventuais erros ou acertos nas mudanças e possíveis implicações teóricas e práticas, no cotidiano dos operadores do Direito.

No entanto, para que enfrentemos a questão do dolo eventual no anteprojeto e alcancemos o objetivo ora mencionado, será necessário edificar algumas bases teóricas que sirvam de supedâneo para tal proposta.

*Ab initio*, no capítulo 2, faremos uma exposição de como se deu a evolução do dolo desde o período romano até a atualidade. Primeiro, mostrando sua inicial característica de *dolus malus*, ainda desvinculado de um estudo científico nas Idades Antiga e Média.

Depois passaremos: pela Escola Clássica, que iniciou estudos mais aprofundados sobre os elementos do crime, criando a teoria tripartida e posicionando o dolo na culpabilidade; pela escola neoclássica que inseriu valores axiológicos ao dolo, ainda presente na culpabilidade; pela teoria finalista de Wezel, que revolucionou a teoria geral do crime,

posicionando o dolo na tipicidade, e atribuindo-lhe os elementos que o sustentam e definem, que são a vontade e a cognição, e finalmente, pelas teorias funcionalistas, de Roxin e Jakobs, que tentaram adaptar e sistematizar o crime em consonância com as funções determinadas à pena e as reais funções do Direito Penal.

Em seguida, no capítulo 3, será feita a exposição dos tipos de dolo, que se dividem em dolo direto (de primeiro e segundo grau) e eventual, conceituando-os. Enquanto o dolo direto almeja o resultado como final de sua ação, ou ainda, abrangendo as consequências secundárias necessárias à prática da ação, o dolo eventual assume o risco da produção do resultado dessa ação. Para tanto será importante demonstrar que todas essas espécies são formadas, em maior ou menor intensidade, pelos já mencionados elementos cognoscitivos e volitivos e evidenciar que o dolo eventual, objeto desse estudo, nada mais é que uma espécie de dolo.

Ainda nesse diapasão, vamos explanar as diversas teorias de dolo. Com funções diversas, essas teorias tentam vencer as tormentosas questões que rodeiam o dolo eventual, ora conceituando, ora mostrando seus limites que o difere dos outros institutos: os tipos de dolo e a culpa consciente. Certamente, não é essa uma questão simplificada.

Por fim, para preencher a base teórica, que será usada de sustentáculo para adentrar no dolo eventual contido no anteprojeto no Novo Código Penal, far-se-á necessário uma investigação de como o dolo é tratado atualmente pelo ordenamento jurídico brasileiro, mostrando como é a sua atual redação no Código Penal, sua definição e características, evidenciando quais as teorias adotadas e alguns motivos apontados nas alterações promovidas pela reforma da Parte Geral ocorrida em 1984 e que persistem até os dias de hoje.



## 2

**EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DOLO****2.1 Idade Antiga: Direito Romano**

É cediço aos estudiosos do direito que Roma foi o resultado de uma síntese das sociedades antigas, servindo como um elo entre o mundo antigo e o mundo moderno.

Na fundação de Roma havia grande dificuldade em distinguir o direito privado do direito público. Diante desta incerteza quanto aos ramos do direito, o direito penal restava sem qualquer delimitação durante grande parte da Idade Antiga. A maioria dos autores afirma, em decorrência da insuficiência de fontes, que sua primeira codificação – já que o Direito Penal é ramo do Direito Público - ocorreu apenas na Lei das XII Tábuas.

Antes da referida codificação romana, relatos apontam para a existência de alguns delitos, como os crimes de lesa-majestade ou de violação da paz dos deuses. Tendo em vista que a vingança privada era o sistema mais comum na época, não havia, por exemplo, um conceito estruturado do crime de homicídio (CRUZ, 2009, p.1).

Na Lei das XII Tábuas (séc V a.C.), em sua sétima tábua – *De delictis* – é que surgem termos familiares ao Direito Penal acompanham o estudo do tema até os dias de hoje, como é o caso da injúria, do furto e do dolo e, sendo este último é o tema fundamental para o desenvolvimento do presente trabalho.

Ao discorrer sobre o tema do furto, o jurista Gaio caracterizava o crime por meio de dois elementos essenciais : o material e o intencional. O elemento material se verifica na medida em que se subtrai a coisa contra a vontade do dono; enquanto que, o elemento intencional consiste na vontade de tirar vantagem do fato delituoso, elemento tal, que pode ser traduzido pela expressão latina “*furtum sine dolo malo non committitur*” (tradução) (CRUZ, 2009, p.2).

Sob esta mesma ótica, o conceito romano de dolo, derivado do termo latino *dolus* “exprime substancialmente o conceito de astúcia, de engano, e deriva provavelmente do grego *dólos*, que tem significado análogo” (GIOFREDDI, 1970, p.67).

Desse modo, verifica-se que a origem conhecida do dolo nos remete imediatamente ao Direito Romano. Este o compreendia como uma ofensa intencional à lei moral e à lei do Estado, compreendida como, o propósito ou intenção de matar ou roubar. Neste sentido, Mommsen (1976, p.61) esclarece:

Essa vontade delituosa, que se aplicava a todo o campo do Direito, era designada na linguagem jurídica com a palavra ‘astúcia’, *dolus*, reforçada na maioria das vezes pelo adjetivo má, astúcia má, *dolus malus*, exercida com consciência da injustiça, pelo *sciens*.

A culpa, entretanto, era visto como uma forma de descuido ou negligência culpável, portanto, o elemento subjetivo doloso encontrava-se claramente diferenciado. Esta diferenciação resta clara na medida em que a Lei das XII tábuas distingue o homicídio nas categorias de voluntário e involuntário, sendo o primeiro praticado com dolo, e o segundo, com o que denominamos hoje como delito culposo (BITENCOURT, 2011, p.63).

Destaca-se, então, o domínio dos romanos dos institutos dolo e culpa e suas especificidades. E ainda nas lições de Mommsen (1976, p.61), destacamos:

O fundamento ético da vontade antijurídica, sem o qual não havia delito, nem pena, podia emergir, ora sob a forma de ofensa intencional à lei moral e à lei do Estado (*dolus*), ora sob a forma de descuido ou negligência culpável (*culpa*) na observância das mesmas.

## **2.2 Idade Média: Direito Germânico e Direito Canônico**

Nesse contexto histórico, é possível apontar como principais pilares da ceara penal, adiante do Direito Romano já introduzido, o Direito Germânico e o Canônico.

O Direito Germânico na idade média era um direito eminentemente consuetudinário, que na seara penal evoluiu ao longo dos anos, partindo desde estruturas mais primitivas como a vingança de sangue, evoluindo para um sistema de composição voluntária, até alcançar um sistema sólido de composição obrigatória. Esse período é apontado pela doutrina como sendo o primeiro na história a apontar o direito não só como um costume dos deuses, mas como uma vontade do Estado.



No que diz respeito ao dolo no direito germânico, constata-se que o resultado originado de dolo ou culpa, pouco importava na apreciação da conduta delituosa. Isso porque, o comportamento humano era analisado de uma maneira puramente objetiva, tendo como foco unicamente o resultado causado e não o elemento subjetivo (BITENCOURT, 2011, p.65).

Tendo em vista a desconsideração ao aspecto subjetivo, subsistia uma confusão sobre o conceito de ilicitude, e os crimes tentados não eram passíveis de punição (PRADO, 2013, p.90). Entretanto, segundo Maurach (1962, p.48), era possível observar uma gradação na aplicação da pena, esclarecida pelo autor na seguinte passagem:

Ao mal querido (obra da vontade) se contrapõe a acusação não querida do resultado (obra do acaso) punida com maior suavidade. Distinguia-se também em razão do ânimo: a reincidência, o fato punível abjeto, ditado por um sentimento pérfido ou aleivoso, é geralmente objeto de agravação penal.

Já o Direito Canônico, como sua própria etimologia prevê, recebeu forte influência do cristianismo na construção de sua legislação penal. A relevância deste Direito encontra-se no fato de que durante um extenso período da Idade Média este era o único direito escrito, servindo posteriormente como base e influência no desenvolvimento do chamado direito leigo.

A lei penal afirmada pela Igreja Católica tem relevância a partir de dois aspectos principais: (i) introduzir e incorporar as tradições jurídicas romanas definitivamente na vida social do ocidente; (ii) auxiliar a civilizar as práticas brutais germânicas na medida em que as adaptou à vida pública (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1977, p. 289).

Os delitos, sob esta sistemática, eram classificados segundo o destino de sua ofensa, que ora poderia ser ao ordenamento divino (*delicta ecclesiastica*), ora ao laico (*delicta mere secularia*). A *delicta ecclesiastica*, por exemplo, competia aos tribunais eclesiásticos a aplicação da *poenitentiae*, por transgredir algum direito divino, enquanto que, a *delicta mere secularia* infringia a ordem jurídica laica, havendo punição pelos tribunais do Estado por meio de penas comuns. Nos casos em que ocorriam violações às duas ordens, o julgamento era realizado pelo tribunal que primeiro tomasse conhecimento (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1977, p.190). Nota-se aqui uma já diferenciação, ainda que rudimentar, do que vai ser adotado como dolo direto de primeiro grau e dolo direto de segundo grau (imedato e mediato).

Ao se analisar o dolo sob a perspectiva do Direito Canônico, percebe-se que, em contraponto ao período germânico, há uma maior subjetivação penal. Esta abrangência do aspecto subjetivo encontra-se relacionada a influência romana exercida no Direito Canônico, sendo que este último inclusive se utiliza dos mesmo termos adotados em Roma para o dolo e a culpa, como: (i) *dolus*; (ii) *voluntassciens*; (iii) *negligentia*; e (iv) *imperitia*.

Neste período destaca-se a construção de Diego Covarrubias y Leiva (Séc. XVI) que tendo como fundamento a doutrina tomista da vontade indireta (JIMENÉZ DE ASÚA, 1977, p.329), acaba “por fixar o restrito campo da vontade direta (dolo direto) e a amplia imediatamente com a vontade indireta” (PRADO, 2013, p.404). E ainda, a partir da noção de *voluntas indirecta*, infere o autor “que também o homicídio indiretamente querido é *homicidium voluntarium*, e leva em conta essa irregularidade. A *voluntas directa* e a indireta, portanto equiparam-se enquanto à consequência jurídica. Essa teoria do *dolus indirectus* significava considerar queridos, ainda que indiretamente, os resultados decorrentes da conduta, mesmo não constituindo objetivos do agente excluindo-se, no entanto, os resultados imprevisíveis ou causados por mero acidente” (PRADO, 2013, p. 404).

Ainda no medievo, a teoria do *versari in re illicita – versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto* – atribuía de maneira dolosa todas as consequências do fato delituoso, como uma modalidade de responsabilidade objetiva – causação objetiva do resultado, com referências na obra de Bernardus Papiense – *Summa Decretalium* (CEREZO MIR, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, 1998, p. 60).

## **2.3 Idade Moderna e Contemporânea: Escola Clássica, Neoclássica, Teoria Finalista e Funcionalista**

### *2.3.1 Escola Clássica*

Nesse momento do pensamento jurídico penal, pode-se perceber uma forte influência do modelo positivista das ciências naturais, que influenciou toda uma geração de juristas no desenvolvimento do Direito enquanto ciência.

O positivismo tornou-se um movimento com o intuito de abnegar a toda a metafísica consistente do mundo científico e restringi-la ao campo dos fatos e das leis empiricamente considerados. A ciência não era mais encarada como contemplativa ou especulativa,

reduzindo-se à pesquisa das causas eficientes como constantes sucedâneos de causas e efeitos, a partir das quais se exprimem as leis (LARENZ, 1989, p. 36). A ciência, nesse momento, tornou-se um verdadeiro solucionador dos problemas da sociedade e dos indivíduos, de maneira que, através do método científico, era possível conhecer as coisas como elas realmente são, solucionando os problemas da humanidade e satisfazendo suas necessidades intelectivas.

Dessa forma, a valorização exacerbada das ciências exatas iriam absorver paulatinamente todas as questões enfrentadas pelo Homem, relegando à ciência, a tarefa de reorganizar a sociedade com ordem e progresso (PRADO, 2013, p.93).

Nesse contexto, infere-se, como não podia deixar de ser, que a filosofia, a psicologia e a sociologia foram devidamente afastadas do campo do Direito Penal, pois a natureza de seu conhecimento advinha de uma subjetividade rejeitada pelos cientistas, não concebendo o valor como objeto de um discurso científico que pretendesse a verdade. A veneração ao Direito Positivo houve por conceber o comportamento humano de uma maneira demasiadamente formalista, não se conseguindo invalidar uma norma materialmente incompatível com o ordenamento jurídico, quando formalmente edificada.

A doutrina clássica, também conhecida como Escola Causalista, vislumbrava que os fatos, as ações e omissões produzidas pelos indivíduos eram regidos pela leis naturais, podendo ser conhecidos por meio do empirismo e da observância. De uma maneira objetiva e mecanicista, a causa permitiria deduzir o efeito.

O injusto era resultado de uma causação física socialmente danosa deixando para a culpabilidade o entendimento da manifestação psíquica do referido resultado. Nesse diapasão, surge a figura do dolo, entendido na medida em que o indivíduo deseja causar o resultado jurídico, e a culpa, quando proveniente de negligência, imperícia ou imprudência.

Quanto ao nexos de causalidade, percebe-se nessa dinâmica, a existência de 02 (dois) elementos: um físico e outro psíquico. O físico, tem como principal preocupação a relação entre a conduta e o resultado, ou seja, se aquela efetivamente causou o resultado. Já o elemento psíquico, preocupa-se com a relação psicológica entre conduta e resultado, de maneira que o injusto mal diferenciava os conceitos de tipicidade e antijuridicidade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 395).

Esse modelo, que considera o duplo aspecto do nexo de causalidade, conhecido por Lizst-Beling, levando o nome de seus principais expoentes, dispunha a ação como um processo causal e sua composição era basicamente dotada da manifestação da vontade, do resultado e do nexo causal entre eles, atentando-se principalmente pelo aspecto objetivo do resultado externo. Isso se comprova com os dizeres do próprio Von Liszt, que entendia a ação como uma manifestação muscular oriunda de um impulso cerebral, ou seja, um movimento corporal voluntário provocando alterações no mundo exterior comandado pelas leis da natureza.

Nessa concepção, portanto, a ação é a modificação causal perceptível pelos sentidos e produzida por uma manifestação de vontade (ação ou omissão voluntária) (BITENCOURT, 2011, p. 217-218). A omissão, nesse entendimento, ficava excluída.

Para a conceituação de ação, dois eram os principais componentes primários: o elemento objetivo, que representava a modificação causada pelo comportamento no plano terreno; e o subjetivo relativo à *voluntas* humana. Desse modo, fica montado o sistema causa/efeito através do binômio ação/ resultado, cujo conteúdo é pouco relevante, uma vez que tal conteúdo, que compõe a vontade humana, ficava reservado à ceara da culpabilidade (COSTA, 2011).

Verifica-se portanto que, a ação na teoria clássica deveria apenas analisar a voluntariedade do agente, uma vez que a essência da vontade estava na culpabilidade. A voluntariedade, sob esta ótica, denotava apenas a ausência de coação física absoluta, uma vez que a ação detinha natureza eminentemente objetiva e seu ato de vontade, um ato de vontade qualquer.<sup>3</sup>

Com isso, a referida teoria foi alvo de inúmeras críticas no processo de evolução do Direito Penal, pois dela surgia a dificuldade de explicar os crimes omissivos, culposos ou tentados já que a manifestação volitiva do autor, sob esta perspectiva, é indiferente.

Deste modo, a teoria causal-naturalista, ficou marcada pela objetividade, causalidade e pela sua neutralidade. A mesma também foi responsável por contribuir com maior precisão na separação da antijuridicidade e da culpabilidade.

---

<sup>3</sup> “Com base num tal conceito de acção, isento de valor e de propósito, que ao mesmo tempo pode ser entendido como o conceito mais geral do sistema, estava aberto o caminho para a construção de uma teoria do delito em dois estádios, uma teoria dual, objectiva-subjectiva, que arrematava, num só golpe, o ilícito, presente no aspecto objectivado delito - consistindo este na acção, no tipo e na ilicitude - e a culpabilidade, presente no seu aspecto subjectivo e psicologicamente compreendida”. (AMBOS, 2006, p. 371).

Nesse diapasão, identificaram-se os elementos da ação delituosa, enquanto a força física – respectivamente aos: dano material e ação executada – tratava-se da parte objetiva; a força moral – no que tange à culpabilidade e dano moral do crime – referia-se ao substrato volitivo como o conteúdo da vontade que adotou as formas de dolo e culpa. A constatação do fator antijurídico esboçava uma negativa valoração da conduta, pois contrariava a ordem jurídica. Já a tipicidade, ainda de uma maneira pouco elucidativa, apenas esboçavam os fatos descritos na norma, seus aspectos objetivos constantes na lei.

Verifica-se, portanto, que o aspecto subjetivo dentro da Teoria tripartida encontrava-se incluído na culpabilidade, que também apresentava um caráter descritivo e a relação intelectual entre o resultado e o autor. Esta relação tinha o intuito apenas de convalidar uma espécie de vinculação subjetiva entre eles, cujos pressupostos seriam o dolo ou a culpa e a imputabilidade.

Portanto, o dolo perante essa vertente doutrinária é a “representação da importância do ato voluntário como causa (representação de causalidade)”, ou, ainda, “quando o agente o pratica, apesar de prever o resultado” (LIZST, 2006, p.270). Em tais casos, o agente deve desejar o resultado – elemento volitivo – e apresentar o nexo de causalidade consoante a sua ação e o resultado visado – elemento intelectual.

### 2.3.2 A Escola Neoclássica: Neokantismo

A ciência jurídica e penal, com o passar dos anos, foi paulatinamente se distanciando do positivismo estático ao perceber que não era possível a realização de uma análise sistêmica, engendrada por um método indutivo de construção jurídica. Pode-se dizer que a corrente do Neokantismo não chegou a contrapor-se à anterior, mas superou-a na medida em que possibilitou sua abertura axiológica.

O seu supedâneo epistemológico se baseou na Teoria do Conhecimento do Neokantismo, que, futuramente, conheceríamos essa delimitação como o “ser” e o “dever ser”, prestigiando o normativo e a filosofia dos valores.

A ótica da outrora causalidade, nesse momento, demonstrava ser de certa forma obsoleta, uma vez que não integra uma concepção de que o passado determina o futuro, e, portanto, a dinâmica da teleologia começa a ser vislumbrada como ideal e a ciência finalista,

enquanto formadora de uma lógica e um método próprios, ganha espaço. Sua natural substituição da coerência formal do pensamento jurídico ganha, logo, força.

Então, a dita Teoria Neoclássica do Delito se mostra como o resultado de uma nova organização do modelo causal de ação, segundo o *telos* e os valores que exsurtem do Direito Penal.

O crime, diga-se de passagem, continuava com a sua fórmula tripartida e o dolo, também continuava adstrito à culpabilidade, no entanto uma nova formulação se impunha redefinindo os conceitos de ação, de tipo de antijuridicidade e da culpabilidade. Todos eles, agora, dotados de um conteúdo valorativo.

A ação, conceitualmente, continua sendo causal, no entanto não detém aquela roupagem estritamente naturalista, mas também normativa, recebendo uma concepção de comportamento humano voluntário. Há, portanto, uma introdução de conteúdo axiológico em que a conduta passa a ser encarada como atuação da vontade no mundo exterior de maneira a pôr em marcha a causalidade (MASI, 2012).

No tipo, a admissão dos valores também é perceptível, descobrem-se os elementos normativos e reconhece-se o *animus*. Para Stubel, à tipicidade não deveria receber um viés estritamente objetivo, mas com características pessoais do autor que, muitas vezes, também colocam nela suas marcas pessoais (AMBOS, 2006, p. 364).

A antijuridicidade recebe contornos de lesão produzida, e é visto enquanto uma contradição entre a ordem jurídica e a ocorrência do resultado. A ilicitude é vista sob um prisma de dano social e com a nova abertura às concepções de valores e fins, permitiram-se novas formas de justificação *extra legem*.

Já a culpabilidade, adiciona uma nova característica: a reprovabilidade, ou seja, a exigibilidade de conduta diversa. Essa passa a levar em consideração certa característica psicológico-normativa em que há um juízo de reprovação pela conduta antijurídica e típica do autor. Há uma atribuição, portanto, de condutas reprováveis a essa culpabilidade.

Outrossim, como dito, é nela que também continuam inseridos o dolo e a culpa. A concepção de dolo era semelhante, detinha os mesmos elementos, da escola clássica, com o acréscimo do conhecimento da ilicitude do fato, com vestes do denominado *dolus malus* romano. Aquele que cometia o crime teria de dominar o conhecimento dos elementos

objetivos e normativos do tipo penal cujo consequente resultado deveria ser a expressão de seu *animus* em delinquir, não apenas anuindo com o resultado assim como ocorria com a Teoria Clássica (MEZGER, 1955, p.91).

Percebe-se, então, que o neokantismo possibilitou essa abertura da Teoria do Delito aos valores, rompendo com aquele imutável paradigma positivista.

### *2.3.3 A Teoria Finalista*

O contexto de surgimento do finalismo remonta os idos da segunda grande guerra em que se almejava romper com o Direito Penal nazista na busca por princípios e valores que não se curvassem à vontade estatal. Reinava, à época, o positivismo jurídico em um ambiente em que o relativismo dos valores filosóficos e o método subjetivista da escola anterior pediam reformas.

Oriunda da Alemanha, tal teoria nasce com o inesgotável Welzel na década de 1930, sendo posteriormente adotada e desenvolvida por diversos autores, inclusive no Brasil, tomando maiores proporções ao final da 2ª Guerra Mundial com o fito de limitar o poder do Estado Alemão que havia exacerbado todos os limites naquela conjuntura.

O princípio norteador dessa concepção é o do respeito à dignidade humana constituindo substrato essencial e último no Finalismo. Esse conceito finalista de ação visualizava uma necessidade de vincular o direito à capacidade do homem de agir como pessoa livre e responsável, impondo-lhe normas que só poderiam prescrever uma ordem ou proibir uma conduta final. Ao legislador caberia escolher os comportamentos que poderiam ser punidos, mas sempre com a orientação da estrutura finalista e a autodeterminação humana em um sentido.

Essa teoria coloca a ação do homem no epicentro da teoria do crime. Seu método é ontológico, ou seja, as categorias do delito são referidas a conceitos pré-jurídicos, coletadas através de dedução, confiando-se na lógica intrínseca do objeto que se vai regular, ainda que não desconsidere por completo o aspecto valorativo e normativo (GRECO, 2000).

A vontade, nesta teoria, não pode ser separada do conteúdo e de sua finalidade, já que toda ação humana de ser voluntária e toda vontade deve ter um fim. A conduta, portanto, se

apresenta como natureza finalística do homem direcionada a uma determinada finalidade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002).

Para Welzel, a ação do Homem dispõe sempre de um propósito, de que ela não é apenas uma causa objetiva para certo resultado, mas, sim que ela efetivamente determina tal resultado, contendo, dessa forma, um elemento subjetivo que vai produzi-lo.

Com isso, percebe-se que uma das grandes mudanças na estruturação do delito engendrou-se no Finalismo, o responsável por deslocar o dolo e a culpa para o tipo penal, que se convencionou a ser chamado de tipo complexo. A separação entre os aspectos objetivos e subjetivos da ação e do injusto não mais subsiste, na medida em que o injusto naturalístico é, agora, visto como injusto pessoal, este constituído de “desvalor” da ação e do resultado (MASI, 2012).

O fato típico contém a ação humana e esta necessita de conteúdo subjetivo, atinentes, neste caso ao dolo e a culpa. Isso porque, sem eles haveria a possibilidade de aferição de responsabilidade penal objetiva oriunda de uma simples causação de resultado – ação ou omissão ligada pelo nexos causal ao resultado – fazendo-se indispensável o elemento subjetivo para a constituição do tipo e conseqüentemente do ilícito penal.

No que tange o tipo subjetivo, cabe a ressalva de que a culpa não lhe pertence pois configura um elemento normativo do tipo, ou seja, infringe uma norma de cautela. Nos crimes culposos, não existe a separação objetivo/subjetivo do tipo, pois detém uma estrutura complexa que compõe a falta da observação devida de cuidado e também a previsão ou a capacidade de prever-se o resultado – culpa consciente e inconsciente.<sup>4</sup>

A culpa, *stricto sensu* é amplamente conhecida pela imprudência, negligência e imperícia.<sup>5</sup> Nos delitos que acontecem na modalidade culposa, não há atuação da vontade do autor e o resultado se perfaz de uma maneira puramente causal. Dessa forma, não há conduta dirigida a uma finalidade punível, sendo que, tal fim – da pretensão do agente – torna-se irrelevante sob a seara penal, com exceção dos meios escolhidos ou a forma da utilização.

---

<sup>4</sup> A culpa consciente é definida pela realização voluntária do ilícito penal que era previsto pelo agente, mas que não o queria e nem aceitava no seu íntimo que ele ocorresse. Já a culpa inconsciente é a conduta voluntária do agente que realiza o fato ilícito, que, mesmo não querendo ou aceitando sua ocorrência, lhe era previsível.

<sup>5</sup> De uma maneira bem simplificada, podem ser entendidas como: afoiteza para a imprudência; ausência de precaução necessária para a negligência; e a falta de aptidão técnica para o exercício de profissão arte ou ofício para a imperícia.



Essa foi uma crítica dirigida à Teoria Finalista que Welzel tentou responder afirmando que na culpa haveria uma “finalidade potencial”, em que o resultado seria evitável mediante uma ação dirigida a um fim (MASI, 2012).

Quanto à antijuridicidade, a parte central do injusto se transforma na finalidade do delito. A conduta do Homem, enquanto atividade final da ação e não meramente causal, detém uma finalidade que permite ao homem prever, com alguma limitação, as consequências decorrentes do seu agir, já que dotado de um intelecto que permite aferir a causa e o seu respectivo efeito de maneira que possa direcionar suas atitudes na ocorrência de determinada fim.

Essa atividade final possui um foco consciente que desemboca em determinado fim dirigido por um plano previsto pelo agente. Nesse contingente, dispenso de uma função limitadora, uma ação, por não dispor de finalismo, tal como: coação irresistível, um estado de inconsciência ou movimentos reflexos, por exemplo, não serão consideradas como uma conduta do Homem para tal teoria.

Já no atinente a culpabilidade, não mais reside o objeto da reprovação, que se deslocou para o injusto. Restaram nela a consciência potencial da ilicitude (WELZEL, 1997, p. 78), a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e aquela reprovabilidade da ação contrária ao Direito – já que poderia o agente atuar de maneira conforme o ordenamento jurídico. “A culpabilidade é puramente normativa (...) sendo puro juízo de censura” (GOMES, 2001, p. 91). Percebe-se então uma exclusão dos aspectos subjetivos que compunham a culpabilidade.

Na concepção apresentada o dolo é transferido da culpabilidade para a estrutura conceitual da ação típica, representando a consciência e a vontade de realizar o tipo (WELZEL, 1997, p. 77). O dolo perdeu a valoração ou o sentido normativo, restando natural e neutro (WELZEL, 2001, p.117).

Para Welzel, era o “elemento subjetivo de todos os tipos dolosos” (WELZEL, 2001, p.69). Quando tentava entender a dinâmica do crime tentado, percebeu que só poderia atribuir a alguém tal modalidade, se soubesse que era a finalidade delitiva do agente, ou seja, se a conduta fosse proveniente de dolo. Por isso, haveria o autor de agir com dolo na aferição do crime não consumado.

O dolo apresenta um elemento volitivo que significa o querer incondicional (vontade incontestada) e certo (que não deixa dúvidas) de realizar-se o injusto, que deve estar previsto. O

juiz deve encontrar esta certeza se valendo da técnica e não de meras hipóteses ou deduções.

Antes do Finalismo, a explicação do dolo provinha de dois grandes pilares que posteriormente vieram a ser parte de sua constituição, um relativo ao intelecto e outro à vontade, sendo que este relativo ao resultado pretendido e àquele ao destino representado.

A ação final tem sua origem no plano intelectual que vai escolher o fim; a consideração dos efeitos secundários, depois o retrocesso e a exteriorização no mundo terreno através da execução, que deverá escolher de meios idôneos para a consecução e a futura consumação.

O Finalismo também previu o dolo nas 3 (três) modalidades mais conhecidas que são: o dolo direto de 1º grau, o dolo direto de 2º grau e o dolo eventual. Todos eles com maiores descrições no decorrer do trabalho.

Por fim, percebe-se que a Teoria Finalista concretizou-se como a teoria com maior prestígio e aceitação dentro da comunidade jurídica, sendo adotada por grande parte do sistema romano-germânico, conhecido como *civil law*. Isso deveu-se muito ao desiderato de distanciar-se das interferências do Estado e relegar à finalidade da ação humana como principal foco da dogmática.

#### 2.3.4. A Escola Funcionalista

As teorias funcionalistas, também chamadas de teleológicas, tem como principais expoentes memoráveis pensadores do século XX, como Claus Roxin, no seu Funcionalismo Teleológico racional – Dualista - e Günther Jakobs, com o Funcionalismo Sistemico - Monista. Cada um destes doutrinadores se envereda por uma corrente, sendo possível identificar uma forte influência sociológica em suas análises, que objetivam desvendar as minúcias dos complexos sistemas sociais. Além destes, também há na literatura, a teoria da Tipicidade Conglobante de Zaffaroni e a Teoria do Funcionalismo Limitado de Mir Puig que, entretanto, não farão parte de análise deste estudo.

Influenciados por Luhman e Parsons, o Funcionalismo almeja explicar as características da sociedade e como elas se inter-relacionam com as instituições, seus arranjos e funcionamento. Além disso, percebe-se um retorno ao idealismo da escola neoclássica

(ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 403) e uma tentativa de sistematizar o delito a partir de funções determinadas à pena, inclusive permitindo que a dogmática tenha um norte em critérios teleológicos de política criminal. Enfim, busca-se saber a função do Direito Penal.

Diz-se que uma forma de diferenciar a escola antecessora com esta, é que o Finalismo entende a realidade de uma maneira unívoca e o Funcionalismo admite várias formas de conceber essa realidade, mesmo não significando que o problema jurídico possa ser sanado, penas por meio de concepções axiológicas (GRECO, 2000, p.39).

#### *2.3.4.1. O Funcionalismo Dualista*

No funcionalismo dualista, Roxin, o maior expoente da referida teoria, rompe com o finalismo da ação por entender que a ótica ontologista era inadequada às necessidades do Direito Penal e ao caráter normativo dos elementos que compunham o delito. Sua dogmática passa a ser baseada em decisões político-criminais (D'AVILA, 2007).

Nas palavras de Roxin (2002, p.20), resta evidente sua concepção acerca desta política:

(...) fica claro que o caminho correto só pode deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista da proveniência lisztiana. Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que o Estado de Direito e Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõem-se de uma unidade dialética: uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito material, e tampouco pode utilizar-se da denominação Estado Social um Estado planejador e providencialista que não acolha as garantias de liberdade do Estado de Direito.

O autor entende que um sistema criminal voltado para princípios de política criminal, traria maior efetividade no trato com as necessidades sociais se aproximando delas e saindo de seus valores imutáveis e filosóficos. Haveria de haver uma interseção dos valores sociais com o Direito Penal, sendo que aquele serviria de parâmetro para a reestruturação da teoria geral do crime.

Nesta ótica, a política criminal não seria proveniente da extração de elementos pré-jurídicos para a solução questões jurídicas, mas teria a função de organizar a teoria geral sobre fundamentos normativos que visualizassem a finalidade da pena e do sistema penal (GRECO; LEITE, 2011, p.107). Se a teoria do delito fosse construída no sentido de colocar o Direito Penal enquanto forma, por meio da qual os fins da política-criminal se transferem para a vigência jurídica, teleologicamente, Roxin entende que as críticas formuladas contra a dogmática abstrata-conceitual, proveniente de tempos positivistas, não mais persistiriam (ROXIN, 2002, p.82).

Ou seja, é necessário que além do processo intelectualivo de subsunção do fato à norma, verifique-se uma efetiva afronta ou perigo concreto ao bem jurídico tutelado, e que tal conduta se coloque enquanto um risco proibido, isto porque a função do Direito Penal é o de proteção aos bens jurídicos, com a efetiva prevenção de delitos.

Na teoria da imputação objetiva, Hegel é apontado como seu precursor, entretanto, foi Roxin que se preocupou em conceder os contornos e delimitações hoje conhecidas, em uma tentativa de dirimir problemas oriundos da Teoria Causalista e do Finalismo. Como já estudado, enquanto na primeira o dolo e a culpa faziam parte da culpabilidade e no tipo, recaiam apenas os aspectos objetivos, na Teoria final, o dolo fora inserido na tipicidade, fazendo com que a vontade humana visando um fim determinado fosse considerado em detrimento do fenômeno natural da causação.

Tal elucubração pretende aperfeiçoar o tipo objetivo apontando as possibilidades normativas que autorizam imputar o resultado ao autor, pois não só a causalidade material deve compor o tipo, mas a causalidade normativa também. Para que haja a imputação objetiva, é, então, essencial a ocorrência de um risco não permitido e o seu resultado com concretude suficiente de se alcançar um tipo penal. O dolo é então entendido como um conceito normativo em que há uma unificação do fato típico e da ilicitude sob o conceito de injusto (GRECO; LEITE, 2011, p. 101).

Nesta ótica, a culpabilidade se torna limite da pena e limitador da repressão penal. A liberdade de agir ontológica não mais deveria ser o seu conceito, ou seja, o livre arbítrio enquanto capacidade de ser destinatário de normas não é condição suficiente para punir, mas, sim, se percebido com critérios de política criminal, que norteiem a dogmática, por exemplo, estando presentes necessidades de prevenção geral e especial.

Em resumo, com a moderna teoria da imputação objetiva, a tipicidade foi enriquecida com uma exigência na atribuição do fato ao seu agente por meio de dois requisitos: (i) a criação ou incremento de um risco proibido relevante com a existência de um juízo que desaprove a conduta; e (ii) que o resultado seja imputável ao risco criado estando dentro do âmbito de proteção da norma. A tipicidade, então, nos crimes dolosos passou a contar com as dimensões objetiva ou formal, normativa – relativa a imputação objetiva – e subjetiva, mais precisamente no dolo (GOMES, 2006).

Enquanto para Welzel a dimensão subjetiva do era formada por dolo e culpa, para Roxin, apenas o dolo fazia parte. A questão da culpa seria analisada com os critérios de imputação objetiva.

Como se percebe, a Política Criminal é o princípio basilar que passa a definir o substrato do ilícito penal no funcionalismo teleológico racional, com o objetivo de obter-se maior alcance no plano real de integração de direitos fundamentais aos valores constitucionais. Utilizando-se do bem jurídico com determinante para a intervenção punitiva do estado aliados ao critério de domínio do fato na imputação objetiva, ao princípio da Intervenção Mínima no conceito de ação e de culpabilidade como limite da pena, nota-se uma reafirmação do Direito Penal como *ultima ratio* dos controles sociais (MASI, 2012).

Diante do exposto e não à toa, a Roxin é atribuída a criação do princípio da insignificância.

#### 2.3.4.2 O Funcionalismo Monista

Essa teoria, também denominada teoria funcionalista-sistêmica ou radical, entre alguns doutrinadores, diferencia-se da anterior por trazer de volta a culpabilidade para o conceito analítico de crime. Tal retomada do elemento da culpabilidade se verifica em razão da teoria considerar a ação como uma provocação de um resultado evitável, que viola o sistema e frustra a expectativa normativa e, ainda, por agregar no tipo os elementos dolo e culpa.

Sob esta perspectiva, Jakobs, influenciado por Luhmann, entende o Direito Penal como um sistema normativo fechado e autorreferente, semelhante ao conceito de autopoiese daquele, e de que sua finalidade seria o de estabilização social.

O supra mencionado autor, enquanto principal expoente desta vertente, entende que não há possibilidade de construir um ordenamento jurídico sem que se reconheça que o mundo está delimitado pelas relações humanas. Ou seja, Direito Penal e contexto social são referências que não se dissociam, excluindo-se, no entanto considerações pessoais, não normativas que se incluem fora do sistema jurídico-positivo.

No funcionalismo monista, o delito apresenta-se como uma conotação diferente edificada pela Teoria Finalista. Sob esta ótica, ele é entendido como um risco à validade normativa, uma quebra de expectativa com a qual o cidadão deposita no Direito e nas leis. A pena, nesse paradigma, detém o precípua dever de reafirmar o sistema com a violação normativa para trazer estabilidade à mesma. Essa reafirmação visa estabelecer o retorno das expectativas aos destinatários da norma e, por isso, a lei penal desempenharia uma função de incitar o respeito do cidadão ao ordenamento (JAKOBS, 1997, p.156).

Assim, o critério de bem jurídico adotado por Roxin, não encontra o mesmo respaldo em Jakobs, uma vez que este considera que o objeto de tutela do Direito Penal é a própria lei, sendo apenas necessário que se confirme a validade de tal norma violada.

Como o escopo da tese de Jakobs é a manutenção da expectativa da lei perante o sistema, ele adota alguns critérios limitadores que sem a presença não há falar-se em lesividade da norma que são: o princípio da confiança, o risco permitido, a proibição de regresso e a competência da vítima (JAKOBS, 1996, p.103).

Quanto à culpabilidade, Jakobs mostra que se deve trazê-la para dentro do conceito de ação, não se tratando de mero limitador de pena como na Teoria Dualista. Na teoria apresentada, o indivíduo deve constatar que a sua própria conduta transgredir uma norma vigente e que isso faz com que as expectativas sociais se mostrem frustradas com ocorrência do ilícito, caso contrário, a imputação penal restaria afastada.

No que diz respeito aos crimes provenientes tanto de dolo, como de culpa, se colocam como uma violação do autor de um papel que a ele fora atribuído. Ainda persiste aqui a ideia da criação de um risco não permitido como componente do “desvalor” da ação, além de sua finalidade.

Quanto ao dolo, Jakobs sustenta que apenas o elemento intelectual reside no dolo, pretendendo dar total primazia ao conhecimento, em detrimento da vontade, sugerindo que o primeiro necessariamente envolve o segundo. Perante essa perspectiva monista, este dolo

“objetivizado” deixaria de conter qualquer elemento subjetivo intrínseco ao Homem, se tornando uma construção normativa. Haveria dessa forma, apenas imputação objetiva, já que o tipo subjetivo deixa de existir, e a falta de diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente, sendo que o primeiro engloba o segundo (PRADO, 2013, p. 408-409).

Deste modo, o pressuposto da ação, na compreensão do delito, é de que o comportamento do agente tenha a finalidade de violar o ordenamento jurídico vigente. O resultado naturalístico é, aparentemente, irrelevante se o resultado da ação coadunar com a negação da vigência da norma (GRECO, 2000, p.59). Entretanto, para adquirir relevância jurídico penal, o resultado proveniente de uma ação deve partir do princípio que este poderia ter sido evitado. Ou seja, quando o autor ciente de sua conduta e de sua possível consequência, viola o ordenamento, optando agir daquele modo, quando poderia ter agido de outra forma.





## 3

**DOLO: ESPÉCIES, TEORIAS E APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO  
JURÍDICO BRASILEIRO**

O dolo, hoje visto pela doutrina como elemento geral da ação final, compõe a parte subjetiva do tipo. Este é compreendido como a consciência e a vontade de realização dos elementos objetivos do tipo de injusto doloso, a parte objetiva do tipo. Ou seja, conforme preceitua Welzel (2001, P. 95 ) o dolo é “saber e querer a realização do tipo objetivo de um delito”.

Muitas são as classificações atribuídas às espécies de dolo, podendo ser dolo alternativo, de ímpeto, de perigo, de dano, de resultado, genérico, específico etc.<sup>6</sup> No entanto, a doutrina majoritária moderna, nacional e internacional, entende que a natureza do dolo deve ser apenas classificada como direto (mediato ou imediato) e eventual, tendo em vista não haver sustentação científica para classificação diversa (PRADO, 2013, p.412).

Deste modo, a classificação restritiva proposta pela doutrina majoritária entende que o dolo visa à concretização dos elementos contidos no tipo de injusto. As variadas classificações propostas servem apenas de pontos de referência por meio do qual se evidencia o dolo do autor, caindo por terra as outras classificações diferentes (PRADO, 2013, p.412).

Nesse sentido e com bastante exatidão assinala Juarez Tavares (1972, p.108), ao tratar das classificações de dolo:

(...) as classificações anteriores quanto às espécies de dolo devem reduzir-se, simplesmente, a duas categorias: dolo direto e dolo eventual. Não há razão científica para a apreciação da terminologia dolo de ímpeto, dolo alternativo, dolo determinado, dolo indireto, dolo específico ou dolo genérico que podem somente trazer confusão à matéria e que se enquadram entre os elementos subjetivos do tipo ou nas duas espécies mencionadas.

---

<sup>6</sup> Apenas visando uma melhor elucidação, conforme preceitua NORONHA (2004, p. 138-140), podemos citar de maneira breve os seguintes dolos: (i) dolo alternativo, se verifica “quando o agente quer um dos eventos que sua ação pode causar: atirar para matar ou ferir”; (ii) dolo de dano, é aquele no qual a intenção do agente “é um dano, a lesão efetiva a um bem”; (iii) dolo de perigo, difere do dolo de dano na intenção do agente, que é somente um perigo; (iv) dolo genérico, “reside na vontade de realizar o tipo descrito na lei”; e por fim, (v) o dolo específico, que é “considerado como um fim especial e próprio do delito” ou a “volição dirigida a um resultado que se acha fora dos atos externos de execução do delito”.

Portanto, por exemplo, havendo uma composição no tipo ou misto alternativo que se depreenda uma fungibilidade entre as condutas, não significa que se trate de dolo alternativo. A alternância ou variação de conteúdo de comportamentos como parte da estrutura objetiva típica – externa a ação – não induz ao conceito de dolo enquanto elemento subjetivo geral do injusto.

### 3.1 Espécies de dolo

#### 3.1.1 Dolo Direto

Diz-se que há dolo direto quando o agente almeja o resultado como final de sua ação e o vislumbra como unido a esta, ou seja, produz-se como consequência dela – vontade de realização. A vontade se dirige à realização do tipo contido na lei, ao perfazimento de sua parte objetiva (PRADO, 2013, p. 408). Neste sentido, Tavares (1972, p. 110) elucida:

(...) 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. 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 atividade.

Outrossim, o dolo abrange também, em determinadas situações, as decorrências secundárias necessárias relativas à prática da ação, chamado de dolo mediato ou de segundo grau. A vontade reitora, ou finalidade, abarca, além do resultado pretendido como fim principal do autor, outras consequências que se derivam necessárias no momento da execução do fato típico, também chamados de “efeitos colaterais” (BITENCOURT, 2011, p.319).

Deste modo, verifica-se que o objeto do dolo direto é o fim proposto, os meios escolhidos e os efeitos colaterais representados enquanto necessários para a decorrência do fim pretendido. Assim, o dolo direto é composto de três aspectos fundamentais: (i) a representação; (ii) o querer; e, (iii) o anuir. Esta divisão proposta por Bitencourt (2011, p. 319), é descrita da seguinte forma:

(...) a representação do resultado, dos meios necessários e das consequências secundárias; o querer a ação, o resultado, bem como os meios escolhidos para a sua consecução; o anuir na realização das consequências previstas como certas, necessárias ou possíveis, decorrentes do uso dos meios

escolhidos para atingir o fim proposto ou da forma da utilização desses meios.

Como será visto mais adiante, o Brasil adotou em sua redação do Código Penal, tanto o dolo direto, como o eventual, que, hoje, estão assinalados no art.18, I do mesmo diploma legal. No dolo direto, portanto, temos o dolo imediato ou de primeiro grau e o mediato, também conhecido como de segundo grau.

Trata-se de dolo imediato quando se faz menção ao fim proposto ou os meios escolhidos, ou ainda, quando “o agente busca diretamente a realização do tipo legal, a prática do delito; o resultado delitivo era seu fim principal” (PRADO, 2013, p. 409). Ou ainda, como assevera Juarez Cirino dos Santos, “o fim proposto e os meios escolhidos (porque necessários ou adequados à realização da finalidade) são abrangidos, imediatamente, pela vontade consciente do agente: essa imediação os situa como objetos do dolo direto” (SANTOS, 1985, p. 76).

Entretanto, quando a menção se refere aos efeitos colaterais ou às consequências secundárias, a ideia central está contida no dolo de segundo grau. Nesse caso, o agente considera que a produção do resultado está obrigatoriamente adjunta à consecução do fim querido (PRADO, 2013, p. 409). Ou seja, “o efeito intencionalmente perseguido era para o autor (...) ainda mais desejado que se evitar a consequência necessariamente a ele unida, e, por isso, se lhe imputa como almejada a consequência necessária” (MEZGER, 1955, p. 151). O agente, então, entende como necessária e aceita como inexoráveis as consequências que decorrerão da sua conduta, que pressupõe uma ofensa ao bem jurídico.

Nesse sentido, Bitencourt (2011, p.319) afirma que o agente pode até “lamentar, ou deplorar a sua ocorrência, mas, se os representa como efeitos colaterais necessários (e, portanto, como parte inevitável da ação típica), então constituem objeto do dolo direto”.

É possível citar como exemplo, o famoso caso Thomas de 1875. Neste exemplo, o agente transporta uma carga de dinamite a um navio, com o objetivo de explodir, e, com o afundamento da embarcação, receber o valor pago pela seguradora. Não havia ele pretensão de causar a morte de nenhuma pessoa, ainda que soubesse ser impossível tendo em vista a existência de passageiros e tripulantes no navio (MEZGER, 1955, p.153).

Ou ainda, [A] provoca incêndio na casa de [B] com o objetivo de matá-lo e sabendo que ali se encontrava a família deste. O resultado morte de [B] é percebido, assim como de toda a sua família (PRADO, 2011, p.409). Neste caso, com a morte de [B], haverá o dolo de primeiro grau; com relação às demais vítimas, o dolo direto será de segundo grau.

Deste modo, ainda que não haja vontade do agente, há a prevalência do elemento cognitivo. E mesmo que o agente não vise à ocorrência dos já falados efeitos secundários, sua verificação aparece como uma consequência indispensável no seu agir e, por isso, é abrangida pela vontade da realização das condutas estabelecidas no tipo. Ou seja, mesmo não sendo necessário que o agente tenha certeza da ocorrência da produção do resultado, basta que esta vá necessariamente unida à consecução do objetivo (CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español*, 1998, p. 146-47).

Portanto, quando se discute o fim diretamente almejado pelo autor, se faz referência ao dolo direto de primeiro grau, ou imediato. Entretanto, quando o resultado está no desejo da consequência necessária do meio escolhido ou da natureza da finalidade proposta, denota-se o dolo direto de segundo grau, ou mediato, ou ainda, de consequências necessárias. À medida que se aprofunda na intensidade consciente da representação do autor, é possível verificar alguns pontos de interseção entre o dolo direto e o dolo eventual.

### 3.1.2 Dolo Eventual

Em contraposição ao dolo direto, o dolo eventual significa que o agente considera seriamente a possibilidade da realização do tipo legal e se conforma com ela (JUSHECK, 1981, p. 404). Aqui, o agente não deseja diretamente que os elementos descritos no tipo se realizem, mas aceita como possível ou como provável. No ordenamento brasileiro, esta espécie de dolo é tida como aquela que “assume o *risco da produção do resultado*” – artigo 18 do Código Penal. Neste diapasão Hungria afirma que “assumir o risco” é mais do que apenas ter consciência de correr o risco, mas é consentir antevendo o resultado, caso este efetivamente ocorra (HUNGRIA, 1958, p.122).

Assim, constata-se que, age com dolo eventual aquele que atua, conhece a probabilidade da realização do tipo e, ainda assim, age. Ou seja, o autor consente, se conforma, se resigna, ou assume efetivamente a ocorrência daquilo que está prescrito no tipo penal. Em dissonância com o dolo direto, no dolo eventual não há a certeza de que o tipo vai

realizar-se, nem significa que este seja o fim perseguido pelo autor, no entanto, existe a vontade, ainda que de maneira mais atenuada (PRADO, 2011, p. 410).

Welzel em sua explanação mostra que uma ação só pode ser dolosa ou não dolosa, e o dolo eventual pressupõe que haja os mesmos dois requisitos já mencionados: o intelectual e a vontade. São esses fatores os responsáveis por diferenciar o dolo direto (mediato e imediato), o dolo eventual, a culpa consciente e a culpa inconsciente, que não serão objeto de estudo neste trabalho, pois havendo dolo, não subsistirá a culpa.<sup>7</sup>

Então, verifica-se como indispensável que haja essa relação de vontade ente o agente e o resultado, pois nela será embasada a distinção entre o dolo e a culpa. Neste sentido Franco (1997, p. 284), elucida que: “Tolerar o resultado, consentir em sua provocação, estar a ele conforme, assumir o risco de produzi-lo não passam de formas diversas de expressar um único momento, o de aprovar o resultado alcançado, enfim o de querê-lo”.

Para Bitencourt (2011, p. 321), o dolo eventual pode tanto dirigir-se a um fim penalmente típico, quanto a um resultado não tipificado, não bastando a mera ciência da probabilidade do resultado ou a atuação consciente da possibilidade concreta da produção desse resultado, não aceitando a teoria da probabilidade.

Para Juarez Tavares (1971, p. 113), quando o agente se depara com a possibilidade de realizar os elementos descritos no tipo penal, constata-se duas situações distintas: (i) contar ou conformar-se com o acontecimento; ou (ii) acreditar na sua não verificação. Quando se verifica a primeira hipótese, trata-se de dolo eventual; já na segunda, apenas seria possível admitir a ocorrência de culpa consciente. Aludindo a Welzel, o autor afirma que deve haver uma diferenciação nas situações referidas alhures em dois grupos de casos, consoante o agente verifique as consequências em dependência da sua atividade ou independentemente desta.

No primeiro grupo de casos, o agente pode não atribuir a si mesmo qualquer possibilidade de contribuir com o resultado, cuja verificação deixa ao acaso. Como a dependência futura, neste caso, é menosprezada conscientemente pelo autor – demonstrando indiretamente um conformar-se com o resultado ou uma vontade de realização – haverá o

---

<sup>7</sup> Existe um entendimento divergente na doutrina que considera o dolo eventual uma espécie de culpa. Um exemplo disso pode ser encontrado na explanação de Busto Ramirez e Hormazábal Malarée que afirmam: “o dolo eventual não passa de uma espécie de culpa com representação, punida mais severamente”. (GRECO, Rogério, 2008, p. 190-191).

dolo eventual. Entretanto, se o agente confia sinceramente que pode evitar o resultado, por meio da condução de sua atividade, seja por ser hábil, pela sua presença de espírito, temperança ou cuidado, haverá culpa consciente, já que não detém vontade para a realização.

Para exemplificar essa situação, podemos citar o famoso caso proposto por Lacmann (MEZGER, 1955, p. 164), que descreve a seguinte situação: após a realização de uma aposta, [A] receberia certa quantia em dinheiro se conseguisse, com um tiro de fuzil, quebrar uma bola de vidro segurado por uma feirante [B] sem feri-la. No entanto, [A] aceita o desafio e causa ferimento na mão de [B].

Nesse contexto, se [A] tem habilidade e está seguro de si que vai evitar o resultado trágico, haverá apenas culpa consciente. Mas, se, sabendo ser mau atirador, conta com a possibilidade de verificação das lesões, ou conforma-se com a ocorrência, aí há de se falar em dolo eventual.

Já no segundo grupo de casos proposto por Tavares (1972, p. 113-114), ainda se referindo a Welzel, o agente tem a verificação das consequências independentemente de sua atividade. Neste caso, o agente pode não estar seguro acerca da constituição do objeto do fato, como também pode estar ciente de que não conseguirá evitar as consequências futuras, mediante a condução adequada da atividade. Se contar com a verificação das consequências, haverá dolo eventual; se for apenas uma dúvida remota, haverá culpa consciente.

Por exemplo, um rico fazendeiro, dispondo de armas, efetua um disparo para além dos limites de sua propriedade situada a ermo. Com esse tiro acaba por dizimar três micos leões dourados que andavam enfileirados. Se o aristocrata contava com a possibilidade de isso acontecer quando realizou o disparo, haverá dolo eventual; se havia apenas uma dúvida remota, será culpa consciente.<sup>8</sup>

Tentando esclarecer melhor a diferença ou os limites entre a “dúvida remota” ou “contar com as consequências”, Mezger (1955, p. 163)<sup>9</sup>, com base na probabilidade do acontecimento, afere que o autor pensa ou toma como possível, haverá dúvida remota, e, por consequência, culpa consciente, mas se toma como provável e conta com o resultado, haverá o dolo eventual.

---

<sup>8</sup> Exemplo criado por nós, baseado em um famoso caso encontrado em MEZGER (1955, p. 163-165).

<sup>9</sup> Bitencourt rechaça esse critério adotado pela teoria da probabilidade como dito anteriormente.

## 3.2 Teorias do Dolo

Existem diversas teorias que tentam explicar o dolo e suas espécies, algumas vezes, até com a missão dificultosa de mostrar as linhas fronteiriças entre o dolo eventual e a culpa consciente. Como possível de averiguar-se até agora, são essas questões tormentosas, pois mexem diretamente com a vontade e com a previsão do ser humano. Questões tais que dificultam os intérpretes na análise e no enquadro de condutas, já que nem sempre é possível ter acesso ao íntimo intelectual das pessoas. Para melhor entendimento, começo a expor as principais teorias encontradas nas doutrinas pátrias e internacionais.

### 3.2.1 Teoria da vontade

A teoria da vontade é apontada como clássica na doutrina penal, recebendo maiores exposições desde o referido período. Por exemplo, Carrara (1971, p. 73) , como o grande bastião dessa teoria, expunha que o dolo “consiste na intenção mais ou menos perfeita de praticar um ato que se conhece contrário à lei”.

A essência do dolo deve estar na vontade, não de infringir a lei, mas de realizar a ação e obter o resultado, não significando que não possa existir a representação (consciência) do fato, que é necessária, mas sobreleva a importância da vontade em atingir um determinado resultado (BITENCOURT, 2011, p. 315).

Para Bitencourt (2011, p. 315), inclusive, tamanha é a relação entre a vontade e a consciência, que ele as qualifica imputando-as uma espécie de simbiose, afirmando que entre elas reside uma relação de “irmãs siamesas”. E continua, asseverando que previsão sem vontade não dever-se-ia ter relevância ao Direito Penal, em contra partida, a vontade sem a previsão não é possível uma vez que seria “vazia de conteúdo”.

Se o dolo eventual fosse aferido com base nessa teoria – e no decorrer do trabalho verifica-se que o Brasil adotou esta apenas para o dolo direto - não poderíamos dizer que o autor, ao assumir o risco na produção de um resultado representado como possível, quis o resultado, pois “assumir” equivale a “consentir”, que significa “querer” (BITENCOURT, 2011, p. 316).

Em suma, sob a perspectiva da teoria da vontade, o dolo é a “vontade dirigida ao resultado (o autor detém consciência do fato, mas, sobretudo, vontade de causá-lo)” (PRADO, 2013, p. 410).

### *3.2.2 Teoria da representação ou teoria da possibilidade*

Inicialmente, os maiores expoentes dessa teoria foram Von Lizst e Frank, ambos elucidavam que deveria haver uma previsão do resultado como certo ou provável. Entretanto, tal teoria acabou se tornando obsoleta, sendo rejeitada inclusive pelos seus principais defensores. Estes reconheceram que apenas a representação do resultado não seria suficiente para exaurir a noção de dolo, havendo a necessidade de uma maior relação psíquica ou intelectual entre o agente e o resultado, que se consubstancia, de certo, na vontade (BITENCOURT, 2011, p. 316).

Quando o assunto se transfere ao dolo eventual, principalmente no que concerne a sua definição, Lizst e Frank, acabam por aderir à teoria da vontade, ao perceberem a insuficiência teórica desta simples representação do resultado, exigindo, portanto, o consentimento do agente (HUNGRIA, 1978, p. 115). E como fora esboçado anteriormente, “consentir” também pode ser entendido como uma forma de “querer”.

Apenas retomando o que já foi preceituado, a simples representação da probabilidade de ofensa a um bem jurídico não pode significar ou ser suficiente para inferir que o agente tenha assumido o risco da produção de determinado evento. Essa insuficiência se verifica, pois, mesmo havendo probabilidade de seu acontecimento, o autor pode confiar na sua sorte ou habilidade, acreditando sinceramente que não ocorrerá o resultado. Dessa forma, haveria a caracterização da culpa consciente.

Em suma, nesta teoria, o dolo é a “previsão do resultado como certo, provável ou possível (representação subjetiva)” (PRADO, 2013, p.411).



### 3.2.3 Teoria do consentimento, da assunção ou da aprovação

Tanto a Teoria da Vontade, quanto a Teoria da Representação, na visão de Bitencourt, foram consideravelmente atenuadas, chegando-se à conclusão de que dolo é, ao mesmo tempo, as duas coisas: representação e vontade (BITENCOURT, 2011, p. 316).

Nesta teoria do consentimento, o dolo além de ser a vontade, que embora não se dirija diretamente à consequência prevista como provável ou possível, “consente” no seu acontecimento, ou ainda, assume o risco de produzir o resultado – teoria adotada pelo Código Penal brasileiro na definição de dolo eventual. A representação, então, se mostra como necessária, mas não como suficiente na aferição do dolo, e, consentir no resultado, novamente, se mostra como uma forma de querer o seu acontecimento (BITENCOURT, 2011, p. 316).

O dolo “exige que o agente consinta em causar o resultado, além de o considerar como possível”. Para realizar a aplicação de tal teoria, Frank<sup>10</sup> criou fórmulas: “seja assim ou de outro modo, ocorra este ou outro resultado, em todo caso eu atuo” (PRADO, 2013, p. 411).

### 3.2.4 Teoria da probabilidade ou da cognição

Nesta teoria, o autor deve entender “o fato como provável e não somente como possível” com a decorrente lesão do bem jurídico. Como dito anteriormente, se o agente considerava o resultado provável, arcaria com dolo eventual, se apenas remotamente possível, com culpa consciente (TAVARES, 1972, p.114).

O problema dessa teoria é que ela valora o elemento intelectual do dolo, ignorando o elemento volitivo, ou a vontade do agente, e como especificado alhures, o próprio dolo eventual não se pode furtar de dispor deste último elemento.

---

<sup>10</sup> Alguns autores dividem essa teoria em Teoria Hipotética do Consentimento e Teoria Positiva do Consentimento baseada nas fórmulas de Frank. Na primeira, pouco utilizada, a existência do dolo eventual se dá em relação a um resultado representado como possível, mas, além disso, essa “previsão de tal resultado como certo não houvesse se contraposto ao autor como um contra-motivo decisivo. Na segunda, o dolo eventual acontece com a possibilidade de previsão e assumindo o risco da produção através da fórmula: “seja assim ou de outra forma, suceda isto ou aquilo, em qualquer forma, atuo”. (TAVARES, 1972, p.115)

Além disso, é bastante questionável o fato de supor que o resultado seja sempre um prognóstico apenas intelectual de probabilidade. Não podemos supor, por exemplo, que muitas pessoas fazem vários juízos reflexivos de probabilidade (ROXIN, 1997, p. 434).

Há também contra essa teoria, essa questão de haver maior ou menor probabilidade na realização do fato típico não conduz há nenhuma linha fronteira que discrimine com eloquência o dolo eventual e a culpa consciente (JESHECK, 1981, p. 325).

### *3.2.5 Teoria da evitabilidade*

Essa teoria é tida como fundada de maneira embrionária por Wezel, que escreveu: “la consideración de los efectos concomitantes puede inducir al autor (...) a dirigir la acción de modo de evitarlos” (WELZEL, 1997, p. 41).

Se o autor, mesmo que de modo falho, orienta seus esforços para a não ocorrência do fato típico, à sua ação se tipificará como culposa e não dolosa, pois o elemento da vontade não se mostrou adequadamente configurado.

Pra essa teoria, haverá dolo eventual quando a vontade do agente não estiver “orientada no sentido de evitar o resultado” (PRADO, 2013, p. 411).

### *3.2.6 Teoria do risco*

É muito comum nas discussões hodiernas a questão do risco em todas as suas formas. Tal teoria, às vezes, é colocada como uma variação da teoria da possibilidade e define o dolo pelo conhecimento da conduta tipificada, excluindo-se do objeto do dolo o resultado típico. A explicação para isso é no sentido de que a ação de conhecer não pode objetivar situações ainda inexistentes no momento em que se dá a ação (ROXIN, 1997, p. 439).

Quanto às críticas, de novo a questão da ausência da vontade que acaba por tornar as atitudes das pessoas mecânicas e artificiais. Além do quê, não será factível um dolo que não tem conhecimento das circunstâncias de fato nem do resultado típico que essa teoria relega como um simples prognóstico.

Em suma, nesta teoria, a existência do dolo depende do conhecimento pelo agente do risco indevido (tipificado) na realização de um comportamento ilícito. Ou ainda, tendo que ter valorado completamente o risco ligado à ação (PRADO, 2013, p. 411).

### *3.2.7 Teoria do perigo a descoberto*

Essa é uma teoria arquitetada por Hezberg e também pode ser interpretada, assim como a anterior, como uma variante da teoria da probabilidade já que não conta com o elemento vontade na apreciação do dolo.

Tal teoria direciona à natureza do perigo para distinguir o dolo eventual da culpa consciente, para tanto, é necessário saber o significado de perigo a descoberto.

Hezberg expõe que descoberto um perigo ocorre quando, durante ou depois da ação do sujeito, intervém a sorte ou a causalidade para que o tipo não se realize. Um perigo coberto, em contra partida, é quando o próprio sujeito imprudente, o próprio sujeito colocado em perigo ou um terceiro podem possivelmente evitar a produção do resultado prestando atenção (ROXIN, 1997, p.443).

Por exemplo, um instrutor de passeio permite que o seu grupo de estudantes nade em um rio perigoso por conter fortes correntezas e a presença de jacarés. Entretanto, para adentrar no Rio, obrigatoriamente, lê-se uma placa que descreve esses perigos das águas e dos animais silvestres. Caso haja morte de algum estudante, não caberá imputação do professor ao tipo objetivo, visto que com a leitura da placa o aluno tinha condições de optar por não correr o risco. Entretanto, se uma pessoa pratica roleta russa com a outra, pode-se assegurar que esse risco extremo provém de um “perigo não coberto ou assegurado” pela legislação, portanto, o agente incorre em dolo eventual pela criação do alto risco.

### *3.2.8 Teoria da indiferença*

Esta teoria estabelece a diferença entre dolo eventual e culpa consciente “por meio da disposição de ânimo ou da atitude subjetiva do agente ante a representação do resultado” (PRADO, 2013, p. 411). Ela se fundamenta com a indiferença acerca da ocorrência do resultado, ou ainda, da indiferença do autor perante o bem jurídico e sua possível lesão.

Para Roxin, haverá dolo eventual, nesta teoria, quando o agente entende por possível ou recebe com indiferença as possíveis consequências acessórias negativas e não quando as considera indesejáveis e nutre esperança de que elas não aconteçam (ROXIN, 1997, p. 432).

Roxin continua afirmando que se o autor se mostrar indiferente com os resultados, a ele caberão fortes indícios que estaria agindo com dolo. Entretanto, não aceita que a recíproca seja verdadeira, ou seja, que a falta de indiferença, exclua sempre o dolo (ROXIN, 1997, p. 432).

Para Luzón Peña, o sentimento de indiferença ou de que o sujeito não se importa com a produção do resultado pode ser de fato uma indicação de sua aceitação, mas nada além disso. Como um único critério é inadmissível, pois tal sentimento não pode substituir uma decisão da vontade, que é o que conta: Por um lado, o sentimento de indiferença não é incompatível com a culpa, por exemplo: Imprudente, em que o sujeito confia em não produzir o fato; e por outro lado, pode haver dolo, ou dolo eventual, em que o sujeito não indiferente, mas sensível, preocupado com a produção do tipo (LUZÓN PEÑA, 2001).

### *3.2.9 Teorias mistas*

Essas teorias, como o próprio nome sugere, faz um combinado das outras teorias mencionadas anteriormente. Elas buscam descrever o dolo eventual através de uma junção de vários princípios, também já explanados, pelos quais existiria dolo quando o agente julga possível e aprova a realização do tipo; considera-o provável; ou, afronta-lhe com indiferença. Mas, não havendo dolo quando não deseja a transgressão do bem jurídico mesmo que o considere possível (ROXIN, 1997, p. 439).

Para Roxin, essa mistura de teorias pode ser positiva, pois no caso concreto elas podem conduzir à resposta mais acertada por parte do intérprete. Muitas vezes, orienta o professor, alguns indícios não representam o dolo propriamente dito, sendo necessário valorar corretamente o seu alcance, através de um princípio norteador que conduzirá para a melhor apreciação do dolo ou dolo eventual, analisando se houve efetiva lesão de bem jurídico (ROXIN, 1997, p. 439).

### 3.3 Interpretação atual do conceito de dolo no ordenamento jurídico brasileiro

Tanto o dolo direto, quanto o dolo eventual estão disciplinados no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código Penal. Mais especificamente, os dois institutos são tratados, conjuntamente, na Parte Geral do referido diploma, no mesmo artigo e inciso, qual seja o art. 18, I, que assim o definem: “Diz-se o crime: doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Ao dolo direto cabe o que está disposto na primeira parte da redação, que diz “o agente quis o resultado” e ao dolo eventual, na segunda parte, afirmando que ele “assumiu o risco de produzi-lo” (o resultado). Como se percebe, tal distinção é doutrinária e não se conferiu o legislador à necessidade de fazê-la expressamente na feitura da lei.

Com isso, pode-se dizer que o Código Penal Brasileiro adotou a teoria da vontade para o dolo direto e a teoria do consentimento para o dolo eventual (PRADO, 2013, p. 411). Como explicitado no item 3.2.1, se o agente quer o resultado, age visando esse fim, ele atua conforme o dolo é esboçado pela Teoria da Vontade. Já quando o mesmo assume o risco de produzir o resultado, anui ou consente, (visto em 3.2.3) atua como preceitua a Teoria do Consentimento, e, no Brasil, age com dolo eventual. No entanto, a teoria da vontade também abrangeu em seu conteúdo a representação, para assim, conferir ao dolo o elemento cognoscitivo. Afinal, a “previsão sem vontade é algo completamente inexpressivo, indiferente ao Direito Penal, e a vontade se representação, isto é, sem previsão, é absolutamente impossível” (BITENCORT, 2011, p. 317-18).

Na maior parte da doutrina nacional que verse sobre a atual Parte Geral do Código Penal, será possível verificar que a posição do dolo, no âmbito da teoria tripartida<sup>11</sup> – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade<sup>12</sup> – se insere na tipicidade, mais precisamente,

<sup>11</sup> Isso porque, já foi dominante entre os penalistas brasileiros considerar o crime como uma estrutura bipartida. Para este grupo, a culpabilidade seria apenas um pressuposto da pena e um critério para dosar a aplicação desta, não parte intrínseca ao crime.

<sup>12</sup> Apesar de eu adotar durante o trabalho esta teoria preconizada por Wezel, por entender a mais correta, existem posicionamentos bastante diversos acerca dos componentes do crime: O 1º entendimento é de que o crime é fato típico e antijurídico, em que a culpabilidade é mero pressuposto de aplicação da pena, a chamada Teoria Bipartida do Delito, cujos adeptos são: Damásio E. de Jesus, Julio F. Mirabete, Rene Ariel Dotti, Celso Delmanto, Flavio Augusto Monteiro de Barros, dentre outros; o 2º entendimento é de que o crime é fato típico, antijurídico, culpável e punível. A chamada Teoria Quadripartida do delito, tendo como seguidores Hassemmer, Munõs Conde na Espanha, Giorgio Marinucci, Emilio Dolcini, Battaglini na Itália e Basileu Garcia no Brasil; o 3º entendimento é de que o crime é fato típico e culpável, em que a antijuridicidade está inserida no fato típico, cujo adepto é Miguel Reale Jr. ao adotar a Teoria dos Elementos Negativos do Tipo; o 4º entendimento é de que o crime é fato típico, antijurídico e punível, em que a culpabilidade é mero pressuposto de aplicação da pena, a chamada Teoria Constitucionalista do Delito de Luiz Flávio Gomes e o 5º entendimento é de que o crime é fato típico, antijurídico e culpável. A Teoria Tripartida do Delito a qual pode ser analisada sob duas óticas: a) a ótica

como elemento subjetivo geral da ação típica<sup>13</sup>. Dessa forma, o dolo se faz presente tanto nos delitos tentado, como consumados, não se exigindo a consciência da ilicitude. Esta relegada à culpabilidade.<sup>14</sup>

O dolo, como exposto no Capítulo 2, sofreu grandes mudanças na sua compreensão e na sua posição dentro da teoria geral do crime. Depois de anos de desenvolvimento dos estudos penais, chegou-se a conclusão de que o dolo, muito influenciado pela escola finalista detém dois pilares basilares: a consciência e a vontade na realização dos elementos objetivos do tipo. Ou seja, “compõe-se de um momento *intelectual* (conhecimento do que se quer) e de um momento *volitivo* (decisão no sentido de sua realização). Esses elementos ou fatores que configuram a ação típica formam o *dolo*”.

Apesar de existirem posicionamentos diversos,<sup>15</sup> a maior parte da doutrina afirma que a reforma da Parte Geral acontecida em 1984 – e que, inclusive é o diploma normativo atual – considerou aqueles dois elementos como essenciais ao dolo. Aliás, a Parte Geral alterada pela Lei 7.209/84 revogou a Teoria Causalista da Ação do Código Penal de 1940 e adotou a Teoria Finalista da Ação de Welzel. Dessa forma, o dolo era antes visto no Brasil como elemento constitutivo da culpabilidade e não como parte integrante da tipicidade. Com a mudança, o dolo passou a ser entendido como elemento probatório essencial para que a ilicitude fosse caracterizada já na primeira oportunidade da ação penal, no oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, já que este detém a incumbência do *onus probandi* (MAIA NETO, 2012). Isso porque, a ausência de dolo implica em fato atípico, nos casos em que não há a excepcionalidade de se aceitar o crime na modalidade culposa.

Logo após a reforma, por mais que houvesse crítica ante a “assunção do resultado pelo agente” incorrer em dolo, visto que haveria subjetividade e superficialidade no dispositivo e que o crime culposo também assume um risco produzido por imprudência, negligência ou

---

da Teoria Causalista ou Clássica (Nélson Hungria, Magalhães Noronha, dentre outros); b) ou sob a ótica da Teoria Finalista de Hans Welzel (Francisco Assis Toledo, Heleno Fragoso, Juarez Tavares, Cezar Roberto Bittencourt, Guilherme de Souza Nucci, Eugênio Raúl Zaffaroni, José Enrique Pierangeli, Luis Régis Prado, Rogério Greco, dentre outros). (NUCCI, 2010, p. 167-168).

<sup>13</sup> Existe também os chamados elementos subjetivos do injusto (subjetivo especial do tipo), que são os outros requisitos de caráter subjetivo, que não o dolo, que o tipo exige para a ocorrência do crime.

<sup>14</sup> Já nas escolas clássicas, o dolo, ou *dolus malus*, portava em si a consciência do significado ilícito do fato.

<sup>15</sup> Jakobs e Luís Greco, por exemplo, sustentam que o dolo é composto apenas pelo elemento intelectual. “*psicologicamente*, dolo é conhecimento, e não conhecimento e vontade. Se todo dolo é conhecimento, e a vontade não tem relevância alguma, não há mais qualquer razão para diferenciar dolo direto (em suas duas formas, de primeiro ou de segundo grau) e dolo eventual. Há apenas uma forma de dolo (...). Dolo é conhecimento de que a ocorrência do resultado é algo provável” (GRECO, L. 2009)

imperícia, apesar de não querer o resultado e que isso poderia gerar confusão na diferenciação entre o dolo eventual e a culpa consciente, essa problemática foi paulatinamente sendo resolvida até ser sedimentada pela doutrina e jurisprudência.

O dolo abrange a “representação total do fato, tal como se apresenta na parte objetiva do tipo” (MAURACH, 1962, p. 311) tendo que, cujo conhecimento compreende a realização dos elementos descritivos e normativos, do nexos de causalidade, da ação e omissão, da danosidade ao bem jurídico, dos elementos de autoria e participação, dos elementos objetivos das circunstâncias agravantes e atenuantes que supõem uma maior ou menor gravidade do injusto e dos elementos acidentais. Ou seja, o dolo contém o fim visado, os meios empregados e as consequências secundárias vinculadas no que se refere à relação entre meio e fim e a vontade de realizar o tipo objetivo pressupõe a possibilidade de fazer ingerência no curso causal (PRADO, 2013, p. 406).

O dolo também tem de ser atual, havendo simultaneidade com a realização das condutas previstas no tipo penal não necessitando que um conhecimento preciso ou específico dos termos jurídicos, basta ter uma compreensão razoável, segundo conhecimento normal de uma pessoa comum. Por exemplo, uma pessoa não necessita de saber o conceito jurídico-penal exato de funcionário público para incorrer em crime praticado contra um. Basta ter consciência de que a vítima exerça função pública para ser constatado o crime (PRADO, 2013, p. 406).

Outra questão pertinente são os conceitos de vontade, que difere de voluntariedade; e finalidade que também não equivale ao dolo.

Para Welzel, a voluntariedade significa que “um movimento corporal e suas consequências podem ser conduzidos a algum ato voluntário, sendo indiferente a quais consequências queria produzir o autor”. Isso significa que a voluntariedade é apenas uma manifestação do corpo dando efetividade a um procedimento de natureza causal. Já a vontade, diz respeito a um comportamento humano e se relaciona a um anseio resultado de uma finalidade que é “essencial a referência a determinadas consequências desejadas, sem ela resta apenas a voluntariedade, que é incapaz de caracterizar uma ação de um conteúdo determinado” (WELZEL, 2009, p. 33).

Já o conceito de finalidade é mais geral e fundamental e designa uma ação de ser um acontecimento dirigido. Enquanto o dolo é um conceito jurídico, que direciona a ação - e

sendo parte dela - na realização do tipo, a “finalidade” é pré-jurídico (WELZEL, 2009, p. 33).  
Aí, portanto, “todo dolo de tipo é uma vontade finalista da ação, mas nem toda finalidade é um dolo de tipo” (WELZEL, 2009, p. 24).

Portanto, Maurach destaca que a vontade pressupõe o conhecimento em um momento prévio e afirma um certo predomínio do elemento intelectual (MAURACH, 1962, p. 311) e, além disso, a vontade tem essa função de “direcionamento da conduta no sentido da realização dos elementos que compõem o tipo objetivo do delito” (PRADO, 2013, p. 408).

Também é digno de lembrança que o dolo está intimamente ligado ao erro de tipo por ser elemento substancial da tipicidade. O erro de tipo denota um vício da parte cognitiva do dolo quanto aos elementos objetivos contidos no tipo e pode ocorrer “sob as formas de falsa representação ou de ausência de representação das circunstâncias de fato do tipo objetivo” e isso se justifica tendo em vista que o dolo deva se conhecimento atual (SANTOS, 2005, p. 82). Como para haver dolo, há de haver a representação para que haja consonância com o tipo, essa menção é válida e subsistindo o erro de tipo, o fato é atípico e, portanto, não há crime.

Por fim, na reforma ocorrida em 1984 da parte geral, optou-se por excluir as expressões que se referiam à intensidade do dolo ou ao grau de culpa trocando-as pelo termo culpabilidade para o momento de aplicação da pena. A exposição de motivos<sup>16</sup> da reforma aludiu ao fato de que a censura, ou a reprovabilidade do fato é que deveriam sofrer de gradação, incidindo na quantidade de pena.

No entanto, pelo fato de haver a exclusão da “intensidade do dolo” que residia no Código Penal de 1940 e pelo tratamento da técnica legislativa dispensado aos dolo direto e eventual, que os colocou no mesmo artigo e inciso, alguns doutrinadores chegaram a erroneamente manifestar que as penas distribuídas a título de dolo – qualquer que fosse ele – deveriam ser equivalentes.

---

<sup>16</sup> “Preferiu o Projeto a expressão ‘culpabilidade’ em lugar de ‘intensidade do dolo ou grau de culpa’, visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena. Fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminoso, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes. A finalidade da individualização está esclarecida na parte final do preceito: importa em optar, dentre as penas cominadas, pela que for aplicável, com a respectiva quantidade, à vista de sua necessidade e eficácia para “reprovação e prevenção do crime”. (BRASIL. *Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Novo Código Penal (Lei n. 7.209/1984)*, 2010).



Porém, tal visão não considera a gradação ontológica volitiva, que diminui a cada degrau que percorre, tendo início na vontade do dolo direto imediato, passando pelo dolo direto mediato até alcançar o dolo eventual. Este com menor incidência de vontade do agente, visto que apenas assumiu a produção de um resultado. Mesmo que o “saber”, ou a parte cognitiva, ou a capacidade de previsão sejam semelhantes, o mesmo não se pode falar da quantidade de vontade.

Não se pode olvidar que um ato que dispõe de vontade em sua intensidade máxima, premeditada, tenha o mesmo tratamento em questão de pena quanto um “consentimento” ou “anuência”, visto que aquela é mais reprovável que estes, que são uma forma atenuada de “querer”. Então, não procede dizer que tanto dolo quanto dolo eventual têm tratamento equiparado, pelo ordenamento brasileiro, visto que deve a “distinção ser operada na fase de aplicação da pena” (PRADO, 2013, p. 411).



## 4

**O DOLO EVENTUAL NO PLS 236/12****4.1 Discussões preliminares do Anteprojeto**

A conjuntura política e social hodierna requeria a participação dos parlamentares na reformulação das leis penais de seu tempo. Seja porque o atual código data da década de 1940 – apesar da reforma da parte geral ser de 1984 – seja pela existência de diversas leis esparsas, ou ainda por motivos diversos <sup>17</sup> que promoveram esse ímpeto de formular um novo código.

Dentre as inúmeras modificações propostas no âmbito da parte especial, podemos citar algumas, que em momento próximo, de certo, gerará embates acalorados no Congresso Nacional que são: a descriminalização das drogas para uso pessoal, a ampliação das hipóteses de aborto legal, a responsabilidade penal da pessoa jurídica e de seus sócios, a barganha, o “bullying” e o “stalking”. <sup>18</sup>

Entende-se que a criação de alguns tipos penais era imperiosa e que acabou se mostrando positiva como: a separação entre a conduta do estupro e do cometimento de outras formas menos graves de atentado sexual, <sup>19</sup> ou ainda, a prática da ortotanásia. No entanto, o que nos interessa para esse trabalho serão as alterações que ocorrem na parte geral do Código, principalmente no que tange às modificações sofridas pelo dolo eventual.

Se é verdade que algumas mudanças na parte especial vieram, de fato, acrescentar na devida e justa aplicação da lei penal pelos operadores do Direito, o mesmo não pode ser dito pela nova redação da parte geral disposta na confecção atual do anteprojeto. Pelo menos, é o que defende grande parte dos penalistas brasileiros.

“Rabisco invencionista e desvinculado da discussão científica contemporânea” (LEITE, 2013), “falta de conhecimento técnico no uso dos termos técnicos jurídicos” (REALE JR., 2012) e “Direito Penal exotérico” (REALE JR., 2013, informação verbal) foram

---

<sup>17</sup> O histórico do anteprojeto aponta diversos motivos como a atualização do Código, a sistematização em acordo com a nossa atual Constituição Federal, a releitura baseada na jurisprudência atual e etc. (BRASIL. SENADO FEDERAL, *Anteprojeto da Comissão Especial de Juristas*).

<sup>18</sup> Ver quadro comparativo entre o PLS 236/12 e o atual Código Penal (BRASIL. SENADO FEDERAL. *Quadro Comparativo*).

<sup>19</sup> A criação do tipo “molestamento sexual” tentou atenuar o que no atual código entende-se por “estupro” que abarca desde condutas gravíssimas, até outras de menor lesividade.

apenas algumas das qualificações atribuídas à nova redação da parte geral, quando esta redefiniu o dolo eventual em suas linhas.

Mesmo havendo a necessidade de mudanças, as críticas surgem, pois a reformulação de qualquer código, principalmente o Código Penal, traz consigo muita responsabilidade e requer tempo para promover-se o debate e a partir dele a melhor internalização e reflexão das ideias confrontadas. Afinal, falamos da ceara do Direito que traz as implicações mais severas para a vida do cidadão, como a perda da liberdade, a perda dos direitos políticos e etc.

Um erro promulgado pelo legislador na confecção da parte especial é muito gravoso. Agora uma formulação errada na parte geral é ainda mais grave, porque se multiplica de uma forma desmensurada contaminando todo o Código, inclusive os crimes contidos na parte especial. Até porque, se os equívocos da parte especial podem ser objeto de controle de constitucionalidade pelos tribunais, magistrados e STF, por exemplo, a mesma sorte não dispõem conceitos importantíssimos para a interpretação do fato criminoso como os conceitos de autor e dolo (LEITE, 2013). Ou seria possível crer em uma Ação direta de inconstitucionalidade porque o legislador infraconstitucional optou por determinada teoria de dolo, na construção de um novo texto legal, que apresenta muitas falhas e não têm tantos adeptos? Aparentemente não.

Então, resta evidente que a feitura de um novo Código Penal requer empenho e reflexão. Ou ainda, em brilhante metáfora, proferiu Reale Jr., necessita “de travesseiro” (REALE JR., 2013, informação verbal).

No princípio, quando da elaboração do artigo que viria a enfrentar o dolo e do dolo eventual, René Ariel Dotti, enquanto relator das sugestões de alteração da parte geral, propôs que a redação do artigo 18 fosse: Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco **consentindo em produzi-lo**<sup>20</sup> (DOTTI, 2012).

Tal proposta teve embasamento em diversas manifestações doutrinárias nacionais, dentre elas, o importante ensinamento de Néelson Hungria (1958, p. 122):

Assumir o risco é alguma coisa mais que ter consciência de correr o risco: é consentir previamente no resultado, caso venha este, realmente a ocorrer. (...) O dolo eventual é, assim, plenamente equiparado ao dolo direto. É inegável que arriscar-se conscientemente a produzir um evento vale tanto

---

<sup>20</sup> Nota-se que até esse momento a alteração se dava apenas no acréscimo de “consentindo em produzi-lo”, enquanto a redação que vigorava, e ainda vigora no Código Penal é: “Art. 18 – Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

quanto querê-lo: ainda que sem interêsse nele, o agente ratifica *ex ante*, presta anuência ao seu advento.

Ou seja, sustentou-se que uma ratificação prévia ou uma anuência do agente na realização do evento (DOTTI, 2012).

Também foi objeto de estudo o tormentoso liame diferenciador entre o dolo eventual e a culpa consciente na elaboração do dispositivo. Para tal, utilizou-se a lição de Aníbal Bruno (1967, p. 92-93), demonstrando que:

A forma típica da culpa é a culpa inconsciente, em que o resultado previsível não é previsto pelo agente. É a culpa sem previsão. Ao lado desta, Construiu a doutrina a chamada culpa consciente, em que o resultado é previsto pelo agente, embora este sinceramente espere que ele não aconteça. A culpa com previsão representa um passo mais de culpa simples para o dolo. É uma linha quase imponderável que a delimita do dolo eventual. Neste, o agente não quer o resultado, mas aceita o risco de produzi-lo. Na culpa com previsão, nem esta aceitação do risco existe, o agente espera que o evento não ocorra.

Ou ainda, aludindo aos ensinamentos de Taipa de Carvalho e Rogério Greco que, respectivamente, afirmaram a necessidade de o agente aceitar correr o risco na possibilidade de sua conduta realizar o fato contido no tipo. Havendo a concretização do ilícito, a partir deste risco, poderá afirmar-se uma conexão psicológico-volitiva que vai aferir o dolo, pois o desajuste entre a culpa consciente e o dolo eventual reside no plano da “vontade”. Em seguida, finaliza, quando há dolo eventual, pouco importa ao agente que o resultado aconteça; quando há culpa consciente, ele deseja sinceramente na sua não ocorrência (CARVALHO; GRECO, R, *Apud* SILVA FRANCO; STOCO, 2007, p. 172).

Além disso, justificou-se a alteração da redação, uma vez que estavam construindo uma prática de classificar determinados eventos como crimes dolosos, mesmo faltando-se elementos concretos para tal avaliação, utilizando-se de mera presunção, muitas vezes, “enquadrando” infratores nos delitos dolosos (eventual) como uma medida de finalidade pedagógica ou preventiva (DOTTI, 2012).

Além de serem expostos alguns precedentes jurisprudenciais <sup>21</sup>, nas complexas causas de embriaguez ao volante - que sempre trazem essa dificuldade na aferição do dolo eventual

---

<sup>21</sup> Alguns exemplos citados: STF – HC. 46791 – 1ª T. – Rel. Min. ALIOMAR BALEEIRO – DJ 17/10/1969; TJSP – Ap. Crim. n. 9951993000 – 5ª C.Crim. – Rel. Des. PINHEIRO FRANCO – j. 01/11/2007 e STJ – HC. n. 58826/RS – 6ª T. – Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – DJe 08/09/2009

ou da culpa consciente - foi levantada uma suposta e “leviana ‘popularização’ do dolo eventual” por parte de todos: mídia, profissionais do Direito e “paladinos da segurança”, que delegam a ele (dolo eventual) o papel de acabar com a impunidade e punir os infratores. Isto acabaria acontecendo de forma desmedida e sem qualquer técnica, como se fosse um fetiche (JORIO, 2012).

Por fim, e em complemento a isso, julgou necessário e urgente a nova definição do dolo eventual com os mesmos fundamentos utilizados pela professora Gisele Carvalho (2012) que discorreu sobre as grandes confusões que fazem no momento de aferir a assunção do risco, para ela:

(...) assumir o risco do resultado e assumir que o mesmo ocorra como consequência direta de um comportamento são, portanto, coisas distintas. Se o autor não considera como certa, mas apenas como provável, a ocorrência do resultado lesivo, não é possível afirmar que atuou necessariamente com dolo eventual. Nesse último caso, tem-se apenas culpa consciente, pois o agente representa a probabilidade do resultado (elemento cognitivo do dolo), mas não o aceita como consequência de sua ação ou omissão (elemento volitivo). Sem o elemento volitivo, verdadeira ratio da incriminação dos comportamentos dolosos, o dolo eventual transforma-se em mera culpa consciente, devendo ser reputada injusta qualquer condenação a título doloso.

Com esse ponto de vista, assevera que o artigo 18, que descreve o dolo eventual, deve ser afastado, pois dá margem a interpretações tais em que o julgador classifica enquanto doloso, erroneamente, no momento em que deveria da culpa consciente, principalmente, em um momento social em que as interpretações nos tribunais têm adotado um caminho em que uma dita Política Criminal de combate ao crime “invade” a Dogmática Penal e muitas, vezes desconsidera as funções do Direito Penal.

#### **4.2 Alterações atuais e exposição de motivos**

Depois de intensos e acalorados debates, com a realização de audiências públicas, inclusive, trazendo renomados estudiosos do Direito Penal para comentar a nova redação formulada nos diversos dispositivos, tanto da parte geral como da parte especial, atualmente, o artigo 18 do anteprojeto, que prescreve o dolo eventual ficou da seguinte maneira: “Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis realizar o tipo penal ou assumiu o risco de realiza-lo, consentindo ou aceitando de modo indiferente o resultado”.

Além disso, também sobre o dolo eventual, temos o que está contido no art. 20 do já referido Projeto de Lei, que dispõe: “O juiz, considerando as circunstâncias, poderá reduzir a pena até um sexto, quando o fato for praticado com dolo eventual”.

Para justificar essa escolha, a comissão de juristas publicou o seguinte texto na exposição de motivos do Projeto de Lei: “A distinção entre dolo direto, dolo eventual e culpa consciente é das questões mais tormentosas da dogmática penal. Como no anteprojeto proposto surgem figuras novas como a da “culpa gravíssima”, bem como a possibilidade de redução da pena, em um sexto, no caso do dolo eventual, preocupou-se a Comissão em oferecer critério distintivo mais aperfeiçoado. Daí a sugestão de que no dolo eventual o agente assumiu o risco de realizar o tipo penal, “*consentindo ou aceitando de modo indiferente o resultado*”, ao passo que no dolo direto o agente quis realizar o tipo penal. Consentimento e indiferença, diante da previsibilidade objetiva do resultado, fazem o dolo eventual” (BRASIL. SENADO FEDERAL. *Anteprojeto da Comissão Especial de Juristas*, p. 217).

Diante do exposto, podemos aferir que algumas alterações, de plano, já são logo percebidas fazendo uma análise breve da disposição dos termos escritos. Para tanto, teremos que embasar as mudanças com aquilo que determina a norma vigente e atual, que também se encontra no artigo 18 do Código Penal: “Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

Como o dolo eventual se refere à segunda parte do dispositivo – tanto na redação nova como na antiga – é nela que se deve centrar a análise deste trabalho.

A primeira grande mudança se encontra no objeto da ação ocasionada pelo autor. Enquanto na Parte Geral de 1984, o agente assume o risco da produção do “resultado” para a aferição do dolo eventual, na definição proposta pelo Senado Federal, o agente assume o risco de realizar o “tipo penal”. Como será discorrido adiante, “resultado” e “tipo penal” não detêm exatamente o mesmo significado e pode gerar interpretações diversas.

A segunda grande mudança, e, talvez, a principal, é o acréscimo dos termos “consentindo ou aceitando de modo indiferente o resultado” quando o agente assume o risco. Na norma vigente, basta que o autor “assuma o risco” de produzir algo. Ou seja, existe um

aumento de possibilidades que abarcam a nova dinâmica do dolo eventual em que não basta apenas assumir um risco, mas consentir ou aceitar de modo indiferente o resultado. De maneira geral, enquanto a teoria adotada pelo Brasil para a adoção do dolo eventual foi a Teoria do Consentimento, aparentemente, o legislador atual optou por endossar, também, a referida teoria, sendo ainda mais claro ao mencionar o termo “consentir”. Entretanto, além disso, homenageou, ou, pelo menos, a isso se propôs, a Teoria da Indiferença quando menciona “aceitando de modo indiferente o resultado”. Com isso, a comissão de juristas do Senado, parece querer adotar essas duas teorias em conjunto para determinar uma conduta realizada com dolo eventual.

A terceira alteração, então, é aquela que reside no já mencionado novo artigo 20. Nele, a prática oriunda de dolo eventual transformar-se-á em uma causa de diminuição de pena, facultando ao juiz a diminuição de um sexto desta ao considerar as circunstâncias do caso. No atual Código, essa possibilidade não era explícita, já que dolo e dolo eventual são tratados de maneira equiparada (ver item 3.3) podendo o julgador, considerar a culpabilidade do agente no momento de aplicação da pena. Levando em conta que o dolo eventual tem um nível menor de “vontade” na realização do resultado que o dolo direto, e, portanto, ao agente se atribui menor reprovabilidade na sua conduta, a decorrência natural na majoração da pena é que o juiz considerasse esse aspecto para que, em relação a uma ação com dolo mediato ou imediato, não fosse ela, a pena, tão elevada quanto com dolo direto fosse (PRADO, 2013, p. 411).

### **4.3 Análise crítica das alterações**

A primeira mudança explicitada no item 4.2 refere-se à opção legislativa do anteprojeto que, em sua redação, optou por dizer que o agente incorre em dolo eventual quando assume o risco de realizar o “tipo penal”, contrariando o disposto no Código vigente que se refere à realização do resultado.

Essa escolha pelo legislador infraconstitucional parece ser equivocada, apesar de haver posicionamento diverso.<sup>22</sup> Aparentemente, na confecção da norma, subsiste uma confusão na

---

<sup>22</sup> Luís Greco defende no seu artigo “Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de código penal (projeto de lei 236/2012 do senado federal)” que essa alteração de querer “realizar o tipo penal” e não mais “o resultado”, do



utilização entre dados naturalísticos e dados normativos (REALE JR. *Audiência Pública do Senado Federal realizada em 28.02.2013*. informação verbal). Porque, na realidade, o que se quer realizar é uma ação que comporta os elementos do tipo penal e não o “tipo penal” propriamente dito. O sujeito realiza dados da realidade, portanto, fato típico ou ação típica e não dados da lei (SANTOS, *Audiência Pública do Senado Federal realizada em 14.03.2013*.informação verbal).

Nesse sentido, Reale Jr. indaga uma hipótese em que um sujeito, ao ser perguntado se este havia realizado um tipo penal, poderia escusar-se afirmando que nem sabe o significado “deste tal de tipo penal” (REALE JR. *Audiência Pública do Senado Federal realizada em 28.02.2013*. informação verbal). Essa situação arguida pelo ínclito jurista apresenta roupagem de questiúncula, mas na verdade, assume um papel relevante, principalmente, em uma disciplina que é regida pelo princípio da estrita legalidade. Não se pode aceitar que um problema de técnica legislativa desencadeie uma situação como esta.

Já o segundo ponto levantado no item 4.2 é um pouco mais complexo, pois envolvem algumas questões importantes e diversas. Um assunto que se pode questionar é a linguagem utilizada na redação. Em “consentindo ou aceitando de modo indiferente o resultado” não se sabe se o consentimento está ligado ao “resultado” apenas, ou a “de modo indiferente o resultado”. Fica uma redação ambígua. Isso sem contar que “consentir” não é verbo transitivo direto, sendo que o mais correto seria “consentindo no resultado ou o aceitando de modo indiferente” (GRECO, L., 2012). Isso, se a proposta é o de entender-se da maneira mais coerente, em que “consentir” se liga apenas a “resultado”, pois é ilógico o entendimento de que um sujeito “consinta” e seja “indiferente” num mesmo momento.

Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos (*Audiência Pública do Senado Federal realizada em 14.03.2013*.informação verbal) se manifesta em audiência pública do Senado Federal:

Eu duvido quem consiga acoplar essa segunda parte com a primeira parte. Não é possível. Porque aqui existem duas teorias diferentes. A teoria do consentimento que exige a aceitação que está desenvolvida no Direito Penal que é uma teoria de Mezger, que exige aprovação do resultado e a teoria da indiferença que exclui resultados indesejáveis, como eu posso ao mesmo tempo aceitar ou consentir de um modo indiferente? Estou acoplando duas teorias contraditórias. Não é possível, ou se adota uma teoria ou se adota a outra. Como sugestão, poderia se fazer uma ementa até se usando a primeira

---

ponto de vista técnico, foi uma mudança correta, pois o dolo “se refere ao tipo e o tipo é mais do que mera causação do resultado”. (GRECO, L., 2012).

parte: ‘Quer realizar o tipo penal, ou assume o risco de realiza-lo’ esquecendo a segunda parte. Agora se quiser fazer uma definição moderna poderia fazer assim: ‘quer realizar o fato típico ou consente na realização de fato típico representado como possível’. Aí, seria admissível, porque essa é uma definição cientificamente correta e adotada na literatura e na jurisprudência.

Uma segunda questão a se levantar, ainda neste segundo ponto específico, é a utilização dessa chamada Teoria da Indiferença (ver 3.2.8). Isso porque, esta teoria não detém muitos adeptos<sup>23</sup> e existe uma explicação para essa afirmação: a de que ela não se compatibiliza com um Direito Penal do Fato, se preocupando, na sua quase totalidade, mais com um Direito Penal de atitudes internas (GRECO, L., 2012). Ao investigar-se na Exposição de Motivos as razões pelos quais os juristas escolheram a adoção da “indiferença” no referido artigo 18, descobre-se que se buscou “oferecer critério distintivo mais aperfeiçoado” (BRASIL. SENADO FEDERREAL. *Anteprojeto da Comissão Especial de Juristas*, p. 217). Agora, esse aperfeiçoamento não mereceu maiores elucidações oficiais.

A Exposição de Motivos, ainda nesse aspecto, vai além: “Consentimento e indiferença, diante da previsibilidade objetiva do resultado, fazem o dolo eventual” (BRASIL. SENADO FEDERREAL. *Anteprojeto da Comissão Especial de Juristas*, p. 217). Sem mencionar a “pobreza linguística” (GRECO, L., 2012) com que se utiliza o verbo “fazer” neste trecho transcrito, importante ressaltar uma contradição interna expressa acerca desse tema: de que basta a “previsibilidade objetiva” para a aferição do dolo eventual. Isso porque, o artigo 27 do anteprojeto determina que “o erro sobre elemento constitutivo do tipo penal exclui o dolo” (BRASIL. SENADO FEDERREAL. *Anteprojeto da Comissão Especial de Juristas*, p. 219), ou seja, que para haver dolo – assim como insistentemente repetido durante o trabalho – é necessária a efetiva previsão (parte cognoscitiva) de que os elementos do tipo serão ou podem ser realizados. Enquanto em um determinado momento se esquece de que o

---

<sup>23</sup> Concordando com a modificação legislativa, entende o promotor e especialista Thales que a “indiferença” é o fator limitador que permite separar o dolo eventual da culpa consciente e exemplifica da seguinte forma: “a embriaguez ao volante, por si só, não importa em dolo eventual, devendo ser avaliada a conduta global do agente no dia dos fatos. Não é possível equiparar a conduta de um senhor que, após consumir uma taça de vinho num jantar com sua esposa e retornar à sua residência, imprimindo velocidade moderada em seu veículo, por um infortúnio da vida acaba atropelando e matando uma pessoa que atravessava uma rua com pouca iluminação, com o comportamento do increpado que, depois de consumir várias doses de vodka numa “balada”, sai dirigindo em alta velocidade, sem preocupar-se com a vida de seus semelhantes, vindo a atingir um pedestre num ponto de ônibus, matando-o. Evidente que na primeira hipótese houve culpa consciente, pois para aquele senhor o resultado morte não lhe era de todo indiferente, “esperando inconscientemente que não ocorresse ou repelindo a idéia de seu possível advento; ao contrário do que se verificou no segundo caso, no qual o agente tolerava a destruição de tudo e de todos que cruzassem o seu caminho”. (SHOEDL, 2012).

dolo requer necessariamente o pressuposto “conhecimento”, no outro ele é reafirmado corretamente. Luís Greco inclusive levanta a possibilidade de a Teoria da Indiferença ter sido acolhida por “fruto do acaso” no momento de redigir a lei (GRECO, 2012).

Com efeito, o professor Adel El Tasse (2012) em crítica extensa protocolada no Senado Federal, e que gerou grande repercussão, nesse mesmo sentido, afirma:

A pretensa tentativa de definir dolo e culpa do artigo 18 acaba por esbarrar na impossibilidade de contemplar em apenas uma linha, de um enunciado normativo, a riqueza da fórmula de FRANK, que trata da indiferença e da teoria do assentimento proclamada pela Suprema Corte Alemã no julgamento RG., 33-6; 59-3 e bem sistematizada por WELZEL, na estrutura do pensamento finalista, ao demonstrar estreme de dúvidas que mesmo no dolo eventual o autor deve realmente ser consciente das consequências possíveis do seu ato, não bastando para sua afirmação, portanto, a mera afirmação de indiferença, pois bem pode ser indiferente justamente por não ter consciência plena das consequências possíveis de seu ato.

Nesse sentido, a indiferença da fórmula de FRANK exerce o papel de mecanismo probatório de que o agente foi indiferente em relação a um resultado considerado de modo seguro como possível de ocorrência, no momento em que praticou a conduta. Ocorre que não é isso que o anteprojeto de Código Penal afirma ao definir o dolo eventual (doloso, quando o agente quis realizar o tipo penal ou assumiu o risco de realizá-lo, consentindo ou aceitando de modo indiferente o resultado), pois a indiferença foi ligada ao resultado, sem consideração alguma sobre o conteúdo da conduta, ou seja, a sua visualização pelo agente como de possibilidade segura.

Para que melhor se entenda, alguém pode encontrar-se em estado alterado de consciência, que gere a incompreensão das características de seu atuar, o que poderá produzir indiferença em relação a um resultado eventualmente ocorrido, mas sem que isto tenha qualquer possibilidade de afirmação de dolo eventual, pois ao tempo da conduta a incapacidade de compreensão do agente não permite afirmar a indiferença em relação a um resultado, neste momento efetivamente considerado como possível por ele.

Esse pretensu ímpeto do legislador de “oferecer critério distintivo mais aperfeiçoado”, pode, na verdade, estabelecer exatamente o contrário: um critério confuso para separar a ação culposa de uma ação dolosa. Essa mistura entre a fórmula de Frank, de natureza probatória, e a Teoria do Consentimento permite que seja imputado um crime doloso a qualquer agente indiferente ao resultado, mesmo quando este não considerasse o evento como possível e, portanto, não dispondo de vontade, a correta imputação deveria ser a de crime culposo – oriundo de culpa consciente (TASSE, 2012).

Por fim, a terceira alteração, alegada no item 4.2, é a que permite ao juiz ponderar sobre diminuir em até um sexto a pena nos crimes cometidos com dolo eventual. Essa modificação, no todo, não é tão negativa, mas também é preciso ser vista com ressalvas.

Apesar de posições contrárias a ela (GRECO, 2012), não há como negar que a prática de um crime com dolo eventual e outro com dolo direto não apresentam o mesmo nível de reprovabilidade. Por mais que se argumente que tanto o dolo direto quanto o eventual são formados pelos mesmos elementos – cognitivo e volitivo – e que não há diferença intrínseca entre eles, e que nos dois existe a relevância subjetiva, não havendo critério científico para separá-los, a realidade é que, por definição, a “anuência” de um resultado advindo de dolo eventual não detém a mesma graduação volitiva de alguém que quis efetivamente causar um resultado como acontece no dolo direto mediato ou imediato. Afinal, a dogmática penal apresenta uma escala ontológica partindo-se do dolo direto de primeiro grau, passando-se pelo dolo direto de segundo grau, dolo eventual, culpa consciente e culpa inconsciente (SHOEDL, 2012). Havendo diversidade na reprimenda entre crimes culposos e dolosos, não poderia haver tratamento diferenciado com o dolo eventual também?

Se se há dificuldade em estabelecer critérios objetivos na aferição da vontade dos sujeitos, e há mesmo, não se pode relegar a eles a mesma pena, apenas por uma dificuldade imposta ao intérprete. Caso isso ocorra, tem-se a possibilidade de desaguarmos naquele obscuro campo, que já fora mencionado, chamado de o “fetiche do dolo eventual” (JORIO, 2012) em que a aferição deste resolverá os problemas sociais, punirá com rigor os infratores e prevenirá a ocorrência de novos delitos. Sabe-se que isso não é procedente.

É cediço na doutrina que a aplicação da pena e seus limites atribuídos devem estar consoantes ao nível de culpabilidade do agente. Portanto, é necessário que isso seja levado em conta pelos operadores do Direito no momento em que a pena é cominada. No entanto, já que tal entendimento evoluiu com a doutrina, será que este tratamento diferenciado, proposta pela comissão do Senado, que atribui ao dolo eventual como uma causa de diminuição de pena deveria estar explícita no texto legislativo? A resposta parece ser negativa<sup>24</sup>, pois como se depreende do texto elaborado para o artigo 20,<sup>25</sup> essa norma não é imperativa, já que apenas “permite” que o juiz diminua a pena nos crimes em que o elemento da ação subjetiva do agente tenha sido o dolo eventual. Não parecendo, então, haver muita aplicação prática, pois essa diminuição já pode ser deferida, atualmente, pelo órgão julgante, quando considera a culpabilidade do agente na dosimetria da pena.

---

<sup>24</sup> A posição contrária entende que não há empecilhos para a redução da pena nessas hipóteses, de dolo eventual, e a previsão na lei, promoveria uma resposta adequada ao ânimo do agente. (SHOEDL, 2012).

<sup>25</sup> Art 20: O juiz, considerando as circunstâncias, poderá reduzir a pena até um sexto, quando o fato for praticado com dolo eventual

Além disso, poder-se-ia habilitar “perigosamente o poder a ponto de se admitir o raciocínio inverso, ou seja, que se estabelecesse o dolo direto, no futuro, como causa de especial aumento de pena, o que é absolutamente incompatível com toda estrutura do delito e com o regime democrático” (TASSE, 2012).

Portanto, apesar de o dispositivo revestir-se de “boas intenções”, e de haver mesmo um fundamento correto que diferencia a quantidade de pena nos crimes cometidos com dolo eventual e dolo direto, tal mudança não trará nenhuma grande alteração no resultado final dos julgamentos destes, além de incluir a ressalva de que se use o pensamento invertido de que o dolo direto imediato, por exemplo, possa ser uma causa de aumento de pena no futuro.



## 5

**CONCLUSÃO**

Por fim, para adentrar no tema do trabalho, o de demonstrar as alterações sofridas pelo dolo eventual no anteprojeto do Novo Código Penal, também conhecido como Projeto de Lei do Senado 236/12 (PLS 236/12), foi necessário compor uma base teórica que pudesse compreender o dolo eventual enquanto uma espécie de dolo que também é dotada dos elementos cognoscitivos e volitivos, este aqui em menor intensidade no caso de dolo eventual. Para tal, percorremos através de sua evolução na história, tentando construir o arcabouço necessário para explanar, em seguida, os tipos de dolo, as diversas teorias que os fundamentam e os diferencia entre si e entre os tipos de culpa, e ao final, exibir a sua disposição e tratamento atuais no ordenamento jurídico brasileiro.

No capítulo segundo, iniciamos o trabalho com o Direito Romano, que entendia o dolo, ainda de maneira incipiente e pouco científica, como uma transgressão à lei moral e à lei do estado, sob o epíteto do *dolus malus*, que era uma astúcia má por parte daquele que agia com injustiça. Os romanos já conseguiam diferenciar os institutos de dolo e culpa.

Em seguida, abordamos o tratamento pelos Direitos Germânico e Canônico. O primeiro, fortemente consuetudinário, não fazia muita distinção entre dolo e culpa e os elementos subjetivos do crime, entendendo o crime de uma maneira eminentemente objetiva em que a produção do resultado era o mais importante. Já o Direito Canônico, com forte influência do cristianismo no todo, e do Direito Romano na questão do dolo, conferia maior abrangência ao aspecto subjetivo, diferenciando o dolo e a culpa e esboçando algumas noções, ainda que primárias de dolo direto imediato e mediato.

Já na Escola Clássica, o crime passa a ser entendido da maneira tripartida – tipicidade, juridicidade e culpabilidade - e permitiu que o estudo do dolo no trabalho fosse feita em conjunto com as linhas gerais da Teoria Geral do Crime. Os clássicos recebem uma forte influência do positivismo e uma necessidade de estudar o direito de uma maneira científica e objetiva. Com isso, afastou-se do Direito Penal os conhecimentos advindos de outras ciências como psicologia, filosofia e etc. Na Escola Clássica, também chamada de Escola Causalista, os fatos, as ações e omissões humanas eram muito formalistas e mecânicas, analisados pela experiência empírica e regidas pelas leis naturais. A ação típica era uma mera causação física

danosa, oriunda de um impulso cerebral, produzida através de um sistema de causa/efeito vazia de conteúdo, pois o dolo, ou a essência da vontade, residia no campo da culpabilidade, o que dificultou a explicação dos crimes omissivos, culposos ou tentados.

A Escola Neoclássica, não chega a romper com a Escola anterior, visto que também entendia o dolo como parte componente da culpabilidade, mas já permite uma nova organização do modelo causal de ação. Com a abertura axiológica promovida pela Escola, pode-se perceber inclusive uma inclusão de valores nos conceitos dos elementos que compõem o crime. Não sendo mais visto de uma forma tão mecanicista, ao dolo, então, era acrescido o conhecimento da ilicitude do fato, não apenas anuindo com o resultado, mas conhecendo os elementos objetivos do tipo cuja consequência seria a expressão da sua vontade de cometer o crime.

Em seguida, a Teoria Finalista, nasce com Welzel e revoluciona o estudo do crime ao colocar a ação humana no centro da questão. Dispondo de critérios ontológicos, a ação do homem agora é vista não só de forma voluntária, mas também dotada de vontade destinada a um fim. O dolo portanto, não é mais visto como elemento de culpabilidade, mas como componente da ação, portanto integrante da tipicidade. O dolo perde a valoração, ou o sentido normativo, restando natural e neutro. Ele dispõe de elemento volitivo que significa querer incondicional, ou vontade inconteste e certo, que não deixa dúvidas. No plano intelectual, vislumbra o fim e a consideração dos efeitos secundários, depois o retrocesso e a exteriorização através da execução. Esta teoria, previu a divisão em dolo direto, de primeiro e segundo grau, e dolo eventual.

Enfim, as Teorias funcionalistas, que se dividem em Monistas ou Dualistas, são preconizadas por Jakobs e Roxin, respectivamente. Em regra, essas teorias têm forte influência sociológica e tentam adequar o direito penal com as características sociais, as relações com as instituições, seus arranjos e funcionamento. Busca entender realmente as funções da pena e do Direito Penal. Roxin utiliza um critério de imputação objetiva, havendo a ocorrência de um risco não permitido com a existência de um juízo que desaprove a conduta, e que o resultado seja imputável ao risco criado. E na parte subjetiva, o dolo é entendido como um conceito normativo que unifica o fato típico e ilicitude sob o conceito de injusto. Já Jakobs, preceitua que lei penal serve para incitar o respeito dos cidadãos à ordem jurídica, cujo objeto é a própria lei, o dolo, entretanto, recebe uma visão reducionista, na



medida em que apenas considera o seu elemento intelectual. Para ele, a parte volitiva está contida na cognoscitiva, fazendo com que dolo eventual, abrangesse a culpa consciente.

Já no Capítulo 3, exploramos a conceituação de dolo e suas diferentes espécies explicando a razão de não haver critério científico plausível para diferenciação diversa da proposta. O dolo, nas palavras de Wezel, é “saber e querer a realização do tipo objetivo de um delito”.

No dolo direto, a vontade de realização associa-se à representação das circunstâncias típicas, enquanto objetivo final da sua ação, meio para atingirem-se outros objetivos ou consequências que acompanham o fato. No dolo imediato ou de 1º grau, o resultado era o fim principal do agente, ou seja, buscou diretamente a realização dos elementos contidos no tipo. No dolo mediato ou de segundo grau o agente causa efeitos colaterais necessários decorrentes de sua conduta como parte inevitável da ação típica.

No dolo eventual, o agente sabe da possibilidade da ocorrência das condutas tipificadas e, mesmo que não a deseje diretamente, se conforma com ela, consente na sua ocorrência, se resigna ou assume que ela ocorra. Ou seja, mesmo que de maneira mais atenuada, ainda subsiste a vontade do agente. Os crimes são dolosos ou não dolosos. Quando há culpa consciente, não há vontade na ocorrência do delito, diferentemente do dolo eventual.

Em seguida expusemos, ainda que de maneira não tão exaustiva, as diversas teorias do dolo. Essas teorias, ora tem a função de conceituar o dolo, ora tem missão de estabelecer critérios que diferenciem as diversas espécies de dolo e culpa.

De maneira sucinta, temos que na Teoria da Vontade, o dolo é a vontade direcionada ao resultado. O autor tem consciência, mas, sobretudo, vontade em dar causa. A Teoria da Representação caracteriza o dolo como tendo a previsão do resultado com certo, provável ou possível. Na Teoria do Consentimento, o sujeito além de prever o resultado como possível, consente na sua ocorrência. Na Teoria da Probabilidade, além de considerar o resultado como possível, tem que considera-lo como provável, senão ao invés de ter-se dolo eventual, haverá só culpa consciente. Na teoria da evitabilidade, quando a vontade do agente estiver com a intenção de evitar o resultado, haverá ação culposa e não dolosa. Na teoria do Risco, para haver dolo, o agente tem que conhecer o risco indevido para a realização de um ilícito. A Teoria do Perigo a Descoberto fundamenta-se no tipo objetivo e a ocorrência do resultado lesivo subordina-se à sorte ou ao acaso. A Teoria da Indiferença estabelece a diferenciação

entre culpa consciente e dolo eventual a partir da postura do agente, havendo indiferença perante a lesão do bem jurídico, haverá crime doloso. Por fim as Teorias Mistas, visam adotar critérios combinados que permitam melhor apreciação na casuística do elemento subjetivo.

Em seguida, aferimos que tanto o dolo direto quanto o dolo eventual foram adotados pela legislação brasileira, mais especificamente no artigo 18, inciso I do Código Penal, cuja redação é: “Diz-se o crime: doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Quando o agente “quis o resultado” agiu com dolo direto, e quando “assumiu o risco de produzi-lo”, com dolo eventual. Aliás, também ficou evidenciado, que o Brasil adotou tanto a teoria da vontade para o dolo direto, quanto a teoria do consentimento no *dolus eventualis* e que ambos dispõem dos elementos cognitivos e volitivos.

Outrossim, se fez a referência que as espécies de dolo, apesar de se encontrarem no mesmo artigo e apesar de a reforma da Parte Geral de 1984 ter excluído as expressões que se referem à intensidade de dolo, o melhor entendimento é que eles seja tratados de maneira diversa no momento de aplicação da pena por deterem nível de reprovabilidade diferente.

Passado isso, passou-se a exposição do capítulo 4, que trata do dolo eventual no anteprojeto do Novo Código Penal, que também ficou conhecido como Projeto de Lei do Senado 236/12 (PLS 236/12).

Em princípio comentamos um pouco os motivos pelos quais se alegaram necessários reformar o Código Penal. Entre eles, está a necessidade de uniformizar as leis penais, a importância de se adequar a legislação penal à atual constituição, de se construírem novos tipos penais e de atualizar o código que data da década de 40.

Ainda que houvesse algumas mudanças positivas na Parte Especial, a Parte Geral não passou incólume. Severas críticas foram proferidas pelas mais variadas autoridades do Direito Penal brasileiro sob o argumento de que se fazia imperioso que tivesse havido maiores debates, visto que erros advindos por escolha do legislador teriam influência direta na vida das pessoas e dificilmente seriam objeto de uma possível Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Em seguida, a primeira proposta de reforma formulada por René Ariel Dotti, no que tange o dolo eventual, foi esboçada elencando todos os motivos de se alterar a redação original. Esta primeira redação seria a seguinte: “Diz-se o crime: doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco consentindo em produzi-lo”.

Dentre as alegações, diz-se que o acréscimo de “consentindo em produzi-lo” traria um melhor critério definidor do dolo eventual, pois quem assume um risco é porque aceitou ou consentiu no seu resultado. Além disso, seria um facilitador na delimitação dificultosa entre dolo eventual e culpa consciente, fazendo com que os órgãos judicantes tivessem maior rigor na aplicação do dolo eventual, que estaria sendo usado sem desmesuradamente pela justiça pátria como um inibidor da criminalidade.

Em seguida, foram levantadas todas as alterações sofridas pelo dolo eventual junto com a exposição de motivos publicada pelo Senado, fazendo-se um paralelo com a redação que vige nos tempos atuais. A redação atual ficou da seguinte forma: “Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis realizar o tipo penal ou assumiu o risco de realiza-lo, consentindo ou aceitando de modo indiferente o resultado”. A partir disso constatou-se, que em relação à reforma de 1984, “quis realizar o tipo penal” foi alocado no local de “quis o resultado” quando se tratava do dolo direto. Já quando se tratava do dolo eventual, o que antes era “assumiu o risco de produzi-lo”, agora é “assumiu o risco de realiza-lo, consentindo ou aceitando de modo indiferente o resultado”. Percebe-se com isso que o legislador pátrio tentou adotar conjuntamente as teorias da indiferença e do consentimento.

Além dessas mudanças, o artigo 20 do Anteprojeto instituiu o dolo eventual como uma possível causa de diminuição de pena, *in verbis*: “O juiz, considerando as circunstâncias, poderá reduzir a pena até um sexto, quando o fato for praticado com dolo eventual”.

Na exposição de motivos, maiores detalhes não foram explicitados acerca das referidas escolhas por parte dos juristas que, em suma, preocuparam-se em: “oferecer critérios distintivo mais aperfeiçoado” ao referirem-se à possibilidade de redução de pena com dolo eventual e dizer que “consentimento e indiferença, diante da previsibilidade objetiva do resultado” fazem o dolo eventual.

A partir dessas alterações, podemos enumerar as críticas formuladas:

1 – A adoção de que o agente assume o risco de realizar o “tipo penal” ao invés de “o resultado” faz uma confusão na utilização entre dados naturalísticos e dados normativos. O agente não assume o risco na realização do tipo penal, mas, sim, nos elementos que compõem o tipo penal. Poder-se-ia abrir uma possibilidade de um sujeito escusar-se, ao cometer um crime, afirmando que não conhece ou sabe tipo penal algum.

2 – A problemática com o acréscimo ao dispositivo do dolo eventual dessa terminologia: “consentindo ou aceitando de modo indiferente o resultado”. Primeiro estabelece-se uma ambiguidade, pois não se sabe exatamente a qual termo “consentindo” se relaciona. Se se considerar que “consentindo” se relaciona à “de modo indiferente o resultado” aí temos uma completa incoerência, visto o antagonismo das duas expressões: não há como consentir no resultado e ser indiferente a ele simultaneamente. Além disso, questiona-se a adoção da Teoria da Indiferença, por ser uma base teórica sem muito reconhecimento e com alguma dificuldade na escolha de métodos para aferição, pois se preocupa muito mais com atitudes internas do que com o fato propriamente dito.

3 - Ainda nesse diapasão, a exposição de motivos, quando comentam o consentimento e a indiferença, diz que basta meramente a “previsibilidade objetiva” para a aferição do dolo eventual. Entretanto, assevera o artigo 27 que o “erro sobre elemento constitutivo do tipo penal exclui o dolo”. Com isso, é evidente a contradição interna, pois é necessária a efetiva previsibilidade para a ocorrência do dolo eventual, visto que é parte constitutiva do instituto, sendo, inclusive, referendado pelo artigo 27.

4 – A possibilidade de que os crimes com dolo eventual tenham diminuição de pena, na verdade, pouca aplicação prática traz consigo, tendo em vista essa possibilidade já existir, pois menor reprovabilidade reside na prática dos delitos sob esse elemento subjetivo. Na verdade, abre-se uma porta um tanto quanto perigosa, a de que no futuro os crimes com dolo direto possam ser observados como causa de aumento de pena sendo incompatível com a democracia e a estrutura do crime.

Por fim, restam as indagações:

Teriam os senadores e a comissão de juristas tido tempo suficiente para maturação das principais ideias debatidas?

Esse acréscimo de hipóteses que abarcam a interpretação do dolo eventual tem qual finalidade, o de inibir a prática de outros crimes, punindo mais severamente?

Esse “fetiche” ao dolo eventual tem lugar na legislação infraconstitucional de um país que quintuplicou sua população carcerária nos últimos tempos e ainda não resolveu seu problema de sensação de impunidade?

Um diploma normativo que é a *ultima ratio* da ordem jurídica que detém o poder de privar a liberdade dos cidadãos pode ser aprovado dispondo de contradições e más formulações tão graves?

Estas são apenas algumas perguntas que incomodam o imaginário coletivo. O certo é que, para a aprovação desse projeto pelo Congresso Nacional, muitas outras discussões deverão ser feitas, além de possíveis vetos. Nesse trabalho, nos debruçamos, apenas sobre o dolo eventual, que já traz consigo bastantes distorções. E, por meio de artigos e conferências, percebe-se que tais distorções são sistêmicas, principalmente na Parte Geral, a seção que dá organicidade e aplica os princípios e diretrizes para o resto do código. Portanto, não é forçoso pensar que haveria de haver maior responsabilidade por parte dos legisladores no tratamento da lei infraconstitucional mais importante de uma nação: o Código Penal.



## 6

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai. *Da "Teoria do Delito" de Beling ao Conceito de Delito no Direito Penal Internacional*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, ano 16, n. 3, jul/set, p. 363-384, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Código Penal. Decreto Lei n. 2.848/1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 26 de junho de 2013.

BRASIL. *Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Novo Código Penal (Lei n. 7.209/1884)*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. SENADO FEDERAL. *Anteprojeto da Comissão Especial de Juristas*. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>. Acesso em: 07 de janeiro de 2013.

BRASIL. SENADO FEDERAL. *Quadro Comparativo*. <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=114750&tp=1>. Acesso em: 15 de julho de 2013.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t 2.

CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Bogotá: Temis, 1971, v. 1.

CEREZO MIR, José. *Problemas fundamentales del Derecho Penal*. Madrid: Tecnos, 1998, v.II.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1998. v.II.

COSTA, Izabella Artur. *Do conceito jurídico-penal de ação para o funcionalismo sistêmico*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/artigos/2011/04>. Acesso em: 27 julho 2013.

CRUZ, José de Ávila. *Direito Penal e Canônico*. Revista de Cultura Teológica, São Paulo, ano XVII, n. 66, jan/mar, p. 151-160, 2009.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Meias reflexões sobre o estado atual do Direito penal brasileiro*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 179, p.19, out., 2007.

DOTTI, René Ariel. Nova definição do dolo eventual. Migalhas, 8 de out. 2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI151307,21048-Nova+definicao+legal+do+dolo+eventual>. Acesso em: 23 de abril de 2013.

GIOFFREDI, C. *I principi del diritto Penalle romano*. Torino: Giappichelli, 1970.

GOMES, Luiz Flávio. *Erro de Tipo e erro de proibição*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *Tipicidade penal = tipicidade formal ou objetiva + tipicidade material ou normativa + tipicidade subjetiva*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1048, 15 maio 2006 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8383>>. Acesso em: 30 julho. 2013.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. *Claus Roxin, 80 anos*. Revista Liberdades, São Paulo, n. 7, p. 97-123, mai/ago, 2011.

GRECO, Luís. *Dolo sem Vontade*. In: SILVA DIAS et al. (Coord.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009.

GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 120-163, out./dez. 2000.

GRECO, Luís. *Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de código penal (projeto de lei 236/2012 do senado federal)*. Revista Liberdades, edição especial, Reforma do Código Penal, p.35-58, set, 2012. Disponível em: [http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?con\\_id=133](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?con_id=133). Acesso em: 12 maio de 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – parte geral*. 10 ed. Niterói: Impetus, 2008. v. I.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, t.2.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. Madrid: Marcial Ponz, 1997.

JAKOBS, Günther. *Imputación objetiva em Derecho Penal*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1996.

JESHECK, Hans Heinrich . *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. 4 ed. Tradução espanhol Mir Puig e Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis., *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Losada, 1977. v.1.

JORIO, Israel Domingos. *O fetiche do dolo eventual*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 20, n. 230, jan, 2012. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 02 julho 2013.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2 ed. Lisboa: FCG, 1989.

LEITE, Alaor. *Deixem a parte geral do Código Penal como está*. Revista Consultor Jurídico, 19 abril de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-19/alaor-leite-deixem-parte-geral-codigo-penal>. Acesso em: 03 de julho de 2013.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Brasília: Senado Federal, 2006, v.1.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Dolo Y Dolo Eventual: Reflexiones*. In: ZAPATERO, Luiz Alberto Arroyo; TORRE, Ignacio Berdugo Gomez de la. (Coord.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos “in memoriam”*, v.1, 2001, p. 1109-1134. Disponível em: <http://aidpespana.uclm.es/pdf/barbero1/58.pdf>. Acesso em: 15 de junho de 2013.

MAIA NETO, Cândido Furtado. *Bases democráticas e direitos humanos aplicados na reforma do Código Penal Brasileiro*. Trabalho em Contribuição a Comissão de Juristas, 26 de abril de



2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI154366,51045-Bases+democraticas+e+direitos+humanos+aplicados+na+reforma+do+Codigo>. Acesso em: 23 de abril de 2013.

MASI, Carlo Velho. *As modernas teorias do delito e suas receptividades no Direito Penal brasileiro*. Desafios da dogmática acerca dos rumos da Ciência Penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3418, 9 nov. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22983>>. Acesso em: 20 julho 2013.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962. v.1.

MENDES DE CARVALHO, Gisele. O STF e o homicídio culposo no trânsito: o direito penal ainda é a 'insuperável barreira' da política criminal. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 19, n. 229, dez, 2011.

MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. t. II.

MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*. Bogotá: temis, 1976.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal – Introdução e Parte Geral*. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

REALE JR., Miguel. Programa Roda Viva de 26/08/13. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=TUIRkpz1TIE>. Acesso em: 01 de setembro de 2013.

REALE JR., Miguel. Entrevista a Revista Consultor Jurídico. 02 de setembro de 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-set-02/entrevista-miguel-reale-junior-decano-faculdade-direito-usp>. Acesso em: 07 de julho de 2013.

REALE JR., Miguel Reale. Audiência Pública do Senado realizada em 28/02/13. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=At2JRWKIXOI>. Acesso em: 11 de maio de 2013.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução Luís Greco. São Paulo: Editora Renovar, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna Teoria do fato punível*. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Audiência pública do Senado realizada no dia 14/03/2013. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=uc5eternEik>. Acesso em: 13 de maio de 2013.

SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua interpretação – Doutrina e jurisprudência*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SHOEDL, Thales Ferri. *Projeto de Código Penal: a desequiparação entre o dolo direto e o dolo eventual*. *Jornal Carta Forense*. 12 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/projeto-de-codigo-penal-a-desequiparacao-entre-o-dolo-direto-e-o-dolo-eventual/10909>. Acesso em: 23 de julho de 2013.

TASSE, Adel el. *Ante projeto de Código Penal (/2012). Análise crítica da parte geral*. Estudo sobre o Anteprojeto do Código Penal enviado ao Senado Federal. 18 de setembro de 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=114442&tp=1>. Acesso em 01 de agosto de 2013.

TAVARES, J. Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo. *Revista de Direito Penal: Órgão Oficial do Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito Cândido Mendes*. n. 6, abr/jul, p. 21-30, Borsoi, 1972. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/download/7199/5150>. Acesso em: 23 de maio de 2013.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. 4 ed. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yañes Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1997.

WELZEL, Hans. *Estúdios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*. Montevideo-Buenos Aires: IB de F, 2006.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.