



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA.
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LEONARDO OLIVEIRA DOS SANTOS

**AS TEORIAS DIFERENCIADORAS DO DOLO EVENTUAL E DA CULPA
CONSCIENTE**

**SALVADOR
2019**

LEONARDO OLIVEIRA DOS SANTOS

**AS TEORIAS DIFERENCIADORAS DO DOLO EVENTUAL E DA CULPA
CONSCIENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso de
graduação em Direito pela Faculdade de
Direito da Universidade Federal da Bahia
como requisito para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Doutora Selma Pereira
de Santana.

**SALVADOR
2019**

LEONARDO OLIVEIRA DOS SANTOS

TEORIAS DIFERENCIADORAS DO DOLO EVENTUAL E DA CULPA CONSCIENTE

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 03 de dezembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Selma Pereira de Santana
Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Universidade Federal da Bahia

Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro
Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá
Universidade Federal da Bahia.

Prof.^a Dra. Thais Bandeira Oliveira Passos
Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA.
Universidade Federal da Bahia.

RESUMO.

O presente trabalho tem, por finalidade, analisar as teorias desenvolvidas na dogmática penal com o fim de distinguir o dolo eventual da culpa consciente. Para tal, será feita uma abordagem acerca da estrutura do crime doloso com suas características e espécies, em seguida se analisará a estrutura do crime culposo, passando por suas modalidades e espécies. Por conseguinte, será feita a análise um pouco mais detalhada acerca das teorias diferenciadoras do direito penal, começando pelas teorias que buscam fundamento no elemento volitivo, em seguida, por conseguinte far-se-á a apresentação das teorias baseadas no elemento cognitivo, explanando seus aspectos jurídico-penais. Adotamos pela pesquisa bibliográfica, tendo em vista os procedimentos técnicos adotados, e, considerando a natureza e forma da abordagem, serão adotadas as pesquisas básica e qualitativa, respectivamente.

Palavras-chave: Dolo eventual. Culpa consciente. Direito Penal. Teorias diferenciadoras.

ABSTRACT

This monograph aims at analyzing the theories developed in criminal dogmatics in order to distinguish the eventual fraud from conscious guilt. To this end, an approach will be made about the structure of willful crime with its characteristics and species, then the structure of guilty crime will be analyzed, passing through its modalities and species. Therefore, a more detailed analysis will be made about the differentiating theories of criminal law, starting with theories that seek grounding in the volitional element, and then the presentation of theories based on the cognitive element, explaining their legal and criminal aspects. As for the types of bibliographic research, in view of the technical procedures adopted, and considering the nature and form of the approach, the basic and qualitative research will be adopted, respectively.

Keywords: eventual fraud. Conscious guilt. Criminal law. Differentiating theories.

SUMÁRIO.

1. INTRODUÇÃO	7
2. TEORIA DO CRIME DOLOSO	9
2.1. CONCEITO E ELEMENTOS.....	9
2.1.1 Espécies de dolo.....	12
3. TEORIA DO CRIME CULPOSO	16
3.1. CONCEITO E ELEMENTOS.....	18
3.1.2. Espécies de culpa.....	25
4. TEORIAS DIFERENCIADORAS DO DOLO EVENTUAL E DA CULPA CONSCIENTE	28
4.1. TEORIAS VOLITIVAS.....	30
4.1.1. Teoria do consentimento ou da aprovação.....	31
4.1.2. Teoria da indiferença ou do sentimento.....	37
4.1.3. Teoria da não comprovada vontade de evitação do resultado.....	39
4.1.4. Fórmulas de Frank.....	41
4.2. TEORIAS COGNITIVAS.....	44
4.2.1. Teoria da representação ou da possibilidade.....	44
4.2.2. Teoria da probabilidade.....	46
4.2.3. Teoria do risco.....	48
4.2.4. Teoria do perigo desprotegido ou resguardado.....	50
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
6. REFERÊNCIAS	57

1. INTRODUÇÃO.

A moderna teoria do direito penal vem a tempos tentando construir bases de verificação segura no que tange a diferenciação do dolo eventual da culpa consciente. Diante de uma sociedade em que os bens jurídicos, como a vida, o corpo e o patrimônio, se encontram sempre sujeitos a lesão é imperioso delimitar com precisão a fronteira que separa os dois institutos, haja vista que a globalização cunhou novos problemas que colocam em xeque paradigmas fundamentais.

Destarte, diversos autores se dedicaram a construir teorias com vistas a lançar luz nesse terreno movediço impulsionando o desenvolvimento das teorias a respeito do elemento subjetivo do tipo: o dolo.

Nessa senda, a definição do dolo eventual é importante, pois, se constitui numa maneira de ampliar o alcance da punição, haja vista que se constitui numa maneira de tornar menos rígido o paradigma do dolo direto, pois, para que se configure o dolo eventual, não se faz necessário à intenção direta de produzir o resultado, basta que o agente se assuma o risco de produzi-lo.

O dolo eventual, deste modo, se consubstancia no elemento mais discutíveis do tipo subjetivo, e um dos mais debatidos da teoria do delito, haja vista que em torno da controvérsia em relação da culpa consciente, engendrou-se diversas espécies teóricas, na tentativa de diferenciá-los.

Deve-se ter em mente que dogmática penal possui um conjunto de conceitos sistematizados, cuja definição e precisão são primordiais para a confecção de uma teoria harmônica e congruente. Entretanto, apesar da teoria do delito apresentar o elemento subjetivo do tipo como uma questão consolidada, há questões que ainda requerem uma solução.

Neste sentido é que se aponta a fragilidade que cerca a definição e do conteúdo do dolo eventual e seus reflexos no Direito Penal material, na medida em que a diferenciação entre culpa consciente e dolo eventual tem o poder de tornar um fato típico ou não, na medida em que há tipos penais que não admitem a forma culposa.

Dessa forma, este trabalho busca realizar um apanhado das teorias que versam sobre o dolo e que, de certa forma, buscam solucionar a controvérsia a respeito da imprudência consciente, haja vista que, em regra, os manuais não esmiúçam o assunto. Por conseguinte, será feita uma abordagem a respeito da estrutura do crime doloso com suas características e espécies, em seguida se analisará a estrutura do crime culposo, passando por suas modalidades e espécies.

Destarte, será feita a análise pormenorizada das teorias diferenciadoras do dolo eventual e da culpa consciente, começando pelas teorias que buscam fundamento no elemento volitivo, em seguida, por conseguinte far-se-á a análise das teorias baseadas no elemento cognitivo, explanando seus aspectos jurídico-penais.

O procedimento metodológico utilizado no estudo foi o da pesquisa bibliográfica tendo como objetivo investigar problemas a partir de pressupostos teóricos sobre o enfoque do tema em pesquisas científicas já realizadas. Outrossim, aliado a fonte bibliográfica, a fonte legislativa terá grande relevo, sobretudo o art. 18 do código penal, porque certamente a solução em face do problema apresentado deverá ser referendada pelo ordenamento jurídico, pois, é imperativo o conhecimento da legislação hoje vigente.

2. TEORIA DO CRIME DOLOSO.

O dolo se constitui no elemento subjetivo do tipo penal, traduzindo-se na vontade consciente de realizar a conduta descrita no tipo penal incriminador.

A doutrina ao longo do tempo tem modificado a definição do que seria o dolo ajustando o seu conceito de acordo com a teoria adotada. Como destaca Guilherme de Souza Nucci o dolo será a vontade consciente de realizar a conduta típica, equivalente ao dolo natural, para a teoria finalista; na teoria causalista, o dolo será normativo, pois, além da vontade consciente de realizar a conduta típica se faz necessário a consciência de que se realiza um ato ilícito; Na concepção de Miguel Reale Júnior, o dolo seria axiológico, haja vista que é vontade consciente de realizar a conduta típica, assimilando o desvalor representativo da conduta¹.

2.1. CONCEITO E ELEMENTOS.

O Código Penal brasileiro adotou a conceituação da teoria finalista e define o que seria o dolo no art. 18, I². O conceito tradicional na doutrina aduz que o dolo é a vontade³ e a consciência de realizar a conduta descrita no tipo penal incriminador⁴, isto é, tecnicamente compreende-se em saber e querer realizar a conduta, e as circunstâncias contidas no tipo⁵. Neste sentido Zaffaroni e Pierangeli advoga:

[é] conveniente conceitua-lo como a vontade realizadora do tipo objetivo, guiada pelo conhecimento dos elementos deste no caso concreto. Dito de uma forma mais breve, o dolo é uma

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 240.

² Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; [...] (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 dez. 1940. Código Penal. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 30 Out. 2019).

³ A vontade seria a (a) faculdade que o ser humano tem de querer, de escolher, de livremente praticar ou deixar de praticar certos atos, (b) força interior que impulsiona o indivíduo a realizar algo, a atingir seus fins ou desejos, (c) capacidade de escolher, de decidir entre alternativas possíveis, (d) deliberação, determinação, decisão que alguém expressa para que seja cumprida ou respeitada, (e) motivação subjetiva capaz de conduzir de forma moral e refletida a ação humana, em oposição aos desejos e inclinações de caráter meramente afetivo (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss de língua portuguesa*. Elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C LTDA. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1959).

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – Parte geral*. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 355.

⁵ Nesse sentido, SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de Direito Penal – parte geral*. 2ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 126. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, 1988, p. 57.

vontade determinada que, como qualquer vontade, pressupõe um conhecimento determinado⁶.

Nessa senda, Paulo Queiroz afirma que o dolo pressupõe um elemento volitivo, o querer, e um elemento cognitivo, ou seja, valoração paralela na esfera do profano, tal não se exige do indivíduo um conhecimento técnico acerca do tipo penal, basta que compreenda que com sua ação, estará realizando uma conduta típica.⁷ Entretanto, o autor contrapõe-se ao conceito finalista do dolo, por entender que o mesmo é demasiado artificial, oferecendo um conceito partindo de uma perspectiva monista-funcional, onde deve ser levado em conta o grau de socialização do sujeito ativo, não bastando, portanto, que este tenha, apenas, o conhecimento naturalístico do fato,

[o] agente haverá de ter uma ideia mais ou menos clara do “significado social” do que seja matar, do que seja furtar ou do que seja estuprar, até porque, se tal conhecimento é relativamente fácil quanto aos crimes clássicos (homicídio, furto, estupro), não o é, porém, para as novas formas - não raro artificiais - de criminalidade⁸.

Juarez Tavares aduz que o elemento volitivo se consubstancia pelas conjunturas objetivas da realidade social, pelos conhecimentos adquiridos ao longo do tempo e pela atividade de projeção para o futuro. A ação, desta forma, seria o resultado da síntese desses fatores, dirigida pela vontade finalista, por outro viés, o dolo seria “a vontade diretora da ação típica ou, mais em detalhes, a consciência e vontade em relação aos elementos objetivos pertencentes ao tipo⁹”.

Diante disso, o elemento volitivo, apesar de elemento imprescindível, não é, por si só, o bastante para a configuração da ação típica, haja vista que se trata de elemento psicológico desprovido de conteúdo. A ação, além de voluntária, deve estar dirigida a uma finalidade que acarretará na prática de um crime, seja porque o fim pretendido é ilegítimo, seja porque os meios escolhidos para a prática do ato lesivo, em discordância com o direito são ilícitos.

Destarte, entende-se que o dolo é a vontade livre e consciente de querer realizar os aspectos objetivos do tipo penal, depreende-se que o elemento subjetivo

⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raul, PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, p. 420.

⁷ QUEIROZ, Paulo. Direito penal parte geral. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 185.

⁸ QUEIROZ, Paulo. *Op. cit.*, 2005, p. 185-186.

⁹ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 1971, p. 107.

doloso desdobra-se em dois elementos distintos – um de cunho cognitivo (intelectivo) e outro de cunho volitivo¹⁰. O caráter cognitivo diz respeito aos elementos objetivos que conformam o tipo penal e o conhecimento da esfera profana do injusto. O elemento volitivo se consubstancia na vontade de querer praticar o fato típico.

Assim sendo, o sujeito ativo age dolosamente quando realiza a conduta consciente do que faz e conhecedor dos elementos que caracterizam sua conduta como conduta típica¹¹. Cirino dos Santos aduz que o elemento cognitivo se consubstancia no conhecimento atual a respeito das circunstâncias concretas referentes ao tipo objetivo. O elemento cognoscível não deve apenas ser apenas potencial “o conhecimento (atual) das circunstâncias de fato do tipo objetivo deve abranger os elementos presentes (a vítima, a coisa, o documento etc.) e futuros (o curso causal e o resultado) do tipo objetivo¹².”

Ao discorrer a respeito do elemento cognitivo, Zaffaroni, chama a atenção para o fato de que é necessário se distinguir o conhecimento da possibilidade de se conhecer. O conhecimento exigido pelo dolo diz respeito ao conhecimento efetivo e não uma mera possibilidade, também denominada de conhecimento potencial, “o dolo requer sempre conhecimento efetivo; a mera possibilidade de conhecimento (chamada conhecimento potencial) não pertence ao dolo¹³.” Neste mesmo sentido Muñoz Conde¹⁴ advoga que o sujeito ativo deve ter ciência do que faz, não sendo suficiente que devesse saber ou que tenha a possibilidade de ter conhecido, por seu turno não lhe é exigido que possua o conhecimento pormenorizado de todos os elementos do tipo objetivo.

O elemento volitivo do dolo consiste no querer realizar o tipo objetivo do delito. Cirino dos Santos advoga que para se fazer necessário estarem presentes duas características no intuito de que se constitua elemento do dolo. A primeira diz

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 356.

¹¹ Muñoz Conde assevera que “não é necessário, porém, que ele conheça outros elementos pertencentes à antijuridicidade, à culpabilidade ou à punibilidade. O conhecimento desses elementos pode ser necessário para outros efeitos, por exemplo, para qualificar a ação como antijurídica, culpável ou punível, mas não para qualifica-la como típica.” MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit. 1988*, p. 57.

¹² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 126.

¹³ ZAFFARONI, Eugênio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 420.

¹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit. 1988*, p. 58.

respeito à necessidade da vontade ser incondicionada, ou seja, o agente deve estar convicto sobre a realização do fato. A segunda pressupõe que o elemento volitivo deve ter a capacidade de modificar o mundo real, criando um elo capaz de ligar o resultado típico ao sujeito ativo, não se constituindo num mero desejo deste.

“A vontade, definida formalmente como decisão incondicionada de realizar a ação típica representada, pode ser concebida materialmente como projeção de energia psíquica dirigida À lesão de bens jurídicos protegidos no tipo legal¹⁵.”

Nesta senda, a ação dolosa não se sustenta apenas com o conhecimento dos elementos objetivos do tipo, é condição *sine qua non* que o sujeito ativo queira realizar a ação, dando ensejo ao elemento volitivo¹⁶. Munoz Conde alude que o sujeito ativo além de querer realizar a ação, deve crê na realização da conduta típica, pois, não basta possuir a vontade incondicionada, haja vista que se o mesmo não estiver convicto da sua realização no mundo fático, não se configura o dolo, porquanto, o agente não pode querer o que não está dentro de sua esfera de possibilidade concreta¹⁷.

Para que o elemento volitivo se configure se faz necessário a representação, previsão, pois o agente não pode querer realizar uma conduta a qual não representou mentalmente. “A previsão sem vontade é algo completamente inexpressivo, indiferente ao Direito Penal, e a vontade sem representação, isto é, sem previsão, é absolutamente impossível¹⁸.”

2.1.1 Espécies de dolo.

¹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.* 2012, p. 127.

¹⁶ Discorrendo a respeito do elemento volitivo, Muñoz Conde discorre sobre a necessidade do querer realizar a ação típica com o exemplo “Quando o assaltante mata o caixeiro para apoderar-se do dinheiro, provavelmente não deseja sua morte e inclusive preferiria não causá-la, mas apesar disso quer produzir a morte na medida em que não tem outro meio de apoderar-se do dinheiro.” MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, 1988, p. 58.

¹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, 1988, p. 59.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 2014, p. 359. Neste mesmo sentido Paulo Queiroz, ao discorrer sobre a configuração do dolo, aduz que os dois elementos, cognitivo e volitivo, devem estar presentes, nestes termos: “Afim não se pode querer conscientemente senão aquilo que se previu ou representou em mente, ao menos em parte; por consequência, para agir com dolo, não basta que o evento tenha sido previsto pelo agente; é mister que seja querido, de modo que a representação, embora necessária, não é suficiente à caracterização do dolo.” QUEIROZ, Paulo. *Op. cit.*, 2005, p. 190.

O dolo subdivide-se em três espécies, a depender da intensidade como se concretizam os elementos cognitivo e volitivo no momento da realização da ação, isso decorre da imprescindibilidade do componente volitivo abranger todos os elementos objetivos do tipo. Tal distinção coaduna-se, num esforço de distinguir as nuances que existem entre as intensidades dos elementos intelectivos e volitivos do dolo. Conde, neste sentido afirma “entre a intenção coincidente de modo integral com o resultado proibido e o simples querer eventual desse resultado há matizes e gradações, nem sempre perfeitamente nítidos¹⁹.”

Deste modo, frente às variações de intensidade dos componentes cognoscível e volitivo do dolo, a doutrina divide em três espécies, quais sejam o dolo direto de primeiro grau, o dolo direto de segundo grau e o dolo eventual. O dolo direto de primeiro grau, de modo generalista, refere àquele em que o agente quer a produção do resultado típico como fim de sua ação ou como meio para obtenção deste fim; o dolo direto de segundo grau, também denominado de dolo de consequências necessárias, abrange os efeitos colaterais tidos como certos; O dolo eventual refere-se às situações em que o agente representa o resultado lesivo e assume o risco de produzi-lo²⁰.

O dolo direto de primeiro grau se consubstancia quando o agente quer realizar a conduta descrita no tipo penal. Neste sentido Muñoz Conde conceitua o dolo direto de primeiro grau como “o autor quer realizar precisamente o resultado proibido no tipo penal (nos delitos de resultado) ou a ação típica (nos delitos de mera atividade)²¹.”

O sujeito ativo busca realizar ação com os meios necessários, as consequências necessárias tendo em vista o fim pretendido. Bitencourt²², advoga que o dolo direto é composto por três aspectos que seriam a representação dos

¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, 1988, p. 59.

²⁰ Juarez Cirino discorrendo a respeito do tema, advoga que a tripartição do dolo deve ser entendida como um avanço da ciência do Direito Penal, pois, abre-se a possibilidade de verificar a intensidade dos elementos intelectivos e volitivos do dolo, agrupando as condutas em categorias dogmáticas distintas, em consonância com o comprometimento subjetivo do autor “O fundamento metodológico dessa sistematização do dolo parece ser o modelo final de ação, cuja estrutura destaca a base real daquelas categorias dogmáticas: a proposição do fim, como vontade consciente que dirige a ação; a escolha dos meios para realizar o fim, como fatores causais necessários determinados pelo fim; e os efeitos secundários representados como necessários ou como possíveis em face dos meios empregados ou do fim proposto – eis o substrato real das categorias do dolo direto de 1º grau, dolo direto de 2º grau e dolo eventual.” SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 129.

²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, 1988, p. 59.

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 2014, p. 360.

efeitos colaterais, dos meios empregados e do resultado pretendido; o querer a ação e seus consectários; anuir com os efeitos colaterais, representados como necessários diante da escolha dos meios para se atingir o fim pretendido.

O dolo direto de segundo grau integra, os efeitos colaterais tidos como necessários fruto dos meios de realização da conduta escolhidos para efetivar o fim pretendido. Muñoz Conde²³ ao discorrer a respeito, alega tratar-se das situações em que o agente não quer especificamente uma das consequências que advirão da sua conduta, entretanto, assume como necessária para a realização do fim pretendido.

Nesse mesmos sentido, Cirino dos Santos²⁴ refere “compreende os meios de ação escolhidos para realizar o fim e, de modo especial, os feitos secundários representados como certos ou necessários”. A despeito do agente não desejar os efeitos colaterais, este é querido como consequência necessária a fim de concretizar o fim pretendido. Neste mesmo sentido Roxin aduz “Em sentido estrito, este abarca as consequências e circunstâncias cuja realização não é intencional, mas cuja produção ou ocorrência, com segurança ele representa, conscientemente causando-as²⁵.” Cirino dos Santos²⁶, ilustrando tal entendimento, faz referência ao famoso caso Thomas, em que o agente planejou explodir um navio tendo como fim fraudar o seguro, ainda que com isso desse causa à morte dos passageiros.

O dolo direto diz respeito a um querer a realização do tipo penal incriminador, ainda que o resultado seja, de certa forma, indesejado pelo agente, os efeitos colaterais são assumidos como necessários, de modo que o sujeito ativo prossegue na realização da ação. Bittencourt assim definiu:

Enfim, quando se trata do fim diretamente desejado pelo agente, denomina-se dolo direto de primeiro grau, e quando o resultado é desejado como consequência necessária do meio escolhido ou da natureza do fim proposto, denomina-se dolo direto de segundo grau ou dolo de consequências necessárias. As duas modalidades de dolo direto (de primeiro e segundo grau) são abrangidas pela definição do Código penal brasileiro²⁷.

²³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, 1988, p. 59.

²⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 131.

²⁵ Tradução livre do original “Em sentido estrito éste abarca las consecuencias o circunstancias cuya realización no es intencionada, pero de cuya producción o concurrencia con seguridad se percata el sujeto, ocasionándolas conscientemente.” (ROXIN, Claus. *Derecho Penal – parte general*. Tradução de Diego–Manuel Luzón Peña et al. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 423.).

²⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 131.

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 2014, p. 361. Muñoz Conde chama a atenção para o fato de que, as diferenças psicológicas não devem significar diferenças valorativas no âmbito do direito

O dolo eventual resta configurado quando, o agente, não deseja realizar o resultado lesivo contido no tipo penal, mas representa como de possível ocorrência, assume o risco de produzi-lo. Sua previsão legal encontra-se disposta no art 18, I, segunda parte do CP disposto da seguinte forma, quando o agente assumiu o risco de produzi-lo. Nesse sentido, Muñoz Conde²⁸ alude que há dolo eventual quando o agente representa o resultado como provável, e ainda que não deseje a sua ocorrência, continua a realizar a conduta assumindo o risco de sua produção.

Dessa forma, o sujeito ativo representa o resultado lesivo contido no tipo penal incriminado, quando menos, no campo da possibilidade, entretanto, mesmo diante da previsão assume o risco de produzi-lo, pois, para o agente, realizar a ação é mais importante que o resultado lesivo que poderá vir a ser produzido.

Assumir o risco denota uma intensidade volitiva maior do que apenas representar como possível a ocorrência do resultado lesivo, neste sentido Bittencourt, citando Nelson Hungria, discorre:

Assumir o risco é alguma coisa mais que ter consciência de correr o risco: é consentir previamente no resultado, caso este venha efetivamente a ocorrer. Essa espécie de dolo tanto pode existir quando a intenção do agente dirige-se a um fim penalmente típico como quando dirige-se a um resultado extratípico²⁹.

Destarte, deve-se destacar que o dolo eventual não se consubstancia apenas com a assunção do risco de produzir o resultado lesivo, é indispensável, tal como no dolo direto, a presença do elemento cognitivo e do elemento volitivo que crie um liame subjetivo entre o autor e o resultado, não se trata, pois, de um mero desejo.

Paulo Queiroz³⁰ refere que na doutrina fazia distinção entre duas espécies de dolo, hoje já superadas pela doutrina, a saber, o dolo genérico e o dolo específico. O dolo genérico seria a vontade do agente de realizar o tipo descrito na lei, enquanto que o dolo específico se configura no fim especial do delito. Entretanto, tal distinção

penal, haja vista que “é tão grave matar alguém diretamente, quanto considerar sua morte uma consequência necessariamente unida ao objetivo que perseguiu.” (MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, 1988, p. 60.)

²⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, 1988, p. 60.

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 2014, p. 362.

³⁰ QUEIROZ, Paulo. *Op. cit.*, 2005, p. 194.

a superada e “numa palavra, o que antes se chamava “dolo específico” chama-se agora “elementos subjetivos do tipo” ou “elementos subjetivos do injusto”³¹.”

Por conseguinte, o que se denominava como dolo específico, na realidade, se constitui no especial fim de agir, elemento subjetivo especial do injusto que integra determinados tipos penais incriminadores fundamentando a ilicitude do fato, entretanto, deve-se ter em mente que o especial fim de agir, ainda que dilate o aspecto subjetivo do tipo, não faz parte do dolo nem tampouco com ele se confunde, haja vista que, o dolo encerra-se com a consciência e a vontade de realizara ação com a finalidade de a ação delituosa, ou a assunção do risco³².

Deve-se, pois, destacar que todas as espécies de dolo apresentada podem ser consubstanciadas sob o prima do dolo alternativo, caracterizando-se por situações em que com uma ação, o agente representa uma pluralidade de resultados se satisfazendo em realizar qualquer deles. Cirino dos Santos apresenta os seguintes exemplos para explicar o dolo alternativo: “a) A atira em B para matar ou, simplesmente, ferir; b) A atira para matar B ou, pelo menos, matar o cachorro de B; c) A atira para matar o cachorro de B, mas consente na possibilidade prevista de matar B, próximo do animal³³.”

3. TEORIA DO CRIME CULPOSO

Os crimes tidos como culposos, se constituem em excepcionalidade dentro do ordenamento jurídico. Do ponto de vista legal, a regra é a ocorrência da conduta na forma dolosa. Entretanto, a doutrina defende que quanto à quantificação, os delitos cometidos por imprudência representam a grande cifra dos delitos cometidos.

³¹ QUEIROZ, Paulo. *Op. cit.*, 2005, p. 194.

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 2014, p. 364. Em sentido contrário Paulo Queiroz aduz que o dolo deve integrar todos os elementos do tipo “ocorre que, se o dolo compreende, como assinalado, todos os elementos do tipo, evidentemente que deverá também compreender tais elementos, fazendo sentido, por conseguinte, pretender autonomizá-los em face do conceito de dolo. De fato, se se entende dolo como “saber e querer a realização do tipo”, tal há de compreender, necessariamente, todos os elementos que o integram, pouco importando se objetivos ou subjetivos, mesmo porque o conceito de dolo é um conceito referencial, e, pois, só tem sentido em referência a uma descrição típica certa e determinada, não havendo por que se lhe restringir o alcance a determinados elementos seus – objetivos”. (QUEIROZ, Paulo. *Op. cit.*, 2005, p. 195.)

³³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 141.

O desenvolvimento desencadeado pela industrialização da sociedade, iniciado no século XVII e se intensificou nos séculos seguintes, Muñoz Conde³⁴ alude que o desenvolvimento tecnológico potencializou o risco para a vida e a integridade física dos indivíduos na sociedade. A principal característica do delito culposos reside no modo como ele se realiza e não no resultado lesivo, haja vista que o que o distingue seria a inobservância do dever objetivo de cuidado, o ponto nevrálgico que constitui o delito negligente.

Diferente dos delitos dolosos, nem toda ação negligente é punida dentro da esfera penal, isso se deve, sobretudo, ao princípio de intervenção mínima que preceitua que o direito penal deve intervir somente nos casos em que o resultado lesivo afete bens jurídicos fundamentais, nesse sentido Muñoz Conde alude:

Até certo ponto, é lógico que isto aconteça, porque a penalização indiscriminada de todo comportamento negligente, qualquer que seja o bem jurídico afetado ou independentemente do resultado que produza, suporia uma enorme inflação do Direito Penal e uma paralisação da vida social³⁵.

Nessa senda apenas alguns delitos admitem a forma culposa, sendo, portanto, o delito imprudente uma excepcionalidade.

Diante do exposto, uma das características dos crimes culposos é sua ausência de definição legal quanto ao modo e maneira de execução, haja vista a variabilidade de situações e circunstâncias em que o mesmo se manifesta, desse modo, são indicados apenas pela sua natureza. Dessa forma, a doutrina define os delitos culposos como delitos de tipo aberto, que devem ser complementados, diante do caso concreto, mediante interpretação doutrinária e/ou judicial. Zaffaroni e Pierangeli³⁶ ao se referirem a esta características discorrem que não é possível proceder a individualização da conduta culposa, sem precisar recorrer a outra norma que direcione qual deveria ser o devido cuidado a ser observado pelo agente. Esta característica não deve ser vista como contrária ao princípio da legalidade, pois a

³⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, 1988, p. 69.

³⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, 1988, p. 71. Nesse sentido Paulo Queiroz “A despeito disso, nem todos os tipos penais admitem a punição a título de culpa, visto que só em caráter excepcional condutas culposas assumem relevância jurídico-penal.” (QUEIROZ, Paulo. *Op. cit.*, 2005, p. 219.)

³⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, 2011, p. 442.

própria natureza do delito culposo impõe tal limitação, neste sentido Cirino dos Santos aduz:

Mas como o tipo objetivo do injusto de imprudência é idêntico ao tipo objetivo do injusto doloso correspondente, e como os critérios de definição da imprudência se enraízam em normas jurídicas, regras profissionais e dados da experiência, não parece haver lesão ao princípio constitucional da legalidade. Afinal como observam Jescheck/Weigend, o leigo é capaz de compreender melhor o comportamento imprudente do que alguns conceitos jurídicos como dolo eventual, legítima defesa etc.³⁷.

Deve-se destacar que a definição do conceito de culpa está atrelada a critérios objetivos em consonância com a capacidade individual do agente. Tendo em vista que, a capacidade individual muda em relação a cada indivíduo, esta variabilidade deu ensejo à controvérsia sobre qual seria o lugar de verificação, acerca, das diferenças pessoais. Uma primeira vertente advoga que devem ser abalizadas somente na culpabilidade, pelo critério da generalização, enquanto uma segunda vertente aduz que devem ser consideradas no tipo de injusto pelo critério de individualização.

Diante dos argumentos trazidos por ambas as correntes, Cirino dos Santos³⁸, destaca a posição adotada por Roxin, que busca realizar uma junção das duas correntes, combinando o critério da generalização com o critério da individualização, pois, exige mais de quem pode mais e também mais de quem pode menos.

3.1. CONCEITOS E ELEMENTOS.

O conceito de crime culposo contido no Código Penal brasileiro no art. 18, II, define-o como resultado causado pelo agente mediante imprudência, negligência ou imperícia. Paulo Queiroz³⁹ conceitua como a ação do agente que realiza um perigo não coberto pelo risco permitido, no âmbito do tipo penal. Bittencourt, nesse mesmo sentido, alude que a “culpa é a inobservância do dever de cuidado manifestada

³⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 159.

³⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 161.

³⁹ QUEIROZ, Paulo. *Op. cit.*, 2005, p. 220. Discorre o autor “Pressuposto da imputação objetiva do tipo culposo é a criação de um risco proibido lesivo de bem jurídico e a realização desse risco no resultado.”

numa conduta produtora de um resultado não querido, mas objetivamente previsível⁴⁰.”

O conceito de delito culposo, na dogmática penal moderna, se biparte em dois conceitos, a saber: o de dever objetivo de cuidado, formulado pela teoria finalista que alude ser a negligência uma lesão ao dever de cuidado objetivo que era necessário observar, e o conceito de risco permitido, que à luz da teoria da elevação do risco, desenvolvida por Roxin, define a imprudência como lesão ao risco permitido. A despeito da existência da controvérsia, Cirino dos Santos externa:

As abordagens da imprudência promovidas por esses critérios são complementares e, por isso, a divergência é mais aparente do que real: o conceito de dever de cuidado define imprudência do ponto de vista do autor individual e indica a atitude exigida para situar a conduta nos limites do risco permitido pelo ordenamento jurídico; o conceito de risco permitido define imprudência do ponto de vista do ordenamento jurídico e indica os limites objetivos que condicionam o dever objetivo de cuidado do autor individual. Assim, pode-se dizer que o risco permitido, definido pelo ordenamento jurídico, constitui a moldura típica primária de adequação do dever de cuidado, de modo que a lesão do dever de cuidado sempre aparece sobre a forma de criação ou de realização de risco não permitido⁴¹.

Vê-se, pois, que os dois conceitos não são excludentes, mas complementares, deles decorrem os elementos da imprudência que seriam o desvalor da ação e o desvalor do resultado.

O desvalor da ação decorre da inobservância do dever objetivo de cuidado, que se constituiu no reconhecimento do perigo ao bem jurídico, buscando de modo diligente evitar que, com sua conduta, produza uma lesão a este, tomando o cuidado necessário para não se efetive. Juarez Tavares aduz que “a lesão ao dever de cuidado resulta da omissão da ação cuidadosa, imposta pela norma, no sentido de atender às funções de delimitação da atividade proibida⁴².”

Disso decorre que a diligencia devida é um elemento central do delito culposo, e não a simples causação do resultado lesivo. O descumprimento desse dever de observância representa a configuração do crime culposo.

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 2014, p. 371.

⁴¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 162.

⁴² TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência: uma contribuição À teoria do crime culposo*. 2. Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2003, p. 279.

A doutrina, ao longo do tempo desenvolveu alguns conceitos com vistas a delimitar o dever objetivo de cuidado, quais sejam: o conceito de homem prudente, o princípio da confiança, o dever de previsibilidade entre outros.

O conceito de homem prudente segundo Cirino dos Santos⁴³ se constitui numa tentativa de delimitar qual seria o comportamento esperado do indivíduo que, estando incluso no seio da sociedade, deveria adotar frente as situação de risco permitido. Um indivíduo que age com diligência é capaz de prevê e avaliar situações em que os bens jurídicos estão sobre o risco de sofrerem algum tipo de lesão não permitida, mediante a análise das circunstâncias de realização da ação lesiva e reflexão sobre os processos subjacentes de criação e de realização do perigo.

O problema principal reside na dificuldade de definir o modelo adequado, em geral influenciado pelas experiências e distorções subjetivas do intérprete, evitando exigências excessivas porque ações socialmente perigosas são normais dentro de determinados limites e, portanto, lesões do dever de cuidado somente são admissíveis em casos de excesso do risco permitido⁴⁴.

Nesta senda, deve evitar a exacerbação das exigências de cuidado, pois, com isso, poderia gerar o engessamento da vida cotidiana, haja vista que o risco permeia o tecido social, possuindo uma zona de tolerância.

Juarez Tavares⁴⁵ alude ao dever de prévia informação e preparação, que se consubstancia na imposição de que o agente reconheça a existência de um perigo para o bem jurídico, ao mesmo tempo em que realize as medidas necessárias na evitação do resultado lesivo. Nesse mesmo sentido Cirino dos Santos advoga que, nos casos em que há ausência de informação deve o agente se abster de realizar a conduta sob pena de empreender a denominada “culpa de empreendimento”⁴⁶.

⁴³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 164. Nesse sentido Juarez Tavares alude: “Esse dever decorre, logicamente, como pressuposto do cuidado externo, pois não é possível o atendimento de uma medida cautelar ou cuidadosa sem o dever de reconhecê-la. Nesta área é de se levar em conta o conhecimento especial do autor, bem como a gravidade do perigo e o valor do bem jurídico. (TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2003, p. 280.). Zaffaroni e Pierangeli de forma concordante discorrem: “A previsibilidade deve ser estabelecida de acordo com a capacidade de previsão de cada indivíduo, sem que para isto se possa recorrer a qualquer “termo médio” ou a “critério de normalidade.” (ZAFFARONI, Eugênio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, 2011, p. 449.)

⁴⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 165.

⁴⁵ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2003, p. 285.

⁴⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 166.

Ainda no que condiz a previsibilidade do resultado lesivo, o mesmo, por conseguinte, deve ser objetivamente previsível. Trata-se de um dado objetivo no que tange a possibilidade de produção do resultado lesivo, tendo por base o conhecimento do risco ao bem jurídico. Bittencourt chama a atenção para o fato de que, a ausência de previsibilidade subjetiva, quando o sujeito ativo não prever o resultado lesivo ou a ocorrência de perigo ao bem jurídico, quando era objetivamente previsível, por si só, não afasta a culpabilidade do agente, “pois a culpa reside exatamente nessa falta de prever o previsível⁴⁷.” Entretanto diante da ausência total de previsibilidade objetiva, não restará configurado o delito culpososob pena de configurar-se responsabilidade penal objetiva.

No que tange ao dever objetivo de cuidado, cinge-se, pois, que o mesmo possui caráter *erga omnes*, ou seja, toda a coletividade deve se abster de realizar ações que ultrapassem os limites do risco socialmente aceitáveis. Espera-se que os indivíduos em sociedade possuam um comportamento diligente uns para com os outros, disso resulta o princípio da confiança.

A doutrina alude ser o princípio da confiança o limitador concreto do dever objetivo de cuidado. Juarez Tavares⁴⁸, refere que a origem do princípio da confiança estar na jurisprudência, sobretudo no que diz respeito a legislação de trânsito, tendo, posteriormente, se estendido a todas as atividades onde haja uma atuação em cooperação.

Neste sentido, o princípio da confiança seria a confiança, por quem atua dentro dos limites de diligência, de que os outros indivíduos adotem o mesmo comportamento, excetuando as situações em que existem indícios que apontem o contrário. Juarez Tavares aponta neste mesmo sentido ao dizer que o princípio da confiança dispõe:

Todo aquele que atende adequadamente ao cuidado objetivamente exigido, pode confiar que os demais coparticipantes da mesma atividade também operem cuidadosamente. A consequência da aplicação deste pensamento no direito penal será a de excluir a responsabilidade dos agentes em relação a fatos que se estendam para além do dever concreto que lhes é imposto nas

⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 2014, p. 378.

⁴⁸ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2003, p. 293.

circunstâncias e nas condições existentes no momento de realizar a atividade⁴⁹.

Outrossim, algumas ressalvas devem ser feitas, a respeito do alcance do princípio da confiança. Ao gerenciar a aplicação de tal princípio, deve-se diferir os riscos criados pela ação humana dos riscos gestados pela força da natureza. Os perigos decorrentes de forças naturais geram, para todos, a obrigação de evitar os riscos, desde que sejam previsíveis. De outro modo, em se tratando de riscos advindos da ação humana individual, apenas o autor da ação perigosa será responsabilizado pelos danos que decorrerem de sua conduta, aduz Tavares “Assim, salvo na hipótese de ação conjunta e vinculante, ninguém, em princípio, deve responder por ações defeituosas de terceiros⁵⁰.”

Do mesmo modo, o preceito do princípio da confiança não deverá ser aplicado às situações em que a conduta lesiva de terceiro acarretará na criação do risco proibido, assim como nas circunstâncias em que é dado ao agente o dever de controle e fiscalização a respeito da ação de outrem como crianças ou enfermos mentais. Não poderá, ainda ser utilizado o princípio da confiança como limitador do dever objetivo de cuidado o agente que atua de forma consciente em desacordo com esse dever, neste sentido Tavares

Finalmente, é irrelevante a alegação da confiança como limitador do dever de cuidado por quem atua, por si mesmo, de modo contrário a esse dever. Assim, o motorista que dirige pela preferencial, mas em excesso de velocidade, não pode confiar que os outros atendam à sua preferência⁵¹.

Destarte, a despeito das ressalvas apresentadas, o princípio da confiança se perfaz num meio de tornar ações que se relacionem a fatos que violem o risco permitido, adequadas ao dever objetivo de cuidado, assim Juarez Cirino aduz “porque a exigência de omitir ações hipoteticamente relacionadas a crimes futuros

⁴⁹ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2003, p. 294. Neste mesmo sentido Juarez Cirino: “Em geral, o princípio da confiança significa a expectativa, por quem se conduz nos limites do risco permitido, de comportamentos alheios adequados ao dever de cuidado, exceto indicações concretas em contrários.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 167.).

⁵⁰ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2003, p. 294.

⁵¹ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2003, p. 296.

teria igual efeito inviabilizador da vida social moderna que a renúncia à circulação de veículos⁵².”

A imputação do resultado lesivo ao autor, nos crimes culposos, e sua correspondente punição, não deve ser fundado, apenas, no desvalor da ação, mas também no desvalor do resultado que vem a ser efetivamente a lesão do bem jurídico tutelado pelo tipo penal. Zaffaroni e Pierangeli⁵³, nesse sentido defendem que deve existir uma relação entre a violação do dever de cuidado e a correspondente lesão ao bem jurídico. O dano deve ter correspondência direta com a conduta ensejadora da violação do dever de cuidado.

Bittencourt⁵⁴ se posiciona neste mesmo sentido ao defender que o injusto culposo deve se consubstanciar pela coexistência do desvalor da ação ao lado do desvalor do resultado

Nesta senda, para que se impute o resultado ao agente deve-se observar os seguintes requisitos: a relação causal entre a conduta lesiva ao risco permitido e o resultado danoso ao bem jurídico; realização do risco proibido pela conduta do agente; e a previsão do resultado.

A relação causal entre a conduta lesiva do agente e o resultado lesivo é aferida tendo por base a teoria da equivalência das condições, a lesão do bem jurídico deve estar ligada diretamente a lesão do dever objetivo de cuidado. A realização do risco está ligado a realização do dano ao bem jurídico conectando, dessa forma, desvalor da ação com desvalor do resultado

Assim a imputação do resultado exige: primeiro a ação lesiva do dever de cuidado ou do risco permitido – o desvalor de ação criador do perigo para o bem jurídico protegido; segundo, o resultado de lesão do dever de cuidado ou do risco permitido – o desvalor de resultado como produto da lesão do dever de cuidado ou do risco permitido⁵⁵.

⁵² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 168.

⁵³ ZAFFARONI, Eugênio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, 2011, p. 447. Muñoz Conde em consonância com tal entendimento “O resultado no delito negligente constitui, normalmente, lesão dano ou destruição de um bem jurídico e, mais raramente, é suficiente com a colocação em perigo do bem jurídico.” (MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, 1988, p. 75.)

⁵⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 2014, p. 378.

⁵⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 171.

A doutrina define algumas situações em que ocorre a exclusão da imputação do resultado lesivo ao autor. Cirino dos Santos⁵⁶ elenca algumas circunstâncias como: nas hipóteses em que a lesão ao bem jurídico decorre de acontecimentos imprevisíveis, em que a conduta negligente não pode ser imputada ao autor; situações em que a vítima da lesão, ciente do risco, se coloca em perigo; circunstâncias em que a despeito do perigo ter sido criado por terceiro, a vítima da lesão consente em se expor ao perigo dentre outras.

A doutrina diferencia três modalidades de culpa em sentido estrito, distinguindo imprudência, negligência e imperícia, cada uma com sua especificidade, se fazendo necessário, pois, a delimitação de cada uma delas.

A imprudência se constitui na realização de uma conduta perigosa, em que o sujeito ativo age com precipitação, sem observar os cuidados necessários que a situação requer. É denominada de *culpa in faciendo* ou *culpa in commitendo*, pois trata-se de modalidade de culpa que se realiza concomitantemente com a ação. Bittencourt discorre:

Na imprudência há visível falta de atenção, o agir descuidado não observa o dever objetivo da cautela devida que as circunstâncias fáticas exigem. Se o agente for mais atento, poderá prever o resultado, utilizando seus freios inibitórios e assim não realizar a ação lesiva⁵⁷.

Desse modo, tem-se que a modalidade de culpa por imprudência tem como principal característica a concomitância da culpa e a ação lesiva são simultâneas, a exemplo do agente que decide dirigir veículo automotor mesmo ciente de que se encontra em estado de embriaguez.

A negligência, por seu turno, se perfaz na realização de uma conduta em que o autor age de forma displicente, sem a devida precaução, à vista da previsibilidade de ocorrência do resultado lesivo, o agente não busca adotar o cuidado necessário. Por se tratar da falta de cuidado necessário, ou seja, uma omissão negligente, é denominada de *culpa in omitendo*. Em contraponto a modalidade de imprudência, a negligência se manifesta anteriormente a realização da ação, o agente não adota o cuidado devido antes de iniciar a conduta. Pode se citar a título de exemplo

⁵⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 172.

⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 2014, p. 380.

motorista de ônibus que trafega com as portas abertas causando um acidente e morte de um dos passageiros⁵⁸.

A imperícia se consubstancia na falta de aptidão técnica, na definição de Paulo Queiroz “é a inobservância, por despreparo prático ou insuficiência de conhecimentos técnicos, das cautelas específicas no exercício de uma arte, ofício ou profissão⁵⁹.” A imperícia, pois, é a ausência de conhecimento técnico para o exercício de arte, profissão ou ofício que em decorrência disso o agente deixa de realizar medidas cautelares causando a lesão ao bem jurídico tutelado. Entretanto, deve-se destacar que a imperícia não se confunde com o erro profissional, alude Bittencourt:

O erro profissional é, em princípio, um acidente escusável, justificável e, de regra, imprevisível, que não depende do uso correto e oportuno dos conhecimentos e regras da ciência. Esse tipo de acidente não decorre da má aplicação de regras e princípios recomendados pela ciência, pela arte ou pela experiência. Deve-se à imperfeição e precariedade dos conhecimentos humanos, operando, portanto, no campo do imprevisível, transpondo os limites da prudência e da atenção humanas⁶⁰.

Assim sendo, a imperícia é a falta de competência para o exercício de atividade técnica não se confunde com o erro.

3.1.2 Espécies de culpa.

A previsibilidade do resultado lesivo se constitui no elemento central no que tange na diferenciação da culpa inconsciente da culpa consciente. Diante da espécie de culpa inconsciente o agente não prevê a ocorrência do resultado lesivo, dessa forma não busca acautelá-lo mediante uma conduta diligente; No que concerne a culpa consciente o autor prevê a ocorrência da lesão ao bem jurídico, mas acredita poder evitar seu acontecimento. Desse modo, percebe-se que o elemento que distingue as espécies de culpa é a ocorrência ou não da previsibilidade da lesão ao bem jurídico tutelado.

⁵⁸ Exemplo contido em: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 2014, p. 380.

⁵⁹ QUEIROZ, Paulo. *Op. cit.*, 2005, p. 229.

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 2014, p. 381.

A culpa consciente, também denominada de culpa *ex ignorantia*, se constitui na ausência de previsão da lesão do dever objetivo de cuidado a despeito de ser objetivamente previsível. Zaffaroni e Pierangeli⁶¹ aludem que na culpa inconsciente não há representação efetiva do perigo que, ao realizar a conduta, estará exposto o bem jurídico. Nessa espécie o agente devia e podia prevê a realização do resultado lesivo.

Deste modo, mesmo havendo a possibilidade de que o agente preveja o resultado, o mesmo não antever o perigo por descuido ou desatenção, neste sentido Bittencourt discorre:

Ou seja, o sujeito atua sem se dar conta de que sua conduta é perigosa, e de que desatende aos cuidados necessários para evitar a produção do resultado típico, por puro desleixo e desatenção. A culpa inconsciente, nesse sentido, caracteriza-se pela ausência absoluta de nexos psicológico entre o autor e o resultado de sua ação. Mesmo assim é punível na medida em que fique demonstrado que o agente poderia conhecer os riscos de seu comportamento, ajustando-o às medidas de cuidado necessárias, com um mínimo de esforço, normalmente esperado de qualquer pessoa nas circunstâncias do autor⁶².

No que concerne à culpa consciente, também denominada culpa com representação⁶³, ou ainda imprudência consciente⁶⁴, o agente prevê a possibilidade de ocorrência do resultado lesivo, entretanto, acredita que pode, mediante sua habilidade, evitar a sua ocorrência. O agente não deseja a ocorrência do resultado lesivo, nem assume o risco de produzi-lo, ao passo que imagina ser possível a ocorrência, acredita que pode evita-lo.

Paulo Queiroz⁶⁵ em sintonia com tal entendimento conceitua culpa consciente como as circunstâncias em que o sujeito ativo gera conscientemente um risco, lesando o dever objetivo de cuidado, na crença de que tal risco não causará lesão

⁶¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, 2011, p. 450. Em consonância com tal entendimento Juarez Cirino discorre: “A imprudência inconsciente define-se pela ausência de representação da lesão do dever de cuidado ou do risco permitido – o autor não representa a possibilidade de realização do tipo – e constitui a modalidade menos grave de imprudência.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 179.).

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 2014, p. 383.

⁶³ ZAFFARONI, Eugênio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, 2011, p. 450.

⁶⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 180.

⁶⁵ QUEIROZ, Paulo. *Op. cit.*, 2005, p. 228. Neste sentido assinala Bittencourt: “Há culpa consciente, também chamada de culpa com previsão, quando o agente conhece a perigosidade da sua conduta, representa a produção do resultado típico como possível (previsibilidade), mas age deixando de observar a diligência a que estava obrigado, porque confia convictamente que ele não ocorrerá.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 2014, p. 382.)

ao bem jurídico tutelado. Dessa forma, portanto, a culpa consciente se perfaz na espécie em que o agente prevê a possibilidade de ocorrência do resultado, mas crê que poderá evita-lo.

Por fim, conceitua-se como culpa imprópria ou culpa por assimilação, as circunstâncias em que o sujeito ativo, realiza conduta dolosa, entretanto calcada em erro vencível, que se presente excluiria a ilicitude da ação. Portanto, o agente deseja a realização do fato típico, mas devido à vencibilidade do erro acredita estar agindo dentro dos limites da legalidade. Bittencourt esclarece:

Nesses termos, a culpa imprópria, culpa por extensão ou assimilação, decorre do erro evitável sobre as causas de justificação e, dependendo do ponto de partida metodológico no estudo da teoria do erro, poderá abranger a) o erro vencível sobre os pressupostos objetivos das causas de justificação; b) o erro evitável sobre os limites da própria excludente da antijuridicidade, nos casos de excesso nas suas causas de justificação; c) o erro evitável sobre a existência, no caso concreto, de uma justificação. Nessas circunstâncias, o agente quer o resultado típico ou quer realizar uma conduta perigosa em razão de o seu conhecimento sobre a ilicitude encontra-se viciado por um erro que, com mais cuidado, poderia ser evitado⁶⁶.

A concorrência de culpas, se consubstancia em situações onde dois ou mais agentes, contribuem culposamente, para a realização de um fato típico. Não há que se falar em concurso de pessoas, pois não se encontra nestes casos o vínculo subjetivo inerente ao concurso. Dessa forma em havendo concorrência de culpas, cada indivíduo responde isoladamente pela lesão ao bem jurídico provocado.

Por fim, deve-se fazer uma ressalva a respeito da denominada culpa temerária, que há muito vem sendo estudada na Europa, mas que não encontrou abrigo no direito penal pátrio. Segundo Selma Pereira de Santana se configura em “uma especial intensificação da culpa, não só em nível da culpabilidade, mas também em nível do tipo de ilícito. No primeiro nível, torna-se indispensável a prova autônoma de que o agente, não omitindo a conduta, revelou uma atitude particularmente censurável de leviandade ou de descuido perante o comando jurídico-penal⁶⁷.”

⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* 2014, p. 384.

⁶⁷ SANTANA, Selma Pereira de. *A culpa temerária: contributo para uma construção no direito penal brasileiro*. São Paulo. Editora revista dos tribunais, 2005, p. 93.

4. TEORIAS DIFERENCIADORAS DO DOLO EVENTUAL E DA CULPA CONSCIENTE.

A doutrina vem, ao longo do tempo, buscando delimitar, de maneira mais precisa, o limiar que separa o dolo eventual da culpa consciente. Trata-se de um dos dilemas mais adversos da teoria do delito dando ensejo à construção de diversas teorias com o escopo de lançar luz à divergência doutrinária.

A linha limítrofe entre ambos é tênue e nebulosa, pois, pelo menos em tese, há entre ambos a previsão do resultado lesivo, ou seja, o elemento cognitivo, tanto no dolo eventual, quanto na culpa consciente são análogos, a divergência estaria, dessa forma, circunscrita no que tange ao elemento volitivo.

Haveria, portanto, a projeção acerca da possibilidade de produção de um resultado lesivo; no entanto, a divergência reside no elemento volitivo: enquanto na culpa consciente, o agente rechaça a possibilidade de ocorrência do resultado lesivo, acreditando que, em decorrência de suas habilidades ou do imponderável, não ocorrerá sua produção. Em outra senda, no dolo eventual, o agente não só acredita na possibilidade de ocorrência do resultado, como assume o risco de produzi-lo, ele não quer que o resultado lesivo ocorra, mas não se importa se este vier a se materializar⁶⁸.

Os problemas enfrentados na delimitação, conceituação do dolo eventual, quando contraposto à luz da culpa consciente, ensejam a criação de uma gama de teorias que acarretam a controvérsia doutrinária acerca do tema. Diante da polêmica gerada pelas diversas abordagens, muitos doutrinadores advogam contra a existência dessas instituições.

Os autores sustentam a tese de que o dolo eventual não é compatível com o sistema penal garantista, pois diante da difícil comprovação do dolo eventual no processo penal abre-se espaço para a arbitrariedade e a seletividade do sistema penal. Diante desse cenário, e buscando construir uma delimitação precisa, foram criadas diversas teorias que buscam fazer a distinção entre os dois institutos, a elas

⁶⁸ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 1971, p. 113. No mesmo sentido, SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 133.

deu-se o nome de teorias diferenciadoras⁶⁹, e, inclusive, teorias unificadoras que como o nome sugere, buscam fazer uma junção das correntes que surgiram, propondo o aglutinamento destas e o banimento dessa distinção⁷⁰.

Há de se destacar que, a despeito de se estar buscando diferenciar o dolo eventual da culpa consciente, ao fim e ao cabo, de certa forma, a definir o conteúdo dos elementos do dolo, pois ao perquirir os limites que separam os dois institutos, a doutrina lança luz sobre a estrutura do dolo, diante disso a esse conjunto teórico também se atribuiu a denominação de teorias do dolo.

A divergência se estende, também, no que tange à categorização das teorias, o que colabora para a absoluta falta de consenso⁷¹, alterando conforme a obra adotada. Muñoz Conde⁷² defende a ideia de uma teoria bipartida em: teoria da probabilidade, que estaria assentada no elemento cognitivo do dolo, e a teoria da vontade (ou consentimento) que tem como base o elemento volitivo; Callegari e Weber estruturam as teorias em: teoria do conhecimento, do consentimento, da indiferença, da vontade, da representação e da probabilidade⁷³; Cirino dos Santos⁷⁴ e Juarez Tavares⁷⁵ bipartem as teorias em teorias volitivas e cognitivas; Roxin defende classificação em onze teorias que, de certa forma, é um aglomerado das demais teorias suscitadas pela dogmática penal⁷⁶.

⁶⁹ Para Roxin, a literatura científica mais antiga estava dominada pela contraposição entre as teorias da vontade e as teorias da representação. Aquelas enfatizavam a delimitação entre dolo eventual e culpa consciente nos elementos volitivos do dolo; estas, nos elementos intelectuais (ROXIN, Claus. *Derecho Penal – parte general*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña et al. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 430).

⁷⁰ Nesse sentido, Busato afirma que “[a]s discussões entre as duas correntes são ácidas e muito detalhadas, sempre a partir da busca por um elemento diferenciador (nas concepções tripartidas) ou aglutinador (nas teorias unitárias) entre o dolo direto e o dolo eventual” (BUSATO, Paulo César. *Dolo e significado*. In: BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e Direito Penal – modernas tendências*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 61).

⁷¹ É curioso notar que Zaffaroni e Pierangeli afirmam que “[d]urante muitos anos alguns autores insistiram no aspecto de conhecimento do dolo, situando nele a sua essência (teoria da representação), enquanto outros acentuavam seu aspecto de vontade pura (teoria da vontade). Há mais de meio século a doutrina apercebeu-se de que é tão falso que o dolo seja representação como que o dolo seja vontade: *o dolo é representação e vontade*” (ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, 2011, p. 420, grifos do original);

⁷² MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, 1988, p. 60-61.

⁷³ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 166-171.

⁷⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 134.

⁷⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 334-335.

⁷⁶ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 430-447.

Devido a essa controvérsia linguística, Nelson Hungria afirmava que a discussão em torno das teorias do dolo consistia em “pura logomaquia”⁷⁷, ou seja, numa discussão em que diferentes interpretações versam sobre o sentido de uma palavra. Na mesma senda, Cirino dos Santos advoga que a controvérsia cinge-se de um conflito mais calcado nas conceituações verbais do que em diferenças reais, concluindo:

A controvérsia sobre a questão é a história inacabada da criação e do conflito desses critérios – cujas diferenças, na verdade, são mais verbais do que reais, e que representam, afinal e apenas, meras indicações da existência de uma decisão pela possível lesão do bem jurídico, na precisa lição de Roxin⁷⁸.

Em meio a extensa gama de classificações, com o objetivo de sistematizar o estudo, podemos agrupar todas as espécies de teorias em dois gêneros – teorias volitivas e teorias cognitivas. Essa classificação não é de forma alguma aleatória ou mesmo arbitrária, busca-se com essa divisão agrupar as teorias que possuem pontos em comum ao mesmo tempo em que se evita elidir as vicissitudes exclusivas de cada uma delas, ou seja, não é de bom alvitre separar todas as espécies teóricas como se entre elas não houvessem similaridades, mas também deve-se ter cuidado para não as resumir em somente duas espécies, de modo que se demonstre as peculiaridades constitutivas de cada uma delas.

Outrossim, a classificação das teorias em cognitiva ou volitiva relaciona-se, diretamente aos componentes estruturantes da teoria do dolo, haja vista que, de acordo com as teorias cognitivas, o dolo seria formado exclusiva e diretamente pela representação do fato (componente cognitivo); para as teorias elencadas como volitivas, o dolo restaria composto pela representação do fato (componente cognitivo) e pela vontade de agir (componente volitivo).

4.1. TEORIAS VOLITIVAS.

As teorias volitivas sustentam que o dolo é constituído por um elemento intelectual que pressupõe uma potencial consciência das circunstâncias objetivas do tipo e deve estar presente no momento da ação, e por um elemento volitivo

⁷⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal (Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940)*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1, t. 2, p. 115.

⁷⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 132.

consubstanciado na vontade de realizar a figura descrita no tipo, integrante, portanto, da ação.

Dessa forma, as teorias elencadas como volitivas trazem consigo a ideia de que o dolo é constituído por dois elementos, um intelectual e outro volitivo, de sorte que todas as espécies desse gênero teórico trazem à tona, de alguma forma, a vontade.

Em meio às principais teorias do dolo que estruturam seu enfoque na vontade, portanto, enquadráveis como volitivas, destacam-se (a) a teoria do consentimento ou da aprovação, (b) a teoria da indiferença ou do sentimento, (c) a teoria da vontade de evitação não comprovada e (d) as fórmulas de Frank.

Deve-se destacar que há divergência doutrinária quanto à classificação da teoria da vontade de evitação não comprovada. Cirino dos Santos⁷⁹ a enquadra como teoria volitiva, enquanto Tavares⁸⁰ a considera cognitiva. Seguimos a posição adotada por Juarez Cirino, pois, tratar-se de espécie de teoria volitiva, haja vista que se estrutura tendo como elemento (de exclusão do dolo) a vontade.

4.1.1 Teoria do consentimento ou da aprovação.

Para a teoria do consentimento⁸¹, o dolo eventual restaria configurado assim que o indivíduo, diante da previsibilidade, assentisse com o resultado lesivo.

Nesse mesmo sentido, que o cerne do dolo eventual para esta teoria estaria no elemento volitivo consubstanciado na posição do agente de assumir o risco, neste sentido Bittencourt aduz:

A vontade, para essa teoria, como critério aferidor do dolo eventual, pode ser traduzida na posição do autor de assumir o risco de produzir o resultado representado como possível, na medida em que “assumir” equivale a consentir, que nada mais é que uma forma de querer⁸².

⁷⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 136.

⁸⁰ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 338.

⁸¹ Destaca-se que, diferentemente das demais teorias, a doutrina não costuma atribuir a sua formulação original a alguém. A única referência encontrada foi na obra de Cirino dos Santos, quem atribui a teoria do consentimento a Edmund Mezger (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 135).

⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 357.

Dessa forma, ao prever a possibilidade de ocorrência do resultado contido no tipo penal e consentir que o mesmo ocorra, estaria tipificado o dolo eventual⁸³.

Ressalta-se que, a anuência em relação ao resultado lesivo se manifesta consoante uma atitude positiva de aceitação por parte do agente. Destarte, a utilização de diversas denominações linguísticas para definir consentimento, diversas de “querer”, tem, como escopo, se afastar do senso comum atribuído à palavra “vontade”, harmonizando o que se compreende como conceito do dolo com a desaprovação interna do resultado⁸⁴.

Outrossim, há quem divirja do pensamento acima ilustrado, apresentando uma definição da teoria do consentimento que vai de encontro a tal entendimento, neste sentido Cirino dos Santos⁸⁵ e Roxin⁸⁶, uma vez que, estes autores sustentam que, na teoria do consentimento, o resultado deve, necessariamente, agradar ao agente.

Em decorrência deste entendimento, esses autores construíram uma crítica à teoria: a anuência em relação ao resultado seria uma característica intrínseca do dolo direto, e não do dolo eventual. Por outro lado, há vozes dissonantes na doutrina que argumentam não ser cabível tal crítica, pois o consentimento por ela exigido não corresponde ao sentido comum de “vontade”.

Na defesa desse posicionamento Tavares explica que, o posicionamento defendido por Cirino dos Santos e Roxin adequasse a uma das linhas da teoria do consentimento. A primeira linha vincula a vontade ao lado emocional, admitindo o dolo eventual no que concerne, apenas, nos casos em que o resultado agrade o agente. Em sentido diametralmente oposto, ocorreria a culpa, quando o resultado fosse desagradável a ele. Sob outra perspectiva, para a segunda linha de inteligência, haveria dolo eventual, mesmo que o resultado fosse desagradável ou indesejável ao agente, o que se leva em conta, de fato, são os reais anseios do agente, pois, para

⁸³ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 1971, p. 114- 115. Callegari define a teoria do consentimento como a representação da possível ocorrência do resultado e a manifestação, no agente, da vontade de ocasioná-lo; assim, afirma que, somado à representação, deveria haver um querer o resultado (CALLEGARI, André Luís. *Op. cit.*, 2014, p. 99).

⁸⁴ Por conta disso, Roxin utiliza a expressão “querer em sentido jurídico” (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 308).

⁸⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 135.

⁸⁶ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 431.

alcançar os seus objetivos, pode transformar o perigo de produção do resultado como meio necessário⁸⁷.

A segunda linha doutrinária é a posição majoritária, pois se entende que ambas as espécies dolosas (direta e eventual) dispensam a aprovação do resultado pelo agente. Zaffaroni e Pierangeli ao explicarem tal entendimento ilustram, com o caso do sujeito que, coagido psicologicamente, pratica um roubo, mesmo não tendo desejado que essa ação ocorresse (dolo direto de primeiro grau)⁸⁸.

Assim, distinguidos os conceitos, fica claro que se pode ter vontade sem desejo e desejo sem vontade. Um sujeito pode querer obter uma soma de dinheiro mediante uma ação violenta, mas não ter desejado esta ação, e ter sido coagido a cometê-la por um terceiro que o ameaçava de morte. Inversamente, pode ocorrer que um sujeito queira a morte de um tio rico, para herda-lhe o patrimônio, e apesar disso nada faça para matá-lo⁸⁹.

Dessa forma, não se deve atrelar o dolo à agradabilidade do resultado, em qualquer de suas espécies.

Destarte, deve-se destacar que o dolo de consequências necessárias é compatível com a desaprovação do resultado, diante disso não se pode exigir, no dolo eventual – dolo das consequências possíveis –, a agradabilidade do agente frente ao resultado.

Roxin esclarece que, a partir do pós-Segunda Guerra Mundial, os contornos definidos acerca da teoria da aprovação foram de encontro ao que ele defendia, pois, atribuiu à expressão “aprovar” um sentido jurídico, por esta nova sistemática o agente pode não desejar a ocorrência do resultado lesivo, mas, ainda assim, pode aprovar a produção do resultado, tendo, como objetivo final, alcançar o desígnio por ele perseguido⁹⁰.

Ademais, a aprovação (ou consentimento) e possibilidade de ocorrência do resultado são duas faces da mesma moeda, uma não podendo se desvencilhar da outra, ou seja, a aprovação ou consentimento do sujeito não se refere ao resultado

⁸⁷ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 278-279.

⁸⁸ Esse exemplo consta em ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 362.

⁸⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 362.

⁹⁰ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 431-432.

direto e sim à possibilidade de ocorrência, a sua circunstancial eventualidade, haja vista que é o resultado que está sujeito a acasos ou condições incertas.

Diante disso, se o agente prevê a ocorrência de um resultado ilícito a partir de sua conduta e, ainda assim, assume o risco de ou consinta com a sua possível produção, estaremos diante da ocorrência do dolo eventual; em contrapartida, se o indivíduo não coaduna com sua eventual produção, mas confia na não ocorrência do resultado pela habilidade ou perícia ao realizar a ação concreta, estar-se-á frente à culpa consciente⁹¹.

No que tange ao aspecto volitivo do dolo, não há muitas divergências, pois há um consentimento de que este se constitui no direcionamento da ação ao fim almejado; o agente representa, como possível, a ocorrência do resultado, admitindo-o como consequência possível de seu objetivo final. No entanto, o cerne crucial da teoria do consentimento – e também das demais teorias – diz respeito ao elemento cognitivo do dolo, pois determina o conteúdo do conhecimento do fato apresentado como típico.

De acordo com o entendimento majoritário da doutrina acerca da teoria do consentimento⁹², a produção do resultado deve ser, ao menos, possível, não

⁹¹ A definição de dolo eventual e culpa consciente apresentada pela teoria do consentimento não diverge da proposta formulada por Roxin, apesar de o autor pretender fundamentar politicamente a fronteira entre dolo eventual e culpa consciente, como forma de justificar a diferença na aplicação da pena. Para Roxin, haveria dolo eventual quando o sujeito conta seriamente com a possibilidade de realizar o tipo penal, mas, apesar disso, continua agindo para alcançar o fim perseguido e se resigna à eventual realização do delito, conformando-se com ela. De outro lado, agiria com culpa consciente quem reconhece a possibilidade de produção do resultado, mas não a toma como séria, e sim negligentemente confia na não realização do tipo. O autor conclui que “quem conta com a possibilidade de um resultado típico e, apesar de tudo, isso não o faz desistir de seu projeto, se decidiu assim – em certo modo mediante atos concludentes – contra o bem jurídico protegido”, coincidindo, portanto, apesar de algumas peculiaridades, com o conteúdo da teoria do consentimento. Ainda, para Roxin, outra teoria compatível com a teoria do “tomar-se a sério” (consentimento) seria a teoria da assunção dos elementos constitutivos do injusto, de Schroth, que não será abordada em uma subseção própria por não ter tido repercussão significativa. De acordo com essa teoria, haveria dolo eventual quando o agente assume os elementos (condições) constitutivos do injusto com conhecimento do risco. Assim, o sujeito deve saber que facilmente as circunstâncias constitutivas do injusto se produzirão com a sua ação. Entretanto, o dolo estaria excluído se o agente (a) reprime os elementos de perigo, (b) acredita seriamente que a lesão ao bem jurídico não ocorrerá, (c) emprega sérios esforços de evitação, com perspectiva pessoal de êxito ou (d) acredita que a vítima ou terceiros impedirão a ocorrência das circunstâncias constitutivas do injusto. Tais critérios seriam apenas concreções do conceito de “tomar a sério” (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 427; p. 429; p. 445-446).

⁹² Juarez Tavares afirma que “[n]ão se exige que o agente tome o fato como provável, bastando a possibilidade de conexão entre as consequências e o emprêgo dos meios ou o alcance do fim” (TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 1971, p. 114- 115). Para Callegari, “a mera representação da possível ocorrência do resultado não basta para a configuração do dolo. Mais do que isso, deve se manifestar no agente a vontade de consecução do resultado mentalmente representado” (CALLEGARI, André

necessitando ser provável. O consentimento é mais do que uma simples possibilidade, porém, menos que uma probabilidade. Para a configuração do elemento subjetivo, é suficiente uma consciência real, mas não refletida, ou seja, não planejada. Nesse sentido, o conhecimento exigido pelo dolo não requer um ponderar constante, isto é, um conhecimento atual, mas também pode ser constituído com alguns conhecimentos atualizáveis⁹³.

A teoria do consentimento é a teoria dominante, tendo sido adotada, no Código Penal de 1940⁹⁴, compatível com a desaprovação pessoal do resultado, sob o signo de “assumir o risco”. A teoria do consentimento é a majoritária, pois, ela consegue trazer soluções para as situações nas quais a aplicação de uma punição por crime culposo parece ser insuficiente, mas a vontade do agente não está clara, sendo o dolo eventual uma solução para essas situações, pois, pela teoria do consentimento, pode-se demonstrar que o agente consentiu com a produção do resultado lesivo.

Destarte, a teoria do consentimento possui algumas fragilidades, uma dessas estaria ligada à questão probatória, pois exigiria a comprovação de um fato que se desenvolve, apenas, no plano das ideias. Nesse sentido Callegari e Weber discorrendo sobre o assunto frisam que

Deve o agente, estar de acordo ou ter internamente consentido com o resultado a ocorrer, evidenciando-se uma perceptível dificuldade de se comprovar processualmente a ocorrência de dolo de acordo com essa teoria (assim como de acordo com a teoria da indiferença), já que se deve demonstrar uma circunstância mental do agente, um estado subjetivo de vontade, que se considera inacessível ao homem (ao menos de forma segura), inclusive nos moldes construídos por Frank em suas fórmulas⁹⁵.

O autor ainda afirma que a teoria do consentimento possui uma faceta deveras autoritária ao sedimentar a culpabilidade do autor do delito nas

Luís. *Op. cit.*, 2014, p. 99). Cirino dos Santos afirma que, pela teoria do consentimento, o agente deve aprovar o resultado típico previsto como possível (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 73).

⁹³ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, 2011, p. 421.

⁹⁴ “Vê-se que o nosso legislador de 40, ao fixar a noção do dolo, não se ateve à chamada *teoria da representação* (para a existência do dolo, basta a representação subjetiva ou previsão do resultado como certo ou provável), que, aliás, na sua pureza, está inteiramente desacreditada; e, com todo acêrto, preferiu a *teoria da vontade* (dolo é a vontade dirigida ao resultado), completada pela *teoria do consentimento* (é também dolo a vontade que, embora não dirigida diretamente ao resultado previsto como provável, *consente* no advento dêste ou, o que vem a ser o mesmo, assume o risco de produzi-lo). Dolo é, ao mesmo tempo, *representação* e *vontade*” (HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 114, grifos do original).

⁹⁵ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Op. cit.*, 2017, p. 168.

características pessoais deste, direito penal do autor, e não pelo fato, o que afetaria todas as espécies de teoria volitiva⁹⁶.

Muñoz Conde elenca duas críticas à teoria do consentimento. A primeira diz respeito aos casos em que, ainda que o agente anteveja um resultado como de possível ocorrência, não há como demonstrar que o agente de fato o desejou, se torna ainda mais tormentoso quando o resultado é incerto⁹⁷. A segunda, afirma que a teoria se baseia em um juízo de probabilidade, haja vista que “se ocupa de confrontar o delinqüente com o resultado, quando este ainda não se tenha produzido, imaginando-o como efetivamente acontecido⁹⁸.”

Ainda que a doutrina tenha formulado diversas críticas, a teoria do consentimento é a teoria majoritária tendo sido aplicada a diversos casos acerca do dolo eventual. Um dos casos mais emblemáticos que merece registro, diz respeito ao caso-paradigma do Tribunal Federal da Alemanha Ocidental conhecido como *Lederriemenfall* (o caso do cinto de couro), de 1955 (BGHSt 7/363)⁹⁹.

Em síntese, A e B decidem roubar C, planejam concluir a empreitada criminosa estrangulando C com um cinto de couro até que o mesmo perca a consciência, com isso intentam subtrair os seus pertences. Entretanto, A e B preveem a possibilidade de que, o estrangulamento, pode vir a causar a morte de C e, por isso, decidem utilizar um saco de areia para golpeá-lo na cabeça. No momento da execução da empreitada criminosa, o saco de areia rasga, de forma que C não fica inconsciente. Assim, A e B retomam ao plano inicial e utilizam o cinto de couro para estrangulá-lo, até o momento de C parar de oferecer resistência e permita a subtração dos pertences. Após subtraírem os bens de C, A e B tentam reanimá-lo; contudo, C já estava morto¹⁰⁰.

Observa-se que o objetivo final da ação de A e B era o roubo; o cinto de couro foi o meio de execução da conduta criminosa, sendo o resultado morte, ao menos, previsto como de possível ocorrência, dessa forma ao retornar ao plano original A e B consentem com o resultado morte, estando configurado a ocorrência do dolo eventual. A e B cogitam a possibilidade de produzir o resultado morte de C, tanto é

⁹⁶ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Op. cit.*, 2017, p. 168.

⁹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, 1988, p. 61.

⁹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, 1988, p. 61.

⁹⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 133.

¹⁰⁰ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 424.

assim que eles buscam mudar o plano, optando pelo saco de areia. Assim, conforme aponta Cirino dos Santos, se os dois agentes mantivessem a execução com o saco de areia, estaríamos frente à culpa consciente, pois ambos confiam na evitação do resultado, o que exclui o dolo eventual¹⁰¹. Porém, ao retornarem ao plano de execução original evidenciam uma atitude de consentimento com o resultado desagradável originalmente, pois optam por utilizar o meio de execução do cinto de couro¹⁰².

Outro caso que merece referência é o “Caso Löffler”: alguns mendigos russos, com a intenção de obter compaixão dos transeuntes, laceravam seus filhos. Entretanto, em decorrência das mutilações, as crianças chegavam a vir a óbito. Os mendigos, ao realizarem tal conduta, estavam cômicos de que, porventura, poderia advir o resultado morte, mas, ainda assim, continuaram praticando as lacerações, reiteradamente, causando a morte de outras crianças¹⁰³.

Dessa forma, a execução de um desígnio criminoso, onde é possível a previsão de ocorrência do resultado lesivo— a qual foi representada pelos agentes — indica a aceitação da (ou consentimento com) sua eventual produção, caracterizando-se o dolo eventual.

4.1.2 Teoria da indiferença ou do sentimento.

A teoria da indiferença ao bem jurídico, igualmente denominada de teoria do sentimento, segundo Cirino dos Santos formulada por Engisch¹⁰⁴, aduz que, estaríamos diante do dolo eventual no momento em que o agente, ao realizar a conduta lesiva ao bem jurídico, atuasse com total indiferença frente às possíveis

¹⁰¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 134. Aponta-se que Cirino dos Santos defende que a teoria dominante do dolo eventual é a que adota o critério de “levar a sério” a possível produção do resultado típico, a qual se enquadra como subespécie da teoria do consentimento.

¹⁰² Para Roxin, também há a decisão pela possível lesão do bem jurídico, mas não porque A e B levaram a sério ou se conformaram com a eventual produção do resultado, mas porque a incluíram nos seus cálculos/planos. Para ele, um resultado pode ser considerado doloso quando corresponde ao plano do agente, numa valoração objetiva (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 416-417; p. 425). Nada obstante, apesar de tecer essas considerações sobre o caso, na mesma obra, conceitua dolo eventual como “contar seriamente com a possibilidade de realização do tipo” (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 427).

¹⁰³ Para Zaffaroni e Pierangeli, os mendigos “incorporavam ao seu querer a criança amputada, a probabilidade da criança morta, ainda que não desejassem e nem tivessem aceito o resultado como fim ou consequência necessária, porque a criança morta não servia a seus propósitos” (ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, 2011, p. 434).

¹⁰⁴ Atribuem a teoria da indiferença a Engisch. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 135; ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 432; TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, p. 342.

ocorrências de resultados concomitantes, a exceção dos resultados indesejados, pois, estes, tem-se a perspectiva de sua não ocorrência¹⁰⁵. Dessa forma, o dolo eventual estaria configurado na atitude de indiferença a produção do resultado lesivo ao bem jurídico. Nesse sentido discorre Callegari e Weber:

Da mesma forma, como antes, exige-se o elemento cognitivo do dolo para a sua verificação, o que também foi referido na teoria anterior. Entretanto, o elemento volitivo apresenta uma intensidade menor do que a teoria supra, bastando uma indiferença para a existência do dolo¹⁰⁶.

Em sentido contrário, estaríamos diante da culpa consciente quando as consequências não fossem desejadas pelo agente e, o mesmo, acreditasse que o resultado lesivo não adviria¹⁰⁷. Deste modo, quando o agente confia na não ocorrência do resultado lesivo, não há que se falar em dolo eventual e sim em culpa consciente, pois, a indesejabilidade afastaria a indiferença¹⁰⁸.

Roxin advoga, que o trunfo trazido por esta teoria, estaria no fato de tentar estabelecer um parâmetro seguro de aferição entre dolo eventual e culpa consciente, agindo, pois, o agente com indiferença, atuou dolosamente. Entretanto, a doutrina critica tal posicionamento, aduzindo que a falta de indiferença, não necessariamente exclui o dolo¹⁰⁹. O agir sem indiferença não essencialmente exclui o dolo, haja vista que, o agente que atua com culpa consciente, também, pode agir com indiferença ao bem jurídico, tanto o é que, acredita que não ocorrerá o delito:

Nesta senda, não existe incompatibilidade entre o dolo eventual e a indesejabilidade do resultado, não se constituindo em um parâmetro confiável tal premissa como fator de sua exclusão. A doutrina defende que qualquer resultado, ainda que seja indesejado, estabelece uma expectativa de sua não ocorrência, o que, contudo, não se configura à confiança de não produção do resultado exigida pela culpa consciente¹¹⁰.

¹⁰⁵ Roxin afirma que a teoria da indiferença seria uma versão mais restrita da teoria do consentimento (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 432).

¹⁰⁶ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Op. cit.*, 2017, p. 168

¹⁰⁷ CALLEGARI, André Luís. *Op. cit.*, 2014, p. 100.

¹⁰⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 136.

¹⁰⁹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 432.

¹¹⁰ Nesse sentido, Roxin afirma que um sujeito não pode se exonerar das consequências de sua atuação conscientemente incluídas no seu cálculo mediante esperanças nas quais nem ele mesmo confia (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 432).

Ressalte-se que, Cirino dos Santos aduz, “a ausência de representação do resultado, própria da imprudência inconsciente, pode indicar o mais elevado grau de indiferença em relação ao bem jurídico protegido¹¹¹”, tal entendimento evidencia a contradição existente no cerne da teoria da indiferença.

4.1.3 Teoria da não comprovada vontade de evitação do resultado.

A teoria da não comprovada vontade de evitação do resultado, fora concebida por Armin Kaufmann, tendo por base o finalismo, aduz que a diferenciação entre dolo eventual e a culpa consciente estaria pendente da verificação da existência de contrafatos de evitação do resultado lesivo ou autodelimitação, engendrada pelo agente, com o fim de evitar a produção do resultado¹¹².

Diante disso, se conclui que, restará configurado o dolo eventual se sempre que o agente, ao representar o resultado lesivo como de possível ocorrência, não adotar contrafatos com o fito de evitar o acontecimento. Em sentido oposto, em adotando contrafatos com o objetivo de não permitir a ocorrência do resultado, estaremos diante da culpa consciente.

Se infere, pois, que para Kaufmann, é perfeitamente compatível, a existência concomitante de uma ação dirigida a realizar o objetivo final e, a evitar a ocorrência dos resultados não desejados. Destarte, se porventura o agente entende que a sua ação com o fim de evitar a produção do resultado não desejado, obterá êxito na não ocorrência do resultado indesejado, não há que se cogitar que o resultado indesejado está em simbiose com a realização da vontade.

Dessa forma, de acordo com esta teoria, se entende que todas as consequências previstas, pelo autor da ação, como de presumível ocorrência estariam abarcadas pelo dolo, a exceção se tomar medidas a fim de evitar a ocorrência de consequências indesejadas. A ação volitiva do autor deve abranger

¹¹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 136. Em sentido idêntico, TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 342, quem afirma que, apesar de haver alguns pontos de semelhança com a teoria do consentimento, a teoria da indiferença poderia apresentar soluções críticas, na medida em que, em casos de culpa inconsciente, a falta de representação do perigo de lesão indica o mais alto grau de indiferença.

¹¹² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 136.

tanto a realização do fim específico desejado, como também, os contrafatores de evitação do resultado indesejado.

Desse modo, ainda que os os contrafatores de evitação do resultado, não estejam aptos a evitar o resultado indesejado, possuindo o agente a confiança neste sentido, estará caracterizada a vontade de evitação do resultado, sendo suficiente, pois, para a exclusão da hipótese de configuração do dolo eventual.

O cerne da teoria proposta por Kaufmann se constitui na

[a]tivação de contra-fatores para evitar o resultado representado como possível: imprudência consciente se o autor *ativa* contrafatores, dolo eventual se *não ativa* contrafatores para evitação do resultado¹¹³.

Na culpa consciente, o agente ao concretizar a conduta final realiza contrafatores, com o fim de evitar a ocorrência da consequência indesejada¹¹⁴. Em sentido oposto, estaria configurado o dolo eventual quando o agente não emprega contrafatores no sentido de evitar o resultado assentindo assim com seu resultado.

De acordo com Roxin, o critério de distinção pensado por Kaufmann estaria muito próximo de um mero indício¹¹⁵, haja vista que, no momento em que o agente se abstém de tentar evitar a produção das consequências indesejadas, é possível daí se inferir que o mesmo consente com a sua produção, deste modo estando presente o dolo. Entretanto, a ausência de comprovação do elemento volitivo de evitar o resultado não desejado, não pode ser critério definidor do dolo, haja vista que no delito negligente, o autor, confia na sua não ocorrência sem estabelecer medidas de contrafatores; por outro lado, o estabelecimento de contrafatores, também não serve para descaracterizar o dolo, de modo que, o agente há situações em que ainda que o agente não confie na sua eficácia, dar prosseguimento a ação¹¹⁶.

Outrossim, Cirino dos Santos aduz que a omissão em utilizar contrafatores não define o dolo, uma vez que o ser humano possui a tendência de confiar na

¹¹³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 136. No mesmo sentido, ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 436-437, quem afirma que, pela teoria da vontade de evitação, não há dolo eventual nos casos em que, tendo o agente representado a possibilidade de produção do resultado, sua vontade condutora era dirigida para a evitação do resultado. Ainda, TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 338.

¹¹⁴ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 437.

¹¹⁵ Em idêntico sentido, TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 338.

¹¹⁶ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 437.

própria estrela. Deste modo, a utilização de contrafactores, por si só não implica na confiança na evitação da consequência indesejada¹¹⁷. Assim discorre Cirino dos Santos:

A crítica indica que a não ativação de contrafactores pode, também, ser explicada pela leviandade humana de confiar na própria estrela e, por outro lado, a ativação de contrafactores não significa, necessariamente, confiança na evitação do resultado típico – como mostra, por exemplo, o caso do cinto de couro, em que os autores se esforçam, concretamente, para evitar o resultado¹¹⁸.

Destarte, mesmo que o agente vislumbre a utilização de meios com o fim de evitar a produção da consequência indesejada, não há que se falar em tratamento mais brando, haja vista que atuou perigosamente.

4.1.4 Fórmulas de Frank

Com o fito de lançar luz à distinção entre dolo eventual e culpa consciente, Frank desenvolveu duas fórmulas com recomendações de ordem prática de como realizar a distinção, um caminho de como percorrer por esse caminho tortuoso. Ressalte-se que a utilização da expressão “fórmulas” e não “teorias”, depreende-se do fato que a pretensão por trás do trabalho de Frank não seria traçar as diferenças teóricas entre dolo e culpa, contudo se consubstanciava em recomendações práticas de como se poderia indicar, de forma precisa, num caso concreto, as duas espécies em comento¹¹⁹.

Partindo dessa premissa, a primeira fórmula sentencia que haverá dolo eventual nos casos em que o agente, diante da certeza de que o resultado lesivo ocorreria, e, a despeito disso, dar prosseguimento a ação; Por seu turno, se o mesmo desistisse dar prosseguimento a conduta ou modificasse os meios de

¹¹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 136.

¹¹⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 136

¹¹⁹ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 341. Em idêntico sentido, ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 438, quem afirma que as fórmulas de Frank são um instrumento de conhecimento para a constatação do dolo eventual;

execução, buscando evitar a produção do resultado, estaríamos diante da culpa consciente¹²⁰.

Observa-se que, a primeira fórmula busca trazer o julgador ou intérprete a se colocar no lugar do agente, porém por estar em uma conjuntura diversa da que fora enfrentada pelo agente, haja vista que, já possui o conhecimento sobre o desfecho da ação, de modo que o agente não possuía no momento da conduta, estando apenas no campo da possibilidade. Devido a isto, a doutrina convencionou a denomina-la de “teoria hipotética do consentimento”¹²¹.

Renato de Mello Jorge Silveira advoga no sentido de que o atrelamento da ocorrência do dolo eventual à premissa de representação da produção, tida como certa, do resultado engessaria o âmbito de alcance do dolo eventual, porquanto este só seria atribuído àqueles que, a ocorrência do resultado fosse prevista como certa ou possível, não alterariam o seu modo de execução¹²².

Roxin assente com a premissa de que o indivíduo que tem conhecimento de que a produção do resultado lesivo é certo e, ainda assim, age, estaria atuando dolosamente. Entretanto, diverge da afirmação contrária, de modo que, se, porventura, o agente deixa de agir ou altera os meios de execução, para Roxin, não agiria com culpa consciente. Prossegue o autor em seu raciocínio, asseverando que não se pode alegar a inexistência do dolo nas situações em que o agente inclui no seu plano a possibilidade de não realização do resultado lesivo, uma vez que, para ele, as probabilidades de êxito teriam um valor maior do que as do insucesso¹²³.

Tavares afirma que a primeira fórmula é um

[s]imples critério de aferição de prova, através do qual se pretende a distinção de duas formas diferenciadas de imputação. Sendo unicamente um critério processual e não penal, a diferença entre dolo eventual e culpa consciente fica na dependência do juiz, o qual decidirá então com base numa

¹²⁰ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 343-344.

¹²¹ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 344.

¹²² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A teoria do delito e o enigma do dolo eventual: considerações sobre a aparente nova resposta italiana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 121, p. 223-250, jul. 2016, p. 232.

¹²³ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 438.

formulação psicológica hipotética, que normalmente está vinculada à personalidade do sujeito¹²⁴.

Partindo dessa premissa, verifica-se uma falha nessa sistemática que seria o fato de que cabe ao julgador realizar um juízo hipotético-psicológico, e não a critérios objetivos pré-definidos. Assim, a própria tipicidade da conduta estaria condicionada às pré-compreensões do magistrado, consagrando um direito penal do autor ao invés de um direito penal do fato¹²⁵.

Para Jakobs, a premissa da primeira fórmula, de que o agente, no momento de realização da conduta, se deparou com uma situação de certeza, estaria equivocada, pois o mesmo só poderia estar diante de uma situação de dúvida. Sendo esses dois estados psíquicos absolutamente diferentes¹²⁶. Devido a isso, afirma o autor que as fórmulas de Frank são inúteis.

Em decorrência das críticas realizadas à primeira fórmula, Frank buscou aperfeiçoá-la. Com esse intento, confeccionou a segunda fórmula partindo da seguinte indagação: se o agente, antes de executar a ação, diz a si mesmo que, haja o que houver, independente do que vier a acontecer, agirá da mesma forma, há dolo eventual¹²⁷. Trata-se, pois, de uma aferição, em momento anterior à ação, da anuência ou não em relação ao resultado, o que afastaria a tese de um juízo hipotético. O dolo eventual estaria configurado, no momento em que o autor assentisse com a execução da ação a despeito da previsibilidade de ocorrência do resultado lesivo. Devido a isso, nomeou-se a segunda fórmula de Frank de “teoria positiva do consentimento”¹²⁸.

Conquanto, para Roxin, as críticas feitas em relação à teoria hipotética do conhecimento, são aplicáveis, na mesma medida, à teoria positiva do consentimento¹²⁹.

Corroborando com tal entendimento, Tavares aduz que nem mesmo o seu idealizador logrou êxito em identificar as diferenças entre as duas formulações. Do

¹²⁴ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 344.

¹²⁵ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 344.

¹²⁶ JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1997, p. 332.

¹²⁷ Tavares elucida a afirmação com a seguinte frase: “se o agente diz a si mesmo: *seja ou aconteça isto ou aquilo, de qualquer modo agirei*, há dolo eventual” (TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 344, grifos do original).

¹²⁸ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 344.

¹²⁹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 438.

mesmo modo, advoga que não haveria inovação, no que tange ao conteúdo, do que apresenta as formulações e as outras teorias, haja vista que ao agir, tendo como provável a ocorrência resultado lesivo, enseja a conformação com a assunção do risco de produção do resultado, implicando dolo¹³⁰.

4.2. TEORIAS COGNITIVAS.

Em contraponto as teorias volitivas, as teorias cognitivas consignam que o dolo seria constituído exclusivamente pelo elemento intelectual, quer dizer, seria alijado de qualquer elemento; volitivo. Dessa forma, não se investiga o posicionamento do agente no que diz respeito ao fato,¹³¹ o elemento volitivo seria irrelevante para a configuração do dolo. O escopo de transformar o dolo tão-somente cognitivo advém da compreensão de que, a utilização do elemento volitivo como critério de constituição do elemento subjetivo do tipo, conduziria a construção de um Direito Penal fundado no autor, o que acarretaria num problema probatório, haja vista que, estando o dolo alicerçado no elemento psicológico do agente, estaria, pois, inacessível ao Direito¹³².

No que tange as principais teorias cognitivas, iremos abordar: (a) a teoria da representação (ou da possibilidade), (b) a teoria da probabilidade, (c) a teoria do risco não permitido e (d) a teoria do perigo protegido ou assegurado.

4.2.1 Teoria da representação ou da possibilidade.

A teoria da possibilidade, desenvolvida por Schröder, e posteriormente aprofundada por Schmidhäuser¹³³, se consubstancia na ideia de que, a simples

¹³⁰ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 344.

¹³¹ CALLEGARI, André Luís. *Op. cit.*, 2014, p. 100.

¹³² Puppe elenca quatro critérios segundo os quais as teorias cognitivas seriam superiores às teorias volitivas: em primeiro lugar, o dolo não possuiria um caráter psicológico, mas sim normativo; em segundo lugar, conferiria um sentido claro ao juízo adscritivo; em terceiro lugar, garantiria mais segurança jurídica e igualdade, por possuir critérios mais claros, afastando-se, assim, de um Direito Penal do autor; em quarto lugar, os pressupostos do dolo, consoante as teorias cognitivas, seriam comprováveis em juízo (PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 131-132).

¹³³ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 335; ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 433.

previsibilidade da ocorrência do resultado já deveria ser suficiente para que o agente desistisse de prosseguir a execução do ato, para, além disso, a confiança na não ocorrência do resultado contém em si a negação da sua possibilidade¹³⁴. De acordo com essa teoria, inexistiria culpa consciente, haja vista que para a teoria da possibilidade, toda a culpa seria inconsciente. Diante disso, o dolo e culpa se diferenciam, tão somente, no que tange ao conhecimento e não conhecimento acerca dos elementos objetivos do tipo¹³⁵. Destarte, bastaria à previsão de possibilidade de ocorrência do resultado, para tolher o ímpeto de praticar da ação¹³⁶.

Diante desse cenário, a teoria da possibilidade argui que configuraria dolo eventual quando há representação, por parte do agente, sobre a possibilidade de ocorrência do resultado; por seu turno, haveria culpa, quando o indivíduo não representa¹³⁷.

De acordo com Schmidhäuser, a doutrina deveria buscar diferir as situações em que há a certeza da ocorrência dos fatos, das que não se tem. Em relação às primeiras, sempre existirá o dolo; no que tange as segundas, somente haveria dolo quando o sujeito estivesse consciente acerca da possibilidade concreta de realização do tipo. Dessa forma, “ao não conhecer a possibilidade concreta de ocorrência do resultado, apesar de haver considerado a possibilidade em abstrato, o autor se convence de que o resultado não irá acontecer”¹³⁸.

No entanto, ao adotar essa postura, a teoria da possibilidade circunscreve o dolo ao elemento intelectualivo, desprovido de qualquer traço volitivo, isso tenderia a obter resultados práticos mais rigorosos do que os apresentados pelas teorias volitivas. Outrossim, em se configurando dolo em frente a todas as vezes em que haja a possibilidade de ocorrência do resultado, é deveras rigoroso, consequência direta da exclusão da categoria da culpa consciente¹³⁹. Roxin ilustra essa problemática com o seguinte exemplo: Supunha que um determinado indivíduo dispara uma arma, estando o mesmo a uma longa distância, ainda assim este prevê

¹³⁴ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 433.

¹³⁵ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 433. Em idêntico sentido, TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 335; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 137.

¹³⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 137; CALLEGARI, André Luís. *Op. cit.*, 2014, p. 101.

¹³⁷ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 335.

¹³⁸ SANTOS, Humberto Souza. Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 97, p. 87-118, jul./ago. 2012. p. 105.

¹³⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 137.

a possibilidade de atingir X com uma expectativa de 10%, neste caso, se vier a concluir seu intento, deverá ser punido por homicídio doloso. Por seu turno, se diante do mesmo cenário, o indivíduo pretende caçar um animal e, por negligência, não vislumbra a possibilidade (conhecida) de atingir X, desse modo, caso vier a ocorrer o fato, o mesmo deverá ser punido por culpa consciente¹⁴⁰.

Atente-se que, caso se aplique a lógica defendida pela teoria da possibilidade, em ambas as situações, os sujeitos deveriam ser punidos por homicídio doloso, haja vista que há representação da possibilidade de produção do resultado nas duas ocorrências.

Roxin elabora uma segunda crítica à teoria da possibilidade que diz respeito a afirmação de que em não existindo uma representação verdadeira sobre a possibilidade de produção do resultado, na terminologia de Schröder, ou concreta, na terminologia de Schmidhäuser, restaria afastado a figura do dolo. Todavia, ambos os conceitos, tanto o de “representação verdadeira”, como “representação concreta” dizem respeito a ter em consideração a possibilidade de ocorrência do resultado ou consentir com a sua ocasional ocorrência¹⁴¹.

De mais a mais, ao observador, não dispõe de elementos de análise sólidos, capazes de determinar, com exatidão, quais foram às possibilidades vislumbradas pelo agente no momento de executar a ação. Diante disso, não há como inferir se no momento da execução, o agente representou a possibilidade de ocorrência do resultado. Apesar da teoria da possibilidade almejar expurgar o elemento volitivo e ser completamente objetiva, ao fim e ao cabo, a capacidade e a forma de representação variam conforme cada indivíduo.

4.2.2 Teoria da probabilidade.

A teoria da probabilidade, considerada pela doutrina como uma variação da teoria da representação ou da possibilidade, aduz que estará configurado o dolo eventual no momento em que, o agente tomar como provável a eventual produção

¹⁴⁰ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 434.

¹⁴¹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 434.

do resultado lesivo¹⁴². Juarez Tavares, aduz que o conceito de probabilidade se diferencia do de possibilidade, sendo aquele “mais do que possibilidade e menos do que preponderantemente provável”¹⁴³.

Dolo eventual e culpa consciente se diferenciam pela intensidade de representação do resultado lesivo. Entende-se que se o agente, no momento da ação, representar a produção do resultado como extremamente provável haveria dolo eventual, todavia, se a probabilidade for remota, há culpa consciente¹⁴⁴.

Contudo, a teoria da probabilidade, não delimita de maneira precisa qual seria o percentual, referente à cognição, necessário para distinguir dolo eventual de culpa consciente. Neste sentido esta teoria não demarca de maneira clara quais seriam os limites que separam o dolo da culpa, sobretudo nos casos em que se pressupõe que a probabilidade não é exacerbada, nem muito menos passível de ser desconsiderada.

Tavares aduz que a probabilidade de ocorrência do resultado lesivo, não seria suficiente para definir o dolo eventual, constituindo, portanto, num indício da assunção do risco de produzi-lo¹⁴⁵. Roxin, nesse mesmo sentido, advoga que a linha que separa a teoria da probabilidade e a teoria do consentimento, é bastante tênue, haja vista que o fato de o agente considerar como “mais ou menos provável a produção do resultado é, de fato, um indício essencial de que toma a sério essa possibilidade e de que conta com ela”¹⁴⁶.

Ingeborg Puppe, propõe uma variação da teoria da probabilidade, que seria a teoria normativa da vontade, de acordo com esta visão agiria o agente dolosamente quando possuir a ciência do perigo, este deve ser intenso, de produção do resultado. O cerne desta proposição reside, portanto, na consciência do perigo qualificado, cuja intensidade “deve ser tal que uma pessoa racional praticaria a ação apenas na hipótese de que ela estivesse de acordo com” a produção do resultado¹⁴⁷. Ademais, a autora assevera que “apenas quando o perigo é reduzido pode o direito mostrar-se

¹⁴² TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 336; ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 435.

¹⁴³ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 336.

¹⁴⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, 1988, p. 60.

¹⁴⁵ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 336.

¹⁴⁶ Tradução livre do original: “[...] más o menos probable la producción del resultado es de hecho un indício esencial de que se toma en serio esta posibilidad y de que cuenta con Ella” (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 435).

¹⁴⁷ PUPPE, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 114-132, jan./fev. 2006, p. 118.

compreensivo com o autor que diga para si mesmo um ‘tudo vai acabar bem’”¹⁴⁸. Assim, o dolo estaria configurado, quando o agente conscientemente, produz um perigo de tal intensidade para o bem jurídico que outra pessoa só incorreria no mesmo ato se anísse com o resultado¹⁴⁹.

Entretanto, tal qual a teoria da possibilidade, a teoria da probabilidade incorre no erro de equiparar a mera representação probabilidade de lesão ao bem jurídico à vontade de realização do tipo objetivo.

Jakobs por sua vez, formula a teoria de habituação ao risco, que busca combinar o critério da probabilidade com a intensidade do risco, fundamentado no risco habitual. O escopo da proposta de Jakobs, aduz que haverá culpa consciente quando o agente, à luz de suas experiências subjetivas, portanto a produção de do resultado lesivo é habitual, pondera a produção do resultado como improvável. Em sentido oposto, o dolo eventual estaria configurado, quando entender não ser improvável a causação do resultado lesivo¹⁵⁰. Exemplificativamente, Jakobs afirma que quem, moderadamente embriagado, dirige um automóvel, produz um risco abstrato e estatístico; entretanto, caso tenha alguma habituação com esse risco, este é individualmente insignificante¹⁵¹.

Tavares consigna que tanto a teoria formulada por Jakobs quanto à teoria de Puppe, padecem dos mesmo problemas, sendo-lhes dirigidas as mesmas críticas “a figura do costume do risco nada acrescenta à solução do problema. Pelo contrário, insere o dolo no que se chama de círculo organizativo, não com vistas ao sujeito, mas à sua função social¹⁵².”

Fazendo um contraponto, Humberto Souza Santos assevera que a teoria de habituação ao risco flerta com o Direito Penal do autor, pois relega a imputação de dolo ou culpa com base, exclusivamente, no comportamento do agente, o que, segundo este, colocaria em perigo bens jurídicos alheios¹⁵³.

4.2.3 Teoria do risco.

¹⁴⁸ PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, 2006, p. 119.

¹⁴⁹ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 336.

¹⁵⁰ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 337; ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 441.

¹⁵¹ JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1997, p. 334.

¹⁵² TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 337-338.

¹⁵³ SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2012, p. 94.

A teoria do Risco, formulada por Frisch, se consubstancia na ideia de que o objeto do dolo não seriam os elementos do tipo objetivo. De acordo com esta teoria, o dolo seria definido pelo elemento cognoscível da conduta típica, pois, não se pode requerer do agente a representação do resultado típico, sendo que este, no momento da conduta, ainda não teria sido produzido, elegendo desta forma o conhecimento da conduta típica como o objeto do dolo¹⁵⁴. Cirino dos Santos a conceitua da seguinte maneira:

[d]efine dolo pelo conhecimento da conduta típica, excluindo do objeto do dolo o resultado típico porque a ação de conhecer não pode ter por objeto realidades ainda inexistentes no momento da ação; não obstante trabalha com o critério de tomar a sério o e de confiar na evitação do resultado típico para distinguir a decisão pela possível lesão do bem jurídico (dolo eventual) da mera imprudência consciente, aproximando-se, por isso, da teoria dominante.¹⁵⁵

Para exemplificar tal entendimento, Tavares apresenta o seguinte exemplo: no delito de homicídio, a morte da vítima não seria o objeto do dolo, que seria o equivalente aos elementos objetivos do tipo, todavia, este seria a prática da conduta que expõe a perigo a vida da vítima¹⁵⁶.

Destarte, Frisch procura estabelecer um novo critério de delimitação e de fundamentação do dolo eventual e da culpa consciente, que seria, o conhecimento do risco não permitido, que deve ser interpretado como o risco de realização do tipo penal ilícito¹⁵⁷; Se o agente estiver ciente acerca do risco ao bem jurídico tutelado, estará configurado o dolo eventual, que dispensa o elemento volitivo¹⁵⁸.

Por seu turno, de acordo com Juarez Tavares, haveria culpa consciente “quando o autor, diante da representação de um perigo concreto, diga a si mesmo: por este ou outro motivo, nada passará. Isto significa que o autor, nesta situação, se decide subjetivamente por uma conduta não perigosa e, pois, não atua dolosamente¹⁵⁹.”

¹⁵⁴ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 439. No mesmo sentido, TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 339.

¹⁵⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 136.

¹⁵⁶ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 339.

¹⁵⁷ Humberto Souza Santos afirma que: “para ser qualificada como típica, a conduta deve ser concretamente arriscada e juridicamente desaprovada, juízo obtido a partir das circunstâncias reconhecidas *ex ante* que circundam o caso e desde a perspectiva do autor” (, Humberto Souza. *Op. cit.*, p. 106-107).

¹⁵⁸ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 439.

¹⁵⁹ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 339.

Dessa forma, Frisch, nega o enquadramento como dolo eventual os casos tradicionalmente classificados como culpa consciente, quais sejam, os casos nos quais o sujeito ativo, mesmo diante da previsibilidade da ocorrência dos elementos objetivos do tipo, acredita piamente na sua não realização.

Desse modo, portanto, não há que se falar em recusa do critério de “tomar a sério o” ou de “confiar na não realização do” resultado relatada por Juarez Cirino, pois, isto é o que assemelha a teoria do risco à teoria do consentimento¹⁶⁰.

Juarez Tavares aduz que a teoria do risco, “deixa que a diferença se estabeleça exclusivamente pelo lado intelectual, o que seria incompatível com o código penal brasileiro (art. 18, I), que exige não apenas o conhecimento do risco, mas a sua aceitação ou assunção.”¹⁶¹.

Nessa mesma senda, Juarez Cirino aponta como um dos problemas desta teoria a ausência do elemento volitivo, pois levaria a tornar a conduta do agente em algo artificial, haja vista que retira do dolo o elemento cognitivo, resultando, pois, justamente, na alteração do objeto do dolo, de modo que é impossível se excluir da cognição dolosa as circunstâncias do fato e o seu resultado¹⁶², pois isso torna “permeáveis as linhas divisórias entre o proibido e o permitido”¹⁶³.

4.2.4 Teoria do perigo desprotegido ou resguardado.

A teoria do perigo desprotegido ou resguardado¹⁶⁴, desenvolvida por Herzberg, caracteriza-se por estabelecer como meio de distinção entre dolo eventual e culpa consciente de acordo com a essência do perigo, que pode ser desprotegido ou protegido. O perigo desprotegido ocorre quando a realização do resultado depende de fatores fortuitos (sorte ou azar), não importando se o agente acredita ou não na produção do resultado, como nos jogos de roleta russa; Por seu turno, o

¹⁶⁰ Nesse sentido, Roxin afirma que Frisch, assim como os defensores da teoria da probabilidade, tentam desconsiderar o elemento volitivo que existe na tomada de decisão do agente; nada obstante, incluem-no no seu conceito de risco, o que constitui mera reformulação conceitual artificiosa da teoria dominante (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 440).

¹⁶¹ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 339.

¹⁶² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 138. No mesmo sentido, ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 441.

¹⁶³ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 339.

¹⁶⁴ Tavares utiliza a expressão “perigo resguardado” (TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 339).

perigo protegido, restará configurado quando a evitação do resultado lesivo depender da observância do dever objetivo de cuidado seja pelo agente, a vítima ou terceiro¹⁶⁵. Nesse sentido aduz Juarez Tavares:

Por perigo descoberto entende ele a situação em que a sorte ou o acaso é que decidem se o resultado lesivo ocorrerá ou não, o que caracterizaria o dolo eventual. Já a culpa consciente estaria presente na hipótese do perigo resguardado, quando o próprio autor, a vítima ou um terceiro, tendo em vista cuidadosa observação do resultado, pudesse evita-lo¹⁶⁶.

Dessa forma, quando estivermos diante de circunstâncias que se configurem em perigo desprotegido, há dolo eventual, haja vista que não há como agente evitar o resultado, de outro modo, havendo a configuração do perigo protegido, estaríamos diante da culpa consciente¹⁶⁷.

Haveria uma terceira classificação, além do perigo desprotegido e protegido, que seria o perigo desprotegido distante (ou perigo remoto). Este se assemelharia ao perigo protegido, excluindo, portanto, o dolo. Cirino dos Santos nos apresenta como exemplo, o caso do inquilino que joga, através da janela, um objeto pesado, mesmo ciente de que é possível que este venha a atingir alguém que caminha na calçada¹⁶⁸.

A evitabilidade do perigo se constitui no critério diferenciador entre dolo e culpa, levam-se em conta tão somente as condições objetivas, ou seja, é distinção é desprovida de qualquer condição subjetiva¹⁶⁹. Nesse sentido, Tavares afirma que a teoria do perigo protegido visa “estabelecer critérios puramente objetivos de diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente, que se aproximam daqueles ditados pela teoria da imputação objetiva do resultado, mas de certa forma vinculados ao elemento intelectualivo”¹⁷⁰.

O calcanhar de Aquiles dessa teoria, apontado pela doutrina, seria o fato de que não é possível se afirmar, de forma definitiva, que em todos os casos de perigo protegido o dolo estaria excluído, do mesmo modo, o perigo desprotegido não

¹⁶⁵ Roxin traz dois exemplos relativos ao perigo protegido: um capataz manda um aprendiz subir no andaime sem o equipamento de segurança; um professor permite que os alunos se banhem num rio perigoso, apesar da placa de proibido (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 443).

¹⁶⁶ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 339 – 340.

¹⁶⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 139.

¹⁶⁸ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 443; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 139.

¹⁶⁹ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 340.

¹⁷⁰ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 340.

estaria caracterizado em todas as circunstâncias. Dessa forma, O critério da evitabilidade, não se constitui num critério seguro a fim de ser o principal diferenciador entre o dolo eventual e a culpa consciente, entretanto pode ser utilizado como um “elemento acessório da identificação da assunção do risco, relativamente à postura do agente de tomar como séria a possibilidade de produzir o resultado”¹⁷¹.

Nessa senda, não se verifica uma completa diferenciação em relação à teoria do consentimento, haja vista que nos casos de culpa consciente, a precaução ou a proteção ao bem jurídico frente ao perigo fica a mercê, de certa forma, da convicção do agente na capacidade de evitação do resultado lesivo, seja essa capacidade dele próprio, da vítima ou de terceiro; sem essa convicção, o sujeito ativo acredita que a evitabilidade do perigo restaria depende de fatores fortuitos, e sendo assim se configuraria o dolo eventual¹⁷².

Um segundo problema, suscitado por Roxin diz respeito a fundamentação do dolo direto. Afim de explicar seu entendimento, o autor nos apresenta o exemplo de um sujeito dirigindo um automóvel em alta velocidade em direção a um policial. Pelas regras de experiência pode-se chegar a conclusão que o policial irá saltar para o lado, que é o comportamento esperado, haja vista que ele pode fazê-lo, nessas circunstâncias trata-se de um perigo assegurado, em consonância com a teoria de Herzberg. Entretanto, e se o agente estiver agindo com *animus necandi*? A despeito do policial poder pular para o lado se deve afastar o dolo¹⁷³?

Cirino dos Santos reconhece, mesmo diante das críticas, reconhece o valor do esforço de construir critérios objetivos haja vista que, tradicionalmente sempre se utilizou critérios subjetivos¹⁷⁴.

¹⁷¹ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2002, p. 341.

¹⁷² ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 444-445.

¹⁷³ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 445.

¹⁷⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 140.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A distinção entre dolo eventual e culpa consciente se perfaz num dos maiores imbróglios da doutrina penal, pois, depende da identificação do elemento psicológico do agente, causador do dano lesivo, no momento da realização da conduta. Entre ambos existe um elemento em comum: a previsibilidade do resultado lesivo. Deste modo, é importante a confecção de critérios com os quais, o operador do direito, possa, com certa margem de segurança, distinguir ambas as espécies. Diante disso, diversas teorias buscaram construir critérios que correspondesse a esses fins.

As teorias cognitivas buscaram construir uma base objetiva para a identificação do elemento subjetivo do tipo, através das construções teóricas de autores como Herzberg e Frisch. Entretanto, incorrem em erro ao buscar extirpar o elemento volitivo, pois, com isso desconfigura a própria realidade da ação¹⁷⁵. Tendo em vista que a representação do resultado, pelo agente, engloba o elemento volitivo na escolha dos meios e das consequências concomitantes, caracterizando um agir consciente. Excluir isso significa distorcer a própria ação. Discorrendo a respeito disso, Cirino dos Santos aduz:

A proposta de eliminar o elemento volitivo do dolo, próprio das teorias da representação, exclui o fundamento distintivo das atitudes de levar a sério o ou de confiar na ausência do perigo, que marca a teoria dominante; contudo, se o dolo não exige a aprovação do resultado, também não pode ser reduzido à atitude de indiferença absoluta em face desse resultado¹⁷⁶.

Destarte, o esforço das teorias cognitivas em afastarem o elemento volitivo do dolo vai de encontro à individualização das particularidades estruturais da conduta dolosa.

A adoção de um critério puramente cognitivo de dolo pode resultar em juízos arbitrários, pois, bastaria, apenas, a possibilidade ou probabilidade de ocorrência do resultado lesivo ao bem jurídico, para imputar ao agente a prática de crime doloso. Dessa forma, não há como configurar a responsabilidade dolosa sem que possa aferir qual era a dimensão volitiva do autor, no momento do fato.

¹⁷⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. Manual de Direito Penal – parte geral. 2ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 140.

¹⁷⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 140.

A despeito das teorias cognitivas defenderem que a influência de um elemento volitivo levaria a criar um Direito Penal do autor, a doutrina defende, ao contrário, que a falta do elemento volitivo levaria ao julgador a adotar uma postura não condigna com um direito penal democrático, um direito penal do fato, pois se valeria, apenas, da personalidade do agente, para aferir o elemento cognitivo.

Assim sendo, a vontade, se constitui num elemento importante para a averiguação do processo de decisão do agente no momento do fato, ainda que se configure num elemento de difícil inquirição por ser um elemento psicológico interno do agente, a doutrina vem se esforçando na construção de indicadores externos com o fito de indicar, com segurança, a intenção do sujeito. Dessa forma, ainda que haja situações em que se torne difícil fazer a distinção entre dolo eventual e culpa consciente, a solução não se encontra na extração do elemento volitivo.

Destarte, entendemos que não há como se excluir o elemento volitivo, haja vista que correríamos o risco de instituir um direito penal do autor e não do fato. Deve-se ter em mente que, no momento em que o agente toma ciência acerca da possibilidade/probabilidade de lesão ou de perigo ao bem jurídico, e dá continuidade na execução da conduta, acreditando que pode evitar que o mesmo ocorra ou assumindo o risco de produzi-lo, estará ele concretizando sua vontade de realizar a conduta descrita no tipo penal, sendo, portanto, o elemento volitivo indispensável para a correta análise da sua conduta.

Ao decidir dar continuidade à ação lesiva ao bem jurídico, o sujeito ativo está explanando sua vontade, pois vai além da representação do resultado. Esse processo decisório de analisar a possibilidade e os bônus e ônus decorrente da ação expressa um conteúdo volitivo é inafastável.

Diante da constatação de que o elemento volitivo é inerente à ação humana, entende-se que as teorias cognitivas não excluem o elemento volitivo, apenas, o denominam de maneira diferente.

Schmidhäuser, na teoria da representação, também conhecida como teoria da possibilidade, aduz que a mera representação do resultado já configura o dolo eventual, não existindo, portanto culpa consciente, não necessitando averiguar a vontade do agente. Entretanto, o elemento volitivo encontra-se presente no

momento em que o autor da ação delituosa decide realizar a ação a despeito da representação do resultado lesivo.

A despeito da teoria cognitiva adotada, o elemento volitivo encontra-se presente, em consonância com o elemento cognitivo, pois não há como se excluir a vontade do dolo. Desse modo, há a mera conversão do elemento volitivo para o elemento cognitivo¹⁷⁷.

Destarte, a teoria do consentimento, posição seguida pelo Código Penal, se constitui na teoria mais adotada pela doutrina, pois se entende que a forma de conceituar o dolo eventual e a distinção da culpa consciente são as mais harmônicas com a realidade fática, independentemente da forma com que se manifesta, conformar-se, aceitar, anuir, consentir, etc.

Nesse sentido, tanto a variante defendida por Juarez Cirino, que defende ser indispensável para a configuração do dolo eventual, que o resultado lesivo seja agradável ao agente, ou seja, o resultado típico representado pelo autor deve ser agradável a este. Assim como a variante que busca jungir o dolo com a desaprovação interna do resultado, quer dizer, pode haver dolo eventual, ainda que o resultado danoso ao bem jurídico não seja agradável ao agente nem mesmo desejável, ainda assim o sujeito ativo procede na realização da conduta, haja vista que é indispensável para a realização do seu objetivo final, sendo lícito ou ilícito. Por conseguinte, na segunda variante o dolo eventual se configura, a despeito da aprovação do resultado, haja vista que o elemento volitivo do dolo está ligado à realização do fim objetivo.

A mera possibilidade de ocorrência do resultado é insuficiente para a configuração do elemento cognitivo do dolo que deve se consubstanciar em uma consciência potencial.

Destarte, exige-se, pois, um grau intermediário de conhecimento. Deve-se evitar posições extremadas, nem uma premeditação exaustiva do resultado, nem uma mera previsibilidade do resultado. Assim, estaríamos abarcando a maioria dos casos que se apresentam cotidianamente no ambiente forense.

¹⁷⁷ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2003, p. 336. Roxin, entende que as teorias que tentam suprimir totalmente o elemento volitivo do dolo estão condenadas ao fracasso, pois não se poderia excluir o elemento interno que integra a decisão de lesão do bem jurídico. Elas acabariam, assim, ou incluindo o elemento volitivo no saber, ou desfigurando os fenômenos reais mediante a redução a seus elementos intelectuais (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 446).

Assim sendo, a teoria do consentimento se configura na melhor abordagem a respeito da distinção do dolo eventual e da culpa consciente, pois consegue abarcar as diversas formas de manifestação do elemento volitivo, sendo, pois esta a posição adotada pelo Código Penal pátrio.

6. REFERENCIAS.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal – Parte geral**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal – modernas tendências**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 dez. 1940. Código Penal. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 30 Out. 2019.

CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Seminário internacional de Direito Penal: algumas reflexões sobre o Direito Penal e a sociedade de risco**. Universidade Lusíada, Lisboa, mar. de 2000, Separata.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss de língua portuguesa**. Elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C LTDA. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal (Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940)**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1, t. 2.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal – parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. Tradução de Joaquín Cuello e José Luis Serrano González de Murillo. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PUPPE, Ingeborg. **Distinção entre dolo e culpa**. Tradução de Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

_____. Dolo eventual e culpa consciente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 114-132, jan./fev. 2006.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal parte geral**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – parte general**. Tradução de Diego–Manuel Luzón Peña et al. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997.

SANTANA, Selma Pereira de. **A culpa temerária: contributo para uma construção no direito penal brasileiro**. São Paulo. Editora revista dos tribunais, 2005.

SANTOS, Humberto Souza. Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 97, p. 87-118, jul./ago. 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal – parte geral**. 2ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A teoria do delito e o enigma do dolo eventual: considerações sobre a aparente nova resposta italiana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 121, p. 223-250, jul. 2016.

TAVARES, Juarez. Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 14, p. 107-119, 1971.

_____. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Direito Penal da Negligência: uma contribuição À teoria do crime culposos**. 2. Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1.