

Crimes Omissivos e Dolo Eventual

Hélvio Simões Vidal

Promotor de Justiça

Sumário: I - Teorias do Dolo: a) Teoria da Representação; b) Teoria da Vontade. II - Dolo Direto e Dolo Eventual. III - Dolo Eventual nos Crimes Omissivos. IV - Dolo Eventual nos Crimes Comissivos por Omissão. V - Tentativa e Dolo Eventual. VI - Dolo Eventual e Culpa Consciente. VII - Prova do Dolo. VIU - Referências Bibliográficas.

I - Teorias do Dolo

Para definir o crime doloso duas teorias disputaram o consenso dos criminalistas, notadamente as teorias da *representação* e da *vontade*, constituindo-se a essência do delito doloso, para a primeira, no elemento intelectual, ou seja, na previsão do evento, e, para a segunda (teoria da vontade), o tópico proeminente no momento volitivo, exigindo, para que se tenha agido com dolo, a vontade de causação do evento (ALFREDO DE MARSICO, *Coscienza e Volontà Nella Nozione del Dolo*, 1930, p. 143).

Para a teoria da representação, a existência do dolo requer a representação subjetiva ou previsão do resultado como certo e provável e, para a segunda, a vontade ou consentimento no resultado. Dissídeo este, como lembra NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. I, T. II, p. 115, superado, pois "dolo é, ao mesmo tempo, *representação e vontade*".

Diz o Código Penal que o crime é doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo (art. 18, I). Pode-se, então, afirmar, com SÍLVIO RANIERI, *Manuale di Diritto Penale*, Padova, 68, p. 293, vol. I, Parte Generale, que: "*Si ha reato doloso quando la volontà é diretta a realizzare il fatto, previsto dalla legge come penalmente illecito, che il soggetto si è rappresentato*". Vontade e representação são os dois elementos essenciais para que haja dolo e para a configuração dos crimes desta modalidade (FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, *Princípios Básicos de Direito Penal*, 2. ed. p. 212, 1986).

No mesmo sentido, GIULIO BATTAGLINI, *Direito Penal*, 1º Volume, Saraiva, 73, p. 287, para quem a subsistência do dolo requer: 1) previsão ou representação do evento; 2) volição do mesmo (*dolus facti*).

II - Dolo Direto e Dolo Eventual

A doutrina costuma classificar o dolo em direto e eventual, admitindo alguns autores a subdivisão do primeiro em dolo direto de primeiro e segundo grau, quando o resultado é desejado com fim direto ou quando este resultado

é *consequência necessária* do meio eleito, EUGÊNIO RAUL ZAFFARONI *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, 6. ed. 1991, p. 420), como na hipótese em que existe relação necessária entre o meio e o resultado pretendido pelo agente na sua conduta típica. Se este sabe que a ação necessariamente acarreta resultado concomitante e, não obstante, pratica a ação, quer, por certo, também este resultado.

Como doutrina HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal, Forense*, 1986, vol. I, p. 177:

"É o caso de quem, visando eliminar seu inimigo, coloca engenho explosivo no avião que o transporta, sabendo que o mecanismo será acionado durante o vôo. É o *dolo de consequências necessárias*".

No dolo direto (de primeiro ou segundo grau), quer-se, diretamente, o evento como fim ou como consequência necessária do meio eleito e escolhido.

ZAFFARONI, ob. cit., p. 419, estudando o aspecto conativo do dolo e suas distintas classes, informa que:

"Se llama *dolo directo* a *aquél en que el autor quiere directamente la producción del resultado típico, sea como el fin directamente propuesto o sea como uno de los medios para obtener ese fin. Cuando se trata del fin directamente querido se llama dolo directo de*

premer grado y cuando se quiere el resultado como *necesária* consecuencia del medio elegido para la obtención del fin, se llama dolo directo de segundo grado o **dolo de consecuencias necesarias**. Cuando un sujeto quiere matar a otro y le dispara cinco balazos, quiere directamente el resultado como fin propuesto (dolo directo de primer grado). En lugar, cuando un sujeto quiere matar a otro y aprovecha un viaje en avión para introducir un artefacto explosivo en el equipaje y provocar una catástrofe aérea, querrá como consecuencia necesaria del medio elegido y directamente querido la muerte de los restantes pasajeros de la aeronave (dolo directo de segundo grado)."

ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, *Direito Penal*, Parte Geral, Forense, 3. ed., 1991, vol. I, T. I, p. 725, admite a existência do dolo direto, nele abrangido o chamado *dolo de consequências necessárias*, e, noutra classe, o *dolo eventual* que existe "quando o autor representa o resultado como relativamente provável e inclui essa probabilidade na vontade realizadora (assume o risco de sua realização)". Cita, também, o caso dos mendigos russos que mutilavam crianças para excitar a compaixão pública. Naquelas circunstâncias, informa o autor, algumas crianças vinham a falecer e, obviamente, se os mendigos viessem a saber que as crianças poderiam vir a morrer, jamais as mutilariam, pois de nada lhes serviriam mortas. Não aceitavam, diretamente, a morte das crianças, porém, sabendo que poderiam vir a falecer diante das mutilações, *aceitaram a possibilidade do resultado* (ob. cit, p. 723).

Já o *dolo eventual* existe quando o agente assume o risco de produzir o resultado (CP, art.18, I, parte final). Nele a vontade não se dirige ao resultado, mas sim á conduta, com previsão de que esta pode produzir aquele. O agente percebe que é possível causar o resultado e, não obstante, realiza o comportamento. Entre desistir da conduta e causar o resultado, prefere o agente que este se produza (DAMÁSIO DE JESUS, *Comentários ao Código Penal*, Parte Geral, vol. I, Saraiva, 86, p. 318).

Para a subsistência do *dolus eventualis* é necessário que o agente, tendo previsto o resultado, ainda que somente possível, haja aceitado o risco de sua produção e desde que não tenha agido com a segura convicção de que aquele não ocorreria (FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale, Giufrè, 1991, vol. I, p. 309), pois, como explica SÍLVIO RANIERI, *Manuale, Parte Generale*, cit, p. 305:

"Infine, rientrano nella volontà del soggetto puré quelle conseguenze che si è rappresentate connesso in modo possibile con l'evento vietato, direttamente voluto, purchè abbia esteso il suo consenso alia loro eventuale produzione, **accettando il rischio** della sua condotta. Ed invero il soggetto, pur avendo previsto il possibile avverarsi di queste conseguenze, può agire o con la *sicura fiducia che non si sarebbero verificate* o senza avere tale convinzione. **Qualora, pertanto, tale convinzione non abbia avuta, anche lè conseguenze previste come possibili sono volute, perche il soggetto**

**ha consentito alla foro eventuale
produzione con l'accettare il rischio inerente
alla sua condotta" (g. n.).**

Para exemplificar, quem fuma nas vizinhanças de material inflamável e prevê como possível um incêndio e, malgrado tal previsão, continua a fumar, sem ter absoluta segurança de que o incêndio não se produzirá, porém aceitando o risco da sua conduta, consente, implicitamente também com o incêndio (DELITALA, Do/o *eventuale* e *colpa* cosciente, Annuario Univ. Cattolica di Milano, 1932).

Outro exemplo tem-se no caso de Tido que, desejando a morte de Caio, prevê, como possível, atingir mortalmente Semprônio, que está ao lado daquele, e, todavia, aceitando o risco da sua conduta, dispara, acabando por atingir Semprônio.

III - Dolo Eventual nos Crimes Omissivos

Nos crimes omissivos ou de omissão própria, o sujeito viola um comando de ação, ou seja, não faz aquilo que deve fazer, porém em confronto com um *indefectível predicado normativo* (teoria normativa da omissão, cf. GIUSEPPE BETTIOL, *Diritto Penale*, Cedam, 86, Parte Generale, p. 292 "L'omissione, *quindi*, è *una creazione della legge; ha caratère normativo*"). FRAGOSO, *Lições*, vol. I, p, 238, adepto da teoria em comento, acrescenta que

"a omissão, sendo abstenção de atividade que o agente podia e devia realizar, não é

mero não fazer, mas não fazer algo que, nas circunstâncias, era ao agente imposto pelo direito e que lhe era possível submeter ao seu poder final de realização",

sendo o conceito da omissão necessariamente normativo, pressupondo a existência de uma norma que imponha a ação omitida.

Ou seja, a conduta havida é julgada em relação de contradição com uma norma que, se não existisse, impediria valorar o comportamento humano (vide PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, *Comentários ao Código Penal*, Parte Geral, vol. I, Saraiva, 89, p. 51).

Nossa legislação prevê apenas crimes omissivos próprios *dolosos* (FRAGOSO, *Lições*, cit., p. 239). Indaga-se: ser/a *admissível* o *dolo eventual* nos crimes omissivos próprios? O Código Penal diz que o crime é doloso quando o agente quis o RESULTADO ou assumiu o risco de produzi-lo. A princípio, pareceu ao legislador somente admitir crimes dolosos nas condutas de ação e resultado. Não se referiu ao dolo nos crimes de omissão própria.

Sucedem que também estes podem ser cometidos dolosamente (e somente com dolo), não obstante não se possa falar em *resultado*, como modificação no mundo físico. É que nos delitos de simples atividade (ou desobediência, cf. *Binding*), em que não existe resultado, "o *dolo* é *representação, vontade e consciência da ilicitude da ação*" (MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, vol. I, Saraiva, p. 135).

Com efeito, também o Código Penal italiano, ao definir o crime doloso (ou *secondo l'intenzione*), acresce que se dá este quando

"l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della própria azione od omissione" (art. 43).

Entretanto, nos crimes de conduta omissiva própria, para que subsista o dolo, é suficiente que o sujeito tenha a conduta omissiva e, além desta, tenha-se recusado a ter a conduta comandada pela norma (SÍLVIO RANIERI, *Manuale, cit., p. 303*).

A pergunta principal ainda não se encontra respondida. Do conceito de dolo eventual, porém, extrai-se que o mesmo requer uma *conduta positiva*, um *facere* que, conduzido pela vontade, deságüe na produção de um outro evento ao qual o agente anuiu, aquiesceu, assumiu o risco de causá-lo. FRANCESCO ANTOLISEI, estudando o momento volitivo do dolo, in *Manuale, cit., p. 309/310*, e sobre o dolo eventual, após aduzir que para a subsistência deste seria necessário que o agente tivesse se comportado sem a segura convicção de que o resultado não ocorreria, acresce que a norma incriminadora não requer expressamente que o sujeito tenha agido com um determinado fim, para poder-se falar em vontade do evento e, mais precisamente, para poder-se considerar querido um certo resultado não é necessário que este seja o *ponto de mira* ou um dos pontos de mira da atividade criminosa.: *"basta che il reo lo abbia*

*previsto come possibile, accettando il rischio della sua
verificazione; **basta, in altri termini, che egli ABBA AGITO
a costo de determinar-lo**" (g. n.).*

Ou seja, basta que o réu tenha previsto como possível, o resultado, aceitando-o como possível, AGINDO a custo de determiná-lo. O chamado *doius eventualis*, pois, requer uma CONDUTA POSITIVA, um *facere*, um operar no mundo externo fático, que conduza à produção do resultado antijurídico.

Não se compadece, pois, com os crimes omissivos próprios. A natureza da omissão dolosa requer o dolo direto. A tese sustentada encontra respaldo no direito positivo. Existem, também, outros crimes que não podem ser praticados com dolo eventual porque a conduta típica o exclui. Ex.: receptação, art. 180 CP, denúncia caluniosa, art. 339 CP, etc. (FRAGOSO, *Lições*, p. 178).

Além destes, os crimes omissivos próprios também inadmitem a prática com dolo eventual. Já nas chamadas *fórmulas de Frank* para forjar-se o conceito de dolo eventual, pode-se divisar, inequivocamente, a exigência de uma conduta eminentemente positiva: "seja assim ou de outra maneira, suceda isto ou aquilo, em qualquer caso, AGIREI".

Esta *indiferença*, que particularmente configura o dolo eventual, somente ocorre quando o sujeito AGE, reúne suas forças numa conduta positiva, após prever que, dela, o resultado conexo e possível poderá advir. Nos crimes omissivos, o sujeito não faz aquilo que podia e devia fazer, contrapondo-se ao imperativo legal. Não pode, pois,

agir com dolo eventual, que somente tipifica crimes comissivos, ou seja, de ação e resultado.

IV - Dolo Eventual nos Crimes Comissivos por Omissão

Os crimes comissivos por omissão são aqueles em que o sujeito, mediante uma omissão, *permite* a produção de um resultado posterior, que os condiciona (DAMÁSIO DE JESUS, *Comentários, Parte Geral*, vol. I, 86, p. 193), não havendo relação de causalidade física alguma entre a omissão e o resultado. O que a lei dispõe, com efeito, é sobre a *relevância da omissão*, ou *equiparação desta à ação*. O sujeito responde pelo resultado não porque o causou com a omissão, mas porque não o impediu, realizando a conduta a que estava obrigado (DAMÁSIO, ob. cit., p. 267).

Equívoco, pois, o conceito de CELSO DELMANTO, *Código Penal Comentado*, 3. ed., Renovar, p. 19, quando, tratando dos crimes comissivos por omissão, afirma que tais são aqueles em que o agente, por deixar de fazer o que estava obrigado, *produz* o resultado. FRAGOSO, *Lições*, p. 240/241, com razão, acrescenta que os crimes comissivos por omissão ou omissivos impróprios não são, como geralmente se supõe, crimes comissivos. "São crimes omissivos em que a punição surge, não porque o agente tenha causado o resultado (*não há causalidade alguma na omissão*), mas porque não o evitou. O que dá vida ao ilícito é, pois, aqui, a violação do dever jurídico de impedir o resultado". Igualmente equivocado é o conceito de SILVIO RANIERI, *Manuale*, Cedam, 1968, p. 232, informando que são comissivos mediante omissão os delitos em que "il

soggetto viola un comando d'azione insieme con un divieto di commissione, ossia, se non fa ciò che deve fare cagionando un evento che non deve essere cagionato".

Parte da doutrina aceita a adjetivação dos crimes omissivos impróprios como sendo de *omissão qualificada*, justamente porque a condição de *garante* da não-superveniência do resultado está limitada, num dado círculo de autores, pela lei.

"Solo pueden ser autores de conductas típicas de omisión impropia quienes se hallan en posición de garante, es decir, en una posición tal respecto del sujeto pasivo que les obligue a garantizar especialmente la conservación, reparación o restauración del bien jurídico penalmente tutelado"
(ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, 91, p. 455).

Embora sem referir-se, expressamente, à existência ou não de relação de causalidade nos crimes comissivos por omissão, ALFREDO DE MARSICO, *Diritto Penale*, Jovene, 1969, Parte Generale, n. 69, p. 98, informa que a obrigação de ativar-se ocorre não só por força de lei, mas, também, em decorrência de um costume ou de uma norma de prudência comum.

Ponto concorde, porém, na doutrina é que os crimes em questão, ditos omissivos impróprios, estão abrangidos na classe maior dos crimes de omissão, sendo também denominados delitos de não impedimento

"che consistório nel mancato impedimento di un evento materiale e per la esistenza del quali occorre, pertanto, il verificarsi di un tale evento (es.: omicidio del neonato per mancato allattamento da parte della madre; disastro ferroviário per omissão azionamento del lo scambío da parte dell'addetto). Qui la legge attribuisce rilevanza penale non alla omissione come tale, ma al non impedimento dell'evento" (FERRANDO MANTOVANI, *Diritto Penale*, Cedam, 92, Parte Generale, 3. ed. p. 168).

Interessante estudo sobre a multiplicação universal dos crimes omissivos no direito penal é feito pelo Prof. MANTOVANI, ob. cit, p. 165. Observa o A. que, tradicionalmente, o direito penal é um direito repressivo, ou seja, de proibições, constituído de crimes de ação e, excepcionalmente, de crimes de omissão. Nos Estados totalitários, constituindo-se a liberdade uma exceção e a coação a regra, finalizando o indivíduo em função dos interesses superiores e absorventes, impõe o Estado uma série de obrigações comportamentais em razão da sua posição no âmbito da comunidade, terminando o ordenamento totalitário por ser, também, de comandos. A *tendência expansiva dos crimes omissivos* é, a outro lado, uma característica da passagem do Estado liberal ao Estado social de direito ou solidarístico, o qual, absorvendo novos deveres em amplas esferas, impõe aos cidadãos a obrigação de determinadas ações, voltadas ao conseguimento de algumas finalidades que assume como próprias, quais sejam, antes de tudo, o cumprimento dos deveres de solidariedade do corpo social, em vista de uma homogeneização

econômico-político-social. Mostra o A. que o recurso aos tipos legais omissivos corresponde, de outra forma, a uma exigência imposta pela sempre maior complexidade da vida de relação, causada também pelo progresso tecnológico e da sempre mais complicada mecanização, que comportam a emanção de um sempre maior número de normas cautelares de conduta, cuja violação consiste, quase sempre, em omissões (ex.: normas em matéria de circulação, tráfego e segurança do trabalho).

No aspecto que interessa ao âmbito do estudo, resta a indagação feita a propósito dos crimes omissivos puros, ou seja, se a classe dos crimes comissivos por omissão admite o dolo eventual.

Integrando os delitos *sub examen* a subespécie dos delitos omissivos, evidentemente que o dolo requer representação e vontade *diretas* de não-ativação, ou seja, da vontade de não realizar a *ação impeditiva* do evento. *Não admitem*, pois, tal como os delitos de pura omissão, a prática através de dolo eventual.

Após informar que nos *delitos omissivos próprios* o dolo é constituído: a) pela representação do pressuposto do dever de agir (encontro de um corpo inanimado; notícia de crime); b) da vontade de não cumprir a ação devida (idónea e possível), ou seja, de não fazer concomitantemente ao final do termo ou em colocar-se, de antemão, na impossibilidade de cumprir o dever, FERRANDO MANTOVANI, *Diritto Pena/e*, Parte Generale, cit., p. 324, acrescenta que, nos *crimes omissivos impróprios* o dolo é constituído:

"a) dálla rappresantazione dell'obbligo giuridico extrapenale di garanzia e del presupposti di esso (doe la situazione di pericolo per il bene;
b) dálla volontà di non tenere l'ultima azione impeditiva (idonea e possibile) e dell'evento materiale quale conseguenza di tale omissione".

Esta parece ser a posição assumida por FRAGOSO, Lições, Parte Geral, n. 225, que, sobre os aspectos subjetivos da omissão, frisava:

"Nos crimes comissivos por omissão dolosos, a parte subjetiva do comportamento requer vontade de realização da conduta diversa, que corresponde à vontade de omitir a ação devida. Como nota Welzel, o que costumamos chamar de omissão querida é, em realidade, um omitir consciente, ou seja, uma omissão com a consciência do poder de atuar. O dolo deve corresponder, nos crimes omissivos puros, à vontade consciente de abstenção da atividade devida. Nos crimes comissivos por omissão, a ele deve corresponder, além disso, também o desejo de atingir o resultado através da omissão, tendo o agente consciência de que ocorrem as circunstâncias de fato que fundamentam a sua posição de garantidor."

À luz destes ensinamentos, dificilmente pode-se concordar com HUNGRIA, Comentários, vol. I, T. II, p. 120, que, citando caso ocorrido no Rio de Janeiro, inseriu

como dolo eventual a conduta da proprietária de um cão que, acometido de hidrofobia, atacara uma criança, sem que a dona do mesmo, sabendo do perigo, tomasse providências impeditivas. No caso vertente, não se tratava de um típico crime comissivo, mas, sim, de um delito comissivo por omissão, em que o dolo situava-se, precisamente, na vontade da proprietária do cão raivoso em não se ativar, de qualquer forma, para impedir o evento material (morte da criança, mordida pelo animal hidrófobo). Se o crime era, como inquestionavelmente se nota, comissivo por omissão, *inadmitia a figura do dolo eventual!*

ZAFFARONI, ob. cit, p. 457, estudando o elemento subjetivo na omissão e, principalmente, o aspecto *cognoscitivo do emitente*, assevera com clareza:

"En el aspecto cognoscitivo, el dolo dentro de la estructura típica omisiva, requiera el efectivo reconocimiento de la situación típica y la previsión de la causalidad. Cuando se trata de una omisión impropia, requiere ademas que el sujeto conozca la calidad o condición que le pone en posición de garante (padre, enfermera, guia, etc.), pero no el conocimiento de los deberes que le incumben como consecuencia de esa posición, porque ese conocimiento es un problema de culpabilidad. Del mismo modo, el sujeto debe tener conocimiento de que e es posible impedir a producción del resultado, es decir, del "poder de hecho"(Welzel) que tiene para interrumpir la causalidad que desembocará en el resultado. Así, quien

viendo que se ahoga su enemigo, y, teniendo el deber de salvarle, por su condición de guarda-vidas, contratado para atender esa playa y en ese horario, decide dejarle morir ahogado, actuará con dolo de homicidio si el aspecto cognoscitivo del mismo se integra: con el conocimiento de que el sujeto pasivo se halla en peligro; con la previsión de que el agua le causará la muerte; con el conocimiento de su condición de guarda-vidas, y con el conocimiento de que tiene el poder de impedir que el agua le cause la muerte" (Manual, n. 295, p. 457).

Em todas as fases, pois, do desenvolvimento da conduta, requer-se, quando se trata de crime comissivo por omissão, *dolo direto*, tanto no que pertine ao momento cognoscitivo (representação), quanto no volitivo (vontade direta de não ativar-se ou cumprir a ação impeditiva do evento) (MANTOVANI, ob. cit, p. 324). Em conclusão, também os delitos omissivos impróprios não podem praticar-se senão com dolo direto, *excluído* o dolo eventual.

V - Tentativa e Dolo Eventual

Nos crimes que admitem o cometimento sob forma de *dolus eventualis* também a tentativa deve admitir-se. Ou seja, é *suficiente para a subsistência da tentativa, além do dolo direto, o dolo eventual.*

Sobre a absoluta COMPATIBILIDADE da existência de tentativa com dolo eventual, vale citar SILVIO

RANIERI, *Manuale di Diritto Pena/e*, CEDAM, 1968, vol. I, p. 404/405:

"Poiché, però, nel tentativo gli atti debbono essere diretti a commettere un delitto, e, perciò, anche la volontà che li guida deve avere tale direzione, ne deriva sì a che il tentativo è possibile soltanto nei delitti dolosi, sia che la volontà del soggetto, in quanto vi ha rilievo per la sua direzione, vi deve essere intesa propriamente come intenzione. Tuttavia, se nel tentativo il dolo è quello del delitto consumato, tale identità importa che è valida a costituirlo quella stessa forma di dolo che è valida per il delitto consumato. E, **quindi, anche per il tentativo è sufficiente, oltretutto che il dolo diretto, il dolo eventuale.** Es. s'ha omicidio tentato, e non lesione personale, se si può stabilire che il soggetto ha agito, pur tendendo ad altro risultato, ma avendo preventivamente accettato l'evento mortale, che non si è verificato"(g.r.).

Em sentido contrário, porém, MANTOVANI, *Diritto Pena/e*, cit, p. 439:

"Il che vuol dire che si ha delitto tentato solo se il soggetto agisce con dolo intenzionale, e che **non è possibile punire il tentativo con dolo eventuale,** senza violare il divieto di analogia in malam partem, dovendosi ammettere un tentativo con "atti non diretti".

A concepção do A. último citado, entretanto, está apoiada no que diz textualmente o CP Italiano que, para a configuração da tentativa, exige "atos idoneos" e "não equívocos" (art. 56, Código Penal) *diretos ao cometimento do delito*. Porém, o mesmo informa não existir dúvidas de que deva ser punido o agente sabedor que, para conseguir seu escopo fraudulento, teria, necessariamente, que dar causa à morte de uma velha senhora, moradora da casa incendiada por aquele, porém, milagrosamente salva das chamas, pelos bombeiros.

Também, ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, Direito Penal, cit, p. 725, afirma ser o dolo eventual suficiente para a tentativa, sendo esta a opinião dominante na Alemanha (Frank, Hippel, Jagusch, Weizel, Lees, Schônke-Schröder, Mezger, Mezger-Blei e Maurach), salvo opiniões minoritárias.

Não pode ser negada a existência de tentativa de homicídio com dolo eventual no caso do motorista inabilitado que, embriagado, e dirigindo em via movimentada num grande centro urbano, imprime velocidade excessiva ao automóvel, fazendo, ainda, manobras perigosas em *ziguezague*, levando-o a capotar e atropelar dois passantes, sendo que um deles morre e outro sai gravemente ferido. Restando apurada a existência do dolo eventual, os ferimentos ocasionados numa das vítimas somente poderiam ser atribuídos a título de tentativa, sob a forma de dolo eventual e em concurso com homicídio também doloso. Ou seja, o agente responderia por homicídio doloso (decorrente de dolo eventual), em concurso com tentativa de homicídio. Sendo o dolo único, e não podendo ser fracionado, o

resultado menos grave deverá ser imputado a título de *conatus*.

VI - Dolo Eventual e Culpa Consciente

Questão complexa, em doutrina e jurisprudência, a diferenciação entre o *dolo eventual* e a *culpa consciente*. Vários critérios têm sido utilizados para a individualização de ambos os elementos, valendo citar: 1) critério da doutrina finalista; 2) o critério da predisposição ou não de medidas destinadas a impedir o evento; 3) teoria da representação; 4) teoria do *atteggiamento interiore* e, enfim, 5) o critério do consenso hipotético (MANTOVANI, ob. cit, p. 321/322).

E, contra os quais se objeta: 1) a teoria finalista da ação é esta incapaz de diferenciar o dolo eventual da culpa consciente: ou se põe como pedra de toque a *finalidade real*, faltante em ambas as modalidades, ou a *finalidade potencial* (dominabilidade do evento previsto), presente em ambas; 2) o critério da predisposição de meios ou medidas destinadas ao impedimento do evento não convence, porque é admissível a possibilidade de dolo eventual, não obstante a predisposição daqueles meios (ex: caso de quem, colocada a bomba para fins intimidatórios, procure, sem êxito, afastar os presentes), bem como é admissível a possibilidade da culpa consciente, não obstante a falta de adoção das medidas de cautela; 3) a teoria da representação também não resolve o problema, porque, objeta-se, dolo não é somente representação, mas vontade. De outra forma, dever-se-ia admitir a existência de culpa com respeito a todos os crimes culposos, praticados no

desenvolvimento de atividades perigosas (circulação estradai; atividades industriais perigosas); 4) contra a teoria do *atteggiamento interiore*, que faz corpo sobre critérios emocionais, e para a qual o dolo eventual requer um *quid pluris* consistente na adesão interior ao evento (aprovação, consenso, indiferença), enquanto a falta de tal adesão, ou seja, a esperança da não-ocorrência do evento, dá lugar à culpa consciente, também não pode prevalecer, porque o direito penal, centrado sobre bases objetivas, não pode ter por escopo impedir meros estados interiores, mas concretas posições de vontade; 5) o critério do consenso hipotético, pelo qual o dolo eventual subsistirá sempre que se possa presumir que o agente teria igualmente agido, ainda que se tivesse previsão do evento como consequência da conduta, porque tal critério substitui, arbitrariamente, a natureza do dolo, como entidade psicológica real, e posicionado sobre dados efetivos, por dados hipotéticos, que são de mais árduo acerto (MANTOVANI, *Diritto Pena/e*, cit, p. 322).

Por isto, a diferenciação entre as duas formas de manifestação do elemento subjetivo deve centrar-se sobre; o critério da *aceitação do risco*, havendo dolo eventual quando a vontade não se dirige face ao evento, mas quando o agente o aceita, como consequência eventual, acessória da; própria conduta (Cf. MANTOVANI, ob. cit, p. 320/1).

Aceitam este critério: DELITALA, Dolo *eventuale* e *colpa* consciente, Annuario dell'Università Cattolica, 1932; RICCIO, // *dolo eventuale*, Napoli, 1940; ALTAVILLA, Do/o *eventuale* e *colpa* con *previsione*, Riv. It. 1957, p. 169 e PROSDOCIMI, Doius *eventualis*, Milano, 1988. PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, Comentários, cit, p. 174, leciona que sendo o dolo algo de positivo, não pode

ser configurado negativamente (não recusar o evento, não abster-se da conduta etc.).

"Sendo o dolo eventual integrante da parte mais grave da culpabilidade, embora menos intenso que o dolo determinado, *não pode ser expresso em termos aproximativos ou negativos.* O agente haverá de emitir um **JUÍZO AFIRMATIVO**"

O evento pode dizer-se consentido: a) quando o agente representa pelo menos a possibilidade positiva de seu verificar-se; b) permanece na convicção, ou somente na dúvida de que aquele possa ocorrer; c) tem, não obstante, a conduta, mesmo que a custo de ocasionar o evento, e, por isto, *aceitando* o *risco* da superveniência causal.

Já na *culpa consciente*, embora tenha o agente previsto o evento, age com a segura convicção de que o mesmo não ocorrerá; ou seja, o agente não aceita a produção do resultado que entrou em seu conhecimento. "*La colpa cosciente o con previsione è caratterizzata dálla fiducia che ha il soggetto sulla non verificazione del fatto típico*" (SÍLVIO RANIERI, ob. cit, *Parte Generale*, p. 342 ; também ANTOLISEI, *Manuale, Parte Generale*, n. 135: "*nelia quale il reo ha agito con la s/cura fiducia che 1'evento previsto come possibile non si sarebbe avverato*").

Vil - Prova do Dolo

Como lembra GIUSEPPE BETTIOL, *Diritto* Pena/e, 12. ed., Padova, CEDAM, 86, p. 513, por algumas vezes, na jurisprudência e na doutrina se falou de *dolus in ré ipsa* ou de dolo presumido, como se existissem fatos típicos respeito aos quais não fosse necessário provar, caso por caso, a presença do dolo no ânimo do agente. Informando que o dolo deve existir durante todo o decurso causal e também no momento em que o evento se realiza, o mestre acrescenta que o dolo deve ser sempre direta e cumpridamente acertado.

Mas, se isto é verdade, como se faz a prova do dolo, caso por caso? Se é árduo reconstruir acontecimentos no mundo externo, as dificuldades aumentam quando se trata de acertar fatos puramente internos, quais a representação e a vontade, o movente, ou o consenso ou a aceitação do risco nos delitos que admitem o dolo eventual.

Neste campo, é preciso achar um entendimento racional que não coloque a acusação em frente a uma *probatio diabolica* (MANTOVANI, ob. Cit., p. 328), e para que o órgão acusador não se situe em franca inferioridade, porém, rejeitando-se as presunções legais, que seriam um cómodo pretexto para Subtrair tanto o juiz quanto o acusador da tarefa de provar o elemento psicológico.

Há certos comportamentos que mais rapidamente proporcionam o acerto e prova da conduta dolosa. Assim, atos de violência carnal, subtração de valores,

ofensas corporais com arma de fogo ou com instrumentos explosivos, cuja sintomatologia do dolo é imediata. Porém, em outros casos as dificuldades emergem quase insolúvelmente, como, *v.g.*, quando se trata de estabelecer se se trata de homicídio doloso ou preterintencional ou de homicídio tentado. Nestes casos, somente a apreciação dos dados referentes à natureza e sede das lesões, quantidade, modalidade e meios (veneno, *p.ex.*) , o número de golpes, a região do corpo atingida, sinais de luta corporal, distância e posições entre os contendores, bem como o estado de movimento ou inércia de um ou de outro.

Algumas circunstâncias factuais podem ser hábeis e precisas no descobrimento do elemento psicológico, podendo-se destacar: a) a consideração de todas as circunstâncias exteriores que possam ser expressão do *estado psíquico do agente*, b) de acordo com as regras da comum experiência, inferir-se a existência daquelas circunstâncias indicativas da representação e da vontade, segundo o *quod plerumque accidit*; c) as *regras da experiência* (*v.g.*, apontar e disparar a arma carregada contra o peito do ofendido); d) na consideração das eventuais circunstâncias que deixam razoavelmente de supor um desvio do modo como as coisas normalmente se desenvolvem (ex.: profunda amizade e harmonia entre o agente e a vítima, que renderia plausível a versão de culpa no disparo com a arma carregada).

Mais complexa torna-se a prova do *dolo eventual*, e mais difícil é aferir-se a sua existência das circunstâncias do fato material. Circunstância apenas *indiciária* é a falta de adoção, pelo agente, de medidas voltadas a evitar o evento. O lançador de facas de uma casa

de espetáculos que provoque ferimentos na companheira adorável, que sempre saíra indene de tantas outras exposições, poderá ter sido atingida, intencionalmente, sempre que se possa provar ter o lançador agido após grave discussão com a vítima.

Os elementos integrantes do dolo eventual são dois: *representação do resultado* como possível e a *anuência* do agente à verificação do evento, assumindo o risco de produzi-lo. Porém, como informa PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, ob. cit, Parte Geral, Vol, 1, p. 174,

"Tais elementos não podem ser extraídos da mente do autor, mas *deduzidos das circunstâncias do fato*. Em caso de dúvida por parte do julgador, deverá concluir pela solução menos rigorosa: a da culpa consciente."

No caso de dolo eventual, o objeto do acerto refere-se: a) a não-intencionalidade do evento; b) a previsão do mesmo; c) a aceitação na sua ocorrência, que se infere das circunstâncias sintomáticas a tal fim (MANTOVANI, ob. cit, p. 330).

Age com dolo eventual o terrorista que, para matar um político, coloca uma bomba na praça, sabendo que, seguramente, e muito provavelmente, poderia matar outras pessoas que ali transitavam. A existência ou não de meios predispostos a impedir o evento, também, não *afasta* a existência do dolo eventual. No caso do agente que, colocada a bomba para fins de intimidação, procure, sem êxito, afastar os presentes, não se pode dizer que não tenha

agido com *doius eventualis*, para o resultado que procurou afastar, de forma infausta.

VIII - Referências Bibliográficas

ALTAVILLA, E. *Dolo Eventuale e Colpá con Previsione*. Riv. it., 1957.

ANTOLISEI, Francesco. CONTI, Luigi. *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*. 12. ed. Giufrè, 1991.

BATTAGLINI, Giuiio. *Direito Penal, Parte Geral*. 1° vol., Saraiva, 1973.

BETTIOL, Giuseppe - MANTOVANI, Pietroello. *Diritto Penale*. 12, ed. Cedam, 1986.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal, Parte Geral*, v 1, T. II, 3. ed. Forense, 1991.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal, Parte Geral*, v. 1., Saraiva, 1989.

DELITALA, Giacomo. *Dolo Eventuale e Colpá Coselente*. Annuario dell'Università Cattolica, 1932.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal, Parte Geral*. 9. ed. Forense, 1985 (atualizada por Fernando Fragoso).

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, vol. I, T. 2, Forense, 1958.

JESUS, Damásio de. *Comentários ao Código Penal*, Parte Geral. 2. ed.1 v., Saraiva, 1986.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*, Parte Generale. Cedam, 1992.

MARSICO, Alfredo de. *Diritto Penale*, Parte Generale. Jovane, 1969.

NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*, v. 1, Saraiva, 23. ed. (atualizada por ARANHA, Adalberto José Q.T, de Camargo). 1985.

PROSDOCIMI. *Dolus Eventualis*. Milano, 1988.

RANIERI, Silvio. *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale. 1. v. 4. ed. Cedam, 1968.

RICCIO, Stefano. //Dolo *Eventuale*. Napoli, Jovene, 1940.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 2. ed. Saraiva, 1986.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Manual de Derecho Penal*, Parte General. 6. ed. Ediar, 1991.