

DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE: LIMITES (*)

ODONE SANGUINÉ

Promotor Público em Rosário do Sul

SUMÁRIO — Introdução. Relevância do problema. Implicações conexas. Colocação sistemática do dolo e da culpa e a consciência da ilicitude. O dolo e a culpa em relação às diversas modalidades de conduta. Critérios para a solução do problema. Teorias sobre o dolo eventual. Teoria hipotética do consentimento. Teoria da probabilidade ou da representação. Teorias emocionais ou do sentimento. Teoria da vontade ou do consentimento. Teoria da vontade de evitação. Teoria de tomar em sério o perigo. Posição atual da culpa. Panorama no Direito brasileiro. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Atualmente há maior atenção pelos pressupostos e natureza intrínseca da culpabilidade do que em relação aos problemas que afetam diretamente as suas distintas formas tradicionais: dolo e culpa. Essas instituições de origem civilística, incorporadas, mais tarde, ao campo penal, cedem passo, recentemente, ao questionamento pelos juristas da estrutura e essência da culpabilidade.

Esse panorama, entretanto, não afeta substancialmente o tema que será examinado, consoante poderemos ver adiante.

Preocupa-nos, inicialmente, a assombrosa quantidade de métodos, definições e teorias, bem assim, o posicionamento antagônico de tudo isso, tão excludente de qualquer alternativa, não somente no presente tema, porém em outros de Direito Penal.

Assim, temos que nos situar no âmago das disputas clássicas, que partem de um equívoco fundamental: apresentar como absolutamente excludente o que o é tão-somente desde algum ponto de vista. Todavia, hodiernamente, a tendência científica ensina a inutilidade de esforços no sentido de encontrar critérios absolutos ou permanentes de diferenciação entre os objetos. Adquirem, destarte, as classificações caráter hipotético e instrumental, posto que somente perseguem satisfazer fins didáticos, de ordenação dos conhecimentos já adquiridos ou facilitar o desenvolvimento de novas investigações. Por isso que é o Direito um objeto relacional, cuja existência completa não é esgotável por nenhuma definição nem teoria geral. (1)

(*) Trabalho premiado em 1º lugar no Concurso Nacional "Procurador Miguel Cerqueira - 1980", promovido pela Associação do Ministério Público de Goiânia, GO.

(1) V. BOURIE, Enrique Barros, estudo preliminar da monografia de A. KAUFMANN. *Analogia y naturaleza de la cosa*, p. 10 e ss., Ed. Jurídica de Chile, 1976.

Visando objetivos essencialmente didáticos, e sem intentar construir novas teorias, procuraremos introduzir o controvertido e difícil tema da delimitação entre o dolo eventual e a culpa consciente.

Embora negado por alguns autores, a importância da distinção entre dolo eventual e culpa consciente possui relevante interesse teórico e prático. A questão surge no momento em que é necessário tomar uma posição frente às diversas teorias. De outra parte, continua a dificuldade em situar a correta posição sistemática da culpa e do dolo, bem como escolher o método científico adequado para solucionar o problema. Por conseguinte, iniciaremos apresentando uma visão panorâmica da controvérsia global que envolve o tema, procurando, na medida das nossas limitações, adotar um posicionamento em relação às questões apontadas.

RELEVÂNCIA DO PROBLEMA

O caráter excessivamente abstrato da dogmática jurídico-penal tem levado, amiúde, a um sobejo de especulação que a aparta da realidade, resultando, destarte, perceptível a desconexão existente entre o Direito Objetivo e as realidades sociais que hoje vive o mundo. (2) Assim, esse enclausuramento impedia todo o acesso às valorações de índole político-criminal ou de outros ramos científicos, decorrendo daí um maior afastamento com o caso concreto. E a implicação lógica, em consequência, é o paradoxo de que — com a produção de um duplo critério de julgamento — “pode ser dogmaticamente certo o que desde o ponto de vista político-criminal é equivocado, e o inverso”, (3) incorrendo, pois, numa espécie de “averroísmo científico”. (4) Isso levou ROXIN a afirmar que a história da teoria do delito, nos últimos decênios, por força dessa dogmática, pode ser descrita como uma peregrinação dos elementos do delito pelos diferentes pontos do sistema. (5)

Por essa razão, criticando esse exacerbado jurisdicismo “versus” realidade social, afirma E. NOVOA MONREAL que “parte dos estudos especializados, produzidos nos últimos trinta anos, versem matérias tais, como a natureza do dolo eventual e sua diferença da culpa consciente...” (6)

Essa afirmação, embora possua inegável dose de acerto, é exagerada. A situação do problema da distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente é de grande transcendência prática.

Cabe referir, em primeiro lugar, o destaque dado por ilustres penalistas. Já WEZEL deixou assente que “delimitar o dolo eventual da culpa (consciente) é um dos problemas mais difíceis e discutidos do Direito Penal”. (7) Da mesma forma, partindo do exame legislativo, examina JESCHECK a recente reforma levada a cabo na Alemanha, pondo em relevo ser lamentável a não adoção das definições de dolo e culpa, por razões de segurança jurídica. O legislador devia, pelo menos, solucionar as questões que não são simplesmente didáticas, senão que tem uma significação prática relevante. (8)

(2) NOVA MONREAL, Eduardo. *El Derecho como obstáculo al cambio social*, p. 11 e ss., México, 1979.

(3) ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, p. 30, Barcelona, 1972.

(4) MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*, p. 179, Barcelona, 1975.

(5) Ob. cit., p. 80.

(6) *In Revista de Direito Penal*, v. 24, p. 61, Forense, 1979.

(7) WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*, Ed. Jurídica de Chile, p. 101, 11ª Ed., 1976.

(8) JESCHECK, Hans-Heinrich. *Reforma del Derecho Penal en Alemania: parte geral*, p. 50-1, Ed. Depalma, 1976; idem WESSELS, Johannes. *Derecho penal: parte geral*, p. 50, 1976; *contra*: LOPEZ REY, Manuel. *Criminología*, t. 2, p. 300, 1978; e MAC IVER, Luiz Cousiño. *Derecho Penal chileno*, Ed. Jurídica de Chile, 1975, p. 736: “em vista da falta de madurez científica do conceito e a verdade da máxima latina — *omni definitio est periculosa*”.

A delimitação aludida tem imediatos reflexos na prática penal. Além de fixar a competência — no plano processual em relação às infrações penais dolosas contra a vida — influi na partilha de competência segundo as normas de organização judiciária dos Estados, de conformidade com a pena cominada em abstrato.

Duas situações podem ocorrer:

a) o autor de um fato típico poderá ser absolvido por ausência de tipo culposo porque o legislador decidiu-se a não castigar, conforme determinados critérios, a prática culposa de certa conduta. Nesse caso, inexistente tipo legal proibitivo culposo, sendo punível tão-somente a modalidade dolosa;

b) havendo punição, ou melhor, a excepcional punibilidade por culpa, e havendo desclassificação pelo juiz, haverá sensível diminuição da pena. Esta já previamente demarcada no plano legislativo (cominação abstrata), sem prejuízo de ulterior fixação judicial no âmbito da culpabilidade (art. 42 do Código Penal).

Sob o enfoque do Direito Comparado, convém notar que em França a “*distinction de l'intention criminelle et de la faute n'est pas nettement posée dans notre législation*” (segundo revelam G. STEFANI e G. LEVASSEUR, *Droit Pénal Général*, Dalloz, Paris, p. 208, 1978). Porém, a distinção aparece em, praticamente, todos os ordenamentos jurídicos, por exemplo, nos países socialistas, segundo informam LAURETTA DURIGATO (*Uno Studio Di Diritto Penale Socialista*, p. 79-80, 1976), ZDRAVOMISLOV e outros (*Derecho Penal Soviético*, p. 161, Bogotá, 1970), inclusive em nosso Direito Positivo (art. 15 e incisos do Código Penal).

IMPLICAÇÕES CONEXAS

Alguns “*juris scriptores*” entendem que o dolo e a culpa são formas ou espécies de culpabilidade e, por conseguinte, destacam que reside nessa graduação a diferença de penalidade entre ambos.

Assim, embora não seja o escopo central deste estudo, a primeira tarefa consiste em esclarecer o motivo da diversidade de penas assinaladas para o dolo e a culpa.

Apercebeu-se desta problemática LUIS JIMENEZ DE ASÚA, que entende ser a culpabilidade graduável, segundo seja mais ou menos exigível o comportamento conforme o dever e que o juízo (de culpabilidade) faz surgir duas espécies desta: dolo e culpa, advertindo, no entanto, que ambos não são partes, elementos, nem formas, nem graus de culpabilidade, se não espécies no sentido semelhante como nas ciências naturais se integram “*species*” (o natural) e “*genus*” (o conceitual). (9)

Da mesma forma, entende FIGUEIREDO DIAS que “prevedo a lei diferentes molduras penais para factos que se distinguem só por terem sido cometidos com dolo ou antes com mera negligência... isto só possa significar que o que distingue as suas formas de comportamento haja de ser... uma diferença de culpa... no sentido mais profundo de que dolo e culpa são entidades que já por si mesmas revelam diferentes conteúdos materiais de culpa, cada um com o seu significado e critérios próprios”. (10)

Recentemente, ROXIN fundamenta a íntima conexão entre culpabilidade e pena. Sustenta que se depreende da lei um ponto de vista decisivo, pois um dos princípios indiscutíveis de nosso Direito, tanto do vigente como do futuro, é o de que pena e culpabilidade devem corresponder-se reciprocamente. Assim, refere que a diferença marcante entre a penalidade cominada abstratamente no tipo de delito doloso em contraposição ao culposo somente poderá ser devida a uma diferença de culpabilidade entre ambas as formas de

(9) *Tratado de Derecho Penal*, t. 5, p. 215-6 e 262, 3ª ed., 1976.

(10) *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*, p. 249-50, Coimbra, 2ª ed., 1978.

condutas; tratando-se, segundo ele, de duas formas distintas de culpabilidade em que uma é superior a outra originando visível graduação diversa nas penas assinaladas pelo legislador. (11)

A doutrina dominante orienta-se nesse sentido. (12)

De outra parte, sustentam alguns a abolição do conceito de culpabilidade. (13) Deve-se advertir que tal posicionamento extremo não significa abandonar o conjunto de garantias a favor do indivíduo no sentido de refutar toda a responsabilidade objetiva, eis que há sistemas jurídico-penais, e.g., como os países escandinavos e anglosaxões, nos quais — em que pese a falta de enraizamento da idéia de culpabilidade — não se incorre em abusos do “jus puniendi”, enquanto, ao revés, em outros sistemas jurídicos aparecem os referidos abusos (embora mantenham a doutrina do livre arbítrio). (14) Ainda, há quem, criticamente, refute a idéia de que a culpabilidade possa ser um critério válido para delimitar o marco da pena, (15) tendo em vista a dose de vaguedade resultante das dificuldades de determinar qual é o desvalor ou gravidade de uma ação.

No entanto, a Alemanha reconheceu, em sua recente reforma penal, a relação entre o princípio de culpabilidade e a magnitude da pena. (16) Reza expressamente o § 46, I, 1ª parte do referido diploma: “A culpabilidade do autor é a base fundamental para a individualização da pena” (*Código Penal alemão*, conforme JULIO CESAR ESPINOLA, p. 27, Depalma, 1976).

É preciso esclarecer que a diferença marcada “a priori” pelo legislador com referência às diversas penalidades, não significa abandonar a culpabilidade no momento da individualização penal.

A diferença de penalidade assinalada para o dolo e a culpa constitui um problema de injusto e não de culpabilidade.

Partiremos afirmando que o tipo e a sanção prevista em abstrato nada mais é que a concreção da antijuridicidade feita “a priori” pelo legislador. Ademais, tendo em vista que o dolo pertence ao tipo delitivo, segundo a doutrina prevalente, com maior razão isso constitui um problema cuja determinação é dada pelo conteúdo do injusto. Contudo, conserva validade a assertiva de que, em um segundo momento, após essa prévia cominação distinta de penas, deve ser adequada a sanção ao indivíduo singularmente considerado, como corolário lógico do princípio de culpabilidade.

A confusão parece radicar em não distinguir os diversos momentos (o legislativo, o judicial e o administrativo ou penitenciário, apontados por SALEILLES) da individualização da pena.

Sem adentrar em detalhes, resulta que o problema da distinta cominação de sanções é um problema delimitado inicialmente pelo injusto. Daí o acerto da afirmação de E. BACIGALUPO de que “o injusto é por uma parte o limite da culpabilidade”. (17)

Com acerto, adverte ARMIN KAUFMANN que, desde o ponto de vista do Direito Positivo, somente podemos comprovar aqui que “el legislador ha expresado en la medida

(11) *Problemas basicos del Derecho Penal*, p. 119-20, 1976; idem, em *Revista de Derecho Penal*, nº 11/12, p. 7 e ss., 1973.

(12) CASABÓ RUIZ, JUAN CORDOBA RODA y outros. *Com. al Código Penal*, v. 2, p. 9 e ss., 1972; CORDOBA RODA. *Culpabilidad y pena*, p. 20, 1977; NUÑEZ, Ricardo C. *Manual de Derecho Penal*, p. 214, 1978; entre nós, FRAGOSO, Heleno. Pena e culpa, in *Ciência Penal*, v. 1, p. 1 e ss., 1973, BRUNO, Anibal. *Direito Penal*, v. 2, p. 58-59 e 92, 3ª ed., 1967, dentre outros.

(13) WOTTON, Barbara. *Crime and the Criminal Law*, p. 52, 1963; contra ROSS, Alf. *Colpa, responsabilidad e pena*, Milano, 1972.

(14) Cf. J. C. RODA, cit. supra, p. 34.

(15) JAKOBS, *Schuld und Pravention*, p. 4 e ss., Tubinga, 1976.

(16) JESCHECK, op. cit., p. 41 e ss..

(17) *Lineamentos de la teoria del delito*, p. 92, 1977.

de la pena amenazada la gravedad del reproche por el hecho antijurídico...". (18) Com efeito, a diferença de penalidade entre os delitos previstos na parte especial dos códigos deve ser vinculado ao conteúdo do injusto, ou à teoria dos fins da pena, sem situar, no entanto, a distinção da culpabilidade, que sequer é componente do conceito analítico de crime. O homicídio é mais grave que o furto (ver as considerações a esse respeito em *Ensaio sobre a introdução ao Direito Criminal*, p. 244 e ss., Coimbra, 1968, de J. BELEZA DOS SANTOS) e por isso se castiga mais o homicida que o gatuno, porém não se pode manter que os elementos "matar a outrem" e "subtrair coisa móvel" integrem a culpabilidade, pois a distinção, da mesma forma que o delito culposo e o doloso, descansa numa diferença no conteúdo de injusto de ambos os fatos.

HORN ensina que o "quantum" de culpabilidade não tem um peso próprio na avaliação da pena; não se agrega nada novo que não estivesse aí já procedente do injusto. A culpabilidade é somente um crivo pelo qual tem que passar, em seu caminho a medida de culpabilidade, o "quantum" — único relevante — do injusto. (19) Acrescenta-se, ainda, que a diferença de penalidade cominada ao crime consumado em relação ao tentado não é problema pertencente ao âmbito da culpabilidade porque o dolo é idêntico.

Aduz-se, de outra parte, a necessidade de distinguir entre motivação individual e geral. Esta define o âmbito da antijuridicidade e a outra o da culpabilidade. (20) Decorre, em conseqüência o evidente liame entre os momentos aludidos da individualização penal e as funções de motivação dos tipos (norma). O injusto recai sobre o fato como um desvalor e a culpabilidade (que também é do fato) relaciona-o com o autor.

Ademais, ao prever a pena o legislador age arbitrariamente, tendo em vista apenas alguns critérios fugazes, tais como, perigosidade da conduta, o bem jurídico protegido (não observando muitas vezes, o princípio da intervenção mínima), a danosidade social etc. Enquanto o juiz, além desses critérios, está adstrito a determinados postulados, sem que possa ter o poder de ultrapassar os marcos já estabelecidos.

Consoante afirma SEBASTIAN SOLER, a cominação genérica contida na lei é uma ameaça dirigida, em primeiro lugar, a todos os indivíduos, mostrando a natureza da ação definida em uma figura e o grau de valoração do bem violado, pelo montante da escala penal (*Derecho Penal argentino*, p. 7, TEA, 1976). Idêntica posição sustenta E. MEZGER ao referir que a culpabilidade é *liniite*, porém não fundamento independente da pena. (21)

Finalmente, podemos afirmar com ENGISCH que o objetivo da lei é distinguir entre fatos mais graves e menos graves. (22) E, tal posicionamento, em nada afeta o ponto de partida de que o dolo é uma forma do injusto, pois em qualquer caso é uma forma mais grave que a culpa. (23)

Em conclusão, podemos afirmar que o entendimento exposto harmoniza-se com a opinião dominante na Alemanha no sentido de que a culpa — segundo WESSELS — não é uma simples forma de culpabilidade, porém, um tipo especial de conduta punível. (24)

COLOCAÇÃO SISTEMÁTICA DO DOLO E DA CULPA E A CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

É mister um breve exame da exata colocação do dolo e da culpa, bem assim o problema da relevância da consciência da antijuridicidade.

(18) *Teoria de las normas*, p. 268, Depalma, 1977.

(19) Apud, ORDEIG, Gimbernat. *Estudios de Derecho Penal*, p. 100 e 200, Civitas, 1976.

(20) Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform*, Colonia, p. 314 e ss., 1974.

(21) *Tratado de Derecho Penal*, v. 2, p. 23, 3ª ed., 1957.

(22) Apud G. ORDEIG, op. cit., p. 144.

(23) Id., ib..

(24) Op. Cit., p. 147.

A polêmica dos últimos trinta anos sobre a sistemática do dolo na estrutura da teoria do delito aflorou diretamente o problema da necessidade da ilicitude para o dolo e a culpa. Assim, para os causalistas, o dolo é uma espécie ou forma de culpabilidade, ao qual pertence também o conhecimento da antijuridicidade da ação (teoria do dolo). Para os finalistas o dolo pertence ao tipo, enquanto que o conhecimento da ilicitude se inclui na culpabilidade (teoria da culpabilidade). Uma terceira teoria, distinguindo entre dolo e conhecimento da antijuridicidade, situa ambos os elementos sistematicamente dentro da culpabilidade (LAUBÉ WIEFELS, *Strafrecht*, Alg. Teil, p. 71, 1967). Há, ainda, quem sustenta uma distinção entre vontade e dolo e que cada um deve situar-se em um sítio distinto. (25) Sem esquecer a tese de ROXIN e WESSELS da dupla relevância do dolo (para o injusto e para a culpabilidade).

Sinteticamente debatem-se as três teorias referidas:

a) teoria do dolo — a consciência da antijuridicidade, como conhecimento efetivo, pertence ao dolo. Na versão limitada proposta por MEZGER, o conhecimento efetivo é substituído pela “cegueira para o Direito”, logo rebatizada, devido às críticas, como “inimizada ao Direito”;

b) teoria estrita da culpabilidade — o conhecimento potencial do injusto, alheio ao dolo, situa-se na culpabilidade, pertencendo aquele ao tipo ou à culpabilidade;

c) teoria limitada da culpabilidade — a consciência da antijuridicidade pertence à culpabilidade, porém, quando depende do conhecimento da falta de situação justificativa se situa na tipicidade (dolo). (26)

No entanto, importa precisar tão-somente se, referentemente ao problema do dolo, uma outra posição não prejudicaria a exposição do problema em tela. A consequência sistemática no estudo da parte geral do Direito Penal não adquire grandes proporções, eis que o importante é que o dolo seja explicado alguma vez para possibilitar uma distinção entre dolo eventual e culpa consciente. E isso — antes ou depois — ambos os sistemas (causal, final e a teoria social da ação) o fazem. (27) As consequências materiais, no âmbito da participação e no erro de proibição, além de escaparem ao tema, não influem no deslinde aludido.

Para uma completa informação sobre a questão de que o dolo pertence ao tipo, veja-se ORDEIG. (28) Ainda, é opinião dominante na Alemanha e outros países. (29) Essa posição aceita por alguns causalistas — no caso da tentativa — impõe-se progressivamente porque são convincentes ainda com independência da teoria final da ação. (30)

Quanto ao problema da consciência da ilicitude, aderimos ao pensamento de CARMEN CORREA OSSA: com isso resta manifesto a correção em eliminar-se toda referência à consciência da antijuridicidade, como igualmente toda valoração do processo de motivação deve evitar-se. Do contrário teria razão GALLAS em advertir que “tras el hecho de acudir a la presunta voluntariedad en el dolus eventualis, y a la no voluntariedad en la culpa consciente, reside, en el fondo, una diferencia en la valoración de la motivación y del ánimo”. (31)

O próprio GALLAS afirma que — e isso serve como observação global para esse título — a polêmica entre a teoria final da ação e os partidários da sistemática tradicional

(25) MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 180-1.

(26) ZAFFARONI, E. Raul. *Manual de Derecho Penal*, p. 453-6, 1977.

(27) ORDEIG, op. cit., p. 80-1.

(28) Idem, p. 92 e ss..

(29) MIR PUIG, Santiago. *Introd. a las bases del Derecho Penal*, p. 281.

(30) JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrechts*, A.T., 2ª ed., p. 163, 1972.

(31) Respectivamente. *El dolo eventual*, p. 30, Ed. Jurídica de Chile, 1969, e *La teoría del delito en su momento actual*, p. 50 e ss., 1959.

em nada afeta a função mesma do dolo. (32) Acrescente-se que a doutrina dominante sustenta a autonomia da consciência da antijuridicidade dentro da culpabilidade, que é sustentada inclusive por alguns causalistas. (33)

Finalmente, a maioria dos autores entende que a consciência da antijuridicidade é indiferente para a solução do problema do dolo e da culpa, ora pelo fato de existir em ambas as formas, ora pela conclusão de que não é elemento essencial do conceito de dolo (entre eles, podemos citar FIGUEIREDO DIAS, op. cit., *Binding, Normen*, v. 1, p. 421, 7ª ed., 1975, PANNAIM, *Manuale*, v. 1, 4ª ed., p. 420, 1967).

O DOLO E A CULPA EM RELAÇÃO ÀS DIVERSAS MODALIDADES DE CONDUTA

A questão pode parecer evidente e simples. Contudo, se pensássemos da mesma forma que WELZEL e ARMIN KAUFMANN, (34) que negam a existência de um dolo de fato — no sentido dos delitos de ação — nos delitos omissivos, a solução do problema poderia tornar-se diferente.

No entanto, como expõe certamente RODRIGUEZ MOURULLO, o problema da voluntariedade da ação deve colocar-se nos mesmos termos para a ação e para a omissão. (35) A doutrina dominante, inclusive na Alemanha, assegura a identidade dos conceitos de dolo e culpa nos delitos de omissão, da mesma sorte como sucedem nos delitos de ação.

Para citar um autor nesse sentido, temos a afirmação exata de CLAUD ROXIN no sentido de que em relação ao momento volitivo do autor não há diferença substancial entre ação e omissão. O dolo não está nos dedos com que se pressiona o gatilho da pistola, mas na cabeça do agente. E pode estar exatamente do mesmo modo tanto se se dispara uma pistola contra alguém como quando se deixa voluntariamente que se afogue o menino que caiu na piscina, sabendo que se tinha a obrigação jurídica de evitar sua morte. (36) Essa opinião é dominante para os delitos de ação, omissão e impróprios de omissão. (37) Assim, ainda não encontramos nesse ponto um critério válido para solução da controvérsia.

CRITÉRIOS PARA A SOLUÇÃO DO PROBLEMA

Alguns autores entendem que a caracterização do dolo eventual define a sua vez o âmbito que corresponderá à culpa consciente. (38)

Para outros autores não há expressa indicação de um critério determinado e sim fórmulas teóricas ou conceitos apriorísticos.

Frente às dificuldades de demarcação, surge a dúvida sobre o acerto e propriedade do critério quase unanimemente mantido de tratar de estruturar o âmbito do dolo mediante o procedimento oblíquo de deslindá-lo da culpa. Isto poderá equivaler ao método científico de estabelecimento de certos elementos não comparáveis materialmente pela

(32) Idem, p. 46.

(33) MAC IVER, op. cit., p. 693.

(34) *Derecho Penal aleman*, p. 181; *Die Dogmatik*, p. 66 e ss..

(35) *La Omisión de socorro en el código penal*, p. 37, 1976.

(36) *Problemas básicos de Derecho Penal*, p. 98, 1976.

(37) BAUMAN, Jürgen. *Derecho Penal*, p. 237-8, 1973; reconhecendo a possibilidade, mas postulando uma reformulação: BACIGALUPO. *Lineamentos*, p. 165-6 e *Delitos improprios de omision*, p. 92 e 168-9, 1970.

(38) BACIGALUPO, *Lineamentos...*, cit., p. 51.

observação direta, acudindo ao sistema de circundação – prévia intuição do fenômeno – como ocorreu com as leis mendelianas, os elementos do átomo etc. Entretanto, semelhante não resulta adequado, posto que, em último caso, se tem buscado um meio de conhecer o desconhecido, através do conhecido; enquanto que no dolo e na culpa, ambos os conceitos já integram nossa bagagem científica há séculos. Por isso deve ser descartado – como refere MAC IVER – todo o método indireto para determinar o âmbito estrutural do dolo e da culpa. (39)

A culpa, segundo opinião dominante, não é uma simples forma de culpabilidade, mas um tipo especial de conduta punível, conforme já aludido antes. Com razão assinala JESCHECK que a culpa não é uma forma atenuada do dolo, senão algo distinto deste, não uma mera forma de culpabilidade situada ao seu lado, senão um tipo especial de ação punível. (40)

Em definitivo, afirma COUSIÑO que diante de diferenças substanciais é impossível reduzi-la a fórmulas aritméticas de subtração, e dizer que todo o “minus” do dolo constitui culpa, pois isso é gravemente errôneo, já que pode significar também o caso fortuito ou, inclusive, um indiferente penal. (41)

Por conseguinte, negado o dolo não decorre uma afirmação automática de culpa, devendo-se, então, investigar sobre a existência de tipo culposo. Daí o equívoco daqueles que afirmam que a culpa começa onde o dolo cessa (conhecido aforisma de VON HIPPEL), especialmente em países em que a legislação adota o sistema de “*numerus apertus*”, ou seja, a punibilidade excepcional do delito culposo.

Diante do exposto, afigura-se mais adequado o entendimento de COUSIÑO em seguir o caminho inverso, ou seja, o de estruturar a culpa dentro de marcos conceituais rígidos, de tal sorte que todo o “plus” de injusto que ultrapasse esses marcos, caia no setor do dolo, pois de um ponto de vista jurídico-penal não pode haver uma terra de ninguém (*niemandsländ*) entre ambos, senão que tudo que transborde da culpa é domínio da forma mais grave. Se queremos manter o princípio jurídico da continuidade na sanção dos fatos ilícitos, é indispensável afirmar que todo o excesso psicológico sobre a culpa é dolo. EXNER diz com razão: “a fronteira superior da culpa é, ao mesmo tempo, a fronteira inferior do dolo”. (42) O inverso não é verdadeiro.

Isso não retira o interesse e a eficácia em expor as teorias sobre o dolo eventual para distingui-lo da culpa consciente, até mesmo como critério imprescindível para a solução da matéria e exposição do problema.

TEORIAS SOBRE O DOLO EVENTUAL

Em realidade faz falta uma teoria unitária do dolo de modo a fixar critérios, estruturá-los a traçar fronteiras com a culpa.

Para a doutrina dominante existem duas espécies apenas de dolo, sendo por isso ocioso intentar uma investigação sobre as antigas classificações, que perderam a importância anteriormente reconhecida. A simplificação é devida à doutrina alemã, que foi a que melhor fixou o conceito de dolo (principalmente o eventual).

Não é possível, de início, formular um conceito de dolo sem um prévio conhecimento das teorias que procuram desentranhar seu fundamento e essência.

(39) Op. cit., p. 724.

(40) Op. cit., p. 374.

(41) Op. cit., p. 724.

(42) Idem, p. 725 e 768.

Tradicionalmente, debatem-se as teorias da vontade, da representação e uma eclética, que conjuga as duas primeiras.

A teoria da vontade se caracteriza por querer o previsto e, destarte, somente quando se quis há dolo. Sustentada pelos clássicos vê a essência do dolo na vontade de produzir o resultado. Todavia, não desconhece que o dolo requer também a consciência do ato, ou seja, a intervenção da inteligência, porém a desloca até um plano secundário, por ser a vontade que move a ação. Um dos mais decididos representantes dessa teoria é VON HIPPEL.

A teoria da representação ou da probabilidade intenta estabelecer a linha divisória com fundamento a determinadas representações. Demonstra a insuficiência da vontade como fator estrutural do dolo, pois ela implica tender até um resultado e não pode ser querido o não previsto. Vê a essência do dolo no elemento da representação (elemento intelectual); no conhecimento e previsão do autor.

Destaca a dificuldade prática de constatar o fenômeno puramente interno da determinação voluntária não se consideram outras circunstâncias que sirvam de referência. Convém salientar, entretanto, que não existe propriamente uma teoria que sustente a preponderância da vontade com total exclusão do conhecimento, tampouco uma teoria que radique exclusivamente o dolo na representação do resultado.

A teoria da vontade é insuficiente por ser impossível resolver com ela todas as árduas interrogações que se nos apresentam. Não se pode querer algo sem o havermos representado e sem a teoria da representação seria difícil construir o dolo e inclusive o dolo eventual. Porém, tampouco é possível refutá-la, pois sem ela se diluem os limites do dolo eventual e não há meio de diferenciá-lo da culpa consciente. (43)

A teoria da representação aparece melhor como requisito para afiançar os limites da culpa e o dolo eventual. No entanto, revela sua insuficiência quando se pretende delimitar o dolo eventual da culpa consciente. Por essa razão, quem pretenda realizar essa tarefa sempre terá que aludir a elementos da vontade. Isso explica a preferência dos autores pela posição mista (síntese de ambas as teorias).

Com efeito, a vontade e a representação integram o conceito de dolo, sem importar qual dos elementos tem caráter preponderante. Ademais, não são excludentes entre si, se não que podem harmonizar-se. Por essa razão, assinala COUSIÑO, é plausível o esforço conciliatório feito por G. LABATUT GLENA ao definir o dolo como “a vontade de realizar uma ação cujo resultado ilícito, previsto como seguro, provável ou possível, é querido ou, ao menos assentido pelo sujeito”.(44)

Em conseqüência, a conjugação da consciência e da vontade representa, portanto, o cerne do dolo e esses dois momentos definidores não são estranhos também ao dolo eventual, que é dolo antes que eventual, consoante ensina DIAZ PALOS, Dolo penal, in *Nueva Enciclopedia Jurídica*, v. 7, p. 712, 1974).

Após um breve esboço das principais teorias “genéricas” sobre o dolo, é oportuno um esclarecimento: a velha pugna entre as teorias da vontade e da representação, que são as tradicionais teorias que visam conceituar o dolo em geral, são transladadas para o local de exame do dolo eventual. Com propriedade assinala JIMENEZ DE ASÚA que “ainda que, em verdade, hoje fiquem frente a frente na simplificada luta, as teorias da probabilidade e a do assentimento ou consentimento — que não significa outra coisa que o resíduo entre as duas teorias gerais do conceito de dolo, a da representação e a da vontade, transportadas a esta figura dolosa — é preciso reconhecer que não as únicas para fundamentar a essência e os limites do dolo eventual, posto que há outras de caráter intermédio (ob. cit., p. 597).

(43) JIMENEZ DE ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*, v. 5, p. 398, 3ª ed., 1976.

(44) Op. cit., p. 667; L. GLENA, p. 115. *Derecho Penal*, 1977.

Resta consignar que a doutrina finalista não elabora nenhuma doutrina particular sobre o dolo, não obstante seu conteúdo básico orbitar sobre a vontade de concreção mediante a ação finalista.

Alguns autores agrupam — simplificadamente — todas as concepções que giram sobre o dolo eventual em somente duas teorias: a do consentimento e a da probabilidade (v. g., BAUMANN, *Derecho Penal*, Depalma, p. 240, 1973; MAURACH, nas últimas edições de seu tratado).

Finalmente, será necessário abordar as teorias que dizem respeito diretamente ao conteúdo do dolo eventual para melhor compreensão da matéria.

A bibliografia costuma distinguir dentro da esfera das teorias da vontade uma denominada “teoria positiva do consentimento” e uma chamada “teoria hipotética do consentimento”. O contraste o determina, principalmente, a evolução das conhecidas e famosas fórmulas construídas pelo jurista FRANK. Este apresenta em 1890 a sua Fórmula I, elevando-a de simples meio probatório para tema de prova, denominada “teoria hipotética do consentimento”. Porém, num desenvolvimento posterior, retrocede novamente esta Fórmula ao papel de simples meio de prova, aparecendo em primeiro plano a Fórmula II da “teoria positiva do consentimento”.

TEORIA HIPOTÉTICA DO CONSENTIMENTO

Anotadas essas observações, é tempo de conhecer o teor da primeira Fórmula elaborada por FRANK, que se expressa em termos processuais. “Se se chega a conclusão de que o autor haveria agido ainda no caso de conhecimento certo, deve afirmar-se a existência de dolo; se se chega a conclusão de que haveria omitido a ação como conhecimento certo, então deve negar-se o dolo” (R. FRANK. *Das Strafgesetzbuch*, p. 190, 18a. ed., 1929, § 59, V).

É relevante dizer que deriva dessa teoria, que dominou durante muito tempo na doutrina penal, a denominada “teoria da aprovação” ou da “aceitação”. Entretanto, ambas fundam-se nas chamadas primeira e segunda Fórmulas de FRANK, as quais apareceram nas últimas edições de seu Tratado, isto é, em época que havia desistido da rigidez extrema de sua tese da representação, inclinando-se para uma atitude eclética ou mista.

Severas críticas foram formuladas à Fórmula elaborada por FRANK, sem que isso signifique a ausência de partidários da mesma.

Suscitou-se a essa primeira formulação que o autor deve ser julgado com fundamento no que ele quis na realidade, e não com base ao que teria querido se houvesse pensado de maneira diversa (45). Da mesma forma, criticamente examina-a HELEN SILVING (*Elementos Constitutivos do Delito*, p. 233, Porto Rico, 1977). Por essa razão, entende JIMENEZ DE ASÚA que a tendência é valorá-la como “meio de comprovação”, ocasião em que também recebe sérias objeções, sendo uma delas a de que nem sempre conduz a corretas conclusões e que, para o juiz, deve ser decisivo, não um hipotético processo agradável, senão um efetivo processo anímico (46).

TEORIA POSITIVA DO CONSENTIMENTO

Para a teoria positiva do consentimento ou assentimento, o que importa é o assentimento.

(45) JEAN GRAVEN, SCHWANDER e HAFTER, cf. NUÑEZ BARBERO, Ruperto. *El delito culposo*, p. 38. Salamanca, 1975.

(46) Op. cit., p. 613.

Baseia-se na segunda Fórmula de FRANK: “Se diz o autor seja assim ou de outro modo, sobrevenha assim ou de outra maneira, em todo o caso atuo” (FRANK, id.ib), sua culpabilidade é dolosa.

Essa Fórmula II de FRANK é dirigida, ao contrário da primeira, à atitude interna do autor no momento de sua decisão de ação e a representação da consequência acessória.

Essa teoria utiliza-se de fórmulas, tais como: “haver consentido” o resultado previsto como possível ou provável.

Além de inúmeros defensores na Alemanha, Argentina, Espanha e Itália (assinalados por ASÚA, op.cit., p. 614-5), aderem a esta teoria ASÚA (ob.cit., p. 615) e, em nosso País, NELSON HUNGRIA (Cf. *Comentários ao Código Penal*, Forense, t. 1, p.288-92) e, ainda, COSTA E SILVA (*Código Penal*, 1930, v. 1, p. 142) e BASILEU GARCIA (*Instituições de Direito Penal*, v. 1, p. 256).

Convém referir que LUÍS J. DE ASÚA, embora seja defensor dessa teoria positiva do consentimento, diz que a outra Fórmula de FRANK (hipotética) serve como modo de prova, que se facilita pelas motivações (Teoria de MAX ERNEST MAYER). (47)

TEORIA DA PROBABILIDADE OU DA REPRESENTAÇÃO

O característico deste grupo é que faz depender a colocação da conduta na forma mais grave (dolo), do alto grau da possibilidade representada, por conseguinte, da probabilidade do resultado, que deve ser representada.

Orienta-se — como ensina WESSELS — pelo fato de o autor ter tomado a ocorrência da realização do tipo como “provável”. Por “provável” deve ser entendido “mais do que possível” e “menos do que preponderantemente provável”.(48)

Para esta teoria há que afirmar a existência de dolo quando as possibilidades de que o resultado se produza em consequência de seu comportamento tenham alcançado determinado nível (consoante supra aludido). Não importa, desse modo, que o autor esteja ou não de acordo com o resultado nem que consinta ou não consinta nele. Conforme diz FRANK: esta teoria se basta com que ao autor a produção do resultado lhe pareça provável, “porém não pergunta qual é sua situação interna ante isso”. (49)

As críticas aparecem nesse ponto contra essa teoria da probabilidade. Alegam seus opositores que o dolo eventual, por ser dolo, exige os dois momentos (consciência e vontade) e não é possível, destarte, conceituá-lo desprezando um deles como fazem os adeptos da teoria exposta, que se desinteressam totalmente do momento volitivo. Não é exatamente no nível atingido pelas possibilidades de concretização do resultado que se pode detectar o dolo eventual, senão na relação volitiva entre o autor e o resultado.

BAUMAN agrega que “as teorias sobre a *probabilidade*, que também recentemente têm sido sustentadas com firmeza cada vez maior, não logram o objetivo. Inclusive um alto grau de probabilidade em referência à produção do resultado e o conhecimento do autor desta grande possibilidade, não substituem o elemento da vontade. (50)

Devemos seguir, não obstante a referência às críticas jogadas contra essa teoria, examinando todos os matizes desta.

Essa teoria descansa sua base no aspecto intelectual volitivo do dolo eventual, em posição polêmica frente à tese que destaca a simples representação de um possível resultado (que a seguir será analisada). Esta teoria — segundo COUSIÑO MAC IVER — con-

(47) Idem, p. 617.

(48) Ant. cit., p. 52.

(49) *Apud*, ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*, cit. p. 134.

(50) *Derecho Penal*, op. cit., p. 240.

trapõe os conceitos de probabilidade e possibilidade e faz residir o caráter diferencial na seguinte distinção teórico-abstrata: “Se existe tal probabilidade para o autor, se afirma que procedeu com dolo; se, entretanto, pensou unicamente numa pequena e afastada possibilidade somente responde por culpa (MEZGER, *Tratado*, v. 2, p. 157, op. cit.). (51)

Em vista do seu afastamento da realidade resulta inadmissível essa fórmula — probabilidade = dolo; possibilidade = culpa, embora se evidencie uma possível vantagem no âmbito processual — probatório. Assim, após enumerar detalhadamente as críticas proferidas por MAURACH, JESCHECK, A. WEGNER, e WELZEL, o ilustre professor chileno entende ser insuficiente a teoria da probabilidade porque não delinea nenhuma precisa fronteira entre probabilidade e possibilidade de modo a possibilitar uma distinção entre dolo eventual e culpa consciente. (52)

A seguir veremos o que escreveram alguns dos partidários da teoria em tela. ENGISCH afirma que existe dolo quando o autor “considera sumamente provável que realize o tipo mediante seu comportamento”. Já ARMIN KAUFMANN diz: “todas as circunstâncias que o agente toma em conta como possivelmente existentes ou como de possível produção, são abarcadas por seu dolo, a não ser que a vontade de realização esteja dirigida, precisamente, a evitar uma consequência acessória reconhecida como de possível produção”.

Na culpa consciente, diz STRATENWERTH, não é que ao autor lhe falte a consciência do perigo de que se produza o resultado. Porém, “não toma em conta esse resultado e se dispensa, com isso, da necessidade de orientar seu comportamento correspondente”. Para ROXIN, o que caracteriza o dolo eventual é a “decisão a favor da possível lesão dos bens jurídicos”. WELZEL pensa que nas consequências que o autor se representa como possíveis, o decisivo é determinar “se conta com sua produção ou, pelo contrário, confia em que não se produza”; no primeiro caso (“contar com a produção do resultado”), existe dolo eventual; no segundo (“confiar na não produção do resultado”), culpa consciente. (53) Denota-se que WELZEL agrega junto à possibilidade o critério da esperança para delimitar o dolo eventual da culpa consciente, inserindo desse modo um elemento volitivo, funcionando essa tese mista como uma convergência entre a teoria da representação e a da vontade, que será adiante relatada.

WELZEL, ao expor sua posição sobre o dolo eventual, desenvolve o antigo pensamento de MEZGER. Sua teoria é denominada pelos autores como TEORIA DA DEPENDÊNCIA DA VONTADE. Incide essa teoria sobre o aspecto da manifestação da vontade de realização, sem afastar a consideração de elementos intelectuais, posto que o dolo exige a consciência e a vontade. Daí a dificuldade e a ausência — conforme apontamento feito no início da exposição das teorias — de uma teoria do dolo eventual (unitária) que satisfaça todas as teorias.

TEORIAS EMOCIONAIS OU DO SENTIMENTO

Podem ser designadas aquelas teorias nas quais o determinante em ordem a se o resultado é dolosamente querido é uma situação mais bem passiva dos sentimentos do autor frente ao resultado pensado como possível. (54) Aderem a esta posição, EXNER e KOHLRAUSCH (conforme MEZGER, v. 2, citado, p. 171) e R. SCHMIDT.

(51) Op. cit., p. 719.

(52) Id., p. 719-20.

(53) Cf. ORDEIG, op. cit., p. 134-5; WELZEL, cit., p. 100.

(54) Transcrito conforme consta dos originais do autor. Na obra citada consta: “Podem ser designadas ‘aquellas teorías en las que lo determinante en orden a si un resultado es dolosamente querido es una situación nás bien pasiva de los sentimientos del autor frente al resultado pensado como posible”.

Segundo essa teoria, o caráter mais saliente da ação culposa é o desconsiderado desprezo pela realização de um resultado injusto e lesante de um bem jurídico. Na delimitação entre dolo e culpa consciente não há um limite preciso, sendo necessário recorrer a este grau de desconsideração manifestado pela maior menor indiferença no sentido da lesão ofensiva do direito (TEORIA DA INDIFERENÇA). Traduz um caráter desconsiderado de um sujeito que a todo custo deseja lograr um objetivo, sem importar-lhe as conseqüências. O resultado dolosamente produzido é indiferente para quem atua.

PAUL BOCKELMANN expõe uma teoria similar acudindo aos motivos para resolver o conflito que gera o dolo eventual, mediante um procedimento de valoração.

É conveniente explicar que a “teoria da indiferença” situa-se dentro do grande grupo das teorias sobre o dolo eventual referidas ao aspecto “volitivo”, por isso não é exposta com caráter autônomo e sim englobadamente no âmbito das “teorias emocionais”.

Refutam-se essas teorias pelo fato de que partem de uma visão puramente causalista (posto que se fundamentam numa reprovação do autor do fato por sua atitude ante os princípios ético-sociais de convivência). Ademais, a premissa de que existe uma maior indiferença no caso do dolo eventual que na culpa consciente, é caprichosamente apriorística e falsa, segundo relata COUSIÑO. (55) Da mesma sorte WELSEL censura-a ao afirmar que a ausência de representação do resultado, que caracteriza a culpa consciente, pode fundar-se diretamente em um altíssimo grau de indiferença. (56)

JESCHECK aduz que a motivação é tão-somente a raiz na qual se origina a determinação da ação, pela qual o autor, no dolo eventual, inclui o efeito acessório não desejado no fundamento da decisão de sua ação, o que não ocorre na culpa (Cf. *Lehrbuch des Strafrechts*, p. 203, Allgemeinen Teil, Berlin, 1969).

Há que referir, finalmente, a TEORIA DAS MOTIVAÇÕES defendida por MAX. E. MAYER. Segundo esse autor, o “indiferentismo” se decide de conformidade com as intrínsecas motivações do agente, segundo ASÚA (ob. cit., p. 610). Culmina pondo em jogo, ainda que embrionariamente, a vontade com a representação para distinguir entre o dolo eventual e a culpa consciente.

Se deve investigar o modo como se comportou o autor ante a representação do resultado e se deve atender, para dito fim, ao complexo global dos motivos impulsionadores de quem obra.

Fazendo um apanhado geral das teorias emocionais ou dos sentimentos vemos que o traço comum é o acentuado destaque para o elemento volitivo. Em face de relacionar-se certamente ao processo psicológico com o que se materializa a manifestação da vontade, é que seus partidários utilizam frases destinadas a atentar para a atitude anímica do autor frente ao resultado possível de sua ação, v.g., “tomar a seu cargo”, “ser-lhe indiferente”, “aprová-lo”, etc.

Entretanto, essas teorias não logram escapar, preliminarmente, de uma crítica global, posto que entendem que a consciência da ilicitude integra o dolo (“dolu malus”).

Conforme MAC IVER, muitos sustentam o corolário errôneo de que a diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente se obtém no juízo de reprovação, segundo seu autor tenha querido, ou não, a produção da consequência acessória representada como possível. O argumento não é verdadeiro, pois, conforme a teoria do dolo, há casos em que o autor culposo quer o resultado, por exemplo, na hipótese de erro sobre a proibição não insuperável. (57)

(55) *Derecho Penal chileno*, v. 1, op. cit., p. 716.

(56) Op. cit., p. 102.

(57) Op. cit., p. 729.

Anota JESCHECK que não são satisfatórias as teorias com caracteres “voluntativos” de demarcação. Essa teoria, entre outros reparos, não valoriza o fato, senão que ao autor, e que apareceria negada nos casos em que se excluem o resultado pretendido como possível. (58)

Em conclusão, verificamos a ineficácia das teorias em análise porque se pode aprovar algo com o que não se haveria contado absolutamente e, ao revés, se pode desaprovar algo que se tem por inevitável.

TEORIA DA VONTADE OU DO CONSENTIMENTO

Essa teoria também é denominada “da aprovação”. Não interessa o grau de probabilidade; o que interessa é estabelecer se o autor prova o resultado representado como possível (ou provável) e se, em caso necessário, está de acordo com ele. É suficiente a respeito uma vontade condicionada (o autor faz depender sua decisão definitiva da produção de condições determinadas).

Dominante na jurisprudência da Alemanha, conforme informa WESSELS (op. cit. p. 52). Essa jurisprudência emprega a seguinte fórmula: “há dolo eventual se o autor conhece a possibilidade de que se produza o resultado e *se faz cargo dela*” (BAUMANN, cit., p. 341). Exige que o autor deva ter “aprovado” ou, “aprovando, tomado em compra” o resultado tido como possível. A expressão figurada “tomar em compra” significa aceitar o risco, tolerá-lo, genericamente uma “conformação” do autor em relação ao resultado típico.

Para exemplificar, há dolo eventual quando o autor pensa que é possível que se dê o elemento objetivo do tipo, e, ademais, se diz: “ainda quando fosse seguro, atuaria”. Ao contrário, haveria culpa se o autor tendo conhecimento disso houvesse desistido de atuar. (59) Quem põe fogo em sua casa para receber o seguro não quer diretamente que morra o inquilino que ocupa o espaço, porém, em caso necessário, está de acordo com sua morte (se faz cargo dela); atua como dolo eventual. Se o inquilino (visto pelo autor) não tinha nenhuma possibilidade de salvar-se, o agente teria agido com dolo direto. Há culpa consciente se o autor conta com a possibilidade de que se produza o resultado, porém confia (ainda que culposamente) em que isso não suceda. Conforme exemplifica BAUMANN, quem copia Guilherme Tell, atua com culpa consciente.

Para a teoria do consentimento, em suma, há uma evidente preocupação em identificar uma manifestação de vontade do autor em relação ao resultado. Tolerar o resultado, consentir em sua provocação, estar a ele conforme, “assumir o risco de produzi-lo” não passam de formas diversas de explicitar um só momento, isto é, o de aprovar o resultado alcançado, enfim, o de “querê-lo”.

Afirma WESSELS que “parece correta a doutrina, agora predominante, de que existe *dolo eventual*, quando o autor não se tenha deixado dissuadir da execução do fato pela *possibilidade próxima da ocorrência do resultado* e sua conduta justifique a assertiva de que ele, por causa do fim pretendido, *se tenha conformado com o risco da realização do tipo*, antes até concordando com a ocorrência do evento do que renunciando à prática da ação. Contrariamente a isto é de se supor (só) *negligência consciente* quando o autor *tenha confiado em que ‘tudo caminhava’ bem e que conseguiria evitar a ocorrência iminente do evento*”. (60)

(58) Cit., p. 203.

(59) ORDEIG, cit., p. 127.

(60) Op. cit., p. 53.

Essa teoria confronta o delinqüente com o resultado, imaginando-o como efetivamente acontecido. É conveniente traçar aqui um breve resumo paralelo que demonstre a discrepância fundamental existente entre a teoria do consentimento e a teoria da probabilidade.

A teoria da probabilidade conforma-se com menos exigências para afirmar a ocorrência de dolo eventual: o autor atua com dolo quando “conta com” a produção ou concorrência do elemento do tipo, quando isso lhe parece “provável”; haverá culpa, entretanto, quando o autor confia em que não se dará o elemento típico.

A teoria do consentimento — que é dominante — exige de alguma forma o querer o resultado, seja “aprovando-o” ou “aceitando-o”. Como se haveria comportado o autor, se houvesse sabido com segurança que com o resultado perseguido se produz necessariamente o resultado antijurídico? Se, apesar disso, houvesse atuado... existe dolo eventual; em caso contrário, culpa consciente (cf. VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, v. 2, p. 316, Berlim, 1930). Aplicada a segunda Fórmula de FRANK, se o autor se diz: suceda assim ou de outra maneira, em qualquer caso atuo, há dolo.

Conforme expõe ORDEIG, a teoria da probabilidade não enfrenta o sujeito com o resultado, senão com a sua situação perigosa. Já para a teoria do consentimento o autor tem que declarar-se de acordo com a produção do resultado. O principal argumento dos defensores da teoria do consentimento é, ao mesmo tempo, sua principal objeção à teoria da probabilidade. O que caracteriza o dolo (inclusive o eventual) é que existe uma vontade, é que se quer o resultado. A teoria do consentimento descobre esta vontade no dolo eventual, selecionando, assim, quais são os fatos que devem ser considerados dolosos e fundamentando e justificando sua punição como tais. A teoria da probabilidade, assim se objeta, ao prescindir do enlace “voluntativo” entre o autor e elemento típico, pretende — indefensavelmente — castigar como dolosos comportamentos que não o são.

Como diz BAUMANN, a teoria da probabilidade desconhece “que não somente importa o saber do agente, senão também seu querer” (*Strafrecht*, A.T., p. 379, 1966). Em suma, para alguns dos defensores da teoria do consentimento, esta apresenta nos casos que se considera de dolo eventual o que a tese da probabilidade não pode apresentar: o elemento — indispensável no fato doloso — da voluntariedade (conforme a resenha exposta, confira-se ORDEIG, op. cit., p. 124 e ss.).

Ocorre que a teoria do consentimento é suscetível de diversas críticas.

Para fornecer um caso real em que a solução justa foi encontrada somente com a aplicação da teoria da probabilidade — que é defendida por ORDEIG, ao comentar a sentença proferida pelo Tribunal Supremo da Espanha — nos deteremos um pouco nesse aspecto. A situação concreta versou sobre um delito de omissão de socorro. Um sujeito, por uma via interurbana, em horas noturnas, conduz um automóvel com deficiência de iluminação. O condutor e seus familiares notam “um forte e continuado golpe, determinante, inclusive, da perda de controle do veículo que se deslocou de um lado para outro”. Os que acompanhavam o motorista instaram-no para que se detivesse, porém, somente quilômetros após este concorda aos “insistentes pedidos”. Observa então que há amassamentos no guarda-lamas dianteiro e em outros pontos; e comprova também “a ausência de manchas de sangue”. A seguir, o condutor reinicia a marcha. Esse caso é relatado por ORDEIG (cit. p. 123 e ss.) e pode ser encontrado todo o conteúdo da sentença no DICCIONÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA ARAZANDI, v. 3, p. 782-3, Pamplona, 1972, Espanha.

Como o dolo significa conhecer e querer os elementos do tipo, no delito de omissão de socorro para que este seja intencional, é preciso saber o autor que ocasionou um acidente do qual resultou uma vítima. No caso em que ignore a existência de uma vítima, o dolo não abrange este elemento do tipo e, por isso, haverá culpa, caso esse desconhecimento seja reprovável.

O tribunal entendeu que ao condutor lhe pareceu “provável” que o golpe que notou havia ocasionado uma vítima (chegando a procurar manchas, entre outras considerações). Esta probabilidade bastou para afirmar a existência de dolo eventual. Com isso se afastou da teoria do consentimento que exigiria ulteriores averiguações para chegar à conclusão de que o autor agiu com dolo. Não seria suficiente ter “contado com” a produção de uma vítima; senão que teria sido preciso constatar este outro extremo: se em vez de parecer-lhe provável, o condutor houvesse tido a “certeza” de que deixava atrás uma vítima, que teria feito? Teria se afastado também do lugar do acidente ou teria observado uma conduta no sentido de socorrer o ferido?

Para a teoria da probabilidade (adotada no caso julgado) não há que preocupar-se com o que teria feito o motorista no caso de estar certo de que havia atropelado uma pessoa. Para afirmar o dolo bastou constatar que o autor pressentiu desde o primeiro (contava com) que havia ocasionado uma vítima (cf. ORDEIG, cit., p. 129).

A mais grave objeção que se deduz contra a teoria do consentimento é que, para funcionar, esta exige que se prove um fato que “não se tenha dado na realidade”: não é que seja difícil provar o acontecido, é que se quer provar o que não aconteceu. Do que se tem consciência o sujeito que dispara contra o peito de seu perseguidor é de que sua ação contém um perigo para a vida, porém, em geral, nem muito menos se coloca a seguinte questão: imaginando o resultado de morte como seguro, não obstante o prefiro (ou não o prefiro) antes que ser preso. Aduz-se, ainda a grave dificuldade de prova (embora tal consideração não baste isoladamente para refutar uma teoria de direito material, posto que é mais assunto de índole processual). Em suma, essa teoria tem como pressuposto que o juiz se coloque pelo autor o que este nunca se contestou à questão por ele nunca colocada. Descambaríamos, desse modo, para um Direito Penal do autor e não do fato, para uma culpabilidade de caráter. E do ângulo político co-crimal, consoante vimos pela solução do caso concreto de omissão de socorro, exigir do autor estas considerações exigiria a conclusão errônea de que em muitas ocasiões haveria exclusão do dolo, ou mesmo a impunidade.

A teoria da probabilidade, apesar de ter um conceito de dolo mais amplo que o da teoria do consentimento, não obstante, fixa também critérios e limites estritos ao dolo e tem por postulado regras bem determinadas que permitem alcançar certa segurança jurídica. (61)

Como bem situa MEZGER (op. cit., p. 173) a decisão correta não pode lograr-se unilateralmente com base na teoria do consentimento porque os fatos mesmos da vida nem sempre permitem falar de consentimento ou não consentimento no resultado. Pois o autor mesmo pode conceber o resultado como dependente ou independente de sua voluntariedade.

TEORIA DA VONTADE DE EVITAÇÃO

Sustentada por ARMIN KAUFMANN. De origem finalista persegue, assim como a teoria seguinte, a objetivação da atitude do autor nos casos de dolo eventual.

A essência dessa teoria consiste em que a vontade de realização pode estender-se a todos os resultados e modalidades da ação quando o autor conta com a possibilidade de sua existência ou produção. Tendo em vista que esse autor está de acordo com ENGISCH, GALLAS e NOWAKOSWSKI no sentido de conceituar amplamente a finalidade, desenvolve sua teoria como sucedâneo único para frear as desmedidas projeções do sentido fi-

(61) ORDEIG, op. cit., p. 150

nal de ação, já mencionado anteriormente. Destarte, fundamenta que a vontade de realização não pode estar dirigida, por um lado, a permitir a produção de uma consequência reconhecida como possível e, por outro lado, tender a evitar essa consequência mediante a forma de desenvolvimento da ação.

Como afirma BACIGALUPO, que adere a esta teoria, haverá dolo eventual quando o autor se tem representado como possível a realização do tipo, porém não tem feito nada para evitá-lo. (52)

Sustenta KAUFMANN que se logra uma objetivação da fronteira do dolo, pois o "confiar" em poder evitar o resultado é somente vontade de realização e exclui, portanto, o dolo, se se materializa na forma de eleição dos meios e o governo do decurso da ação. (63)

Crítica esta teoria G. STRATENWERTH que entende que as considerações operadas pela teoria em tela não atingem o fulcro da questão, pois o verdadeiro problema do dolo eventual é a de se a produção de um resultado deve ser incluída na conta do dolo do autor, apesar de não tê-lo proposto diretamente. Isto ocorre quando concorrem os resultados da ação pretendida com os somente representados como possíveis; assim, embora possa existir precisamente a vontade de evitação de certo resultado posta em movimento pelo agente, não obstante, não é duvidoso que este pode, ao menos, também ter em conta esse resultado e, então, obra dolosamente.

Essas projeções exageradas da teoria da vontade de evitação, que eliminam o dolo eventual em casos em que sua ocorrência é notória, trazem, a sua vez, insuspeitáveis consequências, em numerosas hipóteses de acontecimentos da vida diária, em que sua aplicação é superalargada; a vendedora que entrega fósforos a um menino, com conhecimentos dos perigos vinculados a isso, deveria ser castigada por incêndio doloso que porventura ocorresse; o mordomo do edifício, que apaga prematuramente a iluminação dos pisos comuns, da mesma sorte, causaria lesões corporais dolosas, etc., consoante afirmam STRATENWERTH e JESCHECK. (64)

TEORIA DE TOMAR EM SÉRIO O PERIGO

Teoria preconizada inicialmente por STRATENWERTH e seguida, na atualidade, por JESCHECK.

Segundo COUSIÑO MAC IVER — que adere a esta posição — não possui esta teoria uma verdadeira autonomia; senão que procura encontrar uma objetivação das teorias de MEZGER e de WELZEL, sobre o âmbito da vontade de realização, em relação com a dependência ou independência da aludida vontade. (65)

Tornar a sério o perigo significa que o autor estima como relativamente alto o risco de realização do tipo, pelo qual se obtém, na dimensão e proximidade objetiva do perigo, o enlace necessário para a prova do dolo eventual; deve suceder, ulteriormente à representação da seriedade do perigo, que o autor se conforma com a realização do tipo. Com isto, o que se decide por alcançar o fim pretendido com a ação, suporta a realização do tipo, posto que ao atuar dessa maneira, com o perigo dessa realização, inclui a possibilidade de nos fundamentos da decisão de sua conduta e, com isso, também o quer. Exemplifica, JESCHECK que o autor não sabe se a jovem com quem copula tem menos de quator-

(62) *Lineamentos*. . . , cit., p. 51.

(63) *In ZStW*, p. 74, 70. Band, 1958, *Der dolus eventualis im Delikasaufbau*.

(64) *Apud*, COUSIÑO, p. 734, op. cit.,

(65) *Idem*, p. 735.

ze anos, porém, conta seriamente com isso, por sua aparência exterior, e, todavia, não se detém no fato. (66)

STRATENWERTH, para esclarecer sua tese, apoia-se num exemplo que sucede diariamente: “A” atira um cigarro aceso ao bosque, consciente da possibilidade de provocar um incêndio, porém, confiado em que isso não sucederá, por qualquer motivo que seja. Essa atitude de “A” revela que não toma em sério o incêndio do bosque (atua, portanto, com leviandade). A leviandade, todavia, pressupõe diretamente a consciência do perigo, pois o que não tem esta consciência, não é leviano em hipótese alguma, ainda quando se o denomine imprudente, insensato ou míope.

Disso se depreende que haveria uma errada interpretação do sucesso, se se quer negar a “A” a consciência da possibilidade (concreta) da produção de um resultado, já que o não tomar a sério um perigo não significa não estar consciente dele. Em verdade, o tornar a sério ou tomar levemente o perigo, reside em um plano distinto que o da observação teórica da consciência. (67)

Pertinentemente ao problema da delimitação entre o dolo eventual e a culpa consciente, JESCHECK entende que esta última implica que o autor conhece bem o perigo concreto, porém, que não o toma a sério, porque confia em que não se realizará, devido à não avaliação do grau de perigo ou a confiança em sua própria habilidade. Enquanto o autor do dolo eventual o deixa às circunstâncias -- a realização do tipo -- a característica da culpa consciente é a leviandade. O “conformar-se com a produção” e a “confiança do não ocorrer o resultado”, são conceitos complementares, que devem ser colocados de modo que eles se liguem completamente: o que não obra na confiança de não ocorrer o resultado se conforma com ele; como comprovação de se aceita uma ou outra, pode servir a chamada segunda Fórmula de FRANK (seja assim ou de outro modo, sobrevenha isso ou aquilo, de todas as maneiras eu atuo) admite o dolo eventual. (68)

Por isso JESCHECK, define o DOLO EVENTUAL: “Dolo eventual quer dizer que o autor tem seriamente como possível a realização do tipo legal e se conforma com ela”. (69)

POSIÇÃO ATUAL DA CULPA

É necessário, resumidamente, abordar a situação em que se encontra a atual estruturação do delito culposo.

Após uma lenta evolução inicial, decorrente da relativa ausência da necessidade de punir condutas culposas, e um rápido desenrolar de teorias mais recentes, quando a incidência dessas infrações aumentou por força do desenvolvimento social, afirmou-se na doutrina a concepção que vê a culpa não mais como um conceito psicológico — dependente da previsibilidade — senão normativamente, como infração da norma de cuidado.

Prudência de uma ação não requer necessariamente a imprevisibilidade do resultado lesivo. Por muito que tal resultado fosse previsível, a ação não será imprudente se não infringe a norma de cuidado. De outra parte, não é possível excluir totalmente a previsibilidade (que tem uma assombrosa vitalidade em Direito Penal, conforme ARMIN KAUFMANN, “El delito culposo”, p. 467, in *NUEVO PENSAMIENTO PENAL*, ano 5, 1976), que, embora não seja a essência do delito culposo, é fundamental para delimitá-lo do caso fortuito. (70)

(66) LEHRBÜCH, op. cit., p. 201. COUSIÑO, cit., p. 735.

(67) Dolus eventualis und bewusste Fahrlässigkeit, in *ZStW*.

(68) *Lehrbuch*, p. 202; MAC IVER, p. 735-6, op. cit..

(69) COUSIÑO, op. cit., p. 735.

(70) VELEZ, Federico E. *Manual de Derecho Penal*, p. 220, 1975.

Para MAURACH as duas formas de culpa (consciente e inconsciente) podem ter um interesse teórico e prático enquanto podem determinar melhor o limite com o dolo eventual (no qual o resultado previsto é aceito na mente do autor para o caso de que se produza) e, por outra parte, com o caso fortuito (no qual o resultado é absolutamente imprevisível), conforme, nesse sentido, “Deutsches Strafrecht”, A. T., p. 456, 3ª ed.

Haverá culpa consciente quando o sujeito tenha atuado com consciência de violar o dever objetivo de cuidado. Ao passo que haverá culpa inconsciente quando tenha obra-do com desconhecimento do dever objetivo de cuidado.

Quando existe a representação da aludida violação surge a dificuldade em precisar os limites entre a culpa consciente e o dolo eventual.

PANORAMA NO DIREITO BRASILEIRO

De início convém frisar que a doutrina demonstra que prevalece, em relação ao dolo eventual, a teoria do consentimento, que é adotada pela nossa lei (cf. FRAGOSO & HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, v. 1, t. 2, p. 544, Forense, 1978). Da mesma forma, aderindo à teoria do consentimento, é a posição de ANÍBAL BRUNO (“Direito Penal”, v. 2, p. 74 e ss.).

Ainda no plano doutrinário, verifica-se que especificamente sobre o assunto muito pouco foi escrito. Podemos citar o breve trabalho escrito por FÁBIO BITENCOURT DA ROSA (publicado na Revista dos Tribunais, v. 473, p. 276 e ss., 1975), no qual o autor propõe três critérios para distinguir o dolo eventual da culpa consciente: valorização do resultado, credibilidade do evento e seriedade do dano (p. 276). Mais adiante alude à possibilidade e probabilidade, refutando a teoria da probabilidade e referindo-se à teoria das motivações.

O nosso Código Penal conceitua o delito doloso e o culposo, expressamente, no art. 15, incisos I e II, respectivamente. E ao definir o dolo eventual, o legislador emprega a expressão “assumir o risco”, que é tida como imprecisa para delimitar o dolo eventual da culpa consciente e deve ser interpretada — segundo FRAGOSO — em consonância com a “teoria do consentimento” (cf. *Lições de Direito Penal*, p. 193, 1976).

A doutrina concorda — em consonância com autores estrangeiros — em que a dúvida ou incerteza a respeito do evento, sem implicação de natureza volitiva, é insuficiente e deve ser reconhecida culpa consciente. Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, o dolo eventual põe-se na perspectiva de vontade, e não da representação, pois esta pode conduzir também à culpa consciente (RTJ, v. 35, p. 282), conforme expõe FRAGOSO (loc. ultimamente citado).

No âmbito jurisprudencial, raramente examina a fundo o problema, limitando-se, geralmente, a reproduzir a expressão “assumir o risco” utilizada pelo código. Porém, inclina-se, na sua grande maioria para a teoria do consentimento.

Uma excelente exposição, inclinando-se, afinal, no sentido da teoria do consentimento, podemos encontrar na Revista dos Tribunais, v. 493, p. 334, relatado o acórdão pelo Juiz Silva Franco, do TACRIM-SP.

Sem objetivo exaustivo podemos citar as RT, v. 401, p. 346 e v. 407, p. 289, ainda RTJ-RGS, v. 79, p. 67, relator Des. Peri Rodrigues Condessa, que, praticamente, limitam-se a reproduzir a expressão “assumir o risco”, sem maiores considerações. É lamentável esse posicionamento porque não basta que o agente tenha procedido de tal forma a assumir o risco de produzir o resultado. Para sustentar-se o dolo eventual é, no mínimo, necessário exigir também consentimento no resultado, o que não ocorre na culpa consciente (confira-se RT, v. 429, p. 426; idem TJGB — RDP, v. 6, p. 128).

CONCLUSÃO

A seguir, sob a forma de resumo, exporemos algumas conclusões sobre a matéria exposta:

1) O deslinde entre dolo eventual e culpa consciente reveste-se de relevante interesse teórico-prático porque gera reflexos imediatos no plano do Direito material e mediatos no âmbito do Direito Processual;

2) ao tomar posição frente ao problema, convém ao jurista adotar uma atitude receptiva – de conformidade com os atuais postulados científicos – no sentido de não acolher uma posição unilateral, de modo a refutar posicionamento de outra teoria que também se revela aplicável para solucionar o caso concreto;

3) é aconselhável que o legislador adote definições de dolo e culpa, por razões de segurança jurídica, à semelhança do nosso diploma penal vigente, eis que assim estar-se-á implantando um – dentre inúmeros – marco mais objetivo para delimitar o dolo eventual e a culpa consciente;

4) o dolo e a culpa pertencem, pelo menos, ao tipo de injusto, não sendo meras formas de culpabilidade, senão que se constituem em tipos especiais de conduta punível. Assim, a posição polêmica entre as teorias finalista, causal e social da ação, bem assim o problema do conhecimento da antijuridicidade, não afetam o enfoque expositivo da questão examinada nem oferecem marco válido algum para a delimitação entre o dolo eventual e a culpa consciente;

5) é errôneo afirmar que todo o “minus” de dolo constitui culpa. Negado aquele deve-se proceder a um detalhado exame para constatar a possibilidade de existência de culpa;

6) embora possa parecer até anticientífico o método indireto, usualmente empregado para resolver o problema em tela, não é possível chegar a uma correta solução para o caso concreto sem uma referência ou estudo das diversas teorias sobre o dolo eventual;

7) nos delitos omissivos a solução adequada é adotar a teoria da probabilidade ou da representação, que não obstante expresse um conceito mais amplo de dolo que o da teoria do consentimento, fornece fronteiras precisas para o dolo, de sorte a conduzir a uma decisão com certa segurança jurídica e mais condizente com valorações político-criminais;

8) no que respeita aos delitos de ação, seria conveniente uma fórmula que caracterizasse o dolo eventual com base na vontade e não segundo critérios normativos do julgador. Arrancando da possibilidade de ocorrência do acontecimento típico, segundo a representação mental do autor e da decisão deste em agir, não obstante reconhecesse as condições objetivas dessa ocorrência, todavia, sempre com supedâneo na efetiva vontade do agente (assim, JUAREZ TAVARES, nota 11 do livro de Wessels, p. 53, op. cit.);

9) na atualidade, para visualizar-se de modo correto, comparativamente, o dolo eventual e a culpa consciente, afigura-se imprescindível considerar as características psíquicas e as normativas de ambos os tipos especiais de conduta;

10) a teoria de “tomar em sério o perigo”, a teoria da “probabilidade” conjugada com a da “representação” permitem elaborar um conceito e exposição corretos de dolo eventual.