

MORTE NO TRÂNSITO: CULPA CONSCIENTE OU DOLO EVENTUAL?

JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI¹

O presente trabalho foi elaborado com base em um parecer que nos foi solicitado, agora está sendo transformado em artigo. Nele, a exemplo do parecer, são discutidos os seguintes pontos: a) na conceituação da doutrina atual, como se diferenciam culpa consciente e dolo eventual? b) distinção entre culpa consciente e dolo eventual se faz facilmente no caso concreto? c) o fato de dirigir na contramão de direção configura, por si só, um homicídio doloso ou culposo? d) o ato do motorista “*piscar*” os faróis, ao pressentir a possibilidade de um acidente, que significado assume? e) em caso de dúvida quanto ao elemento subjetivo, qual deve ser a opção do julgador? 6º. adições complementares.

1. Introdução. A importância da dogmática

A questão suscitada, para uma melhor compreensão, obriga-nos a fazer uma incursão, ainda que superficial, mas suficiente, pelo estudo da teoria do delito, pois é aí, exatamente, que a questão deve ser solucionada.

A dogmática jurídico-penal, é onde se desenvolve a ciência do direito penal, que vai determinar a criação da jurisprudência, criando princípios e regras que orientam as decisões judiciais diante de um fato concreto, ou seja, é dela que se extrai conclusões acerca da existência, ou não, de um crime. Em ocorrendo um fato que se estima delituoso, é dentro da dogmática que se vai buscar o tipo em que se subsume a conduta do autor. Isto deixa bem claro Hassemer, para quem “a dogmática jurídico-penal busca a decisão de casos concretos mediante regras de decisão que podem ser generalizadas” (...) “a dogmática jurídico-penal não só está “à disposição da atividade decisória prática dos juízes penais, mas também a dirige” (Winfried Hassemer –Fun-

¹ Professor de direito penal. Procurador de Justiça em São Paulo (aposentado). República Del Brasil.

damentos del Derecho Penal, tradução espanhola de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero, Bosch casa editorial, Barcelona, 1984, págs. 250-251).

Efetivamente, a ciência do direito penal, que preferimos denominar *saber do direito penal*, encontra seu ponto de concentração na dogmática. Sobre sua importância, com Zaffaroni, escrevemos: “Atualmente, o método mais difundido no saber penal é o dogmático, a tal ponto que se costuma identificar a “ciência penal” com a “dogmática penal”“ (...). “Traduzido numa forma mais sintética, o método dogmático consiste numa análise da letra do texto em sua decomposição analítica em elementos (unidades ou dogmas) e na reconstrução destes elementos em forma coerente, tudo o que produz como resultado uma construção ou teoria. A denominação de “dogmática”, devida a Ihering, tem um sentido metafórico, porque o intérprete não pode alterar esses elementos, devendo respeitá-los como “dogmas”, tal como lhe são revelados pelo legislador, o que é um princípio básico que deve orientar a tarefa da ciência jurídica: o intérprete não pode alterar o conteúdo da lei” (Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli – Manual de Direito Penal Brasileiro, parte geral, Editora Revista dos Tribunais, 6ª. Edição, 2.006, pág 144).

Método dogmático, portanto, significa estabelecer um ponto de partida, comum a todas as ciências, onde se diferenciam as proposições verdadeiras das falsas. O método dogmático permitirá concluir-se por uma dessas proposições, isto é, a opção por uma proposição verdadeira ou por uma proposta falsa, questão comum a todo saber humano, isto é, a todas as ciências e destas não se exclui, evidentemente, o direito e, como corolário, o direito penal. A ciência do direito que se constrói com a dogmática – dogmática porque seus elementos informadores devem ser respeitados como “dogmas” –, forma um princípio e este irá orientar o intérprete que não pode alterar o conteúdo que, na hipótese, identifica-se como conteúdo da lei.

Também com Zaffaroni tivemos a oportunidade de escrever: “Ao interpretar a lei dessa forma, a ciência jurídica busca determinar o alcance do proibido e desvalorado de maneira lógica (não contraditória), fornecendo ao juiz um sistema de proposições que, aplicado por este, torna previsíveis suas decisões e, por conseguinte, reduz a margem de arbitrariedade, e proporciona segurança jurídica, ainda que, por certo, a segurança jurídica não dependa da previsibilidade das decisões judiciais. Nesse sentido, é correto afirmar que a ciência jurídica “projeta a jurisprudência” (Manual cit., pág. 145).

Com este rápido intróito, queremos realçar que, em sendo aplicado o método dogmático, como se faz mister, nunca se poderá modificar a realidade das conclusões extraídas, posto que é dogma e este constitui verdade indiscutível. O dogmatismo é uma doutrina que se assenta em verdades certas, perfeitamente comprováveis, princípios aceitos e indiscutíveis. Isto, aliás, deixou claro Rudolf von Ihering ao explicitar que a denominação dogmática possui um sentido metafórico, porque o intérprete não pode alterar os elementos que, de forma coesa, se extrai de uma decomposição analítica do texto, e da reconstrução destes elementos em forma coerente, de modo a produzir como resultado uma construção ou uma teoria. Essa decomposição analítica, e posterior reconstrução dos elementos, é que irá permitir a formulação de dogmas e de verdades inquestionáveis. É exatamente essa verdade que sempre deverá o aplicador da lei procurar.

A hora é de enfrentar a questão do *modus operandi* do método dogmático. No livro cuja autoria dividimos com Zaffaroni, e que nos seja permitido aqui reproduzir, escrevemos: “Frente a um conjunto de disposições legais, o jurista comporta-se como o físico: deve tomar os dados, analisá-los, estabelecer as semelhanças e diferenças e *reduzir* o material com que opera, a um conceito único. Com essas unidades elabora uma construção lógica, que é uma teoria, em que cada uma dessas unidades ou dogmas, encontra o seu lugar e a sua explicação. Cumprida essa tarefa deve formular uma hipótese, a fim de averiguar se essa teoria funciona de conformidade com a totalidade do texto legal, isto é, se não há elementos que se encontram sem explicação, ou seja, se alguma parte do todo se contradiz. Esse último passo é exigido porque nenhuma construção pode entrar em contradição com o texto legal. Esse é o processo de verificação. A contradição não só não deve ser contraditada pelos textos, mas tampouco pode ela mesma ser contraditória. Em síntese, o jurista, como qualquer cientista, deve elaborar um sistema não contraditório de proposições cujo valor de verdade deve ser verdadeiro e que expliquem os fatos de um horizonte de projeção científico” (...) “Não podem ser atribuídos ao método dogmático os conceitos defeituosos que têm sido enunciados na ciência do direito penal. A dogmática é um método de conhecimento, mas a vinculação daquilo que deve ser conhecido não é uma questão que caiba ao método. Tampouco a dogmática leva a ignorar o elemento teleológico do direito” (...) “Considerando a ciência do direito penal somente o que hoje se encontra dentro de seu horizonte de projeção reconhecendo e valorando, adequadamente,

o elemento teleológico e respeitando as inevitáveis conexões do direito penal com a realidade, a dogmática jurídico-penal “estabelece limites e constrói conceitos, possibilita uma aplicação do direito penal segura e previsível e o subtrai da irracionalidade, da arbitrariedade e da improvisação” (Gimbernat Ordeig)” (Manual cit., págs. 149-150).

A exposição permite a extração de algumas conseqüências jurídicas. A primeira, de que não pode o intérprete deixar de aplicar o método dogmático; a segunda, de que com a aplicação do dito método, se logra alcançar uma realidade cientificamente correta, uma maior precisão de conceitos; terceiro, de que com a dogmática se cria um dique ao arbítrio, aos exageros, alcançando uma pureza e precisão nos conceitos que ela cria. Em outras palavras, compete à dogmática nos ensinar o que acontece na base do direito (Karl Engisch – Wahrheit und Rechtigkeit im juristischen Denken, Munich, 1963, pág. 3), e averiguar aquilo que, efetivamente, diz o direito.

De se concluir, em definitivo, que é a dogmática jurídico-penal que averigua o conteúdo do direito penal, quais os pressupostos que devem existir para que se invoque um tipo penal, que permitem distinguir um tipo de outro e onde começa e termina uma conduta punível. Com isso, torna-se possível fixar limites e definir conceitos, possibilitando uma aplicação segura do direito penal, limpando-o de toda irracionalidade, arbitrariedade e improvisação (Enrique Gimbernat Ordeig – Tiene futuro la dogmática juridicopenal?, Editorial Temis, Bogotá, 1983, pág. 27).

O professor da Universidade de Salamanca ainda esclarece que onde menos desenvolvida estiver a dogmática, mais imprecisas serão as decisões dos tribunais, que ficarão mais dependentes do azar e de fatores incontroláveis nas condenações e nas absolvições (op. cit., pág. 27). Realmente, sem o adequado recurso proporcionado pela dogmática jurídico-penal, ou com o recurso de uma dogmática pouco desenvolvida, a decisão judicial se converte numa loteria, e com esta, uma caótica aplicação do direito penal. Essa percepção não escapou a Roxin, que escreve quem “onde estiver em jogo paixões humanas –e onde num processo penal elas não existem– a fonte mais obscura de conhecimentos é um sentimento jurídico não articulado conceitualmente” (Täterschaft und Thaterschaft, Hamburgo, 2ª. edição, 1967, pág. 626).

2. A teoria do delito

Evidente que não pretendemos – e isso nem seria possível fazê-lo aqui – escrever toda a teoria do delito. Mas, é impossível deixar de extrair qualquer conclusão válida sem que a examinemos, mesmo que perfunctoriamente. Saliêntamos que é exatamente por isso que o estudo da teoria do delito passa pelo método dogmático. É com ele se vai determinar a classificação dos tipos, a distinção entre tipos cerrados e abertos, dolosos e culposos, ativos e omissivos, onde, assim entendemos, reside a sua classificação conceitual mais importante.

O conceito de crime se assenta sobre a conduta, que se converte na sua “pedra *angular*”. A conduta, portanto, constitui uma concepção básica indispensável, onde se estrutura o conceito de crime, fazendo sobre ela recair os caracteres da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Não existe, pois, delito sem conduta, e esta é composta por dois elementos indissolúvelmente amalgamados: vontade e finalidade. Assim como não existe crime sem conduta, não existe conduta sem esses dois elementos.

A conduta constitui uma exteriorização da vontade direcionada para alguma coisa. Não existe vontade dirigida para o nada, mas sim direcionada para alguma coisa, para algo legítimo ou ilegítimo. Deve-se ter sempre uma direção, e a vontade, uma vez exteriorizada e direcionada para algo, implica finalidade. Também já escrevemos que “quando falamos em vontade, referimo-nos a uma vontade final, pois só a concebemos nesse plano. Com meridiana clareza escreveu Alexandre Korn: “Ação é a vontade atualizada na medida do nosso poder. O complexo da atividade psíquica termina em uma finalidade material” (Escritos jurídico-penais, Editora R.T., São Paulo, 3ª. Edição.2006, pág. 20).

A conduta possui dois elementos também inseparáveis, e se faltar um só deles, ela não existe, que são vontade e atividade, que Maurach prefere estimar como vontade e manifestação da vontade (Reinhart Maurach – Tratado de Derecho Penal, tradução espanhola de Juan Córdoba Roda, Editora Ariel, Barcelona, 1962, tomo I, pág. 214). Uma conduta, portanto, para se tornar delito reclama dois momentos, um subjetivo e outro objetivo, indissolúvelmente unidos. Isto deixa bem assinalado Welzel, ao explicitar que uma direção final de uma ação se faz em duas etapas: uma passa-se totalmente na esfera do

pensamento, e, a outra, no mundo real (Hans Welzel – Derecho Penal Aleman, tradução espanhola de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pág. 53).

Estudando essa manifestação, escrevemos: “A primeira, corresponde à antecipação; o propor-se ao fim que o autor quer realizar; a seleção dos meios da ação para a consecução do fim e a consideração dos efeitos concomitantes, que se constituem na etapa da programação cibernética. Na segunda, tendo em vista a etapa programada, efetua a sua ação no mundo real; põe em movimento, de conformidade com o plano, os meios de ação (fatores causais) escolhidos anteriormente, resultando o fim, juntamente com os efeitos concomitantes que foram incluídos no complexo total a realizar” (Escritos cits., pág. 21).

Assim, só haverá conduta com relevância penal, quando a vontade se manifesta no mundo exterior. Se essa manifestação se direciona para a consecução de resultado que a norma quer impedir, ou para outra que se quer ver realizada, temos o dolo. Por conseguinte, dolo e finalidade só se diferenciam em grau, posto que se colocam em patamares distintos. Se a finalidade permanece no mundo da permissão, ela continua a ser apenas finalidade, mas, se a finalidade que se exterioriza, e se dirige contra um bem penalmente tutelado, ela se converte em dolo. Dolo, portanto, numa preciosa síntese de Zaffaroni, é a *finalidade tipificada* (Tratado de Derecho Penal, parte general, Editora Ediar., Buenos Aires, 1981, tomo 3, pág. 85). Só se pode, portanto, falar em dolo diante de uma proibição, disto resultando a impropriedade da expressão *dolo não valorado*, ou *dolo desvalorado*, mesmo porque o dolo está no tipo, e não na conduta ôntica, como aqui expomos e defendemos.

Conseqüentemente, com o exposto, a usual expressão *vontade final* não deixa de ser uma tautologia, porque toda vontade pressupõe uma finalidade. Aqui reside, efetivamente, a essência da teoria finalista da ação, como salienta Richard Busch: “Com base em sua essência, a ação finalista é a realização de uma vontade plena de sentido, que está dirigida para lograr objetivos determinados, e que não se pode separar do conteúdo objetivo da ação, sem que esta, como fenômeno social, perca seu valor de realidade. A ação só se a pode entender a partir dessa direção da vontade” (Modernas transformaciones en la teoría del delito, Editorial Temis, Bogotá, 1980, págs. 11-12).

Observamos, desde logo, que também as teorias causais da ação reconhecem ser a finalidade um componente da conduta, mas por esta a consideração é feita em outros patamares, com uma outra visualização. Por tal razão, como adverte toda doutrina moderna, também nos delitos culposos a conduta está orientada pela finalidade. Trata-se de uma finalidade não voltada para um fim ilícito, diversamente do que ocorre com o dolo em que ela é encaminha na direção de um injusto.

Muito embora se caracterize o dolo pelo querer o resultado típico, isto é, a vontade realizadora do tipo objetivo, sua existência reclama um conhecimento prévio. Por conseguinte, o querer do dolo pressupõe o conhecimento. O dolo significa, pois, uma vontade definida, e como toda e qualquer vontade, pressupõe um conhecimento determinado, isto é, um querer e um conhecer. Esse querer, portanto está regido pelo conhecimento. Destarte, num caso concreto de homicídio, o dolo é o *querer matar um homem*, e isso pressupõe que se saiba que o objeto da conduta seja um homem, e também que a arma empregada causará o resultado que se quer (previsão da causalidade).

No Manual que escrevemos com Zaffaroni, conceituamos o dolo “como uma vontade determinada que, como qualquer vontade, pressupõe um conhecimento determinado” (Manual cit., pág. 414). Por conseguinte, o dolo abarca dois aspectos: o *conhecimento*, ou *aspecto cognoscitivo*, e o *querer*, ou *aspecto volitivo*. Mas sempre exige um conhecimento efetivo, atual ou atualizável; pelo que uma mera possibilidade de conhecimento, também chamado de *conhecimento potencial*, não pertence ao dolo.

Nesse sentido, numa bem formulada síntese, escreve Fernando Almeida Pedroso: que “o dolo não significa somente vontade dirigida, mas uma vontade que obteve toda uma estruturação prévia, que seguiu a todo um processo de formação pela inteligência e raciocínio. O dolo, portanto, não condensa unicamente o querer (simples manifestação da vontade), mais ainda o saber consciente” (Direito Penal, Editora Leud, São Paulo, 1993, pág. 379). Apenas de passagem, e para completar o raciocínio, acrescentamos que não se deve confundir um conhecimento efetivo com um conhecimento potencial, ou uma mera possibilidade de conhecimento. Esse conhecimento efetivo, e também o potencial da antijuridicidade, que a doutrina majoritária consagra, não constitui exigência do nosso Código Penal.

3. O dolo e a doutrina

A doutrina divide o dolo em dois grandes grupos: direto e indireto, este dividido em alternativo e eventual. Certo é que existem outras classificações, como as de dolo de dano e de perigo, dolo genérico e dolo específico, — esta uma classificação cada vez mais em desuso, em face de uma nova nomenclatura —, a do elemento subjetivo do tipo ou do injusto. Para os fins deste trabalho interessa a primeira grande divisão.

Assim, o dolo é direto ou imediato, quando o resultado é diretamente querido pelo autor, isto é, o resultado é a conseqüência buscada pela ação desenvolvida pelo agente. A vontade é dirigida diretamente para a realização do fato típico, ou, como explicita Puig Peña, “existe dolo direto quando o resultado corresponde à intenção do agente” (Federico Puig Peña — Derecho Penal, parte general, Editorial Revista de Derecho Privado, Madri, 1968, pág. 256). Tendo o nosso Código agasalhado a teoria da vontade, que se caracteriza por uma ação voluntária e consciente na direção do resultado, o dolo direto transpõe claramente na primeira parte do artigo 18, inciso I, do CP, onde é doloso o crime “quando o agente quis o resultado”.

O dolo indireto admite duas compreensões: dolo alternativo e dolo eventual. O alternativo, como o próprio nome indica, caracteriza-se por um querer revestido de resultados alternativos, satisfazendo-se o agente com um evento ou outro, v.g. morte ou lesão. Numa linguagem coloquial, o dolo alternativo caracteriza-se por uma duplicidade de paixões, e qualquer uma satisfaz ao agente.

Interessa-nos aqui, por óbvias razões, o dolo eventual, sobre cujo conteúdo nos debruçaremos no desenvolver deste trabalho. Desde logo salta o lembrete de que o intérprete não pode deixar de estimar que o *dolo, antes de eventual, é dolo* (Fernando Díaz Palos), e ainda, que são razões de política criminal que determinam a colocação desse comportamento na senda do dolo (Francisco Muñoz Conde — Teoria General del Delito, Editorial Temis, Bogotá, 1984, pág. 58). Essa opção pelo dolo, ainda quando o resultado não é querido, repousa na circunstância de ter o causador uma representação da possibilidade de concreção do tipo penal.

O penalista argentino Enrique Bacigalupo, que atualmente compõe como Magistrado, a Suprema Corte de Justiça espanhola, informa que “o conceito

de dolo eventual requer algo mais que a representação da possibilidade da realização do tipo penal” (Princípios de Derecho Penal Español (el hecho punible), editora Akal Iure, Madri, 1985, pág. 62). E questiona ele: onde se pode encontrar *o em quê* nesse *plus*, que tanto vem sendo discutido na doutrina e na jurisprudência? Assiste-lhe razão.

A doutrina ibérica, de nível superior, tem posto em evidência que o dolo eventual antes que eventual é dolo, isto é, exige um componente volitivo que se manifesta na aceitação do resultado (aceitar é querer) e ausência de consideração por um bem jurídico alheio, que é o bem que representou. Daí a preocupação em ressaltar a palavra *dolo*, deixando em plano inferior a palavra *eventual*. Se dolo é, no eventual deve estar presente “uma situação psicológica impregnada de volição” (Paulo José da Costa Júnior, Curso de Direito Penal, parte geral, Editora Saraiva, São Paulo, 1991, vol. I, pág. 84.). A diferença, portanto, entre dolo direto e dolo eventual quanto à volição é apenas de grau. Esta afirmação, todavia, não responde a todas as nossas indagações e inquietudes.

Três são as principais teorias, que procuram solucionar esse angustioso problema: a) teoria da probabilidade; b) teoria do assentimento, e, c) teoria da conformidade. Vamos examiná-las, ainda que superficialmente, esperando que essa análise possa contribuir para a solução dos angustiosos problemas que o dolo eventual cria, principalmente, quando se estima sua existência em delitos cometidos em meio ao trânsito, que alguns preferem, denominar de delitos do automóvel, esta uma denominação, à evidência, inadequada, porque a máquina não pratica ação.

a) Teoria da probabilidade

Para esta teoria, será reconhecido o dolo eventual quando o autor representa a possibilidade da realização do tipo como *provável* (vale dizer, quando a lesão do bem jurídico apresenta-se com um elevado grau de probabilidade), e mesmo assim a pessoa atua, pouco lhe importando o resultado que possa advir. A crítica que se faz a esta teoria é a de que o decisivo em sede de dolo eventual, é que o agente tenha tomado a decisão de realizar um fato que implique uma lesão para um bem jurídico. Destarte, a mera representação da probabilidade de realização do tipo não é suficiente para que se possa creditar ao autor uma decisão querida, mesmo quando tenha ele atuado temerariamen-

te, pensando que de todos os modos, o resultado não adviria (assim pensam, entre outros, Roxin, Rudolphi, Jakobs e Stratenwerth).

b) Teoria do consentimento ou do assentimento

Para esta teoria, o reconhecimento do dolo eventual está muito além da representação, da possibilidade da produção do resultado típico, exigindo o seu assentimento interior à realização do resultado. Nessas circunstâncias, o autor demonstra uma indiferença diante da realização do tipo (teoria defendida na Espanha por Cerezo Mir, Quintero Olivares, e alguns autores latino-americanos). Segundo Hungria, esta foi a teoria adotada pelo nosso Código de 1940, pelo que também é adotada pela legislação vigente. Contrapõe-se a esta teoria a dificuldade em se determinar, – o que é essencial –, a opção do autor pela decisão contrária ao bem juridicamente tutelado. Essa teoria, fatalmente leva a uma inadmissível e absolutamente inaceitável presunção do dolo, incompreensível numa legislação penal estabelecida por um Estado de Direito, e se inclui, ou, pelo menos beira, a senda da inconstitucionalidade. Num Estado de Direito como o nosso, cuja Constituição estabelece a presunção de inocência, e fixa competir ao Estado, como titular do poder-dever de punir a obrigação de provar o fato que estima delituoso, dentro desse conceito nem dolo e nem culpa, se presumem.

c) Teoria da probabilidade

Esta e as demais teorias formuladas não têm a mesma significação na doutrina, mas não nos furtamos de examiná-la. Esta teoria, que não foi aceita pelo nosso Código, é aquela que, na atualidade, se apresenta como a menos contestável. Para ela, haverá dolo eventual quando o autor *tem em conta a possibilidade de causar uma lesão a um bem jurídico*, isto é, considera tal possibilidade e com esta se conforma (aceita o resultado). A teoria agora examinada, no dizer de Welzel, estima “a probabilidade de uma forma demasiado intelectualizada” diferenciando dolo e culpa pelo grau maior de indiferença do autor em face da probabilidade do resultado. Esta tese, que é defendida também por Paul Bokelmann, Jescheck, Cerezo Mir, e possui adeptos na nossa doutrina, atribui ao dolo eventual uma abrangência maior. Na parte conclusiva deste trabalho, ao confrontarmos o dolo eventual com a culpa consciente,

desenvolveremos com maior profundidade ambos os temas, e procuraremos chegar a conclusão quando um fato constitui crime doloso ou culposo.

Preocupamo-nos, desde logo assinalar, que todas as teorias apontadas não estão isentas de críticas, e, que, de certa maneira, essas dúvidas e ausência de resultados práticos, conduzem o estudioso do direito penal a novas investigações, no sentido de atingir um grau de acabamento que permita assegurar o direito humano de liberdade. Este pormenor, com conclusões semelhantes, é ressaltado por Pagliaro, professor na Universidade de Palermo, de que mesmo as teorias tidas como principais que foram formuladas em torno do dolo eventual, não se pode considera-las aceitáveis: “Come se vede, dunque, tutti i tentativi di trovare per il dolo eventuale una sistemazione dogmatica, la quale sia in armonia con la teoria generale del reato, appaiono privi de qualsiasi validità, perchè in ultima analisi distruggono, direttamente o indirettamente la categoria stessa. In altri termini, o pongo requisiti tali, da rendere senz’altro impossibili la configurazione, oppure si limitano a richiedere presupposti così elementari, che non soltanto sarebbero incapaci di giustificare la valutazione di un comportamento come doloso, ma, da soli, non caratterizzerebbero il comportamento neppure come colposo. Quanto alle teorie minori (della speranza, della fiducia, della *Gesinnung* ecc) formulate al fine di tracciare i caratteri differenziali tra il dolo eventuale e la colpa cosciente, esse peccano tutte per difetto di fondazione. Non viene chiarito, infatti come mai si possa definire il dolo come volontà criminosa e poi ammeterlo sulla base di entità psichiche diverse” (Antonio Pagliaro—Principi di Diritto Penale, parte generale, Giuffrè editore, Milano, 1972, pág. 278).

A lição do mestre peninsular nos leva para as sábias ponderações de Jescheck, considerado, com toda justiça, considerado um dos maiores penalistas da atualidade, que ensina que “la imprudencia no es, como antes se pensaba generalmente y aún hoy se enseña com frecuencia, una mera forma de culpabilidad al lado del dolo, sino un *especial tipo de acción punible* que manifiesta una estructura peculiar tanto en el ámbito del injusto como el de la culpabilidad” (Hans-Heinrich Jescheck – Tratado de Derecho Penall, tradução espanhola de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, Editora Bosch, Barcelona, 1981, tomo II, pág. 782). As lições dos dois eméritos professores harmonizam-se, completam-se e seguem numa mesma direção, apontando dificuldades. Um, por não encontrar na doutrina solução válida para o tormentoso problema; o

outro ao apontar um novo caminho, bem diverso daqueles percorridos pelas teorias analisadas. A teoria do dolo eventual certamente, demandará ainda muitas investigações, e, espera-se que, um dia, se possa chegar a um porto seguro, uma efetiva garantia para os direitos individuais de liberdade.

Por ora, pois, podemos admitir a existência do dolo eventual, quando o resultado típico está abrangido pela vontade realizadora. E essa vontade deverá se apresentar através de uma conduta em que se demonstre de maneira irretocável, um total desprezo pelo bem jurídico alheio, e que se possa aclarar, através das expressões *que me importa*, *azar dele*, e outras equivalentes. Por conseguinte, se, é bem verdade que, em alguns pontos, o dolo eventual transpõe com ampla nitidez, nos casos de lesões de direitos pessoais (lesões e mortes), muito especialmente, as que são produzidas em meio ao trânsito, a sua adoção quase sempre leva à estupefação.

4. Teoria da culpa

A teoria da culpa, como é sobejamente sabido, é de criação mais ou menos recente. No início assentava-se, exclusivamente, nos conhecimentos auridos de Carmignani, e, principalmente, de Francesco Carrara, mas que, posteriormente, ganhou novos e melhores contornos conceituais com o advento de critérios delimitadores do dever de cuidado objetivo, hoje quase que totalmente aceito e reconhecido por toda a doutrina moderna, sempre sem perder de vista que em meio às atividades do homem no mundo em que vivemos, se desenvolvem ações socialmente perigosas, e sem perder a diretriz de que uma “proibição absoluta impediria a própria vida social, donde a necessidade de se estabelecer critérios delimitadores do cuidado objetivo exigido, nos limites dos quais é permitida a realização de ações perigosas, viabilizando, assim, o fluxo da vida social” (Juarez Cirino dos Santos – Direito Penal (a nova parte geral), Editora Forense, Rio de Janeiro, 1985, pág. 168).

Mas, como se observa, ao considerar o critério do risco admitido e a inobservância do cuidado objetivo, entra-se inexoravelmente no domínio do crime culposos, quando da conduta decorre um resultado antijurídico. Com os conceitos já formulados, compreende-se, claramente, existir uma imprecisão das linhas divisórias entre o dolo eventual e a culpa consciente, podendo-se transpor, quase que inadvertidamente, as linhas limítrofes das duas formu-

lações, entre as quais se abalança a indispensabilidade da realização da justiça penal. Nunca será demais ressaltar que a teoria do crime culposo só ganhou maior consideração e melhor estudo, a partir do advento das máquinas.

O crime culposo, apesar dos estudos e meditações dos doutos, continua a ser um dos mais árdus e intrincados problemas da dogmática jurídico-penal. Desconhecido sob angulação cientificista em toda a antiguidade, e sem merecer um estudo mais profundo dos *práticos* da Idade Média, como já noticiado, só a partir de Carmignani, e principalmente de Carrara, foi que a teoria do crime culposo ganhou um conceito científico da maior importância, que se fundamentou na previsibilidade, e que deu origem à teoria de igual nome. Esta teoria representou um passo enorme na conceituação da culpa, e passou a compor todas as obras de direito penal a partir de então, para, em seguida, estruturar a jurisprudência dos vários países, inclusive a do nosso.

A teoria da previsibilidade, segundo o magistério do próprio Carrara, fundamentaria, decisivamente, a culpa, isto é, na previsibilidade encontrar-se-ia a essência da culpa, entendimento que alguns autores modernos, para nós afoitamente, desprezam, para se concentrarem, apenas e exclusivamente, no aspecto objetivo trazido pelo descumprimento do dever de cuidado. Inaceitável, para nós, esse desprezo pela teoria da previsibilidade, porque ela vai compor o arcabouço teórico da tipicidade subjetiva do crime culposo. E é assim, com roupagem nova e igual estrutura, que ela aparece entre alguns autores modernos, como a possibilidade de antecipar mentalmente um evento, que quase sempre se liga à evitabilidade do resultado. Não há negar que a previsibilidade condiciona o dever de cuidado, porque quem não pode prever não tem a seu cargo o dever de cuidado, e, assim, não pode violá-lo. Esta conclusão nos leva a estabelecer que a previsibilidade deve ser admitida de conformidade com a capacidade individual, sem que para isso se recorra a critérios acientíficos, como o do *homem médio*, *homem normal*, *diligente pai de família*, etc., ou mesmo a um *critério de normalidade*. Um eletricista pode prever com maior previsão do que um leigo, o risco que acarreta um fio solto, e aquele que tem em seu automóvel um dispositivo que lhe permite prever acidentes que, sem ele seriam imprevisíveis, tem um dever de cuidado maior do que aqueles que não possuem tal aparelho, ainda que apenas um veículo em mil o possua (Mezger-Blei).

O tipo culposo, ao contrário do doloso, não individualiza a conduta pela finalidade, e sim pela forma como se alcança essa finalidade, e dessa maneira se viola um dever de cuidado que, numa mesma situação, a todos obriga, tornando-se, destarte, igualitário. Daí explicitar o artigo 15, II, ser culposo o delito “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”, que são as formas com as quais o causador do evento pode descumprir o dever de cautela. Note-se que a circunstância de não ter o tipo individualizado a conduta a partir da finalidade não significa, em absoluto, não ter sido ela objeto de consideração.

A conduta também no crime culposo é orientada pela finalidade, mas esta não se reveste das mesmas características que apresenta o tipo doloso. Na culpa, a finalidade só servirá para indicar o nível ou grau de reprovabilidade que deve recair sobre a conduta, posto que ela não se dirige concretamente para um injusto. Já tivemos oportunidade de escrever com Zaffaroni, “que no aspecto cognoscitivo do tipo subjetivo culposo, há um conhecimento “potencial”, isto é, uma possibilidade de conhecimento, não sendo requerido um conhecimento efetivo como ocorre no crime doloso”. (Manual citado, pág. 442). Este conhecimento potencial, para que se possa validamente reconhecer a culpa, deve ficar cumpridamente provado. No crime culposo, não bastam conjecturas, indícios ou presunções, porque estas por si só não podem levar a um juízo de culpabilidade. A culpa, como o dolo, não se presume; contrariamente, deve ficar efetivamente comprovada.

É indispensável também que o resultado decorra do descumprimento do dever de cautela que competia ao seu causador, isto é, que exista um vínculo real entre a conduta descumpridora do dever de cuidado e o resultado. Se tidos como suficientes para um juízo de culpabilidade, apenas uma conduta violadora do cuidado e um resultado material, sem a existência de um vínculo entre os dois, isto é, uma relação de causa e efeito, como inadvertidamente transparece em alguns julgados, qualquer condenação significará a aplicação do princípio do *versari in re illicita*, ou seja, o reconhecimento e adoção da odiosa responsabilidade penal objetiva, um retorno às legislações primitivas, como o Código de Hamurabi (arts. 228 e 229). Portanto, objetivamente, a culpa é a produção de um resultado típico não querido, mas perfeitamente evitável, se cumprido fosse o cuidado requerido. Aqui encontramos o *punctus saliens* do crime culposo, onde o dever de diligência é a *idéia-valor*.

No entanto, nem sempre essa vinculação tem sido bem compreendida por parte de nossa doutrina, e essa incompreensão tem muitas vezes se refletido na jurisprudência. Esta, muitas vezes, tem valorizado mais do que o devido, o descumprimento de uma norma administrativa, sem dúvida importante, e que pode assumir significação, mas que não pode ser erigida em violação de um cuidado, apto para, por si só, alicerçar um juízo de culpabilidade. Tal conclusão pode ser válida para o chamado direito penal administrativo, mas não pode justificar uma sentença penal condenatória.

As atividades regulamentadas e o recurso à natureza das coisas, servem, ou podem servir, como maneiras de descumprir do dever de cuidado, e indicar, quando muito, a finalidade dessa conduta. Uma infração administrativa não constitui delito, mas, à evidência, pode ser “um *plus* da imprudência” e dela resultar uma forma de culpa mais grave, que na doutrina espanhola se denomina *culpa temerária* (v. por todos, Antonio Quintano Ripollés – Derecho Penal de la Culpa, (imprudencia), Bosch casa editorial, Barcelona, 1958, pág. 284). No nosso Código Penal, ao contrário do Código italiano que lhe serviu de modelo, a inobservância de regras regulamentares não constitui delito. Na legislação peninsular, além da negligência, imprudência e imperícia, o delito culposo pode decorrer *per inosservanza di leggi, regolamenti o discipline* (art.43). O nosso Código nesse passo afastou-se do modelo italiano, mesmo porque essa ampliação significaria uma clara presunção de culpa (Exposição de Motivos do Código de 1940, n. 13).

Com isso chegamos aos graus da culpa. A doutrina, ainda apegada à classificação do direito romano, costuma dividir a culpa em grave, ou lata, leve e levíssima, mas tal classificação não consta do nosso Código, e será apenas considerada pelo juiz na individualização da pena. A culpa consciente, onde se finca o nosso interesse, evidentemente pode ser inserida na culpa grave, por ter o causador do evento previsto a possibilidade do resultado lesivo, e mesmo assim desenvolvido a conduta. Mas essa não é uma conclusão sempre aceitável; contrariamente, às vezes, ela vem desmentida. Köhler salienta que “mais culpado é aquele que não cuidou de olhar o caminho diante de si em cotejo com aquele que teve esse cuidado, mas credulamente se persuadiu de que o obstáculo se afastaria “a tempo” (*apud* Hungria, Comentários cit., vol. 1, tomo 2º., pág. 199). Anota Hungria que remonta a Feurbach “a construção teórica do discrimine entre duas variantes de culpa, para reputar-se a culpa

consciente (*bewusste Fahrlässigkeit*) um *plus* em relação à culpa inconsciente (*unbewusste Fahrlässigkeit*), mas este critério não passa de um apriorismo, competindo ao juiz, no caso concreto individualizar a pena. (Comentários, tomo e pág. *cits.*). Esta solução, entre nós, já transparece no Projeto Sá Pereira e passou a formar tradição no nosso direito penal.

5. Dolo eventual e culpa consciente: distinção

Estamos, agora, frente a um dos mais árduos problemas da dogmática jurídico-penal. Mesmo em teoria, a diferenciação não é fácil. Na prática, é quase sempre, impossível. É sobre este prisma que iremos complementar este trabalho.

Muitos autores sustentam que não existe uma diferença substancial entre a culpa consciente e o dolo eventual. Entre estes, Anfbal Bruno relaciona Enrico Ferri, Binding, Liszt-Schmidt, Mezger, Sauer, Alfeld-Mayer, Carrara, Alguns estabelecem que nem mesmo ocorre uma diferença significativa entre a culpa consciente e a culpa inconsciente. Entre estes autores, avulta o nome de Giuseppe Maggiore, que na Universidade de Bolonha, ensinava que o previsto é sempre previsível, posto que a previsão inclui a previsibilidade, até porque o previsível e o previsto constituem momentos de um mesmo processo psicológico (Diritto Penale, parte generale, editora Nicola Zanichelli, Bolonha, 1949, volume 1º, tomo primo, pág. 469).

Edmundo Mezger, na mesma linha do já citado Köler, preconiza uma pena mais gravosa em casos de culpa inconsciente: “La ley no conoce, en general, *grados* de la culpa. En especial, la distinción entre culpa consciente e inconsciente sólo representa una aclaración conceptual, pero no una gradación de la culpa con arreglo a su valoración jurídico-penal; en el caso concreto, puede suponer la culpa consciente un reproche de menor cuantia que la culpa inconsciente” (Edmundo Mezger— Tratado de Derecho Penal, tradução espanhola de José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madri, 1949, tomo II, pág. 190). Esta é também a opinião de Rodríguez Devesa, ao ponderar que “una total despreocupación, la inconsciencia, puede ser más grave que si el sujeto pondera las dificultades del caso, y se decide a actuar pensando erróneamente, acaso con razón, que la probabilidades de que se produzca el evento dañoso son tan pequeñas que seguramente no ocurrirá” (José

María Rodríguez Devesa/Alfonso Serrano Gómez– Derecho Penal Español, parte general, Editora Dykinson, Madri, 1993, págs. 482-483).

Estas manifestações conduzem a uma conclusão de magna importância: na doutrina, não obstante os esforços despendidos pelos doutrinadores, persistem dúvidas significativas quanto a estabelecer uma sólida, conclusiva e segura diferenciação entre culpa inconsciente (ou sem previsão) e culpa consciente (com previsão). Essa imprecisão doutrinária, evidentemente teria de produzir, como efetivamente produz, uma insegurança na jurisprudência.

Numa linha de raciocínio que, de certa maneira indica a imprestabilidade das soluções preconizadas, Jescheck aponta um novo caminho para a teoria da culpa, escrevendo que “la imprudencia no es, como antes se pensaba generalmente y aún hoy se enseña con frecuencia mera forma de culpabilidad al lado del dolo, sino un *especial tipo de acción punible* que manifiesta una estructura peculiar tanto en el ámbito del injusto como el de culpabilidad” (Hans-Heinrich Jescheck– Tratado de Derecho Penal, tradução espanhola de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, tomo II, pág. 782). Considere-se que o professor germânico adota a teoria social da ação, daí posicionar o dolo na culpabilidade.

Dentro desse labirinto em que se converteu a teoria da culpa (em sentido estrito), vamos analisar algumas opiniões formuladas. Reiteramos que diante da inexistência de critérios legais, é na dogmática que o juiz deve buscar a solução para um problema concreto, preocupando-se em fugir da responsabilidade penal objetiva, isto é, do princípio *versari in re illicita* (Graf zu Dohna– La estructura de la teoría del delito, tradução castelhana de Carlos Fontan Balestra, Editora Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958, pág. 84). e fixar-se nas regras de cuidado, cuja inobservância determina prejuízos a bens jurídicos (Karl-Heinz Goessel– Dos estudios sobre la teoría del delito, Editora Temis, Bogotá, 1984, pág. 18).

Não será demasia, assim acreditamos, transcrever as ponderações de Hans Welzel, pela sua reconhecida autoridade na dogmática penal moderna, como verdadeiro sistematizador da teoria final da ação: “Delimitar el dolo eventual de la culpa consciente es uno de los problemas más difíciles y discutidos del Derecho Penal. La razón de esta dificultad está em que el querer es fenôme-

no anímico originário-último, que no puede ser reducido a otros procesos anímicos –ni emocionales, ni intelectuales– y que por ello solo puede ser circunscrito pero no propiamente definido” (Derecho Penal Aleman –tradução castelhana de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, pág. 100).

Diante das dificuldades em estabelecer a distinção que se pretende, e que continua candente no campo dos estudos e na esperança de que, um día se consiga criar um critério seguro, procuraremos sistematizar as opiniões que exsurgem nas doutrinas nacional e estrangeira. Esta tarefa tem por finalidade possibilitar uma solução no caso concreto, até porque, na medida em que se aprofunda no estudo do tema, as dificuldades assomam. Esclarecemos que muitas das opiniões estão lastreadas na teoria causal da ação, razão pela qual se faz referência à culpa como componente da culpabilidade, numa linguagem que escapa do critério por nós adotado, posto que para nós, a culpa e o dolo compõem o tipo subjetivo. Todavia, sob qualquer angulação que se examine a culpa consciente, não se pode ignorar que quanto ao tipo subjetivo, pela ocorrência de um perigo concreto e um agir não obstante esse conhecimento, ainda que o causador do evento não queira nem mesmo minimamente a produção do resultado, ocorre o desvalor subjetivo de sua conduta.

Na Espanha, Muñoz Conde escreve que “en el dolo eventual el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiera producirlo, sigue actuando, admitiendo la eventual producción. El sujeto no quiere el resultado, pero “cuenta con el”, “admite su producción”, “acepta el riesgo”, ecc, Con todas estas expresiones se pretende describir un complejo proceso psicológico en el que se entremezclan elementos intelectuales y volitivos conscientes e inconscientes, de difícil reducción a un concepto unitario de dolo o culpa. El dolo eventual constituye, por lo tanto, la frontera entre el dolo y la imprudencia o culpa y dado el diverso tratamiento jurídico de una y otra categoría es necesario distinguirlas con la mayor claridad” (Francisco Muñoz Conde– La Teoría General del Delito, Editorial Temis, Bogotá, 1984, págs. 58-59).

Essa exigência de se fazer uma distinção da maior clareza decorre não só da competência profissional que o mundo lhe outorga, mas também de sua sólida cultura humanística, e respeito pelo direito humano de liberdade. Uma

preocupação que na distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente, se reflete nas dúvidas que envolvem a doutrina do país ibérico. As dúvidas transparecem nas obras de consagrados autores espanhóis. Puig Peña assinala essa dúvida e indica as dificuldades que se apresentam para se estabelecer uma adequada distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente, mostrando que isso ocorre inclusive na doutrina majoritária. Nesta se “sostienen la existencia de la culpa con previsión, no obstante las dificultades que en ocasiones se presentan para distinguirlas” (Federico Puig Peña— Derecho Penal, parte general, Editorial Revista de Derecho Privado, Madri, 1969, tomo I, pág. 275). Nesse sentido, a manifestação de Francisco Muñoz Conde e Gimbernat Ordeig, escrevendo este último que “las dificultades para trazar las fronteras entre dolo eventual e imprudencia han condicionado una jurisprudencia vacilante que unas veces utiliza la teoría de la probabilidad y otras la del consentimiento” (Francisco Muñoz Conde, op. cit., párg.60; ídem, Gimbernat Ordeig— Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español, Madri, 1979, págs. 46 e segtes.).

Dessa já anotada incerteza e imprecisão que envolve o tema em estudo, resulta a insuficiência e até mesmo uma imprestabilidade, das teorias construídas no sentido de diferenciar dolo eventual e culpa consciente, até porque as duas teorias principais (voluntarista e da representação) formuladas em torno do dolo eventual, não podem ser consideradas aceitáveis, e isto bem acentuou Antonio Pagliaro, cuja manifestação na devida oportunidade transcrevemos.

Como já tivemos a oportunidade de observar, a diferença entre dolo eventual e culpa consciente, é apenas de grau, porque em ambos ocorre a representação do resultado, e a conduta opera-se com subjetividade diversa. Portanto, diferenciam-se por um *quantum de previsão*, como foi bem observado por Ferrando Mantovani: “a) nella colpa cosciente *il quantum di, previsione*, variando il grado della colpa a seconda che l’evento sai previsto come scarsamente, mediamente o altamente probabile: tant’è che, se l’agente lo prevede come certo, si passa al dolo eventuale”; b) nella colpa inconsciente, *il quantum de previsibilità, dell’evento*” (Diritto Penale, parte generale, CEDAM Editrice, Padova, 1995, pág. 355). Note-se que o professor da Universidade de Firenze, realça que da culpa só se passa para o dolo eventual, quando o agente prevê como *certo* o resultado; a expressão *certo* na língua italiana, tem o mesmo sentido da língua portuguesa, significando verdadeiro, exato, evidente, coisa certa.

Na doutrina nacional, Aníbal Bruno salienta que a linha que separa o dolo eventual da culpa consciente é quase imponderável, ou seja, uma circunstância indefinível que assume significação. Diz, textualmente, o mestre pernambucano: “Ao lado desta (culpa inconsciente), construiu a doutrina a chamada culpa consciente, em que o resultado é previsto pelo agente, embora este sinceramente espere que ele não aconteça. A culpa com previsão representa um passo a mais da culpa simples para o dolo. É uma linha quase imponderável que a delimita do dolo eventual. Neste, o agente não quer diretamente o resultado, mas aceita o risco de produzi-lo. Na culpa com previsão, nem esta aceitação do risco existe, o agente espera que o evento não ocorra” (Direito Penal, parte geral, (fato punível), Editora Forense, Rio de Janeiro, 1959, tomo 2º., págs. 92/93).

Nélson Hungria afiança ter o Código adotado a teoria do consentimento, e preleciona que “no ponto de vista do Código, *assumir o risco* é alguma coisa mais do que ter *consciência de correr o risco*; é consentir previamente no resultado, caso venha este, realmente, a ocorrer” (Comentários ao Código Penal, Editora Revista Forense, Rio de Janeiro, 1955, vol. I, tomo 2º., pág. 119). A lição de Hungria, reconhecidamente um dos maiores penalistas que o nosso país produziu, é de extrema precisão, até porque foi ele um dos grandes cultores da nossa língua. Realmente, há que se distinguir as situações, porque assumir o risco de produzir um resultado é bem mais do que correr o risco desse resultado ocorrer. Assumir significa no vernáculo, tomar sobre si, ou para si, avocar (Dicionário Aurélio, verbete assumir). Correr o risco é admitir o risco, é senti-lo presente, é expor-se a ele. Portanto, assumir é querer, é aceitar, é incorporar. No dolo eventual, portanto, na lição de Hungria, o agente quer (indiretamente), o resultado, incorpora-o voluntariamente ao seu querer.

Ainda na doutrina pátria, Magalhães Noronha salientou as sérias dificuldades em diferenciar a culpa consciente do dolo eventual, e que “muitos acham difícil extremá-los”. O autor, contudo, faz uma diferenciação, num posicionamento que se tornou bastante difundido na nossa doutrina, em que sustenta haver dolo eventual quando o agente, prevendo o resultado, embora não o querendo, aceita-o, posto que assume o risco de produzi-lo” (E. Magalhães Noronha – Do Crime Culposo, Edição Saraiva, São Paulo, 1966, pág. 78). A doutrina mais recente, ainda nessa direção, assinala que no dolo eventual o agente atua com total desprezo pelo bem jurídico alheio, dizendo para si: se o

resultado advier, “que me importa”, “azar dele”, “que se dane”. Portanto, para o reconhecimento do dolo eventual não basta que tenha o agente a consciência de que sua conduta pode causar dano a um bem jurídico alheio, posto que o dolo eventual reclama uma atuação em que se manifesta uma indiferença em relação ao resultado. Juarez Tavares, nessa linha de exposição, escreve que só haverá assunção do risco, quando o agente tenha tomado como séria a possibilidade de lesar ou colocar em perigo o bem jurídico e que não poderá servir de ponto de apoio essa indiferença e, pois, quanto ao dolo eventual não basta a simples dúvida, ou a simples possibilidade, ou a simples decisão acerca da ação (A conduta ilícita – fundamentos para uma teoria do injusto penal (tese de concurso para titularidade na Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 1999, págs. 199 e segtes.). Com Zaffaroni, conceituamos o dolo eventual como a “conduta daquele que diz a si mesmo “que agüente”, “que se incomode” “se acontecer, azar”, “não me importo” (...) “O limite entre o dolo eventual e a culpa com representação é um terreno. movediço, embora mais no campo processual do que penal” (Manual cit., pág. 428). Diversamente do dolo direto, onde o resultado é querido, como fim ou como consequência necessária do meio escolhido, o dolo eventual possui uma forma de querer diferente, que se manifesta através da aceitação do resultado como possibilidade.

6. Dolo eventual, culpa consciente e acidente de trânsito

O elevado aumento do tráfego no nosso país, com o salutar crescimento da produção de sua indústria automobilística e o acesso cada vez maior de variadas classes sociais ao automóvel, tudo dentro de uma estrutura física inadequada, arcaica até e a irresponsável permissão para que veículos sem condições de segurança trafeguem pelas vias públicas, elevou o número de acidentes com vítimas a patamares insuportáveis. Essa incidência levou a mídia e organismos criados em meio a situações emocionais, a clamar por punições mais severas. E da pressão popular advieram, em seguida, os desacertos de decisões, e a consequente ruptura com o saber do direito penal foi um passo. Bem se disse que quando a emoção está no seu máximo, o direito está no seu mínimo. Daí, crimes claramente culposos se convertem em dolosos; o dolo eventual, pela sua imprecisão, substitui a culpa, o *versari in re illicita* volta a ganhar dimensão e com tais adições, temos a volta da insegurança e da desconfiança em relação à validade do ordenamento jurídico-penal.

Estes aspectos foram ressaltados por dois jovens professores de direito penal: Rogério Greco (Minas Gerais) e André Luís Callegari (Rio Grande do Sul). O primeiro, que também é promotor de justiça em Belo Horizonte, num verdadeiro brado de alerta, escreve: “Muito se tem discutido ultimamente quanto aos chamados delitos de trânsito. Os jornais, quase que diariamente, dão-nos notícias de motoristas que, além de embriagados, dirigem em velocidade excessiva e, em virtude disso, produzem resultados lastimáveis. Em geral, ou causam a morte ou deixam seqüelas gravíssimas em suas vítimas. Em razão do elevado número de casos de delitos ocorridos no trânsito, surgiram em vários Estados da Federação, associações com finalidades de combater esse tipo de criminalidade. O movimento da mídia, exigindo punições mais rígidas, fez com que juízes e promotores passassem a enxergar o delito de trânsito cometido nessas circunstâncias, ou seja, quando houvesse a conjugação da velocidade excessiva com a embriaguez do motorista atropelador como de dolo eventual, tudo por causa de expressão contida na segunda parte do inciso I do art. 18 do Código Penal”. (Curso de Direito Penal, parte geral, Editora Impetus, Rio de Janeiro, 2.002, págs. 198/199).

O segundo, que se refere a um acalorado debate que o subscritor deste escrito travou com um juiz de Porto Alegre, na mesma direção do nosso pensamento, escreve: “O que pretendemos é que não se distorçam os princípios elementares do Direito Penal no enquadramento da conduta dos causadores destes delitos (por culpa), pois, como recentemente temos escutado, inclusive, em debates no Seminário da Revisão do Decênio da Reforma Penal, realizado em abril do corrente na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, é que a conduta e a violência de certos acidentes de trânsito têm reclamado uma resposta da justiça perante a sociedade, ou seja, uma punição mais severa a este tipo de criminalidade. Então, passaríamos a aceitar, em face do clamor social, que o agente embriagado e responsável pela morte ou lesões consideráveis de um número de vítimas respondesse a título de dolo eventual. Em primeiro plano, parece que estaríamos aceitando até mesmo uma responsabilidade objetiva, tudo pela repercussão social que causou o delito cometido pelo agente. Em segundo lugar, demonstrou-se, claramente, o desconhecimento de elementos fundamentais da Teoria Geral do Crime pelos operadores do direito ou, uma inserção na área legislativa, querendo criar um tipo próprio para acidentes de trânsito mais graves. Se a sociedade clama por uma maior responsabilização dos agentes causadores de mortes ou lesões no trânsito, deve-se mudar a própria lei penal, através do legislativo, que modificaria as sanções e o tratamento

dos delitos de trânsito e não através do judiciário”. (Revista Brasileira de Ciências Criminais, publicação oficial Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 13, jan./março, 1996, pág. 191).

Para não alongarmos ainda mais o conteúdo deste trabalho, informamos que subscrevemos, *in totum*, essas manifestações. Ainda bem que não estamos sozinhos nessa luta pela preservação do nosso direito penal dentro de sua construção científica, que se deve preservar a todo custo, sob pena de uma subversão de valores, da perda da cientificidade do direito penal, com o conseqüente perdimento de estudos e labores de tantos estudiosos, realizados no evolover da história da humanidade. Más não podemos ficar nisso.

No Manual que escrevemos com Zaffaroni, ressaltamos dois importantes e, talvez, decisivos aspectos acerca da problemática que envolve este tema: um de direito penal e outro de direito processual penal. Então, escrevemos: “O limite entre o dolo eventual e a culpa com representação é um terreno move-dição, embora mais no campo processual do que no penal. Em nossa ciência, o limite é dado pela aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado, e, no campo processual, configura um problema de prova que, em caso de dúvida sobre a aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado, imporá ao tribunal a consideração da existência de culpa, em razão do benefício da dúvida: *in dubio pro reo*”. (Manual cit., pág. 429).

Como se deve concluir, se no âmbito do direito penal se pode teoricamente, mas com notórias dificuldades, realizar uma distinção entre dolo eventual e culpa consciente, na prática a diferenciação se torna quase sempre, para não generalizar, uma questão complexa. Essas dificuldades alcançam até mesmo o dolo direto, como ressaltou Basileu Garcia, num caso concreto, quando um automóvel foi utilizado como meio destinado à causação do resultado. O saudoso professor das Arcadas noticiava aos seus alunos na Universidade de São Paulo que “a prova da existência dolo então (que na hipótese, era o direto), é das mais difíceis. Na mencionada ocorrência procurou-se identificar o propósito homicida através da certeza, que existiu, de acirrada antipatia que o réu votava ao policial”, que multara o agente por infração de trânsito (Apostilas do 3º. ano, ano letivo de 1948, pág. 33). A hipótese era de homicídio cometido mediante atropelamento, qualificado pelo seu móvel, a vingança.

Nessa mesma linha de pensamento, agora em relação ao dolo eventual, diz Welzel que “la razón de esta dificultad está en que el querer es fenómeno anímico originario-último, que no puede ser reducido a otros procesos anímicos – ni emocionales, ni intelectuales – y que por ello solo puede ser circunscrito pero no propiamente definido” (Derecho Penal Aleman, cit., págs. 101-102).

Parece-nos que não se pode deixar de incluir neste trabalho, uma observação acerca do conteúdo do Código de Trânsito Brasileiro. Diversamente do que ocorre em outras legislações, o nosso Código passou a regular as infrações penais ocorridas em meio ao trânsito, delitos que têm sido impropriamente denominados de delitos do automóvel, quando, sabidamente, o automóvel é incapaz de conduta. Construído o tipo da pior maneira possível, sem definir nada, criou-se uma proibição aparentemente elaborada por leigos, o legislador, conduzido pela comoção social, nessa lei penal especial elevou a pena para o homicídio e as lesões corporais culposos (arts. 302 e 303, da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997). O legislador, portanto, atendeu aos reclamos da mídia, elevando a pena para o homicídio culposo tanto no seu mínimo (de 1 para 2) como no seu máximo (2 para 4 anos) de detenção. Tratando-se de lei penal especial, é de ser ela aplicável a todos os fatos delituosos ocorridos em meio ao trânsito. *Lex specialis derogat legi generali*.

Conclusões

a) A diferenciação entre a culpa consciente e o dolo eventual, segundo a doutrina moderna, encontra-se no *animus*. Por conseguinte, essa diferença deve ser buscada no íntimo da pessoa, e este é de difícil acesso. É que a culpa consciente e o dolo eventual constituem fenômenos anímicos que, no dizer de Welzel, não podem ser propriamente definidos. Nosso Código, tanto na sua versão original como na de 1984, optou pela teoria do assentimento ou do consentimento que, no dizer de Baumann, é a única que pode oferecer parâmetros mais seguros para uma solução frente a um caso concreto. Mas mesmo esta teoria, hoje em flagrante desprestígio pela sua exagerada amplitude, e que, pode levar à responsabilidade sem culpa, ou seja, à admissibilidade da responsabilidade objetiva, ao exigir para o reconhecimento do dolo eventual, apenas a comprovação de ter o autor aprovado o resultado estimado como possível (ou provável), e, no caso concreto, esteja o autor de acordo com ele (Jürgen Baumann – Derecho Penal (conceptos fundamentales y sistema),

tradução castelhana de Conrado A. Finzi, Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1973, pág. 240). Realmente, a prova do elemento subjetivo, quase sempre se converte numa tarefa extremamente difícil, quase impossível, mas essa dificuldade não pode levar nunca à aceitação de uma presunção (dolo e culpa nunca se presumem) com uma característica de *probatio diabolica*, recepcionada por algumas decisões judiciais em nosso país, principalmente no Rio Grande do Sul, num posicionamento que destroça toda a teoria do delito.

Para a teoria do delito será sempre indispensável “a comprovação de um nexó de causalidade psicológica entre a ação e o evento” (Giuseppe Maggiore, op. cit., volume I, parte generale, I/462). Não se pode esquecer que aqui, considera-se o desvalor da ação e não o desvalor do resultado, e que aquele, o desvalor da conduta, se aúfere através da capacidade do causador ajustar-se à norma de cuidado (Santiago Mir Puig, op. cit., págs. 232/233). Em estado de ebiez não pré-ordenada, quando é examinada a questão, vislumbra-se que um comportamento censurável que leva a um resultado lesivo, — que aqui deve ser examinado *ex-ante* —, exclui o dolo eventual e leva o fato para o campo da culpa gravíssima. Esta, sabidamente, no direito ibérico denomina-se *culpa temerária*, lugar onde se inclui a culpa consciente, tal como faz Juan Cordoba Roda, nas adições da tradução para o espanhol da obra de Maurach (Reinhart Maurach, op. cit., pág. 319)

Temos para nós que todas as dificuldades apontadas já no desenvolvimento deste trabalho, enfatizam o enorme risco que envolve o julgador ao fazer, no caso concreto, sua opção pelo dolo eventual. Isto bem observou o Desembargador Euclides Custódio da Silveira, antigo professor da PUC, de São Paulo, ao recomendar que o julgador atue com as *devidas cautelas*, e na dúvida opte pela solução mais benigna (Direito Penal (crimes contra a pessoa), edição Max Limonad, São Paulo, 1959, pág. 60). Sabe-se que para o julgador sempre sobrar, no caso concreto, a opção pela culpa consciente. Sob certa visualização, pode-se afirmar que a doutrina ao criar a teoria da culpa consciente, aproximou-a do dolo eventual, e agora tem dificuldades em diferenciá-los, e sair da imprecisão e da insegurança jurídica que introduziu no seio da doutrina.

As teorias formuladas, ora com enfoques próximos, ora distantes, não conseguem resolver todos os problemas que surgem, alguns até por elas próprias criados. Isto não impede que se continue a buscar soluções adequadas,

posto que nenhuma ciência pode estagnar-se, e, portanto se deve, continuar buscando a resolução deste angustiante e complexo problema.

b) Cremos que o desenvolvimento deste trabalho esclarece suficientemente as dificuldades postas pela doutrina na elaboração da distinção entre a culpa consciente e o dolo eventual. Não obstante, acrescentamos que em se tratando de acidente automobilístico, as dificuldades são quase insuperáveis, e mesmo quando se tratar do chamado “racha”, a solução não nos parece ser tão simplista. Sempre se exigirá o elemento volitivo, isto é, o assentimento na possível produção de um resultado lesivo. Todavia, muitos assim não pensam, partidários que são de um direito penal *crucifixador*, extremamente punitivo, na vã convicção de que a pena soluciona todos os problemas sociais. São os defensores do movimento da *lei e da ordem*, de triste memória, pelos nefastos efeitos que produziu.

Uma palavra sobre a conduta de dirigir embriagado. A embriaguez não é somente um problema social, mas também um complexo problema jurídico. As soluções são diferenciadas nas legislações. Temos para nós que atribuir responsabilidade penal ao motorista causador de um acidente, fundada apenas e tão-somente na embriaguez e na velocidade excessiva, constitui uma indisfarçável adoção da responsabilidade objetiva. Uma opção pela responsabilidade penal pelo evento passa, no nosso entendimento, pela inequívoca aceitação de um comportamento anímico de comprovação quase impossível, ou por uma embriaguez pré-ordenada. Mas nesta última hipótese, de *actio libera in causa*, já nos encontramos no terreno do dolo direto; na segunda, de uma confissão que no nosso direito é sempre insuficiente para uma condenação. Válida a observação de André Luís Callegari, de “que não será a embriaguez, o número de vítimas ou excesso de velocidade, entre outros motivos, que delinearão a imputação ao acusado, mas tão-somente, o seu consentimento para a produção ou não do resultado típico” (art. e revista *cits.*, pág. 197).

Em outro trabalho, André Luís Callegari escreve: O “nosso Direito Penal é o da culpabilidade, e culpabilidade nada mais é do que censurabilidade, reprovabilidade, juízo de pura censura e reprovação sobre a conduta do réu. Então, quanto mais censurável for a conduta do réu (embriaguez, excesso de velocidade, número de vítimas), maior poderá ser a reprimenda penal imposta pelo juiz ao aplicar a pena, dentro do delito culposo, ou seja, se a conduta do

réu for extremamente censurável, aplica-se a pena máxima do delito culposo, não se falando, neste caso, em dolo eventual. A pena aplicada é a do delito culposo, devendo ser dosada de acordo com a culpabilidade do acusado” (Imputação objetiva –Lavagem de dinheiro e outros temas do direito penal, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2.001, págs. 167-168).

Rogério Greco, afirma com acerto, que em tais pressupostos, só muito raramente se pode vislumbrar a ocorrência de um delito de crimes de trânsito, e que “não é pela conjugação da embriaguez com a velocidade excessiva que se pode chegar a essa conclusão, mas sim levando-se em consideração o seu elemento anímico” (Curso de Direito Penal cit., pág. 201). O penalista mineiro fornece um exemplo muito elucidativo para explicitar a sua conclusão: imagine o exemplo daquele que, durante a comemoração de suas bodas de prata, bebe excessivamente e, com isso, se embriaga. Encerrada a festividade, o agente, justamente com a sua esposa e três filhos, resolve voltar rapidamente para a sua residência, pois que queria assistir a uma partida de futebol que seria transmitida pela televisão. Completamente embriagado, dirige em velocidade excessiva a fim de chegar a tempo para assistir ao início do jogo. Em razão do seu estado de embriaguez, conjugado com a velocidade excessiva que imprimia em seu veículo, colide o seu automóvel com um outro e com isso causa a morte de toda a sua família. Pergunta-se: Será que o agente, embora dirigindo embriagado e em velocidade excessiva, não se importava com a ocorrência dos resultados? É claro que se importava” (Curso cit., pág. 200). Excluída a possibilidade da concessão do perdão judicial, plausível na hipótese noticiada, tudo o mais do exemplo é aproveitável para todas as situações assemelhadas.

c) Sempre sustentamos difícil a ocorrência de crime doloso no trânsito, mas tal não é impossível, quando o automóvel ou máquina similar é utilizado como meio para a prática de um delito. Também é possível possa o delito ser cometido através da embriaguez pré-ordenada, isto é, numa hipótese de *actio libera in causa*, mas tanto uma como a outra são hipóteses de perpetração do delito com dolo direto, abrigando situações quase sempre alimentadas pela vingança ou outro motivo torpe. A hipótese de homicídio cometido mediante dolo eventual é, além de rara, como informa a doutrina, é de difícil comprovação. Como já escrevemos com Zaffaroni, “o limite entre o dolo eventual e a culpa com representação é um terreno movediço, embora mais no campo processual do que no penal. Em nossa ciência, o limite é dado pela aceitação

ou rejeição *da possibilidade de produção do resultado*, e no campo processual, configura um problema de prova”. (Manual, cit., pág. 429).

Mas não é só. Ao decidir pela forma dolosa, o juiz se sobrepõe ao Poder Legislativo, passando a legislar. Quando não, recorre à analogia *in malam partem*, inadmissível num Estado de Direito, como estimamos ser o nosso. Atua, portanto, o juiz em tais situações arbitrariamente, isto é, com eivas de inconstitucionalidade.

Acórdão de julgamento processado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, onde relator foi Desembargador Kelsen Carneiro, decidiu-se: “O Judiciário não pode, usurpando as funções do Poder Legislativo e com afronta à independência e harmonia entre os Poderes, transformar o que é, e sempre foi, crime culposos em crime doloso, mediante dolo eventual, apenas em função da repercussão e clamor popular causados pelo fato. Ao juiz não é dado modificar a lei, mas sim aplicá-la” (TJMG – rel. Des. Kelsen Carneiro, JM 147/424). Acrescentamos que ao juiz não é dado fugir à responsabilidade de um julgamento, atirando-a aos jurados, lavando suas mãos na pia do conflito emocional.

Como toda decisão em situações deve se fundamentar na dogmática, julgamento no sentido da admissibilidade do dolo eventual em típica situação de culpa, rompe totalmente com o direito penal científico, ou saber penal, construção de séculos de meditação e estudos. A busca por uma punição mais gravosa já foi atendida, com a edição do novo Código de Trânsito, com penas mais severas do que aquelas previstas pelo Código Penal, e temos para nós que na hipótese da consulta, a lei especial é aquela que deve ser aplicada. Ademais, ao elevar a pena para delitos que ocorrem em meio ao trânsito, sem fazer clara opção, aproximou-se o legislador patricio dos códigos penais modernos, como os da Espanha, Alemanha e Portugal, passando a punir esses delitos mais gravosamente, considerando-os como espécie de culpa gravíssima ou culpa temerária. Não paira dúvida de que, com essa providência, o nosso legislador estendeu o conceito de culpa, intensificando-o. Como escreve Selma Pereira de Santana, com apoio em Jorge de Figueiredo Dias, na culpa temerária, o causador, “não omitindo a conduta, revelou uma atitude particularmente censurável de leviandade ou descuido perante o comando jurídico-penal, “plasmando no facto qualidades particularmente censuráveis de irresponsabilidade e insen-

satez” (A culpa temerária contribuiu para uma construção no direito penal brasileiro, Editora RT, São Paulo, 2005, pág. 237).

d) Se, numa hipótese concreta, diante da situação criada, o causador do evento procura alertar outros participantes no trânsito, acerca da situação de perigo em que ambos se encontram, por exemplo, piscando incessantemente os faróis, tal circunstância, em princípio, afasta a possibilidade de dolo, mantendo-se concretamente a culpa, ou seja, manifesta-se uma clara situação de perigo com um resultado previsível. Por outras palavras, conduta em tal direção repudia claramente a ocorrência de um evento lesivo, pelo menos a título de dolo eventual. Se a culpa consciente, consoante a dogmática, diferencia-se do dolo eventual pela não aceitação do resultado excepcionalmente previsto, e a culpa inconsciente se caracteriza pela falta de previsão do previsível, um evento conformado por tais circunstâncias conduz a uma só e solitária solução jurídica: a da existência de crime culposos.

e) A doutrina e o bom senso indicam que em caso de dúvida, deve-se fazer a opção pela culpa consciente, que é a mais benevolente e também a menos estigmatizadora. Na incerteza, portanto, a prudência recomenda uma solução de menor componente punitivo.