

DOLO EVENTUAL E REQUISITOS DO TIPO

EVENTUAL INTENTION E REQUIREMENTS OF THE TYPE

Guilherme Coelho Colen

Professor do Programa de Pós-
graduação da PUC Minas

Resumo

O dolo eventual somente pode se almolhar ao critério de taxatividade, decorrente do princípio da legalidade, à luz do critério do risco. No dolo eventual, portanto, é imperioso a realização de um juízo de valor para a compreensão do sentido e do alcance desse instituto

Palavras-chave:

Dolo. Eventual. Taxatividade.

Abstract

The eventual intention only can mold to the discretion of taxativity, due to the principle of legality, through risk criteria. The eventual intention, therefore, it is imperative to carry out a value judgment for understanding the meaning and scope of this institute

Keywords

Intention. Eventual. Taxativity.

1. Considerações Iniciais.

Embora a maior parte
das legislações penais

estrangeiras não apresente uma definição expressa do dolo e de suas variações, o legislador Penal brasileiro, ao contrário, optou por defini-lo laconicamente¹ no art. 18, Inc. I do Código Penal: “*Art. 18. Diz-se o crime: I- doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo*”.

Sob o aspecto subjetivo do tipo, o dolo representa a forma mais grave de cometimento do ilícito e por isto é mais severamente punida pelo Direito Penal, encontrando-se representado

¹ Cirino do Santo adverte com propriedade que a definição legal das categorias do dolo se mostram inconvenientes, “pelo risco de fixar conceitos em definições controvertidas ou defeituosas, como é o caso da lei penal brasileira: nem o dolo direto é definível pela expressão querer o resultado, porque existem resultados que o agente não quer, ou mesmo lamenta, atribuíveis como dolo direto; nem a fórmula de assumir o risco de produzir o resultado, que reduz o conceito de dolo ao elemento volitivo, parece suficiente para definir o dolo eventual. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito penal. Parte geral. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2007. p. 139

pela conduta do agente que quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Assim, no juízo de adequação típica da conduta, não há qualquer diferença na hipótese de o agente ter querido produzir o resultado (dolo direito) ou assumido o risco de produzi-lo (dolo eventual).

Todavia, muito embora a equivalência típica das duas situações (querer e assumir) inegável que há uma substancial diferença no desvalor da conduta daquele que atua na busca da produção do resultado, do que apenas se mostra indiferente a eventual possibilidade de sua causação². Isto porque, como dito, no dolo direito o agente guia sua conduta na busca de um fim ilícito, e no dolo eventual, ao contrário, o

agente se limita a assumir o risco de produção.³

Segundo Zaffaroni: “Puede ser que la acción se

³ Neste aspecto, embora a definição de dolo se aproxime da ideia de finalidade (querer o resultado) é imperioso destacar a seguinte lição de Zaffaroni: “Finalidad e dolo son conceptos diversos. Em tanto que la finalidad se encuentra en todas y cada una de las conductas humanas, el dolo no es otra cosa que la captación que eventualmente hace la ley de esa finalidad para individualizar una conducta que prohíbe. Em los tipos dolosos, el dolo (provisoriamente conceptualizado y dejando a salvo las aclaraciones que en su oportunidad haremos) es la finalidad tipificada. La conducta con finalidad típica (que es materia de prohibición) es dolosa. Por ende, el dolo no debe analizarse en la acción, porque dolo es un concepto jurídico, en tanto que finalidad es un concepto prejurídico. La circunstancias de que el primero respete la estructura óptica de la segunda no puede llevar a identificar ambos conceptos: dolo es un concepto jurídico (general y abstrato – com típico que es- que sirve a la individualización de una acción), en tanto que la conducta es un hacer voluntario (tautológicamente final), particular y concreto. ZAFFARONI, Eugenio Raul et alli. Derecho penal parte general. Buenos Aires: Ediar. 2002. P 85-86.

² Regis Prado acentua que “a conduta dolosa é mais perigosa – e deve ser punida mais gravemente – do que a culposa. O juízo de periculosidade objetiva da conduta exige necessariamente a aferição do dolo. REGIS PRADO. Luiz. Curso de Direito Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 333

dirija a un fin en principio atípico, como es el de obtener un beneficio patrimonial, pero que en la obtención de ese fin se dispongan causas – según la humana capacidade de previsión concebida como conocimiento de las leyes de la causalidade en la esfera del profano – previendo que la obtención del fin atípico y acetando la posibilidad de tal producción (actuando pese a), o sea, abarcando en la voluntad realizadora del fin atípico la posibilidad de producción de un resultado típico concomitante. Cuando nos encontremos con la producción de un resultado típico concomitante que como posible fue abarcado por la voluntad realizadora, se tratará de dolo eventual. Cuando la finalidad se dirija directamente a la producción del fin típico habrá dolo directo.”²⁴

Na conceituação de Regis Prado dolo eventual (dolus eventualis) significa: “Que o autor considera

seriamente como possível a realização do tipo legal e se conforme com ela. O agente não quer diretamente a realização do tipo, mas a aceita como possível ou provável – assume o risco da produção do resultado (art. 18, inc. I, in fine, CP). O agente conhece de que sua ação realize o tipo e ainda assim age. Vale dizer: o agente consente ou se conforma, se resigna ou simplesmente assume a realização do tipo penal. Diferentemente do dolo direto, no dolo eventual não concorre a certeza de realização do tipo, nem este último constitui o fim perseguido pelo autor. A vontade se faz presente, ainda que de forma mais atenuada.”²⁵

A composição conceitual encontrada na definição do dolo direto, que se vincula a uma estrutura lógico-objetiva – na conceituação welzeliana – a

⁴ ZAFFARONI, Eugénio Raul. Tratado de derecho penal. Argentina: EDIAR, 1981. P. 87.

⁵ REGIS PRADO, Luiz. Curso de direito penal brasileiro- Parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 336.

vontade, contrasta com a frágil conceituação do dolo eventual. Tanto é verdade que a doutrina nacional e estrangeira aborda e explica o significado do dolo eventual quase sempre estabelecendo um paralelo conceitual e exemplificativo como a modalidade da culpa consciente ou com previsão.

Nesta linha de constatação, Cirino dos Santos⁶ assim enfrenta a

⁶ Segundo Cirino dos Santos, “a literatura contemporânea trabalha, no setor dos efeitos secundários (colaterais ou paralelos) típicos representados como possíveis, com os seguintes conceitos-pares para definir dolo eventual e imprudência consciente: a) o dolo eventual se caracteriza, no nível da atitude emocional, por conformar-se com a eventual produção desse resultado – às vezes, com variações para as situações respectivas de contar com o resultado típico possível, cuja eventual produção o autor aceita; b) a imprudência consciente se caracteriza, no nível intelectual, pela representação da possível produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, pela leviana confiança na ausência ou evitação deste resultado, por força da habilidade, atenção, cuidado, etc. na realização concreta da ação. CIRINO DOS SANTOS, Juarez.

tarefa de definir o dolo eventual: “A definição de dolo eventual e sua distinção da imprudência consciente, como conceitos simultaneamente excludentes e complementares, é uma das mais controvertidas e difíceis questões do Direito Penal, porque se fundamenta na identificação de atitudes diferenciáveis, em última instância, pela situação efetiva do autor. De modo geral, o dolo eventual constitui decisão pela possível lesão do bem jurídico protegido no tipo, e a imprudência consciente representa leviana confiança na exclusão do resultado de lesão, mas a determinação das identidades e das diferenças entre dolo eventual e imprudência consciente requerer a utilização de critérios mais precisos. (...) A controvérsia sobre a questão é a história inacabada da criação e do conflito desses critérios - cujas diferenças, na verdade, são mais verbais do que reais, e que representam, afinal e

apenas, meras indicações da existência de uma decisão pela possível lesão do bem jurídico, na precisa formulação de Roxin.”⁷

O reconhecimento da mesma dificuldade na conceituação e distinção do dolo eventual da culpa consciente e reconhecida na lição de Welzel: “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 en que el querer es un fenómeno anímico originário-último, que no puede ser reducido a otros procesos anímicos – ni emocionales, ni intelectuales – y que por ello sólo puede ser circunscrito pero no propriamente definido.”⁸

2. Graus do dolo e dolo eventual

Todo dolo possui um aspecto intelectual e um volitivo (dolo é conhecimento por parte do agente da presença dos elementos objetivos do tipo, e vontade de realiza-los). A parte intelectual⁹ abarca o conhecimento atual de todas as circunstancias objetivas do fato previsto no tipo legal, sendo necessário que o agente tenha a representação e consciência destes elementos no momento de sua ação.

A parte volitiva do dolo é representada pela vontade incondicionada do agente de realizar o tipo (vontade de realização). De

⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito penal. Parte geral. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2007. P. 139

⁸ WELZEL. Hans. Derecho penal aleman. Santiago de Chile: Editora Juridica de Chile.1997. P. 83.

⁹ Neste diapasão, Welzel ensina que o dolo não se contenta com o conhecimento potencial pelo autor das circunstancias objetivas do tipo pena. É necessário que o autor “ha debido tener realmente la conciencia de ellas em el instante de su hecho, habérselas representado, haberlas percebido, haber pensado em ellas, siendo, eso sí, diferente la intensidad de la conciencia, según si se trata del fin de los médios o de una circunstancia concomitante. WELZEL. Hans. Derecho penal aleman. Santiago de Chile: Editora Juridica de Chile.1997. P. 78.

acordo com Welzel, o querer condicionado (aquele ainda não decidido), não representa o dolo de nenhum modo.¹⁰ Entretanto, o conceito e caracterização do dolo não se esgota no fim de produzir determinado resultado por parte do agente ou no fato da vontade do agente estar diretamente ligada à realização do tipo objetivo.

Cirino dos Santos destaca que a teoria penal moderna distingue três espécies de dolo, partindo das seguintes distinções: dolo de 1º grau; dolo de 2º grau e dolo eventual.¹¹ No mesmo

sentido a afirmação de Busato: “Sabe-se que dentro da análise do dolo, a doutrina, em geral, especialmente a alemã, tem trabalhado majoritariamente com uma concepção tripartida de dolo, apontando a existência do dolo direto, representado pela orientação da conduta dirigida a um fim almejado, o dolo direto de segundo grau, que identifica e orienta os efeitos colaterais necessários da conduta do agente, e o dolo eventual, que informa os efeitos colaterais possíveis, porém incertos, da conduta do sujeito.”¹²

Nesta linha de conceituação, o dolo direto de 1º grau é representado e

¹⁰ De acordo com WELZEL, “Como vontade de realização, el dolo presupone que el autor se asigne una posibilidad de influencia sobre el acontecer real. Aquello que, de acuerdo a la propia opinión del autor, queda fuera de su posibilidad de influencia, lo podrá por cierto esperar o desear, como encadenamiento casual con su acción, pero no querer realizar.

¹¹ “a) Segundo Cirino, a distinção tem como referencia o seguinte: a *intenção*, também denominada *dolus directus* de 1º grau; b) o *propósito direto*, também denominado *dolus directus* de 2º grau; c) o *propósito condicionado*, ou dolus eventuais. Em linhas gerais, a intenção designa o

que o autor pretende realizar; o propósito direto abrange as consequências típicas previstas como certas ou necessárias; o propósito condicionado- ou dolo eventual – indica aceitação das ou conformação com consequências típicas previstas com possíveis” CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito penal. Parte geral. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2007. P. 137-138.

¹² BUSATO, Paulo César. Direito Penal. São Paulo: Atlas. 2013. P. 417.

tem como conteúdo o fim desejado pelo agente, o qual se exterioriza no mundo físico através da ação humana voluntária. Assim, nesta espécie de dolo, pretende o agente com sua conduta praticar o modelo de conduta previamente descrita no tipo penal. Ao atuar, o agente tem como certo ou possível o alcance do fim por ele previamente proposto.

No dolo direto de direito de 2º grau, por sua vez, o resultado não é o fim da ação do sujeito – pode-se dizer, ademais, que o resultado não é querido pelo agente - mas o agente sabe que ele – o resultado – está vinculado necessariamente ao resultado ou fim que o agente perseguia de forma direta.¹³

Com efeito, o próprio Welzel dá as bases para a distinção entre dolo de 1º e 2º grau. Parte ele do exemplo concreto: se um sujeito provoca o incêndio de sua casa para receber do seguro

uma soma em dinheiro, sua meta, isto é, sua vontade dirigida a um fim é o recebimento do valor. Para concretizar o seu valor, entretanto, é indispensável a destruição da casa. Possivelmente, como a casa é um bem geralmente valorizado como útil, seria de se esperar que o sujeito não quisesse aquela destruição em si mesma, até mesmo lamentando-a, mas como ela é indispensável para a obtenção de sua meta (o valor do seguro), abarca-a como uma consequência necessária. O mesmo se diga com referência ao mobiliário que está no interior da casa incendiada¹⁴. Pois bem, a

¹³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Estudios de derecho penal. Madrid: Tecnos. 1990. P. 243.

¹⁴ “El dolo como voluntad de hecho significa, por tanto, voluntad de concreción. “Querer” no quiere decir, enderecho penal, querer “tener” o “alcanzar” (en el sentido de lo aspirado), sino *querer* “concretar”. Quien incendia su casa para obtener la suma del seguro, solamente quiere “tener” el dinero. La destrucción de la casa, como medio necesario, quizá la lamenta mucho; lo mismo que la destrucción del mobiliario” WELZEL, Hans. Derecho penal.

meta do agente (receber o valor do seguro), subsume a vontade dirigida a um fim e por isso traduz o dolo directo. As conseqüências concomitantes a essa meta (a destruição da casa e destruição da mobília), são conceituadas como dolo directo de segundo grau.

Sobre o assunto também se mostra elucidativo a situação colacionada por Enrique Gimbernat: “El terrorista, para matar a un personaje político, arroja al conche en el que se dirige al Ministerio una bomba de gran potencia, de la que sabe que no sólo va a causar la muerte del hombre público, sino también las de los otros dos ocupantes del vehículo: la de la esposa del político y la del chofer. La muerte del político, el fin de la acción del delincuente, se há causado con dolo directo de primer grado; las muertes de las otras dos personas que viajaban em el mismo vehículo le eran al autor indiferentes – no hay, pues, primer grado – pero

sabía que iban necesariamente vinculadas al atentado: se han causado, por conseqüente, con dolo directo de segundo grado.¹⁵

Conceituado e exemplificado a distinção entre dolo directo de 1º grau e dolo directo de 2º grau, restou a análise do último grau do dolo: o denominado dolo eventual.

De início, imperioso destacar que embora exista certa unanimidade na definição e distinção entre dolo directo de 1º grau e dolo directo de 2º grau, o mesmo não ocorre em relação ao conteúdo e conceituação do dolo eventual.

O dolo eventual está fora do âmbito da vontade do agente. Como diz Welzel, se o autor representa o resultado e não o querendo, conta com as conseqüências que se produzam ao realizar a sua ação, estamos diante de uma forma excepcional de dolo. Esta forma excepcional é

Parte general. Buenos Aires:Depalma. 1956. P.74.

¹⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Estudios de derecho penal. Madrid: Tecnos. 1990. P. 243.

mais do que uma mera possibilidade e menos que uma probabilidade absoluta¹⁶. Com isto, não se pode afirmar que o resultado da conduta do sujeito esteja vinculado ao desiderato do mesmo, mas sim a uma postura de indiferença ante a preservação de bens jurídicos. Como visto, bem afirmou Welzel que o dolo eventual se situa na linha intermediária entre a possibilidade e a probabilidade absoluta, logo o sujeito não confia no seu poder de evitação do resultado, ao contrário, ao adotar uma desídia em face da sua realização, assume o risco de produzi-lo.

Welzel adverte que o dolo eventual é equivocadamente chamado de dolo condicionado. Tal denominação deve ser analisada criticamente pois no dolo eventual a vontade não abrange o resultado possível objeto da indiferença do agente. Conforme diz o autor: “El llamado dolo

condicionado (dolus eventualis) .El nombre conduce a errores: no se trata de una voluntad de hecho eventual (condicionada) sino de una voluntad no condicionada para el hecho, que se extiende cosas que posiblemente (eventualmente) se producirán. El querer condicionado, es decir, indeciso en absoluto, o es todavía ningún dolo.”¹⁷

É relevante esclarecer que os dolos direto de primeiro grau (meta) e direto de segundo grau (efeitos concomitantes) integram o âmbito do desiderato do agente. Sobretudo no que concerne ao dolo direto de segundo grau, a aceitação das consequências necessárias e concomitantes para a produção da meta não se confundem com a postura de indiferença ante a preservação do bem jurídico. Com efeito, o dolo direto de segundo grau não está situado na linha referida entre a possibilidade e a

¹⁶ WELZEL, Hans. Derecho penal Aleman. Santiago: Editorial Juridica del chile. 1997. P. 82.

¹⁷ WELZEL. Hans. Derecho penal parte general. Buenos Aires: De palma. 1956. P. 75.

probabilidade absoluta, mas sim no âmbito da certeza do agente de que sua meta não pode ser atingida sem a aceitação da circunstâncias concomitantes.

É imperioso registrar que parte da doutrina se afasta dos postulados finalistas, baseados nas estruturas lógico-objetivas que dão substância e conteúdo real ao Direito Penal para tratar o dolo normativamente. Tal fato no Brasil causa espécie visto que a definição de dolo segundo ditas estruturas lógico-objetivas está positivada. Enfatize-se que o legislador optou, no caso brasileiro, por definir o dolo com *querer* o resultado. Clara está a opção por um conceito de dolo que se afasta quer dolo *malus* dos Romanos, quer do dolo do neokantismo, para se aderir a um conceito plenamente de acordo com o finalismo, o qual levou para a conduta o dolo enquanto um elemento naturalístico.

Para ilustrar esta corrente que se afasta do conceito legal, veja-se:

“Ocorre que, atualmente, o dolo não é conhecimento e vontade, mas unicamente conhecimento de realização de uma ação típica. Essa mudança conceitual foi observada pela melhor doutrina penal e na sequência será trabalhada com o objetivo de comprovar que a distinção entre as duas figuras se deve verificar sobre o plano do conhecimento do perigo criado (art. 20), ou seja, num plano cognitivo, rechaçando-se qualquer teoria da vontade (art. 18, I), especialmente pela carência de fundamento e pelas mudanças de paradigma para justificar as diversas soluções às espécies de dolo”¹⁸

Segundo Enrique Gimbernat, duas teorias principais disputam, há décadas, sobre o autêntico e mais apropriado conteúdo do dolo eventual, são elas: a teoria do consentimento ou da vontade, e a teoria da

¹⁸ BEM, Leonardo Schmitt de. Dolo eventual e culpa consciente. Revista de estudos criminais, A 10. N 36. Sapucaia do Sul: Notadez. Jan. – Mar. 2010. P. 85-86.

probabilidade ou representação.¹⁹ Tais teorias já foram abordadas no capítulo antecedente portanto cabe aqui consignar que o direito brasileiro definiu o dolo eventual em postura que se amolda a teoria do consentimento.

3. A taxatividade penal e o sentido do dolo eventual.

A definição legal de dolo eventual estabelece o critério do risco como a baliza definidora desta espécie de tipo doloso. Ao contrário do direto, espécie na qual o legislador se utilizou de uma estrutura lógico-objetiva, no dolo eventual há a necessidade de um juízo de valor para a compreensão do sentido e do alcance do instituto. Sabe-se que a estrutura lógico-objetiva aponta para um elemento descritivo do tipo penal, tal elemento descritivo tem

existência independente do direito, por isto ser qualificado como estrutura lógico-objetivo. Porém o elemento normativo “risco”, que é usado para definição legal do dolo eventual não condiz com uma descrição, mas sim com uma valoração.

Para que a taxatividade penal não seja violada é necessário submeter este elemento ao postulado do princípio da legalidade. Para tanto, é mister vincular a ideia de risco ao seu conceito imanente: o perigo. Não existe risco sem perigo, e perigo sem risco.

Sobre o perigo, afirmou Welzel que: “En el concepto de la previsibilidad objetiva de los cursos causales (o sea de la adecuancia) se enraiza también el concepto de peligro. Peligro es la situación en la cual la producción de determinadas consecuencias no deseadas es probable, conforme a un juicio objetivo (de experto). De acuerdo al grado de la probabilidade pueden distinguir-se diversos grados de peligro; peligro inmediato (actual), cercano,

¹⁹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Estudios de derecho penal. Madrid: Tecnos. 1990. P. 244.

lejano. Las exigencias al respecto son diversas según los tipos.²⁰

Com efeito, a assunção do risco para a produção do resultado, presente na definição legal de dolo eventual, nada mais é do que a potencialização do perigo do bem jurídico penalmente tutelado na essência do tipo penal. Deste modo, o fundamento desta espécie de dolo não possui, como dito, fundamento volitivo, já que é no âmbito da consciência que se desenvolve aquela postura de indiferença que acentua a colocação do bem jurídico numa postura de fragilidade valorada pelo direito como dolo eventual, pelo critério de assunção do risco.

O finalismo estabeleceu a relevância do desvalor do resultado, o que foi uma grande mudança epistemológica no paradigma penal, que até hoje ecoa na dogmática. Porém, para o dolo eventual, conceituado

como risco, urge trazer a colação à advertência de Faria Costa, que pontua a diferença entre o desvalor do perigo e o desvalor do resultado de dano. Tal diferença gravita em torno do fato de ser o perigo a fase anterior ao dano, o que por certo traz relevantes consequências no âmbito da dogmática. “Para além de tudo o que se acaba de reflectir, urge não esquecer que o desvalor de resultado danoso não se confunde, por certo, com o desvalor de resultado de perigoso. Introduce-se aqui, a nível da coerência sistemática do discurso jurídico, um ponto que não pode deixar de ser salientado. O desvalor de resultado danoso determinava e possibilitava, tal como ainda acontece fundamentalmente nos nossos dias, na constância da sua permanência, a possibilidade de se ajuizarem e conceberem formas de reposição *in integro* ou de reposição por equivalente.”²¹

²⁰ WELZEL, Hans. Derecho penal Aleman. Santiago: Editorial Juridica del chile. 1997. P. 55.

²¹ FARIA COSTA, José Francisco. O perigo em Direito Penal. Coimbra: Coimbra. 1992. P. 330.

O autor prossegue na sua diferenciação apontando o traço essencial do desvalor do perigo. O que gravita em torno do desvalor do resultado de perigo é a exigência da conservação do bem jurídico.²² Como visto, o dolo eventual exige que o agente não adote uma postura de indiferença ante a preservação do bem jurídico, o que significa que deve ele diligenciar para sua conservação. Somente excluirá o dolo eventual, ter o

agente ciência da probabilidade da ocorrência do resultado e adotar ele a postura subjetiva que afasta sinceramente o dano pela confiança que dito resultado não ocorra. Assim, quando o agente não diligenciar para a conservação do bem jurídico, existirá o desvalor do perigo, considerado em si mesmo como o resultado dogmático previsto pela regra da parte geral do Código Penal brasileiro (art. 18, II, segunda parte), que é um resultado logicamente anterior ao resultado de dano e que se traduz em desvalioso por conta da exigência jurídica da postura de conservação.

Na culpa consciente, deve-se esclarecer também existe o desvalor do resultado citado, tanto é assim que esta última espécie também representa uma forma típica de crime. A diferença entre culpa consciente e dolo eventual, portanto, não reside na esfera do desvalor do resultado. Com efeito, a diferença entre estas espécies residirá na postura subjetiva que o agente adota em face deste desvalor.

²² “Repara-se que perpassa por todo este pensamento uma ideia de conservação, uma nota de inércia geradora das condições propiciatórias do pulsar constante e indeterminado da vida. Ao direito, em qualquer dos seus ramos ou disciplinas, anda ligada a matriz ou função conservadora que pode ser surpreendida em muitos momentos e em que a reparação é, certamente, um dos mais salientes. Destarte, caso não seja possível fazer uma reposição in integro, urge que se avalie o dano para que o autor ou causador desse mesmo dano retribua com o valor anteriormente estipulado.” FARIA COSTA, José Francisco. *O perigo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra. 1992. P. 331.

É indispensável para a compreensão da aplicação desta diferenciação subjetiva na *práxis* jurídica penal trazer a colação a advertência de Díez Ripollés que afirma, que mesmo se utilizando de um procedimento científico no âmbito da dogmática penal os elementos subjetivos são inacessíveis de modo direto a uma constatação empírica plena. Isto obriga a dividir o processo de averiguação deste elemento em duas fases: a primeira compreende um procedimento de natureza experimental em qualquer caso vinculando as conclusões aos dados e indícios colhidos no processo. E a segunda, vem a tona a partir de uma legitimação legislativa que se utiliza de critérios axiológicos para valorar os elementos descritivos e dar a eles significado. Segundo o autor: “Se utilize un procedimiento estrictamente científico o no, lo cierto es que, como toda la doctrina se há encargdo de recordar, los elementos subjetivos son inaccesibles de modo directo a una plena constatación empírica. Ello

obliga, como ya hemos visto, a dividir el proceso de averiguación en dos fases: una primera, en la que se respetaría un procedimiento experimental, en cualquier caso vinculando sus conclusiones a una serie de datos o indicios objetivos, y una segunda, en la que debería de salvarse la distancia entre la inaccesible verdad material de los elementos subjetivos y tal procedimiento experimental, a través de una legitimación normativa.”²³

4. Conclusão

Afirma-se aqui que a *pedra fundamental* do Direito Penal é a legalidade e seus postulados, notadamente o da *taxatividade penal*. Deste modo, o descumprimento de tais princípios e mandamentos na produção da norma penal resultaria, por certo, na total invalidade do seu conteúdo proibitivo ou conceitual.

²³ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. Los elementos subjetivos del delito: Bases metodológicas. Buenos Aires: BdeF. 2007. P. 285.

Assim, é certo que a norma penal, em razão de suas consequências jurídicas, exige clareza e determinação de conteúdo, o que é plenamente atendido pelos tipos penais descritivos (lógico-objetivos). Lado outro, é consenso na doutrina que algumas condutas lesivas aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal ficariam fora da proteção deste ramo do direito no caso de vedada a utilização do elemento normativo na descrição da conduta penalmente relevante. Assim, a presença do elemento normativo na construção do tipo não só é necessária como válida, visto que no Direito Penal a exigência da taxatividade repousa na necessidade de tornar certa a matéria de proibição, o que é possível metodologicamente pelas valorações do elemento normativo, desde que consoantes aos postulados da dogmática penal.

Adverte-se que a utilização de expressões que exigem uma valoração desvinculada da base e da construção lógico-dogmática

do Direito Penal não se coadunam com o conceito de elemento normativo, ademais de descumprir frontalmente a legalidade penal.

Nesta linha de afirmações, na definição do dolo eventual, o Código Penal utilizou a expressa “assumir o risco de produzir o resultado”, que se afasta da descrição meramente objetiva do tipo. E é justamente a sua definição o ponto de indagação merecedor de confronto com a dogmática penal, notadamente pela suspeita do descumprimento do princípio da taxatividade penal.

Enfatize-se que a abertura valorativa do dolo eventual foi pensada para não permitir a punição de condutas mais graves a título de simples negligência, pois, em que pese o conhecimento do perigo de realização típica, o sujeito não desiste de sua ação típica.

Ocorre que no dolo eventual constatou-se que o *risco* descrito em sua definição encontra-se vinculado ao conceito dogmático de *perigo*, com isso não se afronta as

exigências da taxatividade penal porque o âmbito da proibição pode ser extraído de sua descrição típica.

Entre a crítica de sua indeterminação e a defesa de seu atendimento ao princípio da taxatividade, a expressão “*assumir o risco de produzir o resultado*” apresenta-se como elemento normativo que possibilita satisfatoriamente a delimitação e o alcance da matéria de proibição no momento da realização do juízo de tipicidade subjetiva, pois o mesmo dá os critérios dogmáticos para circunscrever os elementos que devem balizar a relação de adequação própria daquele juízo.

Deste modo, o agente que com sua conduta possuir o conhecimento de estar potencializando a situação de perigo ao bem jurídico, e mesmo assim atuar com uma postura de indiferença ante a sua preservação, estará incurso no dolo eventual. Sendo assim, a postura subjetiva do agente, especialmente sua indiferença frente ao resultado, é o marco

diferencial entre dolo eventual e a culpa consciente.

Referências

BEM, Leonardo Schmitt de. Dolo eventual e culpa consciente. Revista de estudos criminais, A 10. N 36. Sapucaia do Sul: Notadez. Jan. – Mar. 2010.

BUSATO, Paulo César. Direito Penal. São Paulo: Atlas. 2013

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito penal. Parte geral. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2007.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. Los elementos subjetivos del delito: Bases metodológicas. Buenos Aires: BdeF. 2007.

FARIA COSTA, José Francisco. O perigo em Direito Penal. Coimbra: Coimbra. 1992.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Estudios de derecho penal. Madrid: Tecnos. 1990

REGIS PRADO, Luiz. Curso de Direito Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

WELZEL, Hans. Derecho penal aleman. Santiago de Chile: Editora Juridica de Chile.1997

ZAFFARONI, Eugenio Raul et alli. Derecho penal parte general. Buenos Aires: Ediar. 2002.

ZAFFARONI, Eugénio Raul.
Tratado de derecho penal.
Argentina: EDIAR, 1981.