



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Carlos Eduardo Barreiros Rebelo

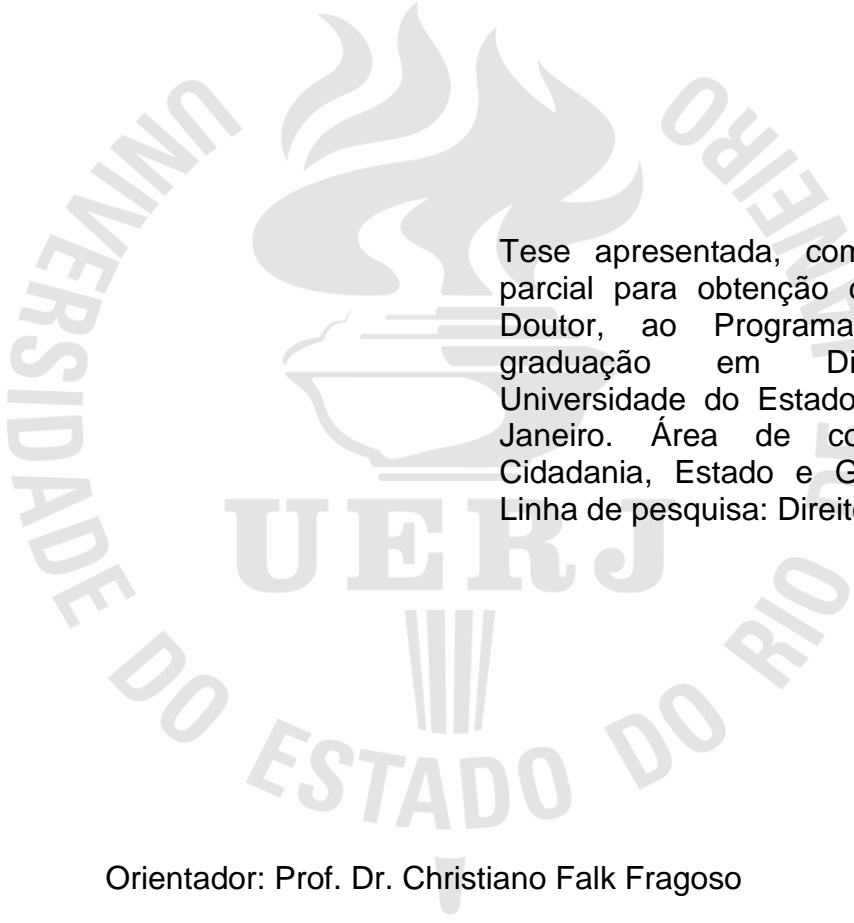
**(Im)Possibilidade de dolo eventual em crimes de perigo comum:
uma contribuição para a reclassificação do dolo no Brasil**

Rio de Janeiro

2021

Carlos Eduardo Barreiros Rebelo

**(Im)Possibilidade de dolo eventual em crimes de perigo comum: uma
contribuição para a reclassificação do dolo no Brasil**



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Christiano Falk Fragoso

Rio de Janeiro

2021

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

R291 Rebelo, Carlos Eduardo Barreiros.
(Im)Possibilidade de dolo eventual em crimes de perigo comum: uma contribuição para a reclassificação do dolo no Brasil / Carlos Eduardo Barreiros Rebelo - 2021.

263 f.

Orientador: Prof. Dr. Christiano Falk Fragoso.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Dolo (Direito penal) - Teses. 2. Crime - Teses. 3. Direito penal - Teses. I. Fragoso, Christiano Falk. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.2

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Carlos Eduardo Barreiros Rebelo

**(Im)Possibilidade de dolo eventual em crimes de perigo comum: uma
contribuição para a reclassificação do dolo no Brasil**

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Penal.

Aprovada em 23 de junho de 2021.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Christiano Falk Fragoso (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Nilo Batista

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Patrícia Mothé Gliöche

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Taiguara Líbano Soares

Universidade Federal Fluminense

Rio de Janeiro

2021

DEDICATÓRIA

Dedico essa tese à minha esposa Carolina e meus filhos Pedro e Laura. É e sempre será por vocês!

AGRADECIMENTOS

Concluir um Doutorado em Direito não é tarefa fácil e uma coisa é certa, se o fiz, devo e muito a várias pessoas com as quais partilhei as alegrias e angústias dessa jornada.

A primeira pessoa a quem preciso agradecer é minha esposa Carolina. Apenas nós dois sabemos o quão desafiador foi dar conta da criação de nossos dois filhos em meio a esse momento turbulento anterior e concomitante com a pandemia. Foram muitas viagens nas quais deixei de estar presente, muitas memórias com nossos filhos das quais não participei. Tudo isso com o seu mais irrestrito apoio e sem nenhuma cobrança. Faltam palavras para agradecer o quanto você foi fundamental nesse caminho.

Agradeço também aos meus dois tesouros Pedro e Laura. Vocês não conseguem mensurar o valor de cada abraço apertado e cada sorriso de vocês. Mesmo sem entenderem direito a razão de tudo isso, vocês souberam aceitar as ausências do pai nas brincadeiras e viagens. Laura nasceu no primeiro ano do Doutorado e sua idade se confunde com a conclusão do curso. Obrigado por tanto amor!

Agradeço também aos meus pais, Eduardo e Maria Lucia, por toda base sólida e valores que me trouxeram até aqui. Obrigado por me ensinarem o valor da educação e que o estudo sempre vale a pena!

Meu mais sincero agradecimento ao meu orientador Christiano Falk Fragoso, sem o qual eu não teria conseguido terminar. Obrigado por saber ser exigente nas horas que precisava e compreensivo em tantas outras. Obrigado por acreditar em mim e ficar ao meu lado nesse caminho árduo e solitário que é a redação da tese. Obrigado por ser exemplo e inspiração!

Agradeço aos meus professores do PPGD UERJ, cabendo aqui citar nominalmente aqueles com os quais tanto aprendi: Nilo Batista; Vera Malaguti; Patrícia Glioche; Davi Tangerino; Artur Gueiros; Humberto Dalla e Christiano Fragoso.

Agradeço aos servidores do PPGD, na pessoa do chefe de Secretaria Alessandro, uma vez que o trabalho silencioso de vocês torna o programa de pós-graduação da UERJ um dos melhores do Brasil.

Agradeço os muitos amigos que estiveram ao meu lado nessa jornada, dando o apoio necessário em diversos momentos. Jamais conseguiria listar todos eles, mas dedico especial menção a alguns: Flávia Sanna; Gisele Alves; Juliana Bierrenbach; Fernanda Ponce; Luciana Ramalho; Felice Filardi; Getúlio Braga; Geraldo Prado; Juarez Tavares; Carlos Henrique Ramos; Gustavo Coelho; Antonio Santoro; Nilo Pompilho; Gracy Almeida; Erica Almeida; Vinícius Maia; Adriana Ramos; Alexandria Alexim; Paula Basílio; Flavia Zangerolame; Patrícia Garcia; Ricardo André; Gustavo Henrique; Taiguara Líbano; Raisal Machado; Moises de Melo; Beatris Gonçalves; Carlos Henrique Reis; Marcos Thompson; Faber Paganoto; Daniel Imbardelli; Izadora Lupetina; Adriana Nogueira; Fabio Ferreira; André Saldanha; Clair Abreu; Flavia Lisboa; Isabela Rebelo; Alexandre Pavoni e Francisco Mezzovilla (in memoriam). Cada um de vocês teve um papel importante para que eu chegasse até aqui.

Dentre esses inúmeros amigos, dois merecem especial destaque, quais sejam, Leonardo Costa de Paula e Rodrigo Fernandes. Vocês foram fundamentais na minha decisão de cursar o Doutorado e não sossegaram enquanto eu não fiz a inscrição e submeti o Projeto. Além disso, foram constantemente perturbados durante a caminhada da tese com os meus constantes pedidos para que lessem e criticassem cada novo capítulo que redigia. Obrigado por serem imprescindíveis!

Um especial agradecimento à minha eterna monitora, que conheci quando lecionei na UFRJ (2014-2016) e que se faz presente até hoje, Yasmine Araújo. Obrigado por toda ajuda!

Agradeço também ao Raphael Camisão pela ajuda na formatação do trabalho e na revisão ortográfica.

Agradeço às Coordenadoras do Curso de Direito da Candido Mendes e do IBMEC, professoras Bianca de Lamare; Gisele Bonatti; Fernanda Paes Leme e Eleonora Mesquita por todo suporte e compreensão durante os anos de dedicação ao Doutorado. Obrigado!

Dedico também um especial agradecimento àquele que representa o meu pai não biológico, Alexandre Moura Dumans. Obrigado por acreditar em mim na advocacia, abrindo as portas do seu escritório para que eu pudesse aprender tanto com você! Obrigado por apoiar o meu ingresso no Doutorado mesmo isso significando o meu afastamento do escritório. A minha gratidão será eterna.

Agradeço aos advogados e funcionários do escritório Gutman & Silva nas pessoas de Fernando e Fabiana, cuja amizade e parceria foram fundamentais durante a caminhada do Doutorado.

Obrigado à minha professora de italiano Whana Almeida, que me deu as aulas particulares imprescindíveis para a minha aprovação na prova de proficiência, sem a qual não teria chegado até aqui.

Agradeço aos meus alunos da Universidade Candido Mendes e do IBMEC por me ensinarem tanto e fazerem o aprimoramento acadêmico ter sempre sentido.

Agradeço, por derradeiro, aos alunos da graduação da UERJ, para os quais tive a honra de lecionar Direito Penal I durante o meu estágio docente. Vocês ficarão guardados para sempre em meu coração por tantas histórias em apenas 6 meses de curso. O agradecimento é extensivo à professora Patrícia Glioche que confiou em mim para ministrar uma disciplina obrigatória e não apenas a eletiva que já ministrara no semestre anterior.

RESUMO

REBELO, Carlos Eduardo Barreiros. *(Im)Possibilidade de dolo eventual em crimes de perigo comum: uma contribuição para a reclassificação do dolo no Brasil*. 2021. 263 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

Nesse trabalho foi realizada pesquisa acerca da possibilidade de se falar em dolo eventual em crimes de perigo comum. Para tanto, foi feita análise histórica das legislações penais brasileiras tanto no que diz respeito ao dolo quanto aos crimes de perigo comum. Também foram objeto de estudo as teorias doutrinárias acerca do dolo e seu conceito, bem como as classificações doutrinárias dos crimes de perigo. Além disso, foram discutidas as teorias que enfrentam o tema da compatibilidade ou não do dolo eventual com os crimes de perigo, adotando a concepção pela sua impossibilidade. Outro ponto enfrentado foi se a classificação clássica do dolo permanece aplicável na sociedade atual, ou seja, se os novos riscos sociais e a crescente demanda pela criminalização do risco pode continuar subsumida às concepções clássicas do dolo, chegando à conclusão de que não, sendo necessária uma reclassificação do dolo para que ele se adeque à sociedade atual. Como forma de demonstrar a relevância prática da discussão, foram analisados três casos de repercussão, quais sejam, o caso da Boate Kiss; o caso do cinegrafista Santiago Andrade e o caso do Ninho do Urubu. Nos dois primeiros casos, apesar de versarem sobre crimes de perigo dos quais adveio o resultado morte, as imputações foram por homicídio doloso, enquanto no caso do último caso a imputação foi pelo crime de incêndio com resultado morte. A semelhança entre os casos não se refletiu na imputação, demonstrando a importância de aprofundar a temática dos crimes de perigo comum e principalmente do dolo neles existente.

Palavras-chave: Direito Penal. Crimes de Perigo Comum. Dolo Eventual.

ABSTRACT

REBELO, Carlos Eduardo Barreiros. *(Im)Possibility of eventual intent in crimes of common danger*. a contribution to the reclassification of intent in Brazil. 2021. 263 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

In this work, research was carried out on the possibility of talking about possible intent in crimes of common danger. To this end, a historical analysis of Brazilian criminal legislation was carried out, both with regard to intent and common danger crimes. The doctrinal theories about intent and its concept were also studied, as well as the doctrinal classifications of dangerous crimes. In addition, theories that face the issue of compatibility or not of the eventual intent with danger crimes were discussed, adopting the conception due to its impossibility. Another issue faced was whether the classic classification of intent remains applicable in today's society, that is, whether the new social risks and the growing demand for the criminalization of risk may continue to be subsumed under the classic conceptions of intent, reaching the conclusion that no, it is necessary a reclassification of the intent so that it fits today's society. As a way to demonstrate the practical relevance of the discussion, three cases of repercussion were analyzed, namely, the case of Nightclub Kiss; the case of cameraman Santiago Andrade and the case of Ninho do Urubu. In the first two cases, despite dealing with crimes of danger from which the result of death came, the charges were for murder, while in the last case the charges were for the crime of arson with the result of death. The similarity between the cases was not reflected in the charge, demonstrating the importance of deepening the theme of crimes of common danger and especially of the fraud in them.

Keywords: Criminal Law. Crimes of Common Danger. Possible fraud.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	12
1	PERCURSO HISTÓRICO DO DOLO E DO PERIGO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	16
1.1	Ordenações Filipinas	17
1.2	Código Criminal do Império de 1830	20
1.3	Lei n.º 3.311, de 15 de outubro de 1886	31
1.4	Código Penal dos Estados Unidos do Brazil de 1890	33
1.5	Projetos de Reforma do Código Penal na Primeira República	43
1.6	Código Penal de 1940	49
1.7	Projeto de Código Penal de 1969: Nelson Hungria	57
1.8	Nova Parte Geral de 1984	62
2	PERIGO E DOLO SOB O PONTO DE VISTA DOUTRINÁRIO	65
2.1	Dolo: Conceito e classificações doutrinárias	65
2.1.1	<u>Conceito de dolo: Teorias da vontade e do conhecimento</u>	68
2.1.1.1	Teoria da vontade	68
2.1.1.2	Teoria do conhecimento	71
2.1.2	<u>Classificações doutrinárias do dolo</u>	74
2.1.2.1	Dolo direto	75
2.1.2.1.1	Dolo direto de primeiro grau	75
2.1.2.1.2	Dolo direto de segundo grau	77
2.1.2.2	Dolo indireto	81
2.1.2.2.1	Dolo alternativo	81
2.1.2.2.2	Dolo eventual	83
2.2	Crimes de Perigo	88
2.2.1	<u>Diferença entre risco e perigo</u>	93
2.2.2	<u>A sociedade de risco e os crimes de perigo</u>	101
2.2.3	<u>Classificação dos crimes de perigo</u>	115
2.2.3.1	Crimes de perigo individual	117
2.2.3.2	Crimes de perigo comum	118
2.2.3.3	Crimes de perigo concreto	120
2.2.3.4	Crimes de perigo abstrato	123

2.2.3.5	Crimes de perigo abstrato-concreto	128
3	AS TEORIAS DO DOLO EVENTUAL, NA ATUALIDADE	131
3.1	Teoria do Dolo Indireto	134
3.2	Teoria da Vontade	136
3.2.1	<u>Teoria do consentimento</u>	139
3.2.2	<u>Teoria do levar a sério o perigo de realização do tipo objetivo</u>	141
3.2.3	<u>Teoria da indiferença</u>	143
3.2.4	<u>Teoria da vontade de evitação não atuada ou teoria dos contrafatores não ativados</u>	145
3.3	Teoria da Representação	146
3.3.1	<u>Teoria da possibilidade</u>	147
3.3.2	<u>Teoria da probabilidade</u>	153
3.3.3	<u>Teoria da evitabilidade</u>	157
3.3.4	<u>Teoria do risco</u>	157
3.3.5	<u>Teoria do perigo a descoberto</u>	160
3.4	Críticas ao Dolo Eventual como modalidade autônoma de Dolo	160
3.4.1	<u>Dolo eventual ou culpa grave?</u>	162
3.4.2	<u>Dolo eventual e o conflito com os princípios da taxatividade e da segurança jurídica</u>	175
4	O DOLO DE PERIGO COMO MODALIDADE AUTÔNOMA	179
4.1	A Relação entre o Dolo de Perigo e o Crime Culposos	187
4.1.1	<u>Teorias diferenciadoras</u>	189
4.1.2	<u>Teorias identificadoras</u>	191
4.2	Dolo de Dano e Dolo de Perigo	195
4.3	Dolo de Perigo e sua relação com o Dolo Eventual	197
4.3.1	<u>Teorias identificadoras</u>	198
4.3.2	<u>Teorias diferenciadoras</u>	202
4.3.2.1	Diferenciação a partir do elemento volitivo	202
4.3.2.2	Distinção para os adeptos da teoria da representação	204
4.4	Dolo Eventual de Perigo	211
5	TOMADA DE POSIÇÃO E ANÁLISE DE CASOS	220
5.1	Boate Kiss	224
5.1.1	<u>Denúncia</u>	224
5.1.2	<u>Pronúncia</u>	226

5.1.3	<u>Recurso em Sentido Estrito (RESE)</u>	228
5.1.4	<u>Embargos Infringentes</u>	229
5.1.5	<u>Recurso Especial</u>	231
5.1.6	<u>Opinião sobre o caso</u>	232
5.2	Caso Santiago Andrade	233
5.2.1	<u>Denúncia</u>	233
5.2.2	<u>Pronúncia</u>	235
5.2.3	<u>Acórdão RESE</u>	236
5.2.4	<u>Recurso Especial</u>	238
5.2.5	<u>Opinião sobre o caso</u>	239
5.3	CASO NINHO DO URUBU	240
5.3.1	<u>Denúncia</u>	240
5.3.2	<u>Opinião sobre o caso</u>	242
	CONCLUSÃO	244
	REFERÊNCIAS	251

INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste na tese de Doutorado em Direito Penal cujo ponto central é o debate acerca da impossibilidade de se admitir dolo eventual em crimes de perigo. A discussão passa pelo enfrentamento acerca da aplicabilidade de institutos - e principalmente de categorias de dolo - que tiveram sua origem há dois séculos em uma realidade completamente distinta, especialmente no que tange aos desenvolvimentos sociais que demandaram o surgimento de novas categorias de crimes e bens jurídicos coletivos.

A sociedade, em especial ao longo do século XX, experimentou uma série de mudanças que se faziam necessárias para acompanhar as necessidades em busca do desenvolvimento tecnológico.

Diversas áreas foram impactadas significativamente, tais como a construção civil, os meios de transporte, as formas de energia, as formas de comunicação, e até mesmo a economia.

O transporte ferroviário teve o desenvolvimento de trens de alta velocidade; os aviões tiveram sua capacidade aumentada, levando cada vez mais pessoas; os prédios passaram a ficar cada vez mais altos, desenvolvendo-se uma verdadeira corrida mundial para decidir qual país conseguiria construir o maior; as fontes de energia foram diversificadas, notadamente com o advento da energia nuclear, com todos os riscos dela advindos; as comunicações se tornaram instantâneas e para quaisquer lugares do mundo; e, do ponto de vista econômico, a economia globalizada trouxe novos desafios, na medida em que um ilícito desta natureza pode impactar diversos países e suas respectivas economias.

Todo esse contexto serviu para criar aquela que Ulrich Beck denominou “Sociedade de Risco”, na qual a população de uma forma geral experimenta riscos antes inimagináveis, mas que se mostram necessários em prol de uma condição de vida melhor para todos. Não custa lembrar que, antes da Revolução Industrial, as preocupações versavam, na maioria das vezes, sobre guerras e desastres naturais.

Esse novo cenário, representado pela multiplicação de riscos e principalmente pela amplitude dos danos que deles poderia advir, constantemente causa perplexidade social, seja por causa da queda de uma aeronave de passageiros, do

desabamento de um prédio, de um incêndio de grandes proporções, de um deslizamento de terra, ou até mesmo de um desastre nuclear.

Na medida em que raras são as hipóteses em que tais eventos decorrem de fatores externos, naturais e imprevisíveis, tais como terremotos, *tsunamis*, etc., não é raro que se recorra ao poder punitivo para repreender os comportamentos humanos que, por ação ou omissão, possam estar atrelados à produção daqueles resultados.

Ocorre que as estruturas pensadas para o direito penal, notadamente no que diz respeito à análise do elemento subjetivo do agente no que tange aos crimes de perigo, mostram-se demasiadamente defasadas, visto que tiveram sua origem em outro momento social.

Cabe aqui fazer uma ressalva no sentido de que há discussão acerca do papel do direito penal, sendo legítima a ideia de que ele não sirva como mecanismo punitivo. Apesar disso, a verdade é que a discussão do papel do direito penal não tem alcançado efeito prático, não sendo raro ver casos que seriam tipificados como modalidades culposas de crimes de perigo sendo enquadrados como modalidades dolosas de crimes de dano, a partir do manejo do dolo eventual.

Um ponto enfrentado no trabalho é a análise de se as modalidades de dolo existentes atualmente no ordenamento jurídico-penal são aptas a dar a resposta jurídica adequada aos problemas decorrentes do crescimento exponencial dos riscos sociais e dos danos deles advindos. O trabalho aborda a possibilidade de falarmos no dolo de perigo como categoria autônoma de dolo, apartada do dolo de dano.

Diante do problema, a hipótese aventada consistiu em avaliar a ideia de que o dolo de dano seria perfeitamente divisível em modalidades, tais como o dolo direto (de primeiro e segundo graus) e dolo eventual, enquanto o dolo de perigo não comportaria divisões.

Para avaliar a hipótese pensada, realizei pesquisa teórica, a partir da apresentação de discussões sobre o tema e os conceitos envolvidos. A pesquisa é eminentemente bibliográfica, com metodologia pautada em livros e artigos sobre o tema, bem como os diplomas legais ao longo da história criminalizante brasileira.

A tese está estruturada em quatro capítulos. O primeiro é dedicado à análise do percurso histórico do dolo e do perigo na legislação brasileira. Ao longo do texto, procurei analisar desde as Ordenações Filipinas, passando pelo Código Criminal do Império de 1830, o Código Republicano de 1890 e os projetos de reforma até o

advento do Código de 1940, culminando com a reforma da Parte Geral em 1984. No texto, busquei demonstrar como eram tratados os crimes de perigo nas mais diversas legislações nacionais, passando por períodos de ausência absoluta de previsão até os dias atuais, quando há um crescente número de condutas positivadas versando sobre os chamados crimes de perigo. Além dos crimes de perigo, também foi objeto de análise o tratamento dado ao dolo e seu conceito legal e doutrinário ao longo da história.

O segundo capítulo teve por propósito analisar o tratamento atual da doutrina brasileira e internacional, tanto do dolo quanto do perigo. Foram analisadas as teorias acerca do dolo, com destaque para as teorias da vontade e do conhecimento, passando pelas classificações doutrinárias do dolo. No que tange aos crimes de perigo, foram enfrentadas a distinção entre risco e perigo, a conceituação da sociedade de risco e seus reflexos nos crimes de perigo, bem como as diversas classificações doutrinárias acerca dos crimes de perigo.

O terceiro capítulo foi voltado à análise do dolo eventual e das teorias que sobre ele se debruçam. Foram enfrentadas as diversas classificações do dolo eventual empreendidas tanto pelos adeptos da teoria da vontade quanto por parte dos adeptos da teoria da representação, com especial destaque para os defensores do chamado dolo sem vontade e as eventuais incompatibilidades com o dolo eventual. Ainda no mesmo capítulo, foi traçada uma discussão acerca da existência do dolo eventual em si, a partir da leitura principiológica sobre se o instituto representaria ou não uma afronta aos princípios da taxatividade e da segurança jurídica.

O quarto capítulo consistiu no cerne da tese defendida. Nele, foi analisada a existência do dolo de perigo como modalidade autônoma de dolo, apartada do dolo de dano. Para sua redação foi necessário observar tanto autores modernos quanto clássicos que defendiam a segmentação do dolo, sempre cotejando com os autores que não defendiam a existência autônoma do dolo de perigo. Em seguida, no mesmo capítulo, foi analisada a relação do dolo de perigo com o dolo eventual, tanto a partir de teorias diferenciadoras, que separam os dois, quanto de identificadoras, que tratam o dolo de perigo e o de dano como institutos iguais. Por fim, foi enfrentada e defendida a tese segundo a qual deve haver um dolo de perigo como modalidade autônoma de dolo, bem como de que tal modalidade é incompatível com a categorização em direto e eventual.

Por derradeiro, o capítulo quinto teve o objetivo de explicitar o ponto de vista acerca da necessária reorganização do conceito de dolo, com sua divisão em dolo de dano e dolo de perigo, bem como em reafirmar a ideia de que o dolo de perigo é incompatível com o dolo eventual. Além disso, o capítulo também analisa casos de repercussão e que envolvem crimes de perigo, quais sejam, o da Boate Kiss, o do cinegrafista Santiago Andrade e o do Ninho do Urubu.

Apesar de serem três casos semelhantes, na medida em que tratam de situações onde houve resultado morte em decorrência de crimes de perigo, o tratamento dado tanto pelo Judiciário quanto pelo Ministério Público se mostrou muito distinto, como demonstrado no capítulo.

1. PERCURSO HISTÓRICO DO DOLO E DO PERIGO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Para compreender o presente, mostra-se relevante estudar o passado e com isso idealizar o futuro. A frase, inspirada no historiador grego Heródoto, mostra-se relevante, notadamente se o que se propõe é a busca de alternativas para o estado de coisas atual envolvendo tanto o dolo quanto o tratamento dado aos crimes de perigo.

Em razão disso, antes de passar à análise das diversas teorias do dolo (o que se fará no capítulo 3) e ao enfrentamento específico da questão central da presente tese (objeto do capítulo 4), é de suma importância, para a melhor compreensão da questão e para a obtenção de uma solução jurídica mais equilibrada, o exame do percurso histórico da imputação penal a título de dolo e dos crimes de perigo na legislação brasileira.

Desde as Ordenações Filipinas (compilação feita entre 1595 e 1603, e que vigorou, no Brasil, até o Código Criminal de 1830) até a conformação atual do Código Penal, esses institutos da imputação penal a título de dolo e dos crimes de perigo sofreram profundas alterações.

Como se verá, as Ordenações Filipinas (que, como todas as legislações da época, sequer tinham uma parte geral) não traziam uma definição de dolo (até porque não eram uma legislação necessariamente comprometida com a garantia de uma responsabilidade penal *subjetiva*), nem se tinha, à época, uma clareza quanto à existência de uma categoria de crimes de perigo (até porque o conceito de bem jurídico como objeto jurídico do crime só surgiria em 1834 com Birnbaum).

Essa evolução se processou de modo acidentado, como se verá, até aportar-se à condição atual, que, indica, de um lado, um número sempre crescente de crimes de perigo (que chegam a representar, até o ano 2000, 38,7% dos crimes previstos no ordenamento jurídico brasileiro)¹, e, de outro, que, apesar das alterações empreendidas na legislação penal quanto ao conceito de dolo (muitas vezes, influenciadas por leis estrangeiras), e da inscrição de um conceito no art. 18

¹CABRAL, J. **Os tipos de perigo e a pós-modernidade**. Rio de Janeiro: REVAN, 2005, p. 143.

do Código Penal, ainda hoje pairam muitas dúvidas quanto ao âmbito de incidência do dolo eventual.

Ao longo da história recente da legislação penal brasileira, os crimes de perigo têm sido muito utilizados, notadamente em relação a crimes financeiros, o que é verificável com as operações policiais, merecendo destaque os casos da Ação Penal 470, conhecida popularmente como Mensalão e a chamada Operação Lava Jato e suas inúmeras fases..

Com relação ao dolo, o tratamento dado pelas legislações brasileiras também merece destaque, na medida em que as alterações empreendidas nos textos legais foram diretamente influenciadas pelas legislações estrangeiras, que por sua vez se baseavam nas mudanças teóricas ocorridas no âmbito doutrinário.

1.1 Ordenações Filipinas

Só nominalmente as Ordenações Afonsinas e as Ordenações Manuelinas teriam, supostamente, vigorado no Brasil. Segundo Nilo Batista, as Ordenações Afonsinas (1447-1521) “não tiveram qualquer influência na nova colônia”². As Ordenações Manuelinas tampouco foram aplicadas, cabendo mencionar a referência feita por Pierangeli:

embora formalmente, as Ordenações Manuelinas e as compilações de Duarte Nunes de Leão vigorassem à época das capitanias hereditárias e dos primeiros governos gerais, segundo o que se tem afirmado, no Brasil vigoravam as determinações régias, aliadas às Cartas de Doação, com força semelhante à dos forais, por elas regulando a justiça local. O Direito empregado, no período das capitanias hereditárias, na prática, era quase o arbítrio dos donatários.³

Antes das Ordenações Filipinas (compilação terminada em 1603), não havia, no Brasil, a organização burocrática (juízes e tribunais) necessária à aplicação de leis produzidas em Portugal. Cabe destacar que o primeiro Tribunal da Relação do

² BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. **et. al. Direito Penal Brasileiro**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 1 v. p. 413.

³ PIERANGELI, J. H. **Processo Penal: Evolução Histórica**. Bauru: Jalovi, 1983, p. 63.

Estado do Brasil só foi instalado, em Salvador, em 1609, oportunidade em que o chanceler designado trouxe três exemplares das Ordenações Filipinas para o país.⁴

As Ordenações Filipinas, juntamente com o poder punitivo doméstico (característico de qualquer sociedade escravocrata), constituíram o “eixo da programação criminalizante de nossa etapa colonial, sem embargo da subsistência paralela do direito penal doméstico que o escravismo necessariamente implica”⁵

As Ordenações Filipinas, como ocorria nas legislações penais do séc. XVI e XVII, não possuíam uma parte geral. O primeiro tratadista a defender a importância de uma parte geral foi Tibério Deciano, em sua obra *Tractatus Criminalis*, de 1590, que só encontraria seguidores nos jusnaturalistas do séc. XVIII, e, portanto, não poderia ter influenciado o legislador português da virada do séc. XVI para o séc. XVII. Em todo o caso, o primeiro Código a apresentar uma parte geral foi o *Codex Iuris Bavarici Criminalis* de 1751 (i.e., cerca de 150 anos posterior às Ordenações Filipinas).

As Ordenações Filipinas, portanto, não tinham uma definição de dolo, nem sequer um compromisso com a garantia de uma responsabilidade penal subjetiva.

Nas Ordenações Filipinas, a parte criminal ficava adstrita ao Livro V e, no Título LXXXVI havia previsão da conduta “Dos que põem fogos” e trazia a seguinte redação:

Defendemos, que nenhuma pessoa, de qualquer qualidade e condição que seja, ponha fogo em parte alguma; e pondo-se algum fogo em lugar, de que se possa seguir dano, os Juizes e Officiaes das Cidades, Villas e Lugares, onde se taes fogos alevantarem, acudão e fação a elles acudir com muita diligencia, para prestes se haverem de apagar, fazendo para isso os constrangimentos, que lhes necessarios parecerem.⁶

A sanção prevista para a referida conduta consistia em:

5. E se se achar culpado no pôr fogo, de que seguir dano, algum escravo, seja açoitado publicamente, e ficará na vontade de seu Senhor pagar o dano, que o fogo fez, ou dar o escravo para se vender, e do preço se pagar o dito dano.

E se o culpado for homem livre, sendo peão, seja prezo, e da Cadeia pague o dano, e mais seja degredado com baraço e pregão pela Villa por dois anos, para África.

⁴ BATISTA, op. cit., p. 418.

⁵ Ibid., p. 417.

⁶ PIERANGELI, J. H. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 2.^a ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2004, p. 152.

E sendo Escudeiro, será degredado por dois anos para África com pregão na audiência, e pagará o dano a seus donos.
E se for Cavaleiro ou Fidalgo, por seus bens farão as Justiças pagar o dano às partes, e mais nol-o farão saber para lhe darmos o castigo, que nos bem parecer, segundo o dano fôr.⁷

Talvez o caso mais rumoroso de que se tem notícia da utilização das Ordenações Filipinas no território brasileiro tenha sido a condenação à morte de Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, em Sentença publicada em 18 de abril de 1792,⁸ pelo crime de lesa-majestade (“lesa magestade”, na redação da época), previsto no Título VI do Livro V do diploma legal, para o qual havia previsão da pena de morte.⁹

Da leitura dos crimes descritos no texto legal, não é possível perceber nenhuma ponderação de responsabilidade ou mesmo arbítrio ao praticar o delito, muito embora sejam feitas distinções de autoria. Fica muito clara no texto a necessidade de autoafirmação estatal, bem como o viés religioso de muitas condutas incriminadas. No crime de homicídio, que estava previsto no Título XXXV, chamado “Dos que matão, ou ferem, ou tirão com Arcabuz, ou Bésta”, havia previsão expressa da falta da vontade de matar, ao descrever a morte por culpa: “E se a morte fôr por algum caso sem malícia, ou vontade de matar, será punido, ou revelado segundo sua culpa, ou inocência, que no caso tiver”¹⁰.

Percebe-se, assim, que havia, mesmo de forma rudimentar, uma referência a uma gradação de penalidades para o crime de homicídio, quando o agente atuasse com ou sem vontade na produção do resultado.

Com relação aos crimes de perigo, no Livro V das Ordenações Filipinas havia previsão, no Título LXXXVI de casos de incêndio, sob o título “Dos que põem fogos”, prevendo as seguintes punições:

5. E se achar culpado no pôr fogo, de que seguir dano, algum escravo, seja açoitado publicamente, e ficará na vontade de seu Senhor pagar o dano, que o fogo fez, ou dar o escravo para se vender, e do preço se pagar o dito dano.
E se o culpado for homem livre, sendo peão, seja prezo, e da Cadeia pague o dano, e mais seja degredado com baraço e pregão pela villa por dois anos, para África.

⁷ Ibid., p. 153.

⁸ TRISTÃO, A. D. **Sentença Criminal: Prática de Aplicação de Pena e Medida de Segurança**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 7.

⁹ PIERANGELI, 2004, op. cit., p. 100.

¹⁰ Ibid., p. 120.

E sendo Escudeiro, será degredado por dois anos para África com pregão na audiência, e pagará o dano a seus donos.
E se for Cavaleiro ou Fidalgo, por seus bens farão as Justiças pagar o dano às partes, e mais no-lo farão saber para lhe darmos o castigo, que nos bem parecer, segundo o dano for.¹¹

O incêndio era o único crime, dentre os que convencionamos chamar de crimes de perigo, previsto nas Ordenações Filipinas.

1.2 Código Criminal do Império de 1830

Após a Declaração de Independência, o Imperador Pedro I outorgou a Constituição de 1824, na qual o artigo 179, inciso XVIII, determinava a criação de novo Código Criminal.¹²

Partindo da premissa de que o contexto social e histórico influencia diretamente a produção legislativa de sua época, tão logo o Brasil deixou de ser colônia, fez-se necessária a criação de seu ordenamento jurídico próprio, o que, no âmbito penal culminou na criação do Código Criminal do Império em 1830. Teve por base os projetos elaborados pelos Deputados Bernardo Pereira de Vasconcelos e Clemente Pereira.¹³

Nilo Batista rechaça a ideia de serem dois projetos distintos. Segundo o autor, José Clemente Pereira teria apresentado tão somente as bases do novo código, dispostas em 45 artigos, que versavam sobre temas como reserva legal, personalidade da responsabilidade penal, tentativa, imputabilidade entre outros temas, todos ligados ao que se convencionou chamar de Parte Geral.¹⁴

Bernardo de Vasconcelos elaborou o seu projeto no final de 1826 e fez a sustentação dos seus dispositivos em discurso proferido em 5 de maio de 1827. O projeto por ele apresentado era composto de Parte Geral e Parte Especial, sendo certo que a comissão mista do Congresso a quem coube discutir o projeto, fez várias

¹¹ PIERANGELI, 2004, op. cit., p. 153.

¹²“Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte (...)
XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade” (BRASIL, 1824)

¹³ PIERANGELI, 2004, op. cit., p. 66.

¹⁴ BATISTA, op. cit., p. 428.

alterações, culminando com a sua aprovação em outubro de 1830 e posterior sanção do Imperador em 16 de dezembro do mesmo ano.¹⁵

O novo diploma penal constituiu-se em uma obra singular. Foi o primeiro código autônomo da América Latina. Sua influência iluminista e utilitarista era evidente ao tentar aplicar a pena apenas quando trouxesse utilidade.¹⁶

Acerca das influências do Código imperial, Nilo Batista destaca o código penal francês; o filósofo e jurista britânico Jeremias Bentham; do jurista norte-americano Eduardo Livingston; de Pascoal José de Mello Freire, que fora professor de Clemente Pereira e Bernardo Vasconcelos na Universidade de Coimbra; do código bávaro de 1813, que fora elaborado por Feuerbach, além do código napolitano, de 1819.¹⁷

Apesar da multiplicidade das suas influências, Nilo Batista destaca que:

Quaisquer que tenham sido – e só uma pesquisa, até agora não realizada e talvez irrealizável, na Biblioteca de seus redatores, sanaria certas dúvidas sobre elas – quaisquer que tenham sido as influências, o código imperial teve inquestionável originalidade no tratamento das matérias de que se ocupou. Traduzido para o francês por Victor Foucher, viria por seu turno a influenciar diretamente o código espanhol de 1848, e, portanto, indiretamente, muitas legislações latino-americanas.¹⁸

Pierangeli, ao citar Basileu Garcia, aponta uma influência liberal e humanista que percorria a Europa desde a década de 1770, período em que ocorreram as Revoluções nos Estados Unidos e na França:

O espírito que dominou o Código Criminal do Império está antecipado na Constituição de 1824. As idéias liberais que chegavam até nós, a propaganda individualista que se desenvolvia, quase simultaneamente, na França e nos Estados Unidos, deveria orientar toda a formulação da legislação da novel nação. Elas não faltaram na Constituição e nem poderiam, por razões óbvias, ser excluídas do Código Criminal.¹⁹

O Código de 1830 inovou ao trazer tipos penais mais simplificados (se comparados às ordenações) e limitação na cominação de mínimo e máximo da pena. No entanto, a menção ao conceito de crime restringe-se à conceituação disposta no artigo 2º, em que crime ou delito é definido como “toda ação ou omissão

¹⁵ Ibid., p. 428-30

¹⁶ PIERANGELI, 2004, op. cit., p. 68.

¹⁷ BATISTA, op. cit., p. 430-6.

¹⁸ Ibid., p. 436.

¹⁹ GARCIA, 1954 apud PIERANGELI, 2004, op. cit., p. 66.

voluntária contrária à lei penal”, complementada com a definição de criminoso no artigo 3º, onde aparece a referência à má fé, quando dispõe que: “Não haverá criminoso ou delinquente sem má fé, isto é, sem conhecimento do mal e intenção de o praticar”.²⁰

Com base na definição, vê-se que a vontade apresenta-se como elemento central para ocorrência de um delito, característica esta presente em todas as legislações.

Curiosamente, na parte geral não há nenhuma menção direta ao elemento culpa, embora tivessem sido previstos, na parte especial, escassos crimes culposos. Nilo Batista aponta um dispositivo da parte geral em que teria sido feita previsão da forma culposa, qual seja, o § 4º do artigo 10, que dispunha não ser criminoso aquele que cometera o crime casualmente ou na prática de ato lícito no qual observara a atenção ordinária.²¹

Vicente Alves de Paula Pessoa apresentou uma aparente distinção entre condutas dolosas e culposas, em que pese não tenha feito uso de tal nomenclatura:

As acções puniveis se dividem naturalmente em duas categorias: as que são commettidas com intenção, sendo o resultado da vontade; e as que, não consistindo senão em uma infracção material a uma prescripção ou a uma prohibição, não implicam necessariamente o elemento, intencional. É evidente, que esta primeira divisão está ao abrigo do arbitrio dos legisladores; visto como elles não poderiam modificar o character intrinseco dos factos. Mas ella não basta: os factos intencionaes teem grãos mui numerosos, um valor mui diverso, resultados mui dilferentes, para que seja possivel de submettê-los ás mesmas regras; dahi a distincção na Lei romana, dos crimes capitaes e não capitaes.²²

Braz Florentino, ao analisar o artigo 2.º do Código Imperial destacava que:

Por esta definição vê-se claramente que todo crime ou delicto compõe-se de dous elementos que antes de tudo devem fixar a nossa attenção: — o elemento material, que nos é indicado pelas palavras acção ou omissão (actio vel omissio e o elemento moral indicado pelo adjectivo qualificativo — voluntaria — que a essas palavras foi ajuntado.²³

²⁰ PIERANGELI, 2004, op. cit., p. 237.

²¹ BATISTA, op. cit., p. 437-8.

²² PAULA PESSOA, V. A. de. **Código Criminal do Imperio do Brazil Annotado**. Rio de Janeiro: A.A. da Cruz Coutinho, 1877, p. 15.

²³ SOUZA, B. F. H. de. **Lições de Direito Criminal**. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 22-3. (História do Direito Brasileiro, 3).

Para enfrentar o que chamava de elemento moral do crime, o autor houve por bem conceituar a vontade, afirmando:

A vontade, no sentido particular que de ordinario lhe attribuem os psychologos e criminalistas, é a faculdade ou poder de querer ou não querer, isto é, a faculdade que tem o espirito humano de determinar-se a fazer ou não fazer um certo acto, e de pôr em movimento ou conservar em repouso os instrumentos do corpo, interiores ou exteriores, necessários á execução. Tomada n'este sentido, é evidente que a vontade confunde-se com a liberdade, e fazer de uma e outra duas condições distintas em direito penal, seria, como bem diz Ortolan, commetter um pleonasma. "É porque Deos nos dotou de uma força livre, diz esse escriptor, para nos resolvermos em um sentido ou em outro, para obrar ou não obrar, que se pôde dizer indifferentemente que Elle nos dotou de liberdade ou de vontade. Esse poder de resolução com império sobre os órgãos denossa actividade é o poder de liberdade ou de vontade: as duas palavras nesta primeira accepção só representam uma idéia."²⁴

Na obra de Braz Florentino, apesar de não haver uma conceituação ou mesmo a utilização da palavra dolo dentro da análise da vontade, fica claro que já naquele momento histórico se entendia a vontade como não podendo prescindir do conhecimento acerca do fim buscado, merecendo destaque o trecho a seguir:

O que é, porém, conhecer uma accção? É, segundo nos diz o mesmo criminalista, — perceber o fim d'ella e as circumstancias que a acompanham; e sendo assim, está claro que acção ou omissão voluntária só pôde ser aquella, que nasce da determinação da vontade, precedida do desejo e do conhecimento do fim, assim como das circumstancias d'essa mesma acção ou omissão; ou, por outra, aquella que emana da vontade do homem obrando com conhecimento do que faz e do fim para que obra. Tal é a maneira ordinária de obrar dos sêres intelligentcs, que não obram como taes, senão quando conhecem a natureza dos seus actos."²⁵

No mesmo sentido, cabe fazer referência ao artigo 3º, que exige, para que alguém possa ser considerado criminoso ou mesmo para que haja crime, a existência da má fé, que seria representada pelo conhecimento do mal e intenção de praticá-lo. A redação do dispositivo, apesar de não conceituar dolo ou mesmo referenciá-lo, já indica estarmos diante, inclusive, da exigência do conhecimento e vontade.²⁶

Galdino Siqueira reconheceu a presença do dolo na redação do artigo 3º, conforme se depreende do trecho a seguir:

²⁴Ibid., p. 36-7.

²⁵Ibid., p. 38.

²⁶PIERANGELI, 2004, op. cit., p. 237.

O nosso anterior código de 1830 continha também uma disposição geral sobre a culpabilidade, como elemento essencial do crime, si bem, que a reduzisse ao dolo, estatuidando "não haver criminoso ou delinqüente sem má fé, isto é, sem conhecimento do mal e intenção de o praticar art. 3)."²⁷

Há que se ressaltar que o Código imperial não enfrentou as discussões doutrinárias, incipientes à época, acerca dos elementos constitutivos do dolo, ficando adstrito à concepção segundo a qual o dolo representaria a intenção criminosa, conforme destacou Galdino:

Compreende-se que o nosso anterior código de 1830 cedesse à influencia do direito romano, caracterizando, como vimos, o dolo como intenção criminosa, por isso que não encontrava na *psychologia criminal*, então em phase rudimentar, os necessários ensinamentos;²⁸

Com intuito de exemplificar a ausência de distinção entre dolo e culpa, ou melhor, a ausência completa de menção à culpa no texto legal, pode ser analisado o crime de homicídio.

Os artigos 192²⁹ e 193³⁰ tipificam o homicídio qualificado e simples, respectivamente. Uma leitura apressada do artigo n.º 194³¹ poderia levar à conclusão de que estaríamos diante de uma modalidade culposa, porém, o que se tem ali é tão somente um caso de culpa concorrente, em que autor e vítima teriam responsabilidade no resultado danoso, gerando uma diminuição de pena para o autor.

A omissão da modalidade culposa foi sanada ainda durante o período de vigência do Código Imperial, uma vez que foi sancionada a Lei n.º 2.033, de 20 de setembro de 1871, que dentre as modificações empreendidas no Código Criminal trouxe a figura do crime de homicídio culposo, com a seguinte redação:

²⁷ SIQUEIRA, G. **Direito penal brasileiro**: segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou complementaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, 2003, v. 1, p. 294. (História do Direito Brasileiro, 4).

²⁸ Ibid., v. 1, p. 301

²⁹ "Art. 192. **Matar alguém** com qualquer das circunstancias aggravantes mencionadas no artigo dezaseis, numeros dous, sete, dez, onze, doze, treze, quatorze, e dezasete. Penas - de morte no grão maximo; galés perpetuas no médio; e de prisão com trabalho por vinte annos no minimo." (PIERANGELI, 2004, p. 259)

³⁰ "Art. 193. Se o homicidio não tiver sido revestido das referidas circunstancias aggravantes. Penas - de galés perpetuas no grão maximo; de prisão com trabalho por doze annos no médio; e por seis no minimo." (PIERANGELI, 2004, p. 259)

³¹ "Art. 194. Quando a morte se verificar, não porque o mal causado fosse mortal, mas porque o offendido não applicasse toda a necessaria diligencia para removel-o. Penas - de prisão com trabalho por dous a dez annos." (PIERANGELI, 2004, p. 259)

Art. 19. Aquelle que por impericia, imprudencia ou falta de observancia de algum regulamento commetter ou fôr causa de um homicidio involuntario, será punido com prisão de um mez a dous annos e multa correspondente.

Quando do facto resultarem sómente ferimentos ou offensas physicas, a pena terá de cinco dias a seis mezes.”³²

Antonio José da Costa e Silva destacou a omissão originária, bem como a superveniência da Lei 2.033 de 1871, que passou a prever as figuras de homicídio e ferimentos (lesões corporais) culposos.³³

Com relação aos crimes de perigo, apesar de o Código ser composto por 313 artigos, chama atenção o fato de não haver, dentre as condutas criminosas ali descritas, nenhum crime de perigo que hoje integra o Código Penal. Nem mesmo o crime de incêndio integrava o antigo Código.

A omissão legislativa não tinha razão de ser, uma vez que o incêndio integrava legislações de diversos países. Von Liszt se referia ao incêndio como o mais antigo dos crimes de perigo comum, destacando que o incêndio já teria sido previsto como delito na Lei Romana das XII Tábuas, que previa a pena de morte no fogo para aquele que intencionalmente incendiasse uma casa ou um monte de trigo próximo a uma casa.³⁴

A despeito de não figurar como figura típica autônoma, o incêndio era previsto como uma circunstância agravante, juntamente com o veneno e a inundação, no item segundo do artigo 16.³⁵

A referida agravante poderia ser utilizada, por exemplo, no crime de dano (“damno”, na redação da época), previsto no artigo n.º 266, o que faria com que a pena cominada passasse de dez a quarenta dias de prisão e multa na forma simples, para pena de prisão com trabalho por dois meses a quatro anos, além da multa.³⁶

³² BRASIL. **Lei n.º 2.033**, de 20 de setembro de 1871. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM2033.htm. Acesso em: 27 fev. 2020.

³³ COSTA E SILVA, A. J. da. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Brasília: Senado Federal, 2004, v. 1, p. 146. (História do Direito Brasileiro, 7).

³⁴ VON LISZT, F. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília. Senado Federal, 2006, v. 2, p. 346. (História do Direito Brasileiro, 9).

³⁵ “São circunstancias agravantes: [...] Ter o delinquente commettido o crime com veneno, incendio, ou inundação.” (PIERANGELI, 2004, p. 239)

³⁶ “Art. 266. Destruir, ou damnificar uma cousa alheia de qualquer valor.

Penas - de prisão por dez a quarenta dias, e de multa de cinco a vinte por cento do valor destruido, ou damnificado.

Se concorrerem circunstancias aggravantes.

Comparativamente com as Ordenações Filipinas, as penas cominadas para o crime de dano provocado pelo fogo no Código Criminal do Império eram mais brandas, seguindo a tradição do código, se comparado à legislação precedente, fato atribuído por Gizlene Neder ao fato de seus autores terem sido egressos da Universidade de Coimbra³⁷.

O texto que previu o incêndio como circunstância agravante no Código de 1830 teve inspiração no Código Penal português de 1852, que fazia previsão análoga no parágrafo 15º do Artigo 19º³⁸. Ocorre que, como bem destacado por Jaqueline Neves da Silva, o Código português fazia previsão do incêndio como modalidade criminosa autônoma no artigo 466º, que inaugurava o Capítulo V, Secção 1ª, sob o título de “fogo posto”.³⁹

Além de circunstância agravante, o incêndio também se fazia presente no Código de 1830 quando, no artigo n.º 209, ao tratar das hipóteses em que seria permitido o ingresso em propriedade alheia à noite e sem autorização dos moradores, previa o socorro a incêndio como uma circunstância justificante.⁴⁰

Esta mesma referência já fora feita no inciso VII do artigo 179 da Constituição de 1824.⁴¹

Apesar de não figurar como conduta autônoma, o incêndio figurava como objeto de decisões judiciais à época, como se depreende da decisão colacionada por Antonio Luiz Ferreira Tinôco em sua obra “Codigo Criminal do Imperio do Brazil anotado”:

Penas - de prisão com trabalho per dous mezes a quatro annos, e a mesma multa.” (PIERANGELI, 2004, p. 265)

³⁷ NEDER, Gizlene. Iluminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro: obediência e submissão, Rio de Janeiro: Revan p. 184-5

³⁸ PORTUGAL. Código Penal. Decreto de 10 de dezembro de 1852. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf> Acesso em: 04 jul. 2020.

³⁹ SILVA, J. N. da. **Quando a arma era o fogo**: Os incêndios de origens não causais no Rio de Janeiro oitocentista (1830-1886). Tese (Mestrado em História Social) - Centro de Ciências Humanas e Sociais. Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. 2015, p. 43.

⁴⁰ “Art. 209. Entrar na casa alheia de noite, sem consentimento de quem nella morar. Penas - de prisão por dous a seis mezes, e multa correspondente á metade do tempo. Não terá porém lugar a pena:

1º No caso de incendio, ou ruina actual da casa, ou das immediatas.” (BRASIL, 1830)

⁴¹ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.” (BRASIL, 1824)

Jurisprudência:

(...) Não decidiu bem o despacho de fls., que julgou procedente a queixa da recorrida para a pronuncia do recorrente e outro, como incursos no crime de damno, pelo incêndio de um predio pertencente a Antônio José Lourenço da Silva Lobo, a quem a mesma recorrida, em virtude do contracto de seguro, e como seguradora, havia indemnizado o valor desse sinistro ; porquanto, illegitimamente baixou-se o procedimento criminal na referida queixa, para cujo uso não tinha competência a recorrida, faltando-lhe qualquer das qualidades declaradas no art 72 do Cod. do Proc. Crim. ; sendo que a subrogação dos direitos e acções do segurado para o segurador, conforme o art 728 do Cod. do Commercio, refere-se unicamente á matéria civil, e não comprehende o direito de queixa criminal, por sua natureza intransferivel. Dão, portanto, provimento. . . Rei. da Corte. Recurso Crime n. .393. Ac. de 7 de Dezembro de 1876. Recorrente — José Dias Guirnarães, e Recorrida —a Companhia Fidelidade. Gazeta Jurídica, vol. 14.⁴²

Autores como Braz Florentino Henriques de Souza ("Código criminal do Imperio" e "Lições de Direito Criminal") e Vicente Alves de Paula Pessoa (Código Criminal do Imperio Annotado) não se debruçaram sobre o tema em suas respectivas obras, limitando-se a trazer alguns apontamentos gerais sobre os crimes, dentre eles o de dano, bem como sobre a agravante referente ao incêndio, localizada no §2º do artigo 16.

A despeito de não figurar como conduta delituosa autônoma, o crime de incêndio integrava diversos Decretos firmados entre 1872 e 1881 que promulgavam tratados de extradição do Brasil e diversos países, como veremos a seguida.

Com o Paraguai, firmou-se o tratado promulgado pelo Decreto n.º 4.912, de 27 de março de 1872, que dispôs:

Art. 2º A extradição será concedida pelas seguintes infracções ás leis penaes: [...]

6º Incendio, destruição ou damno causado aos caminhos de ferro, telegraphos, monumentos e edificios da nação e obras publicas;⁴³

O Decreto n.º 4.978, de 12 de junho de 1872, dispôs quanto aos acordos com a Espanha:

Art. 3º A extradição deverá realizar-se a respeito dos individuos accusados ou condemnados como autores ou complices dos seguintes crimes:

7º Incendio voluntario; damno nos caminhos de ferro do qual resulte ou possa resultar prejuizo para a vida dos passageiros;⁴⁴

⁴² TINÓCO, A. L. **Código Criminal do Imperio do Brazil annotado**. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 475. (História do Direito Brasileiro, 1).

⁴³ BRASIL. **Decreto n.º 4.912**, de 27 de março de 1872. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-4912-27-marco-1872-551026-publicacaooriginal-67124-pe.html>. Acesso em: 23 mar. 2020.

Quanto a Portugal, dispunha o Decreto n.º 5.263, de 19 de abril de 1873:

Art. 5º A extradição deverá realizar-se a respeito dos individuos pronunciados ou condemnados como autores ou complices dos crimes seguintes:

8º Fogo posto, incendio voluntario; damno nos caminhos de ferro de que resulte ou possa resultar perigo de vida.⁴⁵

Quanto à Itália, o Decreto n.º 5.274, de 3 de maio do mesmo ano:

Art. 3º A extradição será concedida pelos crimes ou delictos seguintes:

7º Incendio voluntario; damno nos caminhos de ferro do qual resulte a morte ou ferimento de empregados ou passageiros.⁴⁶

Quanto à Bélgica, o Decreto n.º 5.421, de 24 de setembro do mesmo ano:

Art. 3º A extradição deverá realizar-se contra os individuos pronnunciados ou condemnados (renvoyés devant la jurisdiction répressive ou condamnés) como autores ou complices dos crimes seguintes:

7º Incendio voluntario, damno voluntario nos caminhos de ferro, do qual resultem ferimentos ou a morte;⁴⁷

Quanto à Alemanha, o Decreto n.º 6.946, de 25 de junho de 1878:

Art. 1º As altas partes contractantes obrigam-se á reciproca entrega de todos os individuos que, nos casos previstos pelas clausulas do presente tratado, tiverem sido, no territorio da parte reclamante, condemnados ou pronunciados, ou contra os quaes houver mandado de prisão expedido por autoridade competente, como autores ou complices de algum dos crimes ou delictos abaixo indicados.

Estes crimes e delictos são:

14. Incendio voluntario,⁴⁸

⁴⁴ Id., **Decreto n.º 4.978**, de 12 de junho de 1872. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-4978-12-junho-1872-551155-publicacaooriginal-67292-pe.html>. Acesso em: 23 mar. 2020.

⁴⁵ Id., **Decreto n.º 5.263**, de 19 de abril de 1873. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-5263-19-abril-1873-551289-publicacaooriginal-67538-pe.html>. Acesso em: 23 mar. 2020.

⁴⁶ Id., **Decreto n.º 5.274**, de 3 de maio de 1873. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-5274-3-maio-1873-551336-publicacaooriginal-67807-pe.html>. Acesso em: 23 mar. 2020.

⁴⁷ Id., **Decreto n.º 5.421**, de 24 de setembro de 1873. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-5421-24-setembro-1873-551623-publicacaooriginal-68168-pe.html>. Acesso em: 23 mar. 2020.

⁴⁸ Id., **Decreto n.º 6.946**, de 25 de junho de 1878. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-6946-25-junho-1878-547657-publicacaooriginal-62449-pe.html>. Acesso em: 23 mar. 2020.

Quanto aos Países Baixos, por fim, dispõe o Decreto n.º 8.296, de 29 de outubro de 1881:

Artigo 1

O Governo Brasileiro e o Governo dos Países Baixos comprometem-se a entregar reciprocamente, de conformidade com as regras estabelecidas pelos artigos seguintes, exceptuados seus nacionaes, os individuos condemnados, accusados ou pronunciados por algum dos crimes ou delictos adiante mencionados, commettidos fóra do territorio da parte requerida:

13º Incendio voluntario;⁴⁹

Pela leitura dos decretos, percebe-se constantemente a menção ao incêndio como crime capaz de ensejar a extradição, mesmo sem que a referida conduta integrasse o ordenamento jurídico vigente à época.

Antes mesmo dos Decretos acima mencionados, ainda no ano de 1856 foi criado, por meio do Decreto n.º 1.775,⁵⁰ o serviço de extinção de incêndios por meio do Corpo de Bombeiros.

A necessidade de criação de um órgão de combate a incêndios de forma coordenada ficou clara em razão de um incêndio ocorrido no ano de 1855 em uma fábrica de velas, conforme menciona Anita Correia:

As repercussões de um incêndio num quarteirão do centro da cidade um ano antes da criação do órgão remetem para essa necessidade de coordenação. Numa noite no princípio de maio de 1855 começou um incêndio nos fundos da fábrica de velas dos Srs. Neves e Rodriguez, na Rua da Vala. Nos dias que se seguiram, o incêndio esteve nas páginas dos jornais.⁵¹

Além deste, outro incêndio famoso ocorreu em janeiro de 1856, e destruiu o Teatro São Pedro. Curiosamente, este já era o terceiro incêndio que atingiu o teatro, uma vez que fora precedido por outros dois, sendo um em 1824 e outro em 1851, apenas quatro anos antes do mais grave de todos, ocorrido em 1856. Por sorte não houve vítimas.⁵²

⁴⁹ Id., **Decreto n.º 8.296**, de 29 de outubro de 1881. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-8296-29-outubro-1881-546577-publicacaooriginal-60873-pe.html>. Acesso em: 23 mar. 2020.

⁵⁰ Id., **Decreto n.º 1.775**, de 2 de julho de 1856. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1775-2-julho-1856-571280-publicacaooriginal-94371-pe.html>. Acesso em: 23 mar. 2020.

⁵¹ ALMEIDA, A. C. L. de. FOGO!... fogo!... fogo!: incêndio, vida urbana e serviço público no Rio de Janeiro oitocentista. In: CARVALHO, J. M. de. CAMPOS, A. P. **Perspectivas da Cidadania no Brasil Império**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 497,

⁵² Ibid., p. 499-500.

No período imperial, o Corpo de Bombeiros costumava fazer relatórios, onde eram classificados os incêndios. Em um relatório datado de 1881, os Bombeiros classificavam os incêndios ocorridos nos seis anos anteriores em “casuais”, nos quais estariam incluídos os casos de imprudência e descuido e “propositais”, que tratava dos incêndios causados por especulação ou maldade.⁵³

Anita Correia cita ainda outro relatório do Corpo de Bombeiros, do ano de 1873:

O relatório do Corpo de Bombeiros para o ano de 1873 traz um mapa detalhado dos casos “ocorridos desde 2 de abril ao fim de janeiro de 1874”, com 37 incêndios listados. O documento informa, além da data e do endereço do edifício incendiado, o nome do proprietário e do inquilino, a forma de ocupação (moradia ou negócio) e a causa do incêndio.⁵⁴

A falta de previsão legal para o crime de Incêndio no Código Criminal do império era constantemente destacada pelos jornais da época, que se referiam aos incêndios como crimes, muito embora o mesmo ainda não estivesse positivado, como se depreende da publicação abaixo, extraído do Jornal do Commercio, de 29 de fevereiro de 1878:

Os algarismos da estatística conservam, por conseguinte, quanto ao progresso desse crime, toda a sua força eloquente e demonstrativa. E então, se é verdade, como não é permitido duvidar que esta recrudescência de criminalidade se manifesta, apesar da ativa vigilância dos poderes executivo e administrativo, e dos esforços perseverantes e sempre gloriosos da nossa magistratura em geral não cabe sob os sentidos, que há aí indício revelador de mal social profundo e assustador, ao qual ainda se não opôs até hoje mais do que vãos paliativos, e cuja persistência é ao mesmo tempo perigo e vergonha para nós?

Perigo, porque é encarado com terror esse transbordo audacioso do crime de incêndio, estendendo-se e engrossando cada vez mais, com desprezo dos obstáculos impotentes que lhes opõem as nossas leis penais.

Vergonha, porque, se é certo que o fim da civilização é tornar o homem melhor, o Brazil, nação cristã, esclarecida e generosa, que tem fundado direito de ser uma das primeiras que se põem à frente da civilização, não pode tolerar, sem humilhação, esta marcha ascendente de incêndios voluntários, sinal infalível de desmoralização à sua honorificência nacional, às suas legítimas aspeirações pela perfeição de suas instituições.

Evidentemente tal estado de fatos pede prontos e enérgicos remédios.⁵⁵

A discussão ganhou corpo e diversos juristas propuseram a criação do crime de incêndio como modalidade autônoma de delito e não mais como mera agravante

⁵³ Ibid., p. 490.

⁵⁴ Ibid., p. 491.

⁵⁵ JORNAL DO COMMERCIO, 1878 apud SILVA, J. N., 2015, p. 102-3.

do crime de dano, fato que acabou dando ensejo à criação da Lei n.º 3.311 em 1886, que criminalizou o incêndio, e outros crimes de perigo comum, embora não usasse tal classificação.

1.3 Lei n.º 3.311, de 15 de outubro de 1886

A primeira lei que passou a prever como tipos autônomos o incêndio a inundação e outros crimes de perigo comum entrou em vigor três anos antes da proclamação da República. A lei assim descrevia a conduta referente ao crime de incêndio:

Art. 4º Incendiar edificios ou construcções de qualquer genero, navios, embarcações, lojas, officinas e armazens habitados ou que sirvam para habitação ou para reunião de homens, no tempo em que se acharem reunidos, quer esses edificios ou construcções pertençam a terceiro, quer ao proprio autor do incendio, ainda que este possa ser extincto logo depois de sua manifestação e qualquer que seja a destruição causada:

Penas: De prisão com trabalho por quatro a doze annos e da multa de cinco a vinte e cinco por cento do valor do damno causado.

§ 1º Si do incendio resultar a morte de alguma pessoa que no momento em que o fogo foi posto se achava no logar incendiado:

Penas: As do artigo cento e noventa e tres do Codigo Criminal.

§ 2º Si do incendio resultarem ferimentos ou offensas phisicas de alguma pessoa que no momento em que o fogo foi posto se achava no logar incendiado:

Penas: De prisão com trabalho por quatro a treze annos.

§ 3º Si o ferimento produzir grave incommodo de saude ou inhabilitação de serviço por mais de um mez:

Penas: De prisão com trabalho por cinco a dezeseis annos, além da multa de cinco a vinte e cinco por cento do valor do damno causado, que em todos os casos será imposta.

§ 4º Si os edificios e construcções de que trata este artigo não forem habitados, não servirem para habitação, nem nellas houver reunião de homens ao tempo do incendio e não pertencerem ao autor do crime:

Penas: De prisão com trabalho por um a seis annos e multa de cinco a vinte e cinco por cento do valor do damno causado.

§ 5º Si deste incendio resultar a morte, ferimentos ou offensas phisicas em alguma pessoa que no momento em que foi posto o fogo se achava no logar incendiado:

Penas: No caso de morte, de prisão com trabalho por dous a doze annos; No de ferimento ou offensas phisicas, de prisão com trabalho por um a sete annos.

Si o ferimento produzir grave incommodo de saude ou inhabilitação de serviço por mais de um mez, prisão com trabalho por dous a dez annos; e em todos os casos a multa de cinco a vinte e cinco por cento do valor do damno causado.

§ 6º Si os ditos edificios e construcções pertencerem ao autor do incendio, sendo este praticado com o proposito de crear um caso de responsabilidade contra terceiro ou defraudar direitos de alguém:

Penas: De prisão com trabalho por um a seis annos e multa de cinco a vinte e cinco por cento do valor da responsabilidade ou do prejuizo resultante dos direitos fraudados.

§ 7º Si do incendio resultar a morte, ferimentos ou offensas phisicas em alguma pessoa que no momento em que foi posto o fogo se achava no logar incendiado:

Penas: No caso de morte, de prisão com trabalho por dous a doze annos; No de ferimentos ou offensas phisicas, de prisão com trabalho por um a sete annos.

Si o ferimento produzir grave incommodo de saude ou inhabilitação de serviço por mais de um mez, prisão com trabalho por dous a dez annos, accrescentando-se em todos os casos a multa de cinco a vinte e cinco por cento do valor do damno causado.⁵⁶

Galdino Siqueira destacou que a lei foi feita com inspiração na legislação francesa, e que veio para sanar a lacuna deixada pelo Código de 1830.⁵⁷

A lei, como resta claro pela leitura dos parágrafos do artigo 4.º, previa como formas qualificadas as hipóteses nas quais do crime de incêndio sobreviesse morte de alguma pessoa ou mesmo lesões físicas ou psíquicas, consequências que seriam puníveis em caso de mortes ou lesões acidentais, na medida em que já havia no Código de 1830 a previsão dos crimes de homicídio com a incidência da agravante do incêndio, como destacado no tópico anterior.

O que chama atenção na previsão do resultado morte como consequência do incêndio é o fato de o legislador ter remetido à pena prevista para o homicídio com a incidência de agravantes do Código do Império, previsto no artigo 193 e que tinha como pena cominada “galés perpétuas no grão máximo; de prisão com trabalho por doze anos no médio e por seis no mínimo.”⁵⁸

Este fato causa perplexidade, na medida em que era prevista para um resultado morte decorrente de incêndio (culposa) a mesma pena para o caso de uma morte dolosa, para a qual o incêndio tivesse sido o meio empregado. Apesar de o Código de 1830 não fazer distinção entre dolo e culpa, limitando-se a afirmar no parágrafo primeiro do artigo 2.º que seria considerado “crime ou delito toda acção, ou omissão voluntaria contra ás Leis penaes”, parece estranho que o resultado morte de um incêndio tivesse o mesmo tratamento legal de um homicídio que teria o fogo como meio.

⁵⁶ BRASIL. **Lei n.º 3.311**, de 15 de outubro de 1886. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/norma/545101/publicacao/15636554>. Acesso em: 14 jan. 2020.

⁵⁷ SIQUEIRA, 2003, op. cit., v. 2, p. 143-4.

⁵⁸ BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 13 jan. 2020.

Além das novas condutas descritas, o legislador houve por bem revogar integralmente o crime de dano, que no Código de 1830 era previsto nos artigos de números 266 e 267. A revogação se deu de forma expressa no artigo n.º 14 do novo diploma legal. A revogação se deveu ao fato de a Lei n.º 3.311 prever em seu artigo 1.º o crime de dano, com uma pequena majoração no *quantum* de pena abstratamente cominada.

1.4 Código Penal dos Estados Unidos do Brazil de 1890

A Proclamação da República acabou por acelerar a aprovação do novo Código Penal, que já vinha sendo pensado durante o período monárquico, chamando atenção o fato de ele ter sido aprovado antes mesmo da promulgação da nova Constituição, sendo certo que sofreu duras críticas pela orientação clássica de seu texto.⁵⁹

A incumbência de elaboração do novo Código foi dada pelo Ministro da Justiça à época, Campos Salles, a Baptista Pereira. Antes mesmo da aprovação do novo Código e para pôr fim às sanções desumanas do Código Imperial, foi aprovado o Decreto n.º 774 de 20 de setembro de 1890,⁶⁰ que aboliu a pena de galés e converteu a de prisão perpétua em prisão pelo prazo máximo de 30 anos.⁶¹

No lugar de tais sanções, o Código de 1890 previa quatro modalidades de penas privativas de liberdade, quais sejam, prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório e prisão disciplinar, previstas no artigo 43.⁶²

No que se refere à delimitação do conceito de crime, o artigo 7.º do Código Penal de 1890 definiu que “crime é violação imputável e culposa da lei penal”.⁶³

Ao analisar o texto legal, Galdino Siqueira explicou que:

⁵⁹ GUEIROS, A. de B.; JAPIASSÚ, C. E. A. **Curso de direito penal**: parte geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 59.

⁶⁰ BRASIL. **Decreto n.º 847**, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 13 jan. 2020.

⁶¹ SIQUEIRA, 2003, op. cit., v. 1, p. 10-1.

⁶² BATISTA, op. cit., p. 451.

⁶³ PIERANGELI, 2004, op. cit, p. 274.

Assim, dizendo, no art. 7, violação imputável, quiz o legislador se referir á acção ou omissão attribuível a um indivíduo, não só pelo laço de causalidade physica, mas também, e sobretudo, pelo laço moral, isto é, á acção ou omissão produzida pelo concurso da intelligencia e da vontade livre do agente; dizendo violação culposa, quiz se referir á violação feita intencionalmente (dolo), ou sem previsão, mas estando o agente em condições de prever as conseqüências de sua acção ou omissão (culpa), isto se verificando do disposto no art. 24, que veio especificar as formas da culpabilidade.⁶⁴

Antônio José da Costa e Silva criticou a forma eleita pelo legislador para conceituar crime, afirmando que:

Escreveu algures o insigne Carrara que o melhor código, tanto para magistrados togados como para juizes leigos, era aquelle que menos definia. O legislador pátrio assim não parece ter pensado, pois espalhou pelo código não poucas definições, todas ellas mais ou menos infelizes. No artigo supra se nos depara uma dellas, a do crime, em sentido formal. Com razão a critica a tem tachado de redundante. A culpa presuppõe a imputabilidade. Bastaria, portanto, dizer que o crime era a violação culposa da lei penal. 1). Rigorosamente perfeita, sob esse aspecto, era a formula do código da monarchia, quando julgava crime " toda a acção ou omissão voluntaria contraria ás leis penaes". Os melhores códigos e projectos não contêm definição do crime. 2).⁶⁵

Em que pese as críticas, o Código de 1890 apresentava uma parte geral mais elaborada, merecendo destaque o crime e a responsabilidade criminal, que ganharam espaço nos Títulos II e III, respectivamente. O conceito de crime apresentado, embora incompleto e criticado, deixa evidente a noção de responsabilidade baseada na autonomia da vontade.

Analisando a parte geral do Código Penal de 1890, merece destaque o artigo 24, que abre o Título III "Da Responsabilidade Criminal: as causas que dirimem a criminalidade e justificam os crimes" e traz a seguinte regra:

Art. 24. As acções ou omissões contrarias á lei penal que não forem commettidas com intenção criminosa, ou não resultarem de negligencia, imprudencia, ou impericia, não serão passíveis de pena.⁶⁶

O texto do artigo n.º 24 já destoava bastante daquele que fora adotado no artigo 3.º do Código imperial⁶⁷ e já demonstrava a presença firme das modalidades de culpa.

⁶⁴ SIQUEIRA, 2003, op. cit., v. 1, p. 151.

⁶⁵ COSTA E SILVA, 2004, op. cit., v. 1, p. 48.

⁶⁶ PIERANGELI, 2004, op. cit. p. 275.

Há que se ter clareza, no entanto, que à época do Código de 1890, o elemento subjetivo do injusto integrava a culpabilidade e não o fato típico. Em razão disso, as análises doutrinárias recaíam muitas vezes sobre a imputabilidade, como destaca Oscar Macedo Soares:

A responsabilidade criminal só tem lugar quando na acção ou omissão existir dolo ou culpa. Ella está subordinada ao conceito da imputabilidade, que só existe quando a acção ou omissão são voluntárias, quando ha liberdade moral.⁶⁸

A redação do dispositivo deixa clara a vinculação do dolo à intenção, o que remonta ao Direito Romano, que fazia a correlação entre o critério moral e o critério jurídico, com o escopo de caracterizar o elemento intencional do crime representado pela intenção perversa ou no mau propósito, o *dolus malus*,⁶⁹ que se pode extrair das redações do artigo 24 e do §1.º do artigo 42.⁷⁰

Apesar de a doutrina já enfrentar a questão do dolo eventual, o texto legal não fazia menção a essa modalidade, limitando-se a tratar da intenção (dolo) e da imprudência, negligência e imperícia (modalidades de culpa).

Uma vez que as correntes doutrinárias acerca do dolo, (especialmente do dolo eventual e sua distinção para a culpa consciente) já se encontravam em franca divergência na Europa, separando os autores em dois grupos, notadamente o dos adeptos à teoria da vontade e o dos adeptos da teoria da representação, os doutrinadores brasileiros da época já enfrentavam o tema, durante a análise do texto legal.

Costa e Silva explicou a hipótese para ele compreendida como dolo eventual:

Dá-se o dolo eventual, quando o agente pratica o acto, tendo em mente certo effeito, mas sabe que, concomitantemente com este ou em vez deste, outro póde surgir, e o approva. Se o agente acredita poder evitar ou afastar esse novo effeito, se espera que elle se não realize, não haverá dolo. Existirá quando muito culpa (*sensu stricto*). Para não poucos criminalistas todo o domínio do previsto como possível pertence ao dolo.⁷¹

⁶⁷ “Art. 3º Não haverá criminoso, ou delinquente, sem má fé, isto é, sem conhecimento do mal, e intenção de o praticar.” (BRASIL, 1830)

⁶⁸ SOARES, O. de M. **Código penal da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília: Senado Federal/Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 62. (História do Direito Brasileiro, 6).

⁶⁹ SIQUEIRA, 2003, op. cit., v. 1, p. 298.

⁷⁰ “Art. 42. São circunstancias attenuantes:

§ 1º Não ter havido no delinquente pleno **conhecimento do mal** e directa intenção de o praticar; “ (PIERANGELI, 2004, p. 275 e 277)

⁷¹ COSTA E SILVA, 2004, op. cit., v. 1, p. 142.

Oscar Macedo Soares entendia a intenção mencionada no dispositivo como sendo integrada pela consciência e vontade, como se depreende do trecho abaixo:

No sentido genérico e indeterminado, o dolo denomina-se *animus delinquendi*, que é a expressão da vontade de praticar a infracção unida á consciencia de que a infracção é punível. O conjuncto destes dois elementos — vontade e consciência— constituE a intenção criminosa, a que se refere o art. 24.⁷²

As críticas ao texto legal não ficavam adstritas à redacção do artigo 7.º, já destacada acima. As discussões acerca do artigo 24 eram intensas e já começavam pela vinculação de dolo à intenção, equivocada na lição de Galdino:

Ora, o dolo só toma a fôrma da intenção quando o delinqüente tem por fim produzir o evento delictuoso, quando este é o seu motivo e o seu escopo. É, na verdade, a fôrma *typica* do dolo, mas não é a única.⁷³

Costa e Silva foi mais um a tecer comentários críticos a respeito do artigo n.º 24, afirmando que o uso da intenção para o dolo, como direcção de uma vontade a um resultado estaria aquém da intenção do legislador.⁷⁴

A discussão doutrinária entre a teoria volitiva e da representação já era destacada pelos autores da época. Galdino Siqueira, apesar de entender que a razão estaria com a teoria da representação, reconhece a importância da vontade para o dolo, conforme se depreende do trecho a seguir:⁷⁵

Neste aspecto, a representação, em que psicologicamente consiste a essência, o conteúdo do dolo, tem relevância juridico-penal, emquanto se constitue causa do acto de vontade e logo da acção (dolo directo), ou emquanto não se constitue causa que demova o agente do acto voluntário cuja manifestação elle conhece como aquella que certamente ou provavelmente realizará a situação de facto que é contraria ao preceito penal (dolo indeterminado, alternativo ou eventual). Relacionado assim o dolo com o acto voluntário, qualifica a acção decorrente, tornando-a dolosa, mantendo, entretanto, autónoma a própria essência, isto é, como momento psicologico representativo, sem transformal-a na essencia da vontade sobre a qual operou (LISZT, FRANK, VANNINI).⁷⁶

⁷² SOARES, op. cit., p. 62.

⁷³ SIQUEIRA, 2003, op. cit., v. 1, p. 299.

⁷⁴ COSTA E SILVA, 2004, op. cit., p. 138.

⁷⁵ “A theoria da representação evita assim toda a dubiedade e equivoco na linguagem, introduzindo a clareza e a precisão em assumpto de tanta magnitude.” (SIQUEIRA, 2003, v. 1, p. 301)

⁷⁶ SIQUEIRA, 2003, op. cit., v. 1, p. 300-1.

Costa e Silva também se filiava à teoria da representação, chegando a afirmar que:

Para que se reconheça a existencia do dolo, é necessário que se tenham representado ao espirito do agente as circunstancias essenciaes do factio, inclusive do resultado a produzir. O que não é representado não póde ser querido.⁷⁷

Curioso notar que à época da elaboração dos comentários ao Código Penal de 1890, a culpa consciente ainda não era tratada como modalidade de culpa, seja no Brasil, seja em outros países. Costa e Silva chamou atenção para isso ao comparar o tratamento do instituto nas doutrinas italiana, alemã, francesa e brasileira:

A culpa confina, por um lado, com o dolo (eventual), e, por outro, com o caso fortuito. Quanto á linha que a .extrema do primeiro, variam as opiniões. Os italianos 'consideram todo o previsto' como doloso. Os alemães distinguem: - se o agente prevê o resultado, mas acredita que elle não se realizará, procede culposamente (culpa consciente) se, prevendo-o, o approva ou nelle acquiesce, procede dolosamente (dolo eventual). Para elles, a culpa consciente é o limite mais elevado da culpa; e o dolo eventual o mais baixo do dolo. Não ha entre uma e outro terreno neutro ou de ninguém.

Os criminalistas franceses não estão de accôrdo na acceitação da culpa consciente (faute avec prévoyance). Os belgas a admittem e nitidamente a delimitam. Os nossos só têm tratado do assumpto muito pela rama. O traço discriminatorio entre a culpa e o caso fortuito (acaso) é constituído pela possibilidade ou impossibilidade de ser o resultado nocivo previsto e impedido. É a teoria tradicional.⁷⁸

O caráter excepcional das condutas puníveis a título de culpa, que se verifica no Código Penal atual, também se verificava no Código de 1890. Os crimes que previam a forma culposa eram os artigos: 132 (fuga culposa de presos); 148 (incêndio culposo); 151 (desastre ferroviário culposo); 160, §3.º (falsificação culposa de medicamentos); 210 (falta de exação no cumprimento do dever); 297 (homicídio culposo); 302 (resultado morte em decorrência de aborto legal); 306 (lesão corporal culposa) e 336 (falência culposa).

Com relação aos crimes de perigo, apesar de manter-se fiel a muitos institutos previstos na legislação anterior, o primeiro código republicano incluiu, em

⁷⁷COSTA E SILVA, 2004, op. cit., p. 140.

⁷⁸ Ibid., p. 148-9.

seu texto, um capítulo específico para tratar do incêndio e outros crimes de perigo comum, qual seja, o Capítulo I do Título III, que tratava dos crimes contra a tranquilidade pública. Como visto, tais crimes não eram contemplados pelo Código anterior, mas foram previstos na Lei n.º 3.311.

Galdino Siqueira chamou atenção, ao comentar o novo código, para o fato de ter sido usada pelo legislador a nomenclatura *tranquilidade pública* e não o termo *incolumidade*, que teria sido usado pelo Código Penal italiano⁷⁹ ao tratar dos crimes de perigo e que mais tarde veio a ser usado no Código Penal de 1940.

Apesar de já haver lei incluindo os crimes ao ordenamento jurídico do país, persistiam as discussões acerca da conveniência de prever tais condutas como crimes autônomos.

Oscar de Macedo Soares chegou a destacar o fato de ter sido objeto de discussão entre os Senadores José Bonifácio e Nunes Gonçalves, a conveniência de se tratar o incêndio como crime autônomo ou como uma mera circunstância agravante. Cita ter sido trazido à discussão por parte do Senador Nunes Gonçalves o fato de o crime de incêndio integrar, como figura autônoma, os códigos penais de diversos países, tais como os Códigos italiano, português, alemão, argentino, francês, entre outros.⁸⁰

Coube ao artigo 136 inaugurar o capítulo e fazer previsão do crime de incêndio, para o qual fora cominada a pena de “prisão celular por dous a seis annos, e multa de 5 a 20% do damno causado”.⁸¹

A pena prevista no artigo 136 correspondia à metade da prevista na lei anterior (artigo 4.º da Lei n.º 3.311 transcrito acima), que previa pena de prisão de 4 a 12 anos.

João Vieira de Araújo, ao comentar o capítulo dos crimes de perigo do Código de 1890, faz severas críticas ao fato de o código trazer penas demasiadamente brandas para o que chamava de fatos gravíssimos, chegando a mencionar que teria o legislador confundido as condutas coletivamente graves com meros danos, face às penas classificadas por ele como irrisórias. Ratifica esse ponto de vista quando

⁷⁹ SIQUEIRA, 2003, op. cit., v. 1, p. 137.

⁸⁰ SOARES, op. cit., p. 295.

⁸¹ PIERANGELI, 2004, op. cit, p. 287.

comenta as penas previstas na modalidade culposa do crime, descrita no artigo 148 do Código.⁸²

Cabia ao artigo 146 a previsão do resultado morte ou lesão grave:

Art. 146. Quando do incendio, ou de qualquer dos meios de destruição especificados nos diferentes artigos deste capitulo, resultar a morte, ou lesão corporal, de alguma pessoa, que no momento do accidente se achar no logar, serão observadas as seguintes regras:

1º No caso de morte - pena de prisão cellullar por seis a quinze annos;

2º No de alguma lesão corporal das especificadas no art. 304 - pena de prisão cellullar por tres a sete annos.⁸³

Ao enfrentar o ponto referente ao artigo 146, que traz a previsão dos resultados morte e lesão como consequências do incêndio e dos demais crimes de perigo, Oscar Macedo Soares frisa que tal previsão não é feita para suprimir as agravantes dos crimes de homicídio ou lesão, para os quais as situações de perigo são tão somente os meios para a consecução do objetivo de matar ou mesmo lesionar. O autor destaca que a hipótese prevista no artigo 146 é tão somente para os casos onde exista o dolo no crime de perigo e a morte ou lesão se apresentem como consecutórios, a título de culpa, em evidentes casos de preterintencionalidade.⁸⁴

No mesmo sentido, João Vieira de Araújo afirma que se o incêndio ou a inundação tivesse por escopo a produção do resultado morte, o crime seria naturalmente o de homicídio qualificado.⁸⁵

Galdino Siqueira destacava que, se do fato delituoso (incêndio ou outro crime de perigo) resultasse morte de uma ou mais pessoas, haveria a responsabilização do agente pelas mortes ainda que não tivesse previsto, bastando que tivesse colocado fogo de forma consciente de sua ação, independente se movido por vingança ou outro motivo qualquer.⁸⁶

Esta redação pode apontar no sentido de uma responsabilização objetiva, sem que se pudesse perquirir dolo ou culpa por parte do agente. Esta interpretação,

⁸² ARAUJO, J. V. de. **O Código Penal interpretado**. Brasília: Senado Federal/Superior Tribunal de Justiça, 2004, v. 1, p. 175 e 185. (História do Direito Brasileiro, 8).

⁸³ PIERANGELI, 2004, op. cit. p. 288.

⁸⁴ ARAUJO, op. cit., v. 1, p. 296.

⁸⁵ Ibid., v. 1, p. 182.

⁸⁶ SIQUEIRA, 2003, op. cit, v. 1, p. 140.

no entanto, não parece acertada, na medida em que o autor defendia que tal responsabilização seria culposa.

O autor destacou que o texto do artigo 146 fora inspirado no parágrafo primeiro do artigo 4.º da Lei n.º 3.311 de 1886, que determinava que ao incêndio com resultado morte fossem aplicadas as penas do artigo 193 do Código Criminal do Império, que previa penas que variavam de galés perpétuas no máximo a seis anos de prisão com trabalho no mínimo.⁸⁷ Apesar da inspiração, resta claro que a quantidade de pena prevista no novo texto é mais branda.

Galdino ressaltou que o legislador não previu o resultado lesão corporal leve (hipótese que fora prevista no código italiano), nem tampouco sopesou o crime poder resultar na morte ou lesão de várias pessoas, o que para ele poderia vir previsto na forma de gradação da pena.⁸⁸

Além das modalidades dolosas, o Código também tratou da modalidade culposa do crime de incêndio e dos demais crimes de perigo comum no artigo 148, inclusive fazendo previsão do resultado morte para eles, como forma qualificada, sem, no entanto, trazer pena própria para o resultado lesão corporal:

Art. 148. Todo aquelle que, por imprudencia, negligencia ou impericia na sua arte ou profissão, ou por inobservancia de disposições regulamentares, causar um incendio, ou qualquer dos accidentes de perigo commum mencionados nos artigos antecedentes, será punido com a pena de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 5 a 20% do damno causado.
Parapho unico. Si do incendio resultar a alguém morte:
Pena - de prisão cellular por dous mezes a dous annos.⁸⁹

O Código também fazia previsão, no Capítulo II do Título III, de crimes contra a segurança dos meios de transporte ou comunicação, tipificando condutas como danificar estradas de ferro, estradas comuns, linhas telegráficas, entre outras.

Oscar de Macedo Soares, em sua obra, menciona que os delitos previstos no capítulo admitiriam duas classificações, quais sejam, dolosos ou culposos, destacando que a culpa adviria da negligência, da imprudência ou da imperícia, bem como da inobservância de disposições regulamentares, enquanto na modalidade dolosa seria necessário o ânimo deliberado de cometer o crime.⁹⁰

⁸⁷ Ibid., v. 1, p. 149

⁸⁸ Ibid., v. 1, p. 150.

⁸⁹ BRASIL, 1890, op. cit.

⁹⁰ SOARES, op. cit., p. 281.

Sobre a redação “bem como da inobservância de disposições regulamentares”, Antônio José da Costa e Silva tece críticas à expressão, afirmando que da mera inobservância pode haver culpa, mas isso não é automático, ou seja, nem sempre haverá culpa em tal descumprimento.⁹¹

O fato de a pena prevista para a modalidade culposa ser branda era objeto de destaque já naquela época tendo Galdino Siqueira afirmado: “Egualmente na minha citada conferência – A perícia nos crimes de incêndio, ocupei-me especialmente do incendio culposo. A pena, aliás branda, é agravada se do incendio resultar morte de alguém.”⁹²

Os autores não enfrentavam a hipótese de dolo eventual para os crimes de perigo.

Dentre os crimes de perigo que passaram a integrar o Código, o legislador também fez constar a conduta do crime de explosão no artigo n.º 137, § 2.º:

Art. 137. Nas penas do artigo precedente incorrerão:
§ 2º Aquelle que destruir os mesmos edificios, ou construcções, por emprego de minas, torpedos, machinas ou instrumentos explosivos.⁹³

Não era a primeira vez que tal conduta era criminalizada, na medida em que a Lei n.º 3.311 já fizera tal previsão no parágrafo único do artigo 5º, que determinava a aplicação das mesmas penas previstas para o incêndio, conforme se depreende da transcrição do artigo feita no item 1.3.

Pode-se afirmar que o Código Penal de 1890 representou uma verdadeira *novatio legis in melius* em relação à Lei n.º 3.311, no que diz respeito às sanções previstas para os crimes de perigo, na medida em que trouxe penas muito mais brandas, o que não passou despercebido pelos autores da época.

Além do incêndio e da explosão, o Código de 1890 também incluiu entre as condutas criminosas a inundação (artigo n.º 142), que também já integrava a Lei n.º 3.311 (artigo n.º 11). Apesar de a conduta básica não poder ser considerada novidade, o novo texto trouxe uma inovação que consistia na conduta de exposição a perigo de inundação por meio das condutas de abrir comportas, romper represas, açudes, aquedutos, ou destruir diques ou qualquer obra de defesa comum.

⁹¹COSTA E SILVA, 2004, op. cit., v. 1, p. 152.

⁹²SIQUEIRA, 2003, op. cit., v. 1, p. 151.

⁹³PIERANGELI, 2004, op. cit. p. 287-8.

A conduta acima destacada não tinha sido contemplada na Lei n.º 3.311 e foi objeto de críticas por parte da doutrina, em especial de Galdino Siqueira, que entendia que apesar de ser uma conduta passível de criminalização, esta deveria se dar em dispositivo diverso e com penas diferentes, nos moldes do que ocorrera no Código italiano:

A essa hypothese de effectiva inundação, a mesma disposição legal equipara o facto de, pelos mencionados meios expor a propriedade alheia a perigo de inundação ou a outro perigo.

Não se justifica semelhante equiparação, attenta á diversidade de gravidade dos factos, e dahi porque o codigo italiano os considera, distinctamente, nos arts. 302 e 303, com penas differentes, com a circumstancia ainda de não cogitar dos meios, em caso de inundação, entendendo muito bem que indifferentes eram, desde que a produziram.⁹⁴

O novo código também manteve a criminalização já realizada pela Lei n.º 3.311 da conduta que ficou conhecida como falso farol, consistente na conduta de acender fogos em arrecifes, bancos de areia, etc., para enganar navegantes e atrair embarcações a naufrágio (artigo n.º 143). Na mesma linha de risco a embarcações, também foi criminalizada a conduta de provocar naufrágio (artigos de n.ºs 144 e 145). Tais condutas também já estavam previstas na Lei n.º 3.311 (artigos 9.º e n.º 12).

A obra de Galdino Siqueira colaciona uma série de julgados referentes aos crimes de perigo, com especial atenção ao crime de incêndio. Dentre as decisões elencadas, merece destaque a seguinte:

V. Caracterisa a incuria e falta de cautela do agente conservar, embora nos fundos do seu estabelecimento, um deposito de inflamaveis encostado ao muro onde estava assentado o forno da padaria existente no predio visinho correspondente a este lado, quando, como é sabido, esses fornos funcçionam, tanto no correr do dia, como no correr da noite, e a acção do calor ou ainda uma fagulha sahida da chaminé, conforme dizem os peritos, podia ser causa do incêndio (Sentença do Juiz da 2.ª Vara Criminal, confirmado por accordam de 9 de jullio de 1913, da 1.ª e 2.ª CornaCa da Corte de Appeliação)⁹⁵

A redação fala em incúria, que nada mais é do que a falta de cuidado, de atenção, ou seja, negligência. Resta demonstrado, assim, que apesar de ter havido

⁹⁴ SIQUEIRA, 2003, op. cit., v. 1, p. 153.

⁹⁵ Ibid., v. 1, p. 156.

um incêndio e de o dono do estabelecimento ter se portado de maneira descuidada, tal descuido não foi sopesado de forma a imputá-lo o crime de forma dolosa.

A decisão é digna de registro, uma vez que no direito penal atual, condutas análogas à narrada são tidas como dolosas, a partir da utilização do dolo eventual, como será visto no presente trabalho em momento oportuno.

O Código foi objeto de severas críticas, chegando a ser chamado de “o pior de todos os códigos conhecidos” por João Monteiro.⁹⁶

Com apenas três anos de vigência do novo código, ou seja, em 1893, foi elaborado um projeto visando substituí-lo. O projeto foi feito por João Vieira de Araujo e, após ser encaminhado ao Senado Federal, de lá não saiu, não chegando a ser votado para substituir o Código de 1890.⁹⁷

Em 1899, a Câmara dos Deputados elaborou mais um projeto de Código, que também não caminhou, até que em 7 de janeiro de 1911, o Congresso Nacional, por meio de uma resolução, autorizou o Executivo a mandar organizar um novo Código Penal.⁹⁸

Diante do quadro posto, Galdino Siqueira houve por bem elaborar um projeto de Código Penal, que será analisado a seguir.

1.5 Projetos de Reforma do Código Penal na Primeira República

A despeito de terem havido outros Projetos de Código Penal, serão analisados no presente tópico apenas três, quais sejam, o de Galdino Siqueira, o de Virgílio de Sá Pereira e o de Alcantara Machado.

O projeto de Galdino Siqueira, de 1913, trazia a previsão da responsabilidade penal no artigo 11, que inaugurava o Capítulo II, cujos objetos eram a imputabilidade e as causas de exclusão. O texto do artigo era:

⁹⁶NORONHA, E. M. **Direito Penal**. 19.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1977, v.1, p. 69.

⁹⁷SIQUEIRA, G. **Projecto de Codigo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Offs. Graphs do Jornal do Brasil e da Revista da Semana, 1913, p. 6.

⁹⁸Ibid., p. 7.

Art.11. – Será punível todo aquelle que cometer crime scientemente, e nos casos especificados, quando não tendo previsto o resultado de sua ação, podia e devia prevel-o, ou não o evitou por falta de precaução.⁹⁹

Na exposição de motivos por ele apresentada, o autor definia dolo a partir de seus elementos constitutivos, que, para ele seriam:

Consequentemente a idéa de dolo compreende:

1.º, a representação do acto voluntario mesmo, quando corresponde á idéa de um crime determinado.

2º, a previsão do resultado, quando este é necessário para a idéa de crime;

3º, a representação de que o resultado será effeito do acto voluntario e este causa do resultado; portanto, a importância da acção ou omissão como causa.¹⁰⁰

O texto acima transcrito vai ao encontro do posicionamento já defendido pelo autor nos seus comentários ao Código Penal de 1890, onde deixava clara a sua filiação à chamada teoria da representação e não à teoria da vontade, que era majoritária na doutrina à época:

Não há, pois, como identificar o dolo com a intenção, que é o fim ou motivo, o estado psychico que precede e determina o acto voluntario, consistindo o dolo na representação deste e mudanças externas, nem tão pouco identificar o dolo com a vontade ou acto voluntario, fenômeno da consciência pelo qual se estabelece uma causa, ligado ao physiologico da enervação.¹⁰¹

Com relação aos crimes de perigo, o projeto fazia previsão no Capítulo I do Título V. O Capítulo I era dividido em três seções.

A Seção I compreendia os crimes de incêndio e inundação, e era composta por oito artigos (166 a 173). A Seção II compreendia os crimes de faróis falsos, submersão e naufrágio de embarcações, enquanto a Seção III tratava dos crimes contra a segurança dos meios de transporte ou de comunicação.¹⁰²

O projeto previa penas mais elevadas do que as do Código anterior, cominando a pena de 3 a 10 anos para o crime de incêndio. Esta pena era repetida na inundação com perigo de vida para uma pessoa (art. 170 §1º), bem como nos crimes da Seção II (arts. 174 a 176) e no artigo 177, que, já na Seção III, previa o crime de danificar estrada de ferro e seus acessórios.

⁹⁹ Ibid., p. 140.

¹⁰⁰ Ibid., p. 50.

¹⁰¹ SIQUEIRA, 2003, op. cit., v. 1, p. 301.

¹⁰² Ibid., p. 185-8.

A Seção II não previa a modalidade culposa dos crimes ali descritos, enquanto as seções I e III traziam a forma culposa dos crimes nelas listados.

O que chama atenção no Projeto de Galdino Siqueira em relação às duas leis anteriores (Lei n.º 3.311 e Código Penal de 1890) é o fato de que o projeto não previa a hipótese de o crime de perigo acarretar resultado morte ou lesão corporal, fatos que estavam contemplados nos diplomas legais anteriores.

Na exposição de motivos feita pelo autor do projeto, ele não enfrenta a ausência do resultado morte ou lesão nos crimes de perigo, limitando-se a mencionar as características gerais dos crimes de perigo comum:

Com a denominação de crimes de perigo comum, a doutrina e a jurisprudência allemã fazem uma categoria de crimes que se distinguem em crear a acção respectiva uma situação que póde comprometter o corpo ou a vida, não de um aou de determinadas pessoas, ou comprometter o numero limitado de cousas individualmente determinadas, mas um circulo não limitado de pessoas ou cousas individualmente não determinadas. Essa circumstancia de perigo commum ora é explicitamente exigida para a integração da figura delictuosa, como no caso de inundação, ora admittida como implicitamente contida na própria acção, embora não se verifique no caso dado. Essa diversidade advém de que em um caso a acção, attento o curso ordinário das cousas; em outros casos, essa possibilidade nem sempre ocorre, razão porque se exige o perigo in concreto. Neste pressuposto se orientou o projecto, mantendo em regra o que já dispunha a nossa legislação.¹⁰³

Apesar de afirmar ter procurado manter em regra o que já dispunha a legislação, este ponto representa uma ausência relevante para aquele que se propunha a substituir o Código Penal vigente à época.

O projeto de Galdino também não foi à frente.

Em 1928, Virgílio de Sá Pereira apresentou um projeto, que foi por ele mesmo revisto em 1930, juntamente com Evaristo de Moraes e Mário Bulhões Pedreira. O projeto de Virgílio chegou a ser aprovado pela Câmara dos Deputados em 1935 e remetido para o Senado, oportunidade em que sofreu duras críticas e teve a sua tramitação comprometida com o advento do Estado Novo, em 1937.¹⁰⁴

No Projeto, o autor fazia previsão do dolo e da culpa nos artigos 34 a 36 da seguinte forma:

Art. 34. Às penas cominadas neste Codigo estará sujeito quem lhe infringir as disposições por vontade ou negligencia.

¹⁰³ Ibid., p. 122-3.

¹⁰⁴ BATISTA, op. cit., p. 470.

O dolo será punido sempre que a lei não dispuser o contrário, mas a culpa somente nos casos expressos.

Art. 35. Dir-se ha ter procedido com dolo aquele que quis produzir a lesão ou o perigo resultante do acto, ou não se deteve ante a previsão das consequências necessárias ou previsíveis do mesmo.

Pelo resultado que se empreenda na qualificação do crime, só não responderá o qutor quando causa estranha e concorrente sobreveio, que por si só bastasse para produzi-lo.

Neste caso, será punido pelo acto antecedente, consoante a incriminação deste, sem mais attender ao resultado produzido.

Art. 36. Dir-se ha ter procedido com negligencia aquelle que, por imprevidência culpável, não cogitou das consequências possíveis do acto, ou delas não fez caso.¹⁰⁵

No que tange aos crimes de perigo, Sá Pereira tratou do tema no Capítulo XI, também com o título de crimes de perigo comum, composto por 12 artigos (331 a 342), os quais previam condutas como incêndio, inundação, desabamento, explosão e, pela primeira vez, o crime de velocidade excessiva, que punia o excesso de velocidade na condução de veículos.¹⁰⁶

Os crimes de perigo por ele previstos, em sua maioria, admitiam a punição tanto da modalidade dolosa quanto culposa e faziam menção aos resultados morte e lesão corporal grave como formas qualificadas dos crimes.

Enquanto havia essa confusão de projetos que não iam adiante, chamava atenção a profusão de leis especiais que tinham por objetivo complementar as lacunas do Código de 1890. Com isso, em 1932, por meio do Decreto n.º 22.213, foi aprovada a Consolidação das Leis Penais,¹⁰⁷ elaborada por Vicente Piragibe, merecendo destaque o seguinte trecho, que retrata bem a profusão de projetos infrutíferos:

Considerando que, malogradas as várias tentativas de reforma do Código Penal Brasileiro, a que ora se empreende ainda tardará em ser convertida em lei, não obstante a dedicação e competencia da respectiva Sub-comissão Legislativa;¹⁰⁸

Magalhães Noronha mencionou a entrada em vigor das Consolidação de Leis Penais, que tinha o objetivo de reunir e organizar o emaranhado de leis extravagantes editadas:

¹⁰⁵ SÁ PEREIRA, V. de. Código penal brasileiro. **Archivo judiciario**, Rio de Janeiro, v. 9, p. 6, 1929.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 36-8.

¹⁰⁷ PIERANGELI, 2004, op. cit., p. 325.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 325.

Quer por seus defeitos, quer pelo tempo que vigorou esse estatuto, numerosas foram as leis extravagantes que o completaram, tornando, às vezes, aos homens do direito, embaraçosa a consulta e árdua a sua pesquisa. Foi o Des. Vicente Piragibe encarregado, então, de reunir em um só corpo o Código e as disposições complementares, daí resultando a Consolidação das Leis Penais, que se tornou oficial pelo Decreto n.º 22.213, de 14 de dezembro de 1932, e cuja vigência findou com o advento do atual diploma.¹⁰⁹

A Consolidação das Leis Penais não realizou mudanças na parte geral, tendo sido mantida íntegra a redação dos citados artigos 7.º e de n.º 24, não sendo alteradas, portanto, as formas de averiguação de crime e responsabilidade penal.

No final do ano de 1937, por solicitação do então Ministro da Justiça Francisco Campos, Alcantara Machado recebeu a incumbência de elaborar um novo projeto de Código Penal.¹¹⁰

Na exposição de motivos do Projeto, o autor afirmou que os conceitos de dolo e culpa por ele utilizados tiveram por base o texto do Código italiano, bem como o projeto de Código Penal argentino.¹¹¹

Os conceitos de dolo, de culpa e de preterintencionalidade foram trazidos pelo autor no texto do artigo n.º 13, que tinha a seguinte redação:

Art. 13 – Diz-se o crime:

I - Doloso, quando o resultado da ação ou omissão, que o constitui, corresponde á intenção do agente;

II - Preterintencional, quando o resultado previsto e querido pelo agente é menos grave do que o produzido;

III - Culposos, quando o resultado não é querido pelo agente, mas deriva deste se ter havido com negligência, imprudência, imperícia ou inobservância de determinação da lei ou da autoridade.¹¹²

Ao explicar o conceito por ele tipificado, o autor afirmou que:

Responde por dolo aquele que tiver querido produzir a lesão ou crear o perigo causado com seu ato ou que o praticar quando se devessem prever como necessarias ou prováveis as consequencias que dele resultarem.¹¹³

Percebe-se, pela redação do artigo e pela explicação desenvolvida, que o autor entendia o dolo como decorrente da vontade do agente em direção ao

¹⁰⁹ NORONHA, op. cit., v. 1, p. 69.

¹¹⁰ BATISTA, op. cit., p. 470.

¹¹¹ ALCANTARA MACHADO, J. de. **Projeto do Código Criminal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1938, p. 17.

¹¹² Ibid., p. 40.

¹¹³ Ibid., p. 40-1.

resultado, no mesmo sentido do projeto de Sá Pereira e em dissonância, por sua vez, com o projeto desenvolvido por Galdino. Esta divergência retrata bem o conflito doutrinário que já havia naquela época entre as teorias volitivas e cognitivas acerca do dolo.

O projeto fazia previsão dos crimes de perigo comum dentro do Título V, que tratava dos crimes contra a Incolumidade Pública, nos exatos moldes do que é feito no Código Penal atual.

O Título V era composto por diversos capítulos, sendo que coube ao Capítulo IV tratar do incêndio e outros crimes de perigo comum, tais como inundação, explosão, desabamento, direção de modo a pôr em perigo a vida alheia, bem como o disparo de arma de fogo e a conduta hoje punida como crime ambiental, de soltar balões.¹¹⁴

Muitos dos crimes de perigo por ele tratados admitiam tanto a modalidade dolosa quanto a culposa.

Diante das críticas feitas ao Projeto, o Ministro da Justiça houve por bem submetê-lo a uma Comissão Revisora, composta por Nelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lira, além da assistência de Costa e Silva. Após a revisão do texto, o mesmo foi apresentado ao Ministro Francisco Campos com o título de “Nova Redação do Projeto de Código Criminal do Brasil”.¹¹⁵

Apesar de o Projeto ter sido formalmente apresentado por Alcântara Machado, a divergência entre o projeto originalmente elaborado por ele e o texto oriundo da Comissão Revisora, não deixa dúvidas de que o trabalho que acabou sendo publicado em 7 de dezembro de 1940 – Decreto-Lei n.º 2.848 – foi o da Comissão Revisora, conforme reconhecido pelo Ministro Francisco Campos na exposição de motivos do Código Penal de 1940:

Dos trabalhos da Comissão revisora resultou êste projeto. Embora da revisão houvessem advindo modificações, à estrutura e ao plano sistemático, não há dúvida. que o projeto Alcântara Machado representou, em relação aos anteriores, um grande passo no sentido da reforma da nossa legislação penal. Cumpre-me deixar aqui consignado o nosso louvor à obra do eminente patricio cujo valioso subsídio ao atual projeto nem eu, nem os ilustres membros da comissão revisora deixamos de reconhecer.¹¹⁶

¹¹⁴ Ibid., p. 192.

¹¹⁵ NORONHA, op. cit., v. 1, p. 71.

¹¹⁶ PIERANGELI, 2004, op. cit. p. 406.

O projeto de Alcantara Machado, com as contribuições feitas pela comissão revisora, representou um significativo avanço no tratamento dos crimes de perigo, se comparado com os Códigos que o antecederam. Apesar disso, o enfrentamento do dolo eventual em tais crimes permaneceu não enfrentado pela doutrina da época.

1.6 Código Penal de 1940

Além dos diversos projetos de reforma do Código Penal, o período compreendido entre a Consolidação das leis penais e o Código de 1940 foi marcado por intensa produção legislativa, como destacado no tópico anterior.

Outro ponto relevante e que antecedeu o Código de 1940 foi o fato de ele situar-se entre textos constitucionais diversos, uma vez pouco tempo antes de o novo texto legal ser sancionado, foi promulgada a Constituição de 1934 que logo em 1937 fora substituída pela Constituição outorgada por Getúlio Vargas, imediatamente após se manter no poder a partir de um golpe de estado. Tão logo foi vencido o período de exceção de Vargas, o texto de 1937 foi substituído com a promulgação da Constituição de 1946.¹¹⁷

O Código de 1940 foi decorrência, como já dito, do projeto apresentado por Alcântara Machado em 15 de maio de 1938, em meio ao período histórico que ficou conhecido como Estado Novo, após o golpe dado por Vargas.¹¹⁸ O projeto foi submetido às críticas de uma comissão revisora, composta por Néelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio Queiroz, Roberto Lira e Costa e Silva, a versão definitiva foi entregue em 12 de abril de 1940 e acabou promulgada em 7 de dezembro de 1940, através do Decreto-Lei n.º 2.848, entrando em vigor em 1.º de janeiro de 1942.¹¹⁹

¹¹⁷ BATISTA, op. cit., p. 465.

¹¹⁸ “No dia 10 de novembro de 1937, tropas da polícia militar cercaram o Congresso e impediram a entrada dos congressistas. O ministro da Guerra – general Dutra – se opusera a que a operação fosse realizada por forças do Exército. À noite, Getúlio anunciou uma nova fase política e a entrada em vigor de uma Carta Constitucional, elaborada por Francisco Campos. Era o início do Estado Novo.”(FAUSTO, 2010, p. 364)

¹¹⁹ NORONHA, op. cit., v. 1, p. 71.

Os conceitos de dolo e de culpa no novo Código foram trazidos pelo artigo 15¹²⁰, que tinha a mesma redação hoje presente no artigo 18, após a reforma da parte geral empreendida pela Lei n.º 7.209/84.

Com relação ao dolo eventual, o texto do Código teve inspiração no Código alemão, que dizia “também age dolosamente aquele que prevê apenas como possível o resultado, mas consciente do risco de causá-lo”.¹²¹

A expressão que integrava o Código alemão, qual seja, “in Kauf nehmen”, segundo Hans Frank, significaria “estar consciente do risco”. Ao invés de reproduzir o texto do código inspirador, o legislador pátrio optou por, de forma mais restritiva, usar a expressão “assume o risco”.¹²²

A exigência do Código alemão, segundo a qual basta a consciência do risco para que seja imputada a modalidade dolosa, serviu de inspiração para a teoria do dolo sem vontade, que será estudada no item 3.4.1 do presente trabalho.

Apesar de elogiado, o Código recebeu críticas, como no trecho a seguir, no qual Magalhães Noronha critica ser suave a pena para os crimes culposos:

Ao contrário do que alguns pensam, assiadamente elevou as penas, em relação ao diploma anterior, lastimável sendo, entretanto, que as mantivesse tão suaves no delito culposo. Outro ponto não digno de ecômios é o de não ter fugido totalmente da responsabilidade objetiva. Todavia, não é este o momento de apontarmos lacunas e deficiências que apresenta.¹²³

No que se refere ao elemento subjetivo, a exposição de motivos do novo Código esclarecia que:

Segundo o preceito do artigo 15, n.º I, o dolo (que é a mais grave forma de culpabilidade) existe não só quando o agente quer diretamente o resultado (effectus sceleris), como quando assume o risco de produzi-lo. O dolo eventual é, assim, plenamente equiparado ao dolo direto. É inegável que arriscar-se conscientemente a produzir um evento vale tanto quanto querê-lo, ainda que sem interesse nêle, o agente ratifica ex ante, presta anuência para o seu advento.¹²⁴

¹²⁰ “Art. 15. Diz-se o crime:

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, sinão quando o pratica dolosamente.” (BRASIL, 1940)

¹²¹ HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1, t. 2, p. 121.

¹²² Ibid., v. 1, t. 2, p. 122.

¹²³ NORONHA, op. cit., v. 1, p. 72

¹²⁴ BENTO DE FARIA, A. **Código Penal Brasileiro comentado**. Rio de Janeiro: Distribuidora Récord, 1958, v. 2, p. 157.

A redação acima demonstra de maneira inequívoca que a equiparação entre o dolo eventual e o dolo direto foi consciente, ou seja, visava a comissão elaboradora não realizar distinção entre ambos, conferindo tratamento igualitário, que se reflete até os dias atuais.

Quanto à culpa, justifica-se que não foi feita diferenciação entre culpa consciente e inconsciente pela ausência de necessidade, uma vez que “praticamente, as duas se equiparam, pois tanto vale não ter consciência da anormalidade da própria conduta quanto estar consciente dela, mas confiando sinceramente, em que o resultado lesivo não sobrevirá.”¹²⁵

Vale ressaltar que, embora o legislador não tenha se preocupado em diferenciar com clareza o âmbito de aplicação dos casos de dolo eventual e culpa consciente, a doutrina já debatia sobre os critérios necessários para diferenciação dos conceitos de dolo eventual e culpa consciente.

Acerca do conceito de dolo no Código de 1940, Costa e Silva afirmava que:

O dolo podia ser definido como simples previsão do resultado criminoso. É como conceituam os partidários da teoria da representação. O código preferiu e com toda razão, uma noção formulada de acordo com a teoria oposta – a da vontade. Assim o dolo é a vontade consciente de praticar um fato que a lei define como crime.¹²⁶

Nelson Hungria, que integrou a comissão revisora do novo Código, ao definir dolo em sua obra “Comentários ao Código Penal” destacou o fato de o legislador ter optado pela teoria da vontade acrescida pela teoria do consentimento, conforme se verifica no trecho abaixo:

Dolo. É a mais grave forma de culpabilidade. Ocorre crime doloso, diz o Código, “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Vê-se que o nosso legislador de 40, ao fixar a noção do dolo, não se ateve à chamada teoria da representação (para a existência do dolo basta a representação subjetiva ou previsão do resultado como certo ou provável), que, aliás, na sua pureza, está inteiramente desacreditada; e, com todo acerto, preferiu a teoria da vontade (dolo é a vontade dirigida ao resultado), completada pela teoria do consentimento (é também dolo a vontade que, embora não dirigida diretamente ao resultado previsto como provável, consente no advento deste ou, o que vem a ser o mesmo, assume o risco de produzi-lo). Dolo é, ao mesmo tempo, representação e vontade.¹²⁷

¹²⁵PIERANGELI, 2004, op. cit., p. 412.

¹²⁶COSTA E SILVA, A. J. da. **Código Penal Brasileiro**: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. São Paulo: Forense, 1943, v. 1, p. 104-5.

¹²⁷HUNGRIA, op. cit., v. 1, t. 2, p. 114.

Acerca da representação, o autor afirmava que ela seria necessária, mas insuficiente para a existência da modalidade dolosa.¹²⁸

No mesmo sentido também se posicionava Aníbal Bruno:

Realmente, consciência e vontade são elementos indispensáveis à constituição do dolo, não podendo compreender uma sem a outra na elaboração mental do ato doloso. A representação do fato é mero acontecer psicológico, que por si só não pode conduzir nada de relevância para o Direito, mesmo porque a simples representação não define a posição do agente em relação ao fato ilícito, o que é o mais importante em matéria de dolo, desde que não é a representação do fato, mas a vontade ilícita que pode justificar a reprovabilidade máxima que pesa sobre a culpabilidade dolosa.¹²⁹

Tanto a teoria da vontade quanto a teoria da representação eram objeto de críticas no Brasil. Salgado Martins, acerca da teoria da representação, fez a seguinte observação:

A teoria da representação constitui um contrassenso psicológico; concebe uma vontade sem conteúdo. Se o resultado delituoso é previsto pelo agente como consequência da ação realizada e ele a realiza com plena consciência da sua potência causal em relação ao resultado, êsse resultado foi, sem dúvida, o fim em busca do qual se exerceu a vontade. Conceber o resultado desvinculado da vontade para considerar esta somente compreensiva da ação, em sentido estrito, importa em conceber a vida psicológica mediante compartimentos estanques.¹³⁰

Salgado Martins entendia que o dolo não restaria exaurido com a previsão e vontade do resultado por parte do agente. Para ele também seria necessária a consciência do agente acerca do caráter ilícito da conduta, que significava o “conhecimento ético-jurídico de que, com a ação praticada, êle está descumprindo o dever quanto ao respeito dos valores acolhidos à sombra da ordem jurídico-penal”.¹³¹

O dolo eventual, ao contrário do que se verificou no Código de 1890, passou a integrar a redação do artigo 15 no novo diploma, e a doutrina já tratava do tema abertamente. Costa e Silva, em sua obra de 1943, destaca o fato de o instituto já ser tratado por diversos países:

¹²⁸ Ibid., v. 1, t. 2, p. 114-5.

¹²⁹ BRUNO, A. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, t. 2, p. 39-40.

¹³⁰ MARTINS, S. **Sistema de Direito Penal Brasileiro: introdução e parte geral**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957, p. 196.

¹³¹ Ibid., p. 197-8.

A idéia do dolo eventual está hoje acolhida em crescido número de países: na Alemanha, Holanda, Noruega, Bulgária, Dinamarca, Polónia, Iugo-eslavia e Grécia. A Suíça, em seu código, também a compreende (segundo parecer de Hafter). Na Itália predomina um conceito demasiadamente extenso do dolo: considera-se doloso todo resultado previsto como possível. (...) Na França, Bélgica, Espanha e Portugal, a sobrevivência do antigo dolo indireto tem impedido a formação de uma doutrina mais aprofundada da matéria.¹³²

Registre-se o posicionamento do professor Roberto Lyra, que apontava para o acordo entre as teorias da vontade e da representação na legislação brasileira:

As principais teorias sobre o dolo (teoria da vontade e teoria da representação) tendem a acordo, refletido, já, na lei brasileira. É que, sem o concurso da vontade e da representação, sem a representação do evento querido (ou aceito) e sem a vontade de produzir o evento representado, não há dolo.¹³³

Com relação ao dolo eventual, descreve o autor que este seria o limite menos intenso para a existência do crime.¹³⁴ Quanto ao limite entre dolo eventual e culpa consciente, o professor se posicionava no sentido de que “há dolo até quando o sujeito ativo aceita, eventualmente, a representação de consequências, não só prováveis ou certas, como possíveis”.¹³⁵

A necessidade de segurança acerca da aceitação do risco por parte do agente, a fim de imputá-lo a prática do crime na modalidade eventual do dolo, foi destacada por Hungria:

É bem de ver, nos casos em que não se revele inequívoca a atitude psíquica do agente, ou se há irreduzível dúvida, em face dos coligidos elementos de informação, sobre se houve, ou não, aceitação do risco (consentimento, aprovação, anuência, ratificação ex ante do resultado), a solução, de acordo com o in dubio pro reo, deve ser no sentido do reconhecimento da culpa consciente, isto é, da hipótese mais favorável.¹³⁶

A exigência do consentimento para o dolo eventual também foi destacada por Heleno Fragoso, quando afirmou que “a expressão assumir o risco é imprecisa, para

¹³² COSTA E SILVA, 1943, op. cit., p. 110.

¹³³ LYRA, R. **Expressão mais simples do Direito Penal**: introdução e parte geral. Rio de Janeiro: José Konfino, 1976, p. 137.

¹³⁴ Ibid., p. 138.

¹³⁵ Ibid., p. 139.

¹³⁶ HUNGRIA, op. cit., v. 1, t. 2, p. 114.

distinguir dolo eventual e culpa consciente e deve ser interpretada em consonância com a teoria do consentimento.”¹³⁷

Sobre a distinção entre dolo e culpa, Lyra afirmava que havia entre eles a diferença quantitativa e qualitativa, conceituando a diferença qualitativa no sentido de que o dolo importaria um “defeito de sentimento” e a culpa um “defeito de inteligência”.¹³⁸ Essa diferença é tida como essencial para a distinção do dolo eventual a culpa consciente. Nas palavras do autor:

o defeito de sentimento é exteriorizado pelo endereço da vontade a um evento danoso ou perigoso, objeto de reprovação maior ou menor refletida na cominação.

Mesmo no dolo eventual não há inércia subjetiva: o sujeito ativo assume o risco de produzir o resultado, aderindo a este.¹³⁹

Com relação às modalidades culposas previstas na parte especial do Código de 1940, cabe apenas destacar que as hipóteses para as quais foram previstas ratificam o caráter de excepcionalidade do crime culposo, embora a quantidade seja maior do que a prevista no Código de 1890.

Os crimes culposos no Código Penal de 1940 são: homicídio (art. 121); lesão corporal (art. 129); receptação (artigo 180); incêndio (art. 250); explosão (art. 251); uso de gás tóxico (art. 252); inundação (art. 254); desabamento ou desmoronamento (art. 256); difusão de doença ou praga (art. 259); perigo de desastre ferroviário (art. 260); atentar contra segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo (art. 261); atentar contra a segurança de outro meio de transporte (art. 262); epidemia (art. 267); envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal (art. 270); corrupção ou poluição de água potável (art. 271); corrupção, adulteração ou falsificação de substância alimentícia ou medicinal (art. 272); alteração de substância alimentícia ou medicinal (art. 273); medicamento em desacordo com receita médica (art. 280) e peculato (art. 312).

Com relação aos crimes de perigo, diferente das legislações anteriores, o novo Código houve por bem nominar o capítulo referente aos crimes de Perigo como sendo crimes contra a Incolumidade Pública, localizados no Título VIII e ficando

¹³⁷ FRAGOSO, H. C. **Lições de direito penal**: parte geral. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 189.

¹³⁸ LYRA, op. cit., p 141.

¹³⁹ Ibid., p 142.

dividido em três capítulos, nos moldes do que constava do projeto Alcântara Machado.

O capítulo que será objeto de análise neste trabalho é o primeiro do Título VIII do Código Penal, representado pelos crimes de Perigo Comum e composto pelos artigos de números 250 a 259. Dentre os crimes ali descritos estavam o incêndio; explosão; uso de gás tóxico ou asfixiante; fabricação indevida de substância explosiva, gás tóxico ou asfixiante; inundação; perigo de inundação; desabamento ou desmoronamento; subtração de material de salvamento e difusão de doença ou praga.

Ao comentar o bem jurídico tutelado pelo Título VIII, Nelson Hungria definiu incolumidade como sendo “o estado de preservação ou segurança em face de possíveis eventos lesivos”.¹⁴⁰

O autor também chamou atenção para o novo nome atribuído ao título no qual estão inseridos os crimes de perigo, em substituição ao utilizado pelo Código anterior (“Tranquilidade pública”), que não só foi ao encontro da nomenclatura utilizada pelos Códigos italianos de 1889 e 1930 como também corrigiu um equívoco interpretativo que ocorria com a terminologia anterior, na medida em que:

a “tranquilidade pública”, fazia-se supor que sua existência estava subordinada à produção de generalizado alarma ou comoção de ânimos, quando é certo que eles não deixam de existir ainda quando, por uma falsa apreciação das circunstâncias, não tenham provocado a intranquilidade coletiva. Já com a locução “incolumidade pública”, que traduz um critério objetivo, evita-se o mal-entendido, pois nada importará que, por erro de cálculo, não se apresente pânico geral, bastando que as circunstâncias de fato hajam realmente (ou por presunção legal) criado o perigo extensivo ou comum.¹⁴¹

Magalhães Noronha refere-se à incolumidade como compreendendo um “complexo de bens e interesses relativos à vida, à integridade corpórea e à saúde de todos e de cada um dos indivíduos que compõem a sociedade”.¹⁴²

Diferente dos códigos italianos, nos quais a incolumidade patrimonial só recebe tutela em crimes contra a incolumidade se estiverem atreladas a segurança de pessoas, no código brasileiro os legisladores incluíram entre o objeto de tutela o

¹⁴⁰ HUNGRIA, op. cit., v. 9, p. 9

¹⁴¹ Ibid., v. 9, p. 10.

¹⁴² NORONHA, op. cit., v. 3, p. 352.

patrimônio, conforme consta expressamente dos artigos 250, 251, 252, 254, 255, 256 e 259.¹⁴³

Além dos crimes, o capítulo trouxe, em seu artigo 258, as chamadas “formas qualificadas de crime de perigo comum”, onde foi mantida a previsão dos resultados morte e lesão corporal grave, seja para o crime de perigo comum doloso, seja para o crime de perigo comum culposo.

A despeito de ter utilizado a nomenclatura “qualificadoras” para as circunstâncias contidas no artigo 258, as hipóteses ali descritas revelam-se como causas de aumento de pena, a serem sopesadas na terceira fase da dosimetria.

Ao comentar o artigo 258, Hungria destaca o fato de serem trazidas modalidades preterdolosas, afirmando que caso estivessem presentes o dolo direto ou mesmo eventual de que os resultados morte e lesão corporal decorressem da conduta, haveria concurso formal de crimes.¹⁴⁴

O autor, no entanto, faz uma afirmação que não parece se coadunar com o sentido da norma, ao afirmar que no caso de sobrevir lesão corporal leve a alguém, haveria concurso de crimes entre o incêndio doloso e a lesão corporal culposa.¹⁴⁵ Apesar de criticável, o mesmo entendimento foi esposado por Magalhães Noronha, que afirmou: “se sobrevier ofensa corporal leve, haverá concurso de delitos: o de perigo comum e o do artigo 129 § 6º”.

O artigo 258, além de prever os resultados morte e lesão para os casos de incêndio doloso, também prevê a incidência da causa de aumento quando os resultados advierem do incêndio culposo, sendo certo que, na modalidade dolosa, a hipótese de lesão que serve para majorar é tão somente a lesão grave, enquanto nos casos de incêndio culposo já incide a majorante independente de a lesão ser leve ou grave.

O fato de o resultado lesão no incêndio culposo não fazer distinção da gravidade foi objeto de crítica por parte de Francisco Baldessarini em seu volume do Tratado de Direito Penal da Livraria Jacinto:

Ora, ou a lesão deveria ser, em ambos os casos, grave; ou, havendo distinção, mais lógico seria exigir tal natureza no dolo e a leve na culpa. A circunstância da lesão leve só qualificar os crimes culposos cresce no terreno do absurdo se considerarmos que nem no latrocínio, delito hediondo

¹⁴³ Ibid., v. 3, p. 352.

¹⁴⁴ HUNGRIA, op. cit., v. 9, p. 10.

¹⁴⁵ Ibid., v. 9, p. 10.

em todas as legislações, o legislador de 1940 a considerou – e, por isso, merece censura – capaz de integrar a infração do art. 157 §3º.¹⁴⁶

No entanto, tal crítica não tem razão de ser, uma vez que o legislador manteve a coerência, na medida em que, ao tratar do crime de lesão corporal culposa, não fez distinção para os graus de lesão, não fazendo sentido que, ao tratar de uma lesão flagrantemente culposa, na medida em que seria decorrente de um incêndio culposos, desse tratamento diverso.¹⁴⁷

Apesar de permanecer em vigor até hoje, o Código de 1940, assim como os códigos que o antecederam, já foi objeto de projetos de reforma. O mais próximo de se concretizar foi o projeto de Nelson Hungria, de 1969.

O Projeto foi elaborado a partir da autorização concedida pelo Decreto n.º 1.490 de 8 de dezembro de 1962, pelo qual foi estabelecida uma Coordenação do Serviço de Reforma de Códigos, dentre os quais estava elencado o Código Penal.¹⁴⁸

1.7 Projeto de Código Penal de 1969: Nelson Hungria

Assim como já ocorrera no período que se seguiu ao Código de 1890, também o Código de 1940 foi sucedido por uma proliferação de leis penais complementares, que tinham por objetivo sanar as omissões no texto. Nilo Batista relaciona todas elas no primeiro volume de sua obra “Direito Penal Brasileiro”.¹⁴⁹

Aquele que ficou conhecido como código penal de 1969 foi fruto de um anteprojeto concluído por Nelson Hungria no ano de 1963 atendendo a um pedido feito por Jânio Quadros em 1961. O projeto de Hungria passou por revisão de uma comissão composta por ele mesmo e por Aníbal Bruno, Heleno Fragoso, Hélio Tornaghi e Roberto Lyra em 1965 e estranhamente, após quatro anos sem encaminhamento, acabou sendo editado através do Decreto-Lei n.º 1.004, de 21 de

¹⁴⁶ TENÓRIO, O. (Coord.). **Tratado de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Jacinto, 1943, v. 9, p. 59.

¹⁴⁷ NORONHA, op. cit., v. 3, p. 388.

¹⁴⁸ BRASIL. **Decreto n.º 1.490**, de 8 de novembro de 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dcm/dcm1490impressao.htm. Acesso em: 18 jan. 2020.

¹⁴⁹ ZAFFARONI et. al. **Direito Penal Brasileiro**. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. 1, p. 475-7.

outubro de 1969. A razão do estranhamento é que o Congresso Nacional fora fechado um mês antes em decorrência do Ato Institucional n.º 5.¹⁵⁰

Porém, em 1.º de dezembro de 1969, o Presidente Médici sancionou a Lei n.º 5.573, que modificou o texto do artigo 407 do Decreto-Lei n.º 1.004, fixando nova data para a entrada em vigor, qual seja, 1.º de agosto de 1970.¹⁵¹

Posteriormente, no dia 31 de julho de 1970, a Lei n.º 5.597 modificou novamente a data de entrada em vigor do novo Código, fixando-a em 1.º de janeiro de 1972.¹⁵²

Em mais dois adiamentos, a Lei n.º 5.749, de 1.º de dezembro de 1971,¹⁵³ e a n.º 5.857, de 7 de dezembro de 1972,¹⁵⁴ transferiram, respectivamente, para os dias 1.º de janeiro de 1973 e 1.º de janeiro de 1974 as datas de início de vigência.

Em seguida, a Lei n.º 6.063, de 27 de junho de 1974¹⁵⁵ determinou que o novo código penal entrasse em vigor simultaneamente ao Novo Código de Processo Penal, que ainda era um Projeto de Lei, de número 633, de 1975.¹⁵⁶

Por fim, após as várias prorrogações da data de sua entrada em vigor, o Decreto-lei foi revogado por meio da Lei n.º 6.578 de 11 de outubro de 1978.¹⁵⁷

No que tange à conceituação de dolo e culpa, o Projeto de Hungria, materializado no Decreto-Lei n.º 1.004/69, trazia uma inovação no que diz respeito à definição de culpa. No texto original constava a seguinte redação ao inciso II do art. 17:

II – culposo, quando o agente, deixando de empregar a cautela, a atenção ou a diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evita-lo.¹⁵⁸

¹⁵⁰ Ibid., v. 1, p. 479.

¹⁵¹ BRASIL. **Lei n.º 5.573**, de 1.º de dezembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L5573.htm. Acesso em: 18 jan. 2020.

¹⁵² Id., **Lei n.º 5.597**, de 31 de julho de 1970. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5597.htm. Acesso em: 18 jan. 2020.

¹⁵³ Id., **Lei n.º 5.749**, de 1.º de dezembro de 1971. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5749.htm. Acesso em: 18 jan. 2020.

¹⁵⁴ Id., **Lei n.º 5.857**, de 7 de dezembro de 1972. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5857-7-dezembro-1972-357946-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 25 mar. 2020.

¹⁵⁵ Id., **Lei n.º 6.063**, de 27 de junho de 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6063imprensa.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.

¹⁵⁶ NORONHA, op. cit., v. 1, p. 73.

¹⁵⁷ BRASIL. **Lei n.º 6.578**, de 11 de outubro de 1978. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6578.htm. Acesso em: 18 jan. 2020.

¹⁵⁸ PIERANGELI, 2004, op. cit., p. 541.

Percebe-se que pela redação o legislador fazia menção expressa às modalidades de culpa, tanto consciente quanto inconsciente.

Na exposição de motivos, escrita por Heleno Fragoso, a referência ao texto foi feita da seguinte maneira:

A culpa está em função da reprovabilidade da falta de observância por parte do agente, do cuidado exigível, ou seja, da diligência ordinária ou especial a que estava obrigado. Em substância, aqui estão as situações de negligência, imprudência e imperícia da lei vigente, porque é através delas que se apresenta a conduta reprovável de quem omite a cautela, a atenção ou a diligência devidas.¹⁵⁹

O texto do inciso II do artigo 17, que como citado acima definia culpa, foi um dos que sofreu modificação durante o período que sucedeu a aprovação do Decreto-Lei, juntamente com diversos outros dispositivos, com o intuito de aprimorar o texto legal, conforme foi destacado por Alfredo Buzaid em uma nova Exposição de motivos.¹⁶⁰

A lei que modificou o texto do artigo 17 recebeu o n.º 6016 e foi sancionada em 31 de dezembro de 1973. Dentre as alterações feitas está o título do artigo, anteriormente chamado de “Culpabilidade” e passando a se chamar “Crime doloso e crime culposo” e, além disso, houve praticamente o retorno à redação legal do Código de 1940 em relação ao crime culposo, definindo-o como sendo “II - Culposo quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.”¹⁶¹

Ao explicar a mudança, Alfredo Buzaid se referiu apenas à rubrica do artigo, nada mencionando em relação ao inciso II:

No artigo 17, o projeto altera a rubrica de “Culpabilidade” para “Crime doloso e culposo”, que é mais exata em face do seu enunciado.¹⁶²

¹⁵⁹Ibid., p. 514.

¹⁶⁰ É necessário acentuar, no entanto, que os estudos aprofundados do Código e do desejo de aprimorá-lo aconselharam a introdução de normas redefinidoras de alguns dos seus institutos. Destarte, são propostas alterações nos arts. 6.º, 8.º, 12, 14, 17, 26, 33, 34, 40, 44, 48, 54, 56, 64, 65, 66, 67, 69, 71, 75, 76, 84, 86, 88, 96, 97, 111, 114, 117, 121, 132, 133, 136, 138, 139, 144, 149, 154, 155, 157, 158, 160, 164, 165, 166, 170, 173, 174, 175, 177, 180, 182, 184, 186, 188, 195, 196, 197, 200, 204, 211, 212, 215, 218, 258, 259, 265, 267, 268, 271, 272, 274, 275, 276, 277, 282, 283, 284, 295, 298, 303, 305, 312, 314, 320, 322, 327, 330, 331, 334, 338, 339, 340, 342, 347, 362, 366, 367, 368, 377, 386, 387, 389, 392, 395, 403, 406 e 407 Ibid., p. 530.

¹⁶¹ BRASIL. **Lei n.º 6.016**, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6016-31-dezembro-1973-357598-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 29 mar. 2020.

¹⁶²PIERANGELI, 2004, op. cit., p. 531.

Com relação ao texto do Novo Código, a parte referente aos crimes contra a incolumidade pública ficou mantida no Título VIII, também dividido em três capítulos, sendo certo que os crimes de perigo comum ficaram no Capítulo I, assim como já ocorrera no Código de 1940.¹⁶³

Dentre os crimes de perigo trazidos pela nova legislação, as inovações ficaram por conta das criações dos arts. 279, 282, 287 e 289, que tratavam, respectivamente dos crimes de exposição a perigo por meio do uso de radiação ionizante ou substância radioativa; exercício ilegal da profissão de engenheiro ou arquiteto; embriaguez ao volante e perigo resultante de violação de regra de trânsito.¹⁶⁴

Na exposição de motivos do Código de 1969, elaborada pelo Ministro da Justiça à época, Ibrahim Abi-Ackel, ficou clara a preocupação decorrente do surgimento da energia nuclear e do risco por ela representado:

Com o aparecimento e utilização da energia nuclear, tornou-se imperiosa a criação de uma modalidade especial de crime de explosão, majorando-se a pena quando o meio empregado for o desencadeamento dessa energia. Também o abuso de radiação ionizante ou de substância radioativa constitui nova figura criminal, quando expuser a perigo a vida ou a integridade física de outrem.¹⁶⁵

No que tange às penas abstratamente cominadas, houve uma ligeira majoração no quantum máximo previsto para o crime de incêndio, passando de 6 para oito anos de reclusão, enquanto o crime de explosão teve a pena minorada de 6 anos para o máximo de 4. Outro crime que teve a pena minorada foi o de difusão de doença ou praga, passando do máximo de 5 anos para 3 anos.¹⁶⁶

Quanto aos resultados morte e lesão corporal, o Decreto-Lei n.º 1.004 não trouxe mudanças em relação ao Código de 1940, mantendo a idêntica redação do diploma precedente.

Não entrando em vigor o Código de 1969, manteve-se válido o Decreto-Lei n.º 2.848/40, que veio a sofrer, no ano de 1984, uma importante modificação em sua parte geral através da Lei n.º 7.209.

¹⁶³BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 out. 2019.

¹⁶⁴Ibid.

¹⁶⁵PIERANGELI, 2004, op.cit., p. 527.

¹⁶⁶Ibid., p. 594-7.

A exposição de motivos da Lei trazia ainda um resumo de todo contexto histórico que fez com que o Código de 1969 não entrasse em vigor, bem como a justificativa para a elaboração do texto que acabou sendo publicado na forma da Lei n.º 7.209/84, reformando a parte geral, como se depreende do item 6 da exposição de motivos:

6. Essa, em síntese, a razão pela qual instituí, no Ministério da Justiça, comissões de juristas incumbidas de estudar a legislação penal e de conceber as reformas necessárias. Do longo e dedicado trabalho dos componentes dessas comissões resultaram três anteprojetos: o da Parte geral do Código Penal, o do Código de Processo Penal e o da Lei de Execução Penal. Foram todos amplamente divulgados e debatidos em simpósios e congressos. Para analisar as críticas e sugestões oferecidas por especialistas e instituições, constituí as comissões revisoras, que reexaminaram os referidos anteprojetos e neles introduziram as alterações julgadas convenientes. Desse abrangente e patriótico trabalho participaram, na fase de elaboração, os Professores Francisco de Assis Toledo, Presidente da Comissão, Francisco de Assis Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Júnior, Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e René Ariel Dotti; na segunda fase, destinada à revisão dos textos e incorporação do material resultante dos debates, os Professores Francisco de Assis Toledo, Coordenador da Comissão, Dínio de Santis Garcia, Jair Leonardo Lopes e Miguel Reale Júnior.¹⁶⁷

A comissão deliberou, juntamente com o Ministro da Justiça, o adiamento da submissão a aprovação da reforma da parte especial do Código Penal, conforme consta do item 7 da já referida exposição de motivos:

7. Deliberamos remeter a fase posterior a reforma da Parte Especial do Código, quando serão debatidas questões polêmicas, algumas de natureza moral e religiosa. Muitas das concepções que modelaram o elenco de delitos modificaram-se ao longo do tempo, alterando os padrões de conduta, o que importará em possível descriminalização. Por outro lado, o avanço científico e tecnológico impõe a inserção, na esfera punitiva, de condutas lesivas ao interesse social, como versões novas da atividade econômica e financeira ou de atividades predatórias da natureza.¹⁶⁸

Em razão disso, a parte especial nunca sofreu uma reforma tão abrangente quanto a da parte geral, sendo certo que houve apenas algumas modificações no texto de determinados crimes, o que não alcançou os crimes de perigo comum, que permanecem com a mesma redação atribuída pelo Código de 1940 apesar de, como será destacado no item referente à sociedade de risco, os riscos sociais decorrentes

¹⁶⁷ Ibid., p. 638.

¹⁶⁸ Ibid., p. 638.

da exploração de atividades econômicas ter crescido em proporções não previstas à época.

1.8 Nova Parte Geral de 1984

Em 1980, foi determinada a criação de uma comissão de juristas com o objetivo de modificar tanto a legislação penal quanto a regulamentação da execução penal. A rigor, duas comissões foram criadas. A primeira delas foi integrada por Francisco de Assis Toledo, Francisco de Assis Serrano Neves, Ricardo Antonio Andreucci, Miguel Reale Júnior, Hélio Fonseca, Rogerio Lauria Tucci e René Ariel Dotti. A segunda comissão foi criada após a publicação do anteprojeto elaborado pela primeira e foi integrada por Francisco de Assis Toledo (comum às duas comissões), Dínio de Santis Garcia, Jair Leonardo Lopes e Miguel Reale Júnior. Do trabalho desenvolvido pelas comissões resultou a Lei n.º 7.209/84, que acabou ficando limitada à parte geral do Código, optando-se por reformar a parte especial em outro momento.¹⁶⁹¹⁷⁰

Especificamente no que diz respeito ao dolo e a culpa, o texto legal não teve mudança significativa entre o anterior (artigo 15 do texto originário) e o artigo 18 do novo texto, conforme destacado por Ibrahim Abi-Ackel na exposição de motivos:

Foram mantidas, nos arts. 14, 15, 17 e 18, as mesmas regras do Código atual, constantes, respectivamente, dos arts. 12, 13, 14 e 15, relativas aos conceitos de crime consumado e tentado, de desistência voluntária e arrependimento eficaz, de crime impossível, de dolo e culpa *stricto sensu*.¹⁷¹

A despeito da falta de mudança no texto, do ponto de vista doutrinário, a modificação foi significativa, pois na redação originária, o dolo e a culpa representavam o elemento psicológico-normativo do crime e integravam a culpabilidade, em razão de o código penal ter adotado a teoria causalista à época. A nova parte geral, no entanto, foi influenciada pela teoria finalista da ação,

¹⁶⁹ ZAFFARONI et al., op. cit., v. 1, p. 481-2.

¹⁷⁰ PIERANGELI, 2004, op. cit., p. 638.

¹⁷¹ Ibid., p. 639.

desenvolvida por Welzel entre as décadas de 30 e 60 do século XIX,¹⁷² passando o dolo e a culpa a integrarem a conduta, esta sendo analisada no fato típico, e não mais na culpabilidade.

Francisco de Assis Toledo, que presidiu¹⁷³ a comissão de reforma destacou o escopo finalístico do direito penal com a nova parte geral quando afirmou:

Por isso é que para o direito penal, só interessam as condutas que tenham um certo conteúdo finalístico, ou seja, toda e qualquer ação que possa ser reconduzida à vontade humana como razão de ser de seu aparecimento no mundo exterior. (...) Isso traz como consequência necessária o reconhecimento de que, como acentuou Welzel, o dolo e a negligência fazem parte da ação (não do juízo de culpabilidade), fato que, por si só, justifica a primeira grande divisão dos crimes em crimes dolosos e culposos, ou melhor, em crimes de ação dolosa e crimes de ação culposa.¹⁷⁴

Para diferenciar dolo de culpa, o autor se valeu da seguinte explicação:

A grande e irremovível distinção entre o crime doloso e o culposos está em que, no primeiro, a voluntariedade do agente alcança todo o seguimento do mundo da realidade descrito no tipo, inclusive o resultado típico; no segundo, essa voluntariedade esgota-se na causa de um resultado por ela não alcançado.¹⁷⁵

A vinculação do dolo ao conhecimento e à vontade continuava predominante entre os doutrinadores brasileiros. Miguel Reale Júnior, que integrou a comissão de reforma, destacou que:

A vontade pressupõe o conhecimento, pois só se pode querer o que se conhece, razão pela qual se diz que o dolo compõe-se de representação e vontade. A representação, como assevera CAVALEIRO DE FERREIRA, é termo que em português não expressa tão bem como a palavra conhecimento, o que importa em ter o agente ciência de todos os contornos da ação ou omissão, contornos relevantes à configuração típica da ação. Desse modo o agente deve conhecer todos os elementos da ação previstos como constitutivos do tipo penal.¹⁷⁶

Com relação ao dolo eventual, o autor demonstra estar filiado à teoria do consentimento, que será estudada entre as teorias acerca do dolo, no item 2.3,

¹⁷²BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. 23.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1, p. 129.

¹⁷³ TOLEDO, F. de A. **Princípios básicos de direito penal**: De acordo com a lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 67.

¹⁷⁴ Ibid., p. 83.

¹⁷⁵ Ibid., p. 84.

¹⁷⁶ REALE JÚNIOR, M. **Dos estados de necessidade**. São Paulo: José Bushatsky, 1971, v. 1, p. 220.

sendo certo que o nome por ele empregado é teoria do assentimento e a sua adesão à teoria fica evidente no seguinte trecho:

A meu ver o assentimento e a não confiança de que não ocorreria o resultado devem caminhar juntos, pois ao aderir à ação que confia possa eventualmente produzir o resultado, ou dito de outra forma, que não confia que não produzirá o resultado há, na verdade, um assentimento de que este resultado faça parte da sua intenção. O dolo é eventual quando o agente inclui o resultado possível de forma indiferente, como resultado da ação que decide realizar, assentindo em sua realização, que confia possa se dar.¹⁷⁷

¹⁷⁷ Ibid., p. 228.

2 PERIGO E DOLO SOB O PONTO DE VISTA DOUTRINÁRIO

Uma vez que o objeto do presente trabalho é a análise da compatibilidade entre os crimes de perigo e o instituto do dolo eventual, mostra-se relevante fazer um estudo teórico acerca do dolo e do perigo na doutrina, destacando as classificações de cada instituto.

2.1 Dolo: Conceito e classificações doutrinárias

Com relação ao dolo, como destaca Jescheck, as origens do instituto remontam ao Direito Romano, de onde teriam advindo muitas contribuições sobre o tema. O autor chega a afirmar que os juristas italianos medievais incorporaram o conceito de *dolus* do Direito Romano e o colocaram na condição de pressuposto de todos os delitos graves.¹⁷⁸

A doutrina brasileira mostra-se dividida em relação ao conceito de dolo e seus elementos constitutivos. O conceito que se mostra prevalente hoje e decorre da teoria finalista, que inspirou o Código Penal em sua reforma ocorrida em 1984, é aquele que o define como sendo “consciência e vontade de realizar os elementos do tipo”.¹⁷⁹

Entender o conceito de dolo não pode prescindir da análise histórica do tema, tanto no Brasil como fora. A compreensão do tema exige que se observe as teorias que influenciaram os textos legais.

O recorte histórico pode se dar a partir das duas últimas décadas do século XIX, momento no qual se verificou a prevalência da chamada teoria causalista no Direito Penal. O conceito de crime para os adeptos de tal teoria colocava o dolo e a culpa (chamados de elemento psicológico-normativo) na culpabilidade e, segundo Tavares, “deveria conter como seus elementos, a consciência do ato e do resultado,

¹⁷⁸ JESCHECK, H.-H. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Tradução de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1978, v. 1, p. 397.

¹⁷⁹ TAVARES, J. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 249.

a consciência da relação de causalidade, a consciência da ilicitude do comportamento e a vontade de praticar o ato e alcançar o resultado”.¹⁸⁰

A teoria causalista influenciou os autores do Código Penal de 1940, e seus adeptos entendiam o dolo como sendo a “vontade consciente de praticar um fato definido como crime”.¹⁸¹

A teoria finalista se desenvolveu na doutrina alemã na década de 1950 e passou a ser adotada no Brasil a partir da década de 1970. Dentre as contribuições da referida teoria está a mudança topográfica do dolo dentro do conceito de crime, uma vez que ele deixa de integrar a culpabilidade e passa a ser analisado dentro da conduta, no fato típico.¹⁸²

Na mudança do causalismo para o finalismo, o dolo passou a ser integrado também pelo:

conhecimento atual de todas as circunstâncias objetivas do tipo, incluindo as negativas (presentes em alguns delitos, por exemplo, a expressão “contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito”, estampada no crime de violação de domicílio, art. 150, CP; a expressão “sem consentimento”, no crime de introdução ou abandono de animais em propriedade alheia, art. 164, CP) e a vontade incondicionada de realizar o tipo (vontade de realização).¹⁸³

Conhecido como criador da teoria finalista da ação, Hans Welzel entendia o dolo da seguinte maneira:

El dolo, como mera decisión de un hecho, es penalmente irrelevante, ya que el derecho penal no puede afectar el mero ánimo de obrar. Solamente cuando conduce al hecho real y lo domina, es penalmente relevante. El dolo penal tiene siempre dos dimensiones: no es solamente la voluntad tendiente a la concreción del hecho, sino también la voluntad apta para la concreción del hecho (ver p. 190). Esta función finalista-objetiva del todo para el hecho, es siempre presumida en el derecho penal, cuando se define el dolo como consciencia del hecho y decisión del hecho. Con esta función, el dolo pertenece a la acción, porque distingue la estructura finalista de las acciones típicas dolosas, de la estructura solamente causal de producción de las acciones típicas culposas.
Dolo es conocimiento y querer de la concreción del tipo.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Ibid., p. 250.

¹⁸¹ DELMANTO, C. **Código Penal Anotado**. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 15.

¹⁸² TAVARES, 2018, op. cit., p. 250.

¹⁸³ Ibid., p. 250.

¹⁸⁴ WELZEL, H. **Derecho Penal: Parte General**. Tradução de Carlos Frontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 74.

Ao associar o dolo ao sentido da atividade, o finalismo acabou contribuindo também para a classificação do dolo, uma vez que na visão finalista o dolo se divide em dolo direto e eventual apenas, deixando de lado algumas concepções anteriores, que traziam ainda o dolo de ímpeto, de premeditação, dolo indireto, dolo determinado ou indeterminado.¹⁸⁵

A teoria social, adotada por Wessels e Jescheck também entendia o tipo como sendo composto por um elemento objetivo e um elemento subjetivo. Para Jescheck, o dolo significava “conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes al tipo legal.”¹⁸⁶ Acerca do que integraria esse conhecimento e vontade, o autor afirmava que:

El conocimiento del autor debe referirse a los elementos del tipo situados en el pasado y en el presente; además, el autor ha de prever en sus rasgos esenciales los elementos típicos futuros, en especial el resultado y el proceso causal. La voluntad consiste en la resolución de ejecutar la acción típica. Se extiende a todos los elementos objetivos conocidos por el autor que sirven de base a la decisión de la acción. La resolución distingue al dolo de las meras ilusiones, deseos y esperanzas. Por último, el dolo debe concurrir en el momento de la acción, siendo irrelevante un dolo antecedente o subsiguiente (dolus antecedens o subsequens).¹⁸⁷

Ao discorrer sobre a teoria social segundo a visão de Wessels, Tavares afirma que:

Tendo em vista que a ação socialmente relevante apresenta-se como uma conduta dirigida ou dirigível volitivamente a determinado objetivo, o tipo deve também ser segmentado em tipo objetivo e tipo subjetivo, e distinguindo, segundo o sentido da atividade, em tipos dolosos, culposos e omissivos.¹⁸⁸

Tavares ressalta ainda que, segundo a teoria social, o dolo teria uma dupla função, na medida em que funcionaria como um elemento da estrutura subjetiva do tipo e também um fator de reprovação na culpabilidade.¹⁸⁹

A teoria funcional, da qual os mais relevantes expoentes são Günther Jakobs e Claus Roxin. Jakobs tece críticas à importância do conhecimento como elemento integrante do dolo:

¹⁸⁵ TAVARES, J. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 138-9.

¹⁸⁶ JESCHECK, op. cit., v. 1, p. 398.

¹⁸⁷ Ibid., v. 1, p. 398-9.

¹⁸⁸ TAVARES, 2003, op. cit., p. 142.

¹⁸⁹ Id., 2018, op. cit., p. 250.

Puesto que de lo que se trata es de personas y no de sujetos, desde la perspectiva funcional los conocimientos actuales del sujeto carecen de la importancia que le concede la dogmática tradicional, naturalista y apegada al hecho psíquico. El conocimiento es un diagnóstico psíquico e individual y no coincide ni con el ámbito ni con la medida de los distintos ámbitos de responsabilidad. Esta afirmación ha recibido ya un amplio reconocimiento en el ámbito de la conciencia de la antijuridicidad: la regulación del Derecho positivo (§ 17 StGB*) admite que se imponga la pena íntegra cuando existe un conocimiento defectuoso evitable. Y, de hecho, ésta es la solución correcta cuando el desconocimiento tiene su origen en una posición de indiferencia frente al Derecho.¹⁹⁰

O autor aponta para uma contradição entre a concepção psicológica de dolo e a visão normativa da culpabilidade, que conduziria a uma situação paradoxal, na qual aquele que, por indiferença, não visualiza o risco que sua conduta pode ter em relação ao resultado, acaba respondendo na modalidade culposa, enquanto aquele que registra cuidadosamente todo perigo de sua conduta, acaba respondendo por crime doloso.¹⁹¹

2.1.1 Conceito de dolo: Teorias da vontade e do conhecimento

As diversas teorias acima destacadas tiveram impacto direto na conceituação de dolo e seus elementos constitutivos. As teorias acerca do dolo podem ser divididas em dois grupos, quais sejam, as teorias da vontade (volitiva) e do conhecimento (representação).

2.1.1.1 Teoria da vontade

A teoria volitiva mostra-se dominante no direito penal brasileiro e toma por base o conceito de dolo como sendo composto tanto pelo conhecimento do qual necessita o agente acerca do mal causado como pela vontade de realizá-lo.

¹⁹⁰ JAKOBS, G. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Lemiá e Bernardo Feijóo Sanchez. Madrid: Civitas, 2000, p. 55-6.

¹⁹¹ Ibid., p. 56.

Nesta linha de conceituação, Nilo Batista aponta o dolo como sendo a “vontade de realizar o tipo, guiada pelo conhecimento dos elementos do tipo objetivo necessários para sua configuração.”¹⁹²

Roxin afirma ser o dolo constituído pelo saber e querer (conhecimento e vontade) de todas as circunstâncias do tipo legal.¹⁹³ Na mesma linha de Roxin, Jescheck também afirmava ser o dolo composto pelo conhecimento e vontade acerca dos elementos objetivos do tipo,¹⁹⁴ como já foi demonstrado acima, ao tratar da teoria social da ação, por ele defendida.

Hungria definia o dolo como sendo representação (em clara referência à teoria da representação que será melhor detalhada no capítulo 3) e vontade do resultado antijurídico, mas fazia questão de incluir no conceito a consciência da injuricidade:

O dolo não é só representação e vontade do resultado antijurídico: é, também, consciência de que se age contrariamente ao direito, ou, mais concisamente, consciência da injuricidade. Sem o entendimento de oposição ao dever jurídico ou de que se incide no juízo de reprovação que informa o preceito incriminador, não há falar-se em dolo.¹⁹⁵

No mesmo sentido entendia Magalhães Noronha:

Mas o dolo não se exaure na vontade e representação do evento. Não basta o agente querer praticar o fato típico, é necessário também ter conhecimento da sua ilicitude. Dolo é vontade e representação do resultado, mas, igualmente, é ciência de oposição ao dever ético-jurídico: é ação no sentido do ilícito.¹⁹⁶

Juarez Tavares, ao enfrentar o conceito de dolo, faz referência ao conceito acima transcrito e refere a sua origem ao finalismo, destacando que ele persiste na dogmática penal brasileira até hoje. No entanto, o autor faz questão de apontar falhas no conceito e desenvolve um conceito próprio, afirmando que “o dolo será a

¹⁹² ZAFFARONI, E. R. et. al. **Direito Penal Brasileiro**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. 2, p. 270.

¹⁹³ ROXIN, C. **Derecho Penal**: Parte general. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, t. 1, p. 415.

¹⁹⁴ JESCHECK, op.cit., v. 1, p. 398.

¹⁹⁵ HUNGRIA, op. cit., v. 1, t. 2, p. 143.

¹⁹⁶ NORONHA, op. cit., v. 1, p. 145.

consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo, tendo como objetivo final a lesão ou o perigo concreto de lesão do bem jurídico”.¹⁹⁷

Para o autor, mostra-se fundamental a relação do agente com o resultado, seja ele uma lesão efetiva ou mesmo um perigo de lesão, como forma de mensurar a “intensidade do ingresso do agente na zona do ilícito”.¹⁹⁸

Helena Fragoso também se filiava à ideia de que dolo seria composto por consciência e vontade, ou seja, seria composto por um elemento cognitivo e um elemento volitivo. O elemento cognitivo consistiria justamente no “conhecimento do fato que constitui a ação típica”, ao passo que o volitivo seria representado pela vontade da sua realização.¹⁹⁹

Cezar Roberto Bitencourt, mais um a se filiar à teoria,²⁰⁰ ao discorrer sobre a teoria da vontade, deixa clara a importância de a vontade vir associada ao conhecimento do agente acerca das consequências que podem advir:

Na verdade, vontade e consciência (representação) são, numa linguagem figurada, uma espécie de irmãs siamesas, uma não vive sem a outra, pois a previsão sem vontade é algo completamente inexpressivo, indiferente ao Direito Penal, e a vontade sem representação, isto é, sem previsão, é absolutamente impossível, eis que vazia de conteúdo.²⁰¹

Muñoz Conde destaca a sua adesão à teoria da vontade da seguinte maneira:

Apesar dessas objeções, é preferível a teoria da vontade, porque, em última instância, todo o problema do dolo desemboca amplamente na demonstração do querer o resultado, sendo insuficiente a simples representação de sua produção provável. A demonstração desse querer suscita, na prática, diretamente problemas de prova, mas nem por isso dele se prescinde.²⁰²

Percebe-se, assim, que apesar de escreverem em momentos históricos distintos e até mesmo se filiarem a correntes doutrinárias diversas acerca do modelo de ação adotado, o conceito de dolo sendo composto por consciência e vontade de realização do tipo mostra-se comum e majoritário.

¹⁹⁷ TAVARES, 2018, op. cit., p. 249.

¹⁹⁸ Ibid., p. 249

¹⁹⁹ FRAGOSO, H. C. **Lições de direito penal**: parte geral. 16.^a ed. São Paulo: Forense, 2003, p. 209.

²⁰⁰ BITENCOURT, op. cit., v. 1, p. 368.

²⁰¹ Ibid., p. 367.

²⁰² CONDE, F. M. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 61.

2.1.1.2 Teoria do conhecimento

A teoria do conhecimento (ou da representação) exclui do dolo o elemento volitivo, exigindo tão somente que o agente tenha representado, previsto o resultado.

Os problemas da teoria da vontade, que acabaram dando ensejo ao surgimento da teoria da representação, foram bem descritos por Muñoz Conde:

Parece preferível a teoria da vontade, porquanto, apesar de ter em conta o elemento volitivo, delimita com maior nitidez o dolo e a culpa. Inobstante, também contra ela se opuseram objeções. Em primeiro lugar, porque assume algo que não ocorre na realidade: que o autor supõe o que faria, caso o resultado fosse de produção certa. Evidentemente a teoria da vontade se ocupa de confrontar o delinquente com o resultado, quando este ainda não se tenha produzido, imaginando-o como efetivamente acontecido. Em segundo lugar, porque nem sempre se pode demonstrar um querer efetivo, nem mesmo nos casos em que o autor imagine um resultado certo. Inclusive, no dolo direto de segundo grau se satisfaz com a representação da necessária produção do resultado concomitante.²⁰³

O principal representante da teoria da representação foi Von Liszt, para quem o dolo seria a “representação da importância do ato voluntário como causa (representação da causalidade)”.²⁰⁴

O autor deixava claro que o uso da palavra “voluntário” no conceito por ele trazido, se refere apenas ao ato, que para ele não seria nada mais do que o movimento muscular:

Segundo a teoria da representação, o dolo consiste na representação do resultado e da relação de causalidade entre este e o acto voluntario. Querido é somente o acto (a resolução e o movimento muscular); desejado e intencionado pode ser o resultado. A intenção designa o fim que o agente visa, o motivo que determina a sua resolução, e por consequência é elemento distinto do dolo. Este pode dar-se ainda quando o agente não tenha por fim o móvel de sua acção o resultado. A teoria da representação evita assim toda dubiedade e equívoco da linguagem, e ao mesmo tempo introduz a clareza e a precisão em uma matéria em que, pode-se dizer, é tradicional a confusão.²⁰⁵

Quem também se mostrou adepto da teoria da representação foi Reinhard Frank, que procurou estabelecer fórmulas para definir o que seria dolo. As fórmulas

²⁰³ Ibid., p. 61

²⁰⁴ VON LISZT, op. cit., v. 1, p. 270.

²⁰⁵ Ibid., v. 1, p. 271.

de Frank serão melhor detalhadas no capítulo 3, oportunidade em que será aprofundado o estudo das teorias doutrinárias e seu impacto no dolo eventual.

Entre os doutrinadores brasileiros, a teoria da representação não foi adotada, sendo certo que autores como Nelson Hungria, Magalhães Noronha, Aníbal Bruno, Heleno Fragoso, Nilo Batista e Juarez Tavares, entre outros, se filiaram à teoria da vontade, entendendo o dolo como consciência e vontade da produção do resultado.

Mais recentemente, a teoria da representação tem encontrado adeptos no direito brasileiro e também no exterior, a partir daquela que ficou conhecida como “teoria do dolo sem vontade”. Dentre os autores que a ela se filiam no plano internacional, merecem destaque Ingeborg Puppe e Gabriel Péres Barberá. No Brasil, dentre seus representantes estão Luis Greco, Eduardo Viana, Pedro Jorge Costa e Guilherme Lucchesi.

Na linha defendida por Von Liszt, de que a vontade seria tão somente o movimento corpóreo, mesmo abordando o tema com um século de diferença, Eduardo Viana destaca que:

Finalmente, como consequência dos três itens anteriores, somos forçados a considerar que, se se quer insistir com a ideia de vontade dentro do conceito de dolo, é preciso ter em mente que a vontade é sempre o que se faz. É possível considerar o seguinte exemplo: Eu quero levantar meu braço; eu levanto meu braço. Enquanto eu não o levantar, simplesmente não quis fazê-lo; talvez tenha desejado, pensado, representado, mas não querido. Apenas quando eu realizo o movimento é possível dizer que eu quis, donde é possível concluir que “a vontade é o ato”. Isso significa que a vontade, em sentido psicológico, não é propriamente elemento do dolo, mas, sim, inerente ao próprio comportamento humano, como mínimo; no ato está implícita a postura psíquica do indivíduo.²⁰⁶

Segundo Nelson Hungria “Pela leitura da exposição de motivos, não padece dúvida de que o Código adotou a teoria do consentimento”.²⁰⁷

Para explicar e refutar a alegação de que o Código Penal teria adotado a teoria do consentimento, Luís Greco faz inclusive referência ao erro de tipo incriminador e a exclusão do dolo em caso de desconhecimento acerca de alguma circunstância do tipo:

Parece-me, aliás, que o principal dispositivo do qual realmente se pode deduzir algo sobre o conceito de dolo em nosso direito positivo não é o art. 18, I, mas sim o art. 20, que fala do erro de tipo. Daí deriva que a falta de

²⁰⁶ VIANA, E. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 170.

²⁰⁷ HUNGRIA, op. cit., v. 1, t. 2, p. 122.

conhecimento exclui o dolo; logo, dolo pressupõe, no mínimo, conhecimento. Já o art. 18, I, é completamente inconclusivo; sequer o único conceito ali presente que a primeira vista parece claro, o de “querer o resultado”, não o é, pois pode ser compreendido tanto em sentido psicológico (“querer” no sentido de almejar, aprovando, desejando), como no sentido normativo (“querer” no sentido de não poder isentar-se de responsabilidade alegando que não queria).²⁰⁸

A análise sistemática por Greco desempenhada não é, no entanto, imune a críticas, na medida em que se por um lado o erro de tipo aponta no sentido de que o relevante é o conhecimento, por outro, nos casos de coação física irresistível, atos reflexos e estados de inconsciência (doutrinariamente aceitos o sonambulismo e a hipnose), afastam a punição da conduta em tais casos justamente por neles estar ausente a vontade.²⁰⁹

Em seu artigo intitulado “dolo sem vontade”, Luís Greco tece críticas à ideia do dolo ser constituído pela vontade, na medida em que se assim fosse, a chave da responsabilização estaria com o agente e não com o contexto fático concreto, ao afirmar que:

Considerar decisiva para o dolo a vontade de quem atua significa, em última análise, atribuir a quem atua a competência para decidir se há ou não dolo. Ocorre que não é o agente, e sim o direito quem tem de exercer essa competência.²¹⁰

Com a devida vênia, a tese defendida por Greco não se mostra acertada, na medida em que compete ao juiz analisar os elementos fáticos e a partir deles aferir se a conduta do agente foi dolosa ou não. As críticas à concepção meramente cognitiva do dolo serão melhor detalhadas no Capítulo 3 do presente trabalho, sendo certo que não entendo ser pertinente a concepção do dolo apartado do elemento volitivo.

²⁰⁸ GRECO, L. Algumas observações introdutórias à “Distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, I. **Distinção entre dolo e culpa**. Barueri: Manole, 2004, p. 17.

²⁰⁹ PITA, M. del M. D.. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização. In: BUSATO, P. C. (Coord.). **Dolo e Direito Penal: Modernas tendências**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 22.

²¹⁰ GRECO, R. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS, A. (Coord.). **Liber Amicorum de José de Sousa e Brito**. Coimbra: Almedia, 2009, p. 896.

2.1.2 Classificações doutrinárias do dolo

Partindo da conceituação mais aceita de dolo no direito penal, qual seja, de que ele é composto por consciência e vontade de praticar o ato ilícito, percebe-se que o instituto é composto por dois elementos.

Com relação ao conceito mais aceito estar correto ou não, o tema será objeto de estudo específico acerca dos entendimentos doutrinários sobre o tema, passando pelas diversas teorias, cujo maior impacto se dá sobre a modalidade do dolo eventual, como será demonstrado no Capítulo 3.

Antes, porém, de serem enfrentadas as teorias que divergem sobre os elementos constitutivos do dolo, mister se faz a explicação da classificação doutrinária do dolo.

O direito alemão, que serve de inspiração para o direito brasileiro, costuma trabalhar com a chamada tripartição do dolo dividindo-o em três formas, quais sejam, o dolo direto de primeiro grau, o dolo direto de segundo grau e o dolo eventual.²¹¹

Juarez Tavares, no entanto, afirma existirem apenas duas espécies de dolo, quais sejam, o dolo direto e o dolo eventual. Para o autor, os graus do dolo direto não seriam modalidades autônomas de dolo, mas sim, espécies do gênero dolo direto.²¹²

Cezar Roberto Bitencourt, ao discorrer sobre o dolo direto, afirma ser ele composto por três elementos, notadamente a representação, o querer e o anuir, os quais descreve da seguinte maneira:

1) a representação do resultado, dos meios necessários e das consequências secundárias; 2) o querer a ação, o resultado, bem como os meios escolhidos para a sua consecução; 3) o anuir na realização das consequências previstas como certas, necessárias ou possíveis, decorrentes do uso dos meios escolhidos para atingir o fim proposto ou da forma de utilização desses meios.²¹³

²¹¹ COSTA, P. J. **Dolo penal e sua prova**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 42. (Coleção Ciência Criminal Contemporânea, 3).

²¹²TAVARES, 2018, op. cit., p. 271.

²¹³ BITENCOURT, op. cit., v. 1, p. 370.

O dolo direto, segundo a doutrina majoritária, pode ser dividido em dolo direto de primeiro grau e dolo direto de segundo grau, que serão analisados separadamente.

2.1.2.1 Dolo direto

O dolo direto encontra-se descrito na primeira parte do inciso I do artigo 18 do Código Penal e se caracteriza pelo uso da expressão “quis o resultado”, demonstrando, de acordo com o entendimento doutrinário majoritário (destacado na seção 2.1.1), a vinculação do resultado produzido à vontade do agente.²¹⁴

A doutrina trabalha com subdivisões do dolo direto em modalidades distintas, quais sejam o dolo direto de primeiro grau e o dolo direto de segundo grau.

2.1.2.1.1 Dolo direto de primeiro grau

O dolo direto de primeiro grau, também chamado de dolo imediato, encontra-se previsto na primeira parte do inciso I do artigo 18 do Código Penal e se caracteriza pela locução “quis o resultado”.²¹⁵

Na lição de Nilo Batista, há dolo direto de primeiro grau “quando a vontade abrange a produção do resultado típico como um fim em si mesmo.”²¹⁶

Juarez Tavares afirma ter havido uma mudança na conceituação do que seria dolo direto de primeiro grau e que de acordo com a doutrina mais recente “haverá dolo direto de primeiro grau quando o resultado é tomado pelo agente como seu objetivo final ou consequência necessária de sua conduta”.²¹⁷

O conceito trazido por Tavares se coaduna com a conceituação trazida por Roxin, ao abordar a intenção e afirmar que “[e]n primer lugar, es seguro que, cuando lo que le importa al sujeto es el resultado que persigue, existe intención, aún cuando

²¹⁴ BRASIL, 1940, op. cit.

²¹⁵ Ibid.

²¹⁶ ZAFFARONI et al., op. cit., v. 2, p. 275.

²¹⁷ TAVARES, 2018, op. cit., p. 272.

la producción del resultado no se represente como segura, sino sólo como posible.”²¹⁸

Aliás, o uso da palavra “intenção”(intención, Absicht)para referir-se ao que hoje a doutrina chama de dolo direto de primeiro grau era usada tanto por Roxin, quanto por Jescheck, que distinguia o dolo a partir de três modalidades, quais sejam, “la intención (Absicht), el dolo direto (direkter Vorsatz) y el dolo eventual (bedingter Vorsatz).”²¹⁹

Para Jescheck, “[i]ntención significa que el autor persigue la acción típica o, en su caso, el resultado requerido por el tipo. En la intención domina, pues, el factor de voluntad del dolo.”²²⁰

Juarez Cirino chamou atenção para a diferença de nomenclatura utilizada pelos autores, afirmando que a despeito das variações, não haveria alteração na estrutura da sistematização:

Para começar, a teoria penal moderna distingue três espécies de dolo: a) intenção, também denominada dolus directus de 1º grau; b) propósito direto, também denominado dolus directus de 2º grau; c) propósito condicionado, ou dolus eventualis.²²¹

Na mesma linha de tratar intenção como sinônimo de dolo direto de primeiro grau, vale citar Helmut Frister:

La acción del autor puede ser interpretada, por distintas razones, como decisión consciente en favor del acontecer descrito en el tipo objetivo. El autor puede haber ejecutado la acción precisamente con el fin de producir el acontecer típico. Esta forma más intensa del dolo se denomina intención o dolus directus de primer grado.²²²

A redação do inciso I do artigo 18 do Código Penal aponta no sentido de que o diploma legal se filiou no que tange ao dolo direto, à teoria volitiva, desenvolvida por Francesco Carrara.²²³

²¹⁸ ROXIN, op. cit., t. 1, p. 418.

²¹⁹ JESCHECK, op. cit., v. 1, p. 401.

²²⁰ Ibid., v. 1, p. 402.

²²¹ SANTOS, J. C. dos. **Direito Penal**: Parte Geral. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006, p. 65.

²²² FRISTER, H. **Derecho penal**: Parte general. Buenos Aires: Hammurabi, 2016, p. 224.

²²³ COSTA, P. J., op. cit., p. 235.

O dolo direto de primeiro grau traz como exigência a plena consciência do agente acerca do fim por ele visado, ou seja, o seu objetivo, restando afastado este dolo quando houver incerteza acerca do que pode decorrer da sua conduta.²²⁴

Neste sentido, também se posiciona Gustavo Vitale:

El dolo directo de primer grado, al que designo aquí como dolo de primer grado (y al que me refiero en el punto a) apartado anterior). El dolo sería aquí la intención, la búsqueda, e propósito de causar un resultado típico. Este último sería la meta de su acción, que el autor se representa mentalmente como segura o prácticamente segura.²²⁵

Assiste razão tanto a Tavares quanto a Vitale em suas posições, ou seja, o dolo direto de primeiro grau abarca tão somente aqueles resultados que foram efetivamente desejados pelo agente. Sempre que o resultado passível de decorrer de sua conduta figurar no plano da hipótese e com algum grau de certeza na sua produção, restará afastado o dolo direto de primeiro grau, podendo, no entanto, subsistir o dolo direto de segundo grau, como será melhor detalhado a seguir.

Por derradeiro, cabe destacar que o dolo direto de primeiro grau pode incidir tanto nos chamados delitos de resultado, nos quais o dolo do agente se volta diretamente à produção do resultado proibido, quanto nos delitos de mera conduta (ou mera atividade), onde o dolo se volta para a realização da ação típica.²²⁶

2.1.2.1.2 Dolo direto de segundo grau

Também chamado de dolo de consequências necessárias, o dolo direto de segundo grau engloba as hipóteses em que o agente, embora não queira com a mesma intensidade do que no dolo direto de primeiro grau, verifica que a sua atuação acarretará necessariamente outros resultados, além daquele por ele almejado e ainda assim prossegue.

²²⁴ TAVARES, 2018, op. cit., p. 272-3.

²²⁵ VITALE, G. L. **Dolo eventual como construcción desigualitaria y fuera de la ley**: un supuesto de culpa grave. Buenos Aires: Del Puerto, 2013, p. 19.

²²⁶ CONDE, op. cit., p. 59.

É importante não confundir o dolo direto de segundo grau com o dolo eventual, que será analisado a seguir. Roxin, diante da possibilidade de confusão entre os institutos, assim diferenciou:

La delimitación entre el dolo directo (de segundo grado) y el dolo eventual es sencilla: cuando falta la intención y el sujeto no está seguro de si una determinada circunstancia del hecho concurre o de si se producirá una consecuencia típica, no existe en ningún caso *dolus directus* (de segundo grado), sino a lo sumo dolo eventual, que habrá que distinguir aún de la imprudência consciente.²²⁷

De forma sintética, Nilo Batista destaca que no dolo direto de segundo grau o resultado se representa como inexorável, enquanto no dolo eventual se mostra apenas como possibilidade.²²⁸

No dolo direto de segundo grau, o agente prevê com segurança a produção de resultados típicos, ou seja, prevalece o conhecimento dele acerca dos desdobramentos seguros de seu atuar. Pelo fato de haver segurança acerca da produção de resultados necessários, o dolo direto de segundo grau deve ser equiparado ao dolo direto de primeiro grau, pelo menos no que tange ao conteúdo da ação e sua culpabilidade. A única diferença talvez esteja no fato de o agente nutrir uma esperança de que por alguma casualidade, o resultado não aconteça.²²⁹

Chama atenção o fato de a doutrina trabalhar com um medidor de intensidade do dolo, atribuindo uma reprovabilidade maior ao chamado dolo direto de primeiro grau e uma menos intensa para o dolo direto de segundo grau.

Pedro Jorge Costa destaca que nos casos de dolo direto de segundo grau “a intensidade comunicativa do dolo decorre da ligação entre o resultado intencionado e o resultado típico que decorre da sua ação necessariamente ou com altíssima probabilidade”.²³⁰

Gimbernat Ordeig, ao tratar do dolo de segundo grau ressalta o fato de que o agente, apesar de não perseguir diretamente o resultado típico, sabe que este se encontra vinculado necessariamente à meta que pretende alcançar.²³¹

²²⁷ ROXIN, op. cit., t. 1, p. 424.

²²⁸ ZAFFARONI et al., op. cit., v. 2, p. 276.

²²⁹ JESCHECK, op. cit., v. 1, p. 403-4.

²³⁰ COSTA, P. J., op. cit., p. 235.

²³¹ GIMBERNAT ORDEIG, E. **Evolución del concepto de dolo eventual en la doctrina y en ja jurisprudencia españolas**. In: MAIER, J. B. et al. (Coord.). *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo: Libro en homenaje a Eberhard Struensee*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2011, p. 242.

Como exemplos de dolo direto de segundo grau, o autor cita os casos em que o agente mata uma mulher sabendo que ela está grávida (dolo direto de segundo grau em relação ao aborto) e o caso do indivíduo que arremessa uma pedra para atingir uma pessoa que está dentro de casa e com as janelas fechadas (dolo direto de segundo grau em relação ao dano à janela).²³²

Muñoz Conde destaca o fato de que as eventuais diferenças psicológicas existentes entre o dolo direto de primeiro e de segundo grau não representam necessariamente valorações penais diferentes, uma vez que são igualmente graves produzir a morte de uma pessoa como objetivo direto e considerar tal morte uma consequência necessária do objetivo almejado.²³³

Os exemplos trazidos pela doutrina para os casos de dolo direto de segundo grau acabam versando sobre bombas em meios de transporte coletivo. Dentre os exemplos mais tradicionais encontra-se o de Thomas, mencionado por Jescheck e por Roxin, que carregou um barril cheio de explosivos em um transatlântico, desejando obter dinheiro de seguro. Apesar de o seu dolo principal versar sobre questões econômicas, sabia da chance, quase em nível de certeza, de a explosão matar a tripulação, o que efetivamente ocorreu. O tribunal alemão condenou Thomas por crime doloso.²³⁴²³⁵

Outro exemplo tradicional é o da bomba colocada em um avião, em que o agente desejava a morte de um passageiro específico, mas tinha clareza de que a explosão vitimaria também os demais passageiros, bem como a tripulação.²³⁶

Resta claro que o dolo direto de segundo grau é perfeitamente compatível com a teoria volitiva, à qual se filiou o Código brasileiro para referir-se ao dolo direto.

Nilo Batista chama o dolo direto de primeiro grau de dolo imediato e o dolo direto de segundo grau de dolo mediato, definindo-o assim:

Existe dolo direto de segundo grau, também chamado mediato, quando o resultado típico constitui inexorável efeito dos meios escolhidos pelo agente, meios estes que devem estar abrangidos por sua vontade tanto quanto o fim por ele procurado. Por isso também denominado dolo de consequências necessárias. Quem, para matar seu desafeto que embarcou em um vôo transatlântico, coloca uma bomba na aeronave que explode sobre o oceano,

²³² Ibid., p. 243.

²³³ CONDE, op. cit., p. 60.

²³⁴ JESCHECK, op. cit., v. 1, p. 404.

²³⁵ ROXIN, op. cit., t. 1, p. 424.

²³⁶ TAVARES, 2018, op. cit., p. 276.

pode, até sinceramente, não desejar as mortes inexoráveis dos demais passageiros e da tripulação, porém a incorporação de sua vontade fez do meio executivo (explosão), nas circunstâncias em que o empregou, exprime que essas “consequências necessárias” – as demais mortes – também eram diretamente desejadas por ele.²³⁷

Juarez Tavares destaca aspectos relevantes e que poderiam levar a questionamentos acerca da inclusão do dolo de segundo grau como modalidade de dolo direto. O questionamento parte da premissa de que, diferente do que ocorre com o dolo direto de primeiro grau, onde prevalece o elemento volitivo do agente, no de segundo grau há a prevalência do elemento intelectual sobre o volitivo, uma vez que o agente não quer o resultado como objetivo final nem como intermediário, mas sim o percebe como consequência paralela.²³⁸

Acerca do clássico exemplo da bomba no avião, Tavares discorda da caracterização como dolo direto de segundo grau, entendendo haver ali um dolo direto de primeiro grau:

Exemplo mais difundido de dolo direto de segundo grau é o da pessoa que, querendo matar seu desafeto, coloca uma bomba no avião em que ele se encontrava. A doutrina considera que a morte dos passageiros com a queda do avião, não é consequência necessária da conduta, mas essa é uma afirmação equivocada. Dadas as características do desastre aéreo, a queda do avião em virtude da explosão deve ser considerada consequência inevitável e, assim, necessária do acidente. Nesse caso, haverá dolo direto de primeiro grau.²³⁹

A crítica de Tavares alcança também o supramencionado exemplo clássico da explosão provocada por Thomas em um navio. Para o autor:

O caso Thomas é importante para mostrar a existência de dolo direto de primeiro grau ou de dolo eventual, ou de culpa consciente ou inconsciente, nada sobrando para o dolo direto de segundo grau, porquanto esse ou se inclui no dolo direto de primeiro grau ou no dolo eventual.²⁴⁰

A despeito das divergências acerca do tema, ainda é prevalente na doutrina a divisão do dolo direto em primeiro e segundo grau.

²³⁷ ZAFFARONI et al., op. cit., p. 275-6.

²³⁸ TAVARES, 2018, op. cit., p. 274.

²³⁹ Ibid., p. 276.

²⁴⁰ Ibid., p. 278.

2.1.2.2 Dolo indireto

Diferentemente do dolo direto, no qual o agente quer o resultado, no dolo indireto não há vontade direta do agente na produção do resultado específico.

Magalhães Noronha se referia ao Dolo indireto da seguinte maneira:

É indireto quando, apesar de querer o resultado, a vontade não se manifesta de modo único e seguro em direção a ele, ao contrário do que sucede na espécie anterior. Comporta duas formas: o alternativo e o eventual.²⁴¹

A classificação usando a expressão do dolo indireto hoje se mostra minoritária, embora muitos autores ainda a utilizem. Os adeptos da classificação se valem da distinção constante da citação acima transcrita, qual seja, em dolo alternativo e dolo eventual.

2.1.2.2.1 Dolo alternativo

A modalidade alternativa de dolo é representada pelas hipóteses em que o agente não tem a sua vontade exclusivamente voltada para a produção de um resultado específico ou mesmo em relação à pessoa contra a qual a conduta é praticada.

Rogério Greco, acerca da alternatividade em relação ao resultado ou sobre a pessoa, assim explica:

Quando a alternatividade do dolo disser respeito ao resultado, fala-se em alternatividade objetiva; quando a alternatividade se referir à pessoa contra a qual o agente dirige sua conduta, a alternatividade será subjetiva.²⁴²

O autor destaca o fato de que o dolo alternativo acaba representando uma mistura entre o dolo direto e o dolo eventual, citando para tanto o exemplo onde o agente atua com dolo alternativo de lesionar ou matar alguém. O dolo seria direto no

²⁴¹ NORONHA, op. cit., v. 1, p. 146.

²⁴² GRECO, R. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, v. 1, p. 291.

que tange à ofensa intencional da pessoa específica e, no entanto, seria eventual em relação ao resultado, na medida em que demonstra indiferença quanto à produção de um ou outro resultado.²⁴³

Rogério Sanches, ao tratar do dolo alternativo, conceitua a modalidade da seguinte maneira:

Ocorre quando o agente prevê uma pluralidade de resultados, dirigindo a sua conduta para perfazer qualquer deles com a mesma intensidade de vontade (ex.: quero ferir ou matar, tanto faz). Nesse caso, o agente deve responder pelo crime mais grave, pois sua intenção projetou-se também para esse sentido.²⁴⁴

Apesar de haver autores que entendem o dolo alternativo como modalidade superada e em razão disso sequer tratam do tema, a doutrina brasileira ainda aborda a modalidade, cabendo trazer também a lição de Juarez Cirino sobre o tema:

Todas as espécies de dolo podem existir sob a forma de dolo alternativo, caracterizado por uma ação com alternativas típicas excludentes. Exemplos: a) A atira em B para matar ou, simplesmente, ferir; b) A atira para matar B ou, pelo menos, o cachorro de B; c) A atira para matar o cachorro de B, mas conforma-se com a possibilidade prevista de matar B, próximo ao animal.²⁴⁵

Sheila Bierrenbach, em oposição à existência do dolo alternativo, defende que a hipótese para a qual ele fora pensado seria, em verdade, caso clássico de dolo direto:

Parte da Doutrina faz a distinção entre dolo direto e indireto, subdividindo o dolo indireto em alternativo ou eventual. Neste sentido, no caso do dolo alternativo, em que o agente atira, para matar ou ferir, ocorreria dolo indireto e não dolo direto.

Descabe tal entendimento. Assim, se o agente atira na vítima, querendo matá-la ou feri-la, nos termos da lei, age com dolo direto.²⁴⁶

Ingeborg Puppe aponta no sentido de que o dolo alternativo representaria, em verdade, hipótese de concurso de crimes, na medida em que o agente, a despeito de ter realizado um único movimento corporal, realizou o elemento subjetivo de dois

²⁴³ Ibid., v. 1, p. 291.

²⁴⁴ CUNHA, R. S. **Manual de Direito Penal**: Volume único. Salvador: Juspodium, 2018, t. 1, p. 231.

²⁴⁵ SANTOS, op. cit., p. 149.

²⁴⁶ BIERRENBACH, S. **Teoria do Crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 103.

tipos penais distintos. Pelo fato de ser uma única ação, a modalidade de concurso de crimes aplicável à hipótese seria o concurso formal.²⁴⁷

Para a autora, inclusive, a aplicação da pena do crime mais grave é a solução ajustada para o caso, nos moldes do concurso formal:

A regra de cominação da pena do § 52, que só prevê a aplicação da pena cominada ao mais grave dos delitos realizados, é a solução adequada ao problema da identidade parcial do injusto de diversas realizações de tipos. Todos os graus de congruência parcial entre injustos típicos podem ser tratados adequadamente por tal regra. Por isso não se trata injustamente quem age com dolo alternativo se ele for condenado por incorrer nos dois tipos subjetivamente realizados. O fato de que o perigo doloso por ele criado contenha a realização meramente alternativa e não cumulativa de ambos os tipos, pode ser levado em conta na medição da pena com base na cominação do delito mais grave.²⁴⁸

2.1.2.2.2 Dolo eventual

A segunda modalidade de dolo indireto aceita pela doutrina e um dos focos do presente estudo é o dolo eventual, instituto que recebe críticas em razão de sua redação aberta e que possibilita interpretações amplas acerca de suas hipóteses de incidência.

O dolo eventual encontra-se positivado na parte final do inciso I do artigo 18 e é usado nas hipóteses em que o agente “assumiu o risco” de produzir o resultado.

Nilo Batista afirma haver dolo eventual:

Existe dolo eventual, também chamado indireto ou condicionado, quando o resultado típico constitui efeito apenas possível dos meios escolhidos pelo agente, que não obstante, o incorpora à sua vontade.²⁴⁹

O autor prossegue e ao analisar o que seria o ato de assumir o risco menciona que tal assertiva representaria a postura de aceitar seriamente que o

²⁴⁷ PUPPE, I. **A distinção entre dolo e culpa**. Tradução de Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 142-3.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 143.

²⁴⁹ ZAFFARONI et al., *op. cit.*, v. 2, p. 276.

resultado típico ocorra, partindo da impossibilidade de dissociação entre os meios por ele eleitos e o fim ao qual não renunciou.²⁵⁰

O conceito acima transcrito vai ao encontro do empregado por Roxin, que assim define o instituto:

Quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente – aunque sólo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo – en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo.²⁵¹

Na mesma linha é o entendimento de Jescheck, para quem:

Dolo eventual significa que el autor considera seriamente como posible la realización del tipo legal y se conforma con ella. El contenido de injusto del dolo eventual es menor que e de las otras dos clases de dolo, ya que en aquél ni se persigue el resultado ni es segura su producción, sino que se abandona al curso de las cosas²⁵²

Cabe destacar que no conceito acima, o autor faz referência a duas modalidades anteriores de dolo, que são justamente o dolo direto de primeiro grau, por ele chamado de “intención” e o dolo direto de segundo grau, por ele chamado de “dolo directo”.

Juarez Tavares também alinha o seu pensamento no sentido de que no dolo eventual, apesar de o agente não querer diretamente o resultado, realiza a sua conduta a despeito da possibilidade ou probabilidade de que aconteça.²⁵³

Enrique Gimbernat Ordeig também conceitua o dolo eventual da mesma forma, afirmando que nele “el autor, a pesar de la posibilidad de producción del resultado, prefirió la ejecución de la acción peligrosa a renunciar por completo a la acción”.²⁵⁴

A doutrina diverge, tanto no Brasil quanto no exterior, acerca do conceito trazido pelos autores acima mencionados, uma vez que não há consenso se a mera possibilidade da produção do resultado seria suficiente para que se pudesse falar na imputação dolosa.

²⁵⁰ Ibid., v. 2, p. 277.

²⁵¹ ROXIN, op. cit., t. 1, p. 425.

²⁵² JESCHECK, op. cit., v. 1, p. 404-5.

²⁵³ TAVARES, 2018, op. cit., p. 279.

²⁵⁴ GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., p. 178-9.

As discussões passam pelo conflito entre o dolo eventual e a culpa consciente, bem como pela aparente incongruência por parte do legislador, na medida em que fez a inclusão em um mesmo dispositivo (artigo 18, I do CP) de conceitos muito distintos de dolo, sendo certo que na primeira parte (dolo direto) resta clara a adoção da teoria da vontade e na parte final (dolo eventual), aponta no sentido da teoria do consentimento.

As divergências doutrinárias, no entanto, serão enfrentadas no capítulo 3 do presente trabalho.

Um ponto que acaba ampliando as críticas ao dolo eventual é justamente o fato de não haver formas seguras de identificar a reação tomada pelo agente em relação à produção do resultado. Neste sentido, Bernardo Feijó afirma:

Para afirmar la existencia de dolo el juzgador debe constatar que el autor conocía los requisitos objetivos del tipo y que no se encontraba inmerso en ningún error sobre la realidad típica. La regulación positiva obliga a que cualquier constatación por parte del juez de una discrepancia entre lo que se representó el autor y la realidad típicamente relevante excluya el dolo. El problema es que en realidad es imposible conocer de forma directa lo que pasaba por la cabeza del autor antes de realizar el hecho o en el momento de realizarlo.²⁵⁵

Além da dificuldade de se aferir em nível de certeza o que passava pela cabeça do agente no momento da ação, ou seja, se ele tinha consciência da produção do resultado e ainda assim atuou, demonstrando indiferença quanto à possibilidade da sua produção ou se esperava sinceramente que ele não ocorresse (traços diferenciadores do dolo eventual e da culpa consciente), um outro aspecto prático merece atenção, que é justamente acerca de a quem recai a incumbência de aferir, do ponto de vista prático, a imputação dolosa.

No Brasil, os crimes dolosos contra a vida (e invariavelmente os exemplos mais problemáticos acerca da imputação por dolo eventual recai sobre casos de morte) são julgados pelo Tribunal do Júri, chamado de tribunal popular. A imposição do julgamento no Júri decorre do artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea *d*, da Constituição Federal.²⁵⁶

²⁵⁵ SÁNCHEZ, B. F. **El dolo eventual**. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 132.

²⁵⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 abr. 2020.

A composição do conselho de sentença se dá por pessoas comuns, que em sua maioria não possuem conhecimento jurídico. A essas pessoas será dada a incumbência de aferir se o agente atuou com dolo eventual ou não em um determinado caso concreto.

A questão chegou a ser levantada por Eduardo Viana:

Conforme jurisprudência dos tribunais, ao menos nos casos de acidente automobilístico, cabe ao conselho de sentença decidir sobre a imputação a título de dolo eventual ou culpa consciente. Acontece que, para o mesmo caso, em julgamento de autores distintos, o conselho de sentença decidiu que para um havia dolo eventual e para outro culpa consciente.²⁵⁷

O ponto levantado por Viana ganha ainda mais relevância quando se analisa as penas abstratamente cominadas para os crimes aparentemente imputáveis.

A imputação por homicídio culposo no trânsito, previsto no artigo n.º 302 da Lei n.º 9.503/97 tem como pena prevista a reclusão de dois a quatro anos, enquanto a modalidade dolosa do homicídio vem revista no artigo 121 do Código Penal e tem a pena cominada de 6 a 20 anos na forma simples e 12 a 30 na forma qualificada.

Durante muito tempo houve a tentativa de tornar objetiva a imputação a título de dolo eventual nos delitos de trânsito. Para tanto, elementos como excesso de velocidade ou mesmo embriaguez ao volante foram tidos como bastantes para imputar dolo.

Um caso que se tornou publicamente notório acerca da imputação dolosa de crime de trânsito foi a morte de dois jovens causada por um ex-deputado, que dirigia o veículo em excesso de velocidade e sob efeito de álcool. A sentença foi proferida em 28 de fevereiro de 2018, e o Conselho de Sentença houve por bem condená-lo por duplo homicídio doloso com dolo eventual.²⁵⁸

Cabe destacar que a discussão acerca da imputação dolosa ou culposa em casos de acidente de trânsito não se dá exclusivamente no Brasil. Gustavo Vitale traz em seu livro a referência a um caso ocorrido na Argentina, que ficou conhecido como “El caso Cabello”.²⁵⁹

²⁵⁷ VIANA, op. cit., p. 170.

²⁵⁸ ALBUQUERQUE, A. L. Ex-deputado é condenado a nove anos por mortes em acidente de trânsito. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 28 fev. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/02/ex-deputado-e-condenado-a-nove-anos-por-mortes-em-acidente-de-transito.shtml>. Acesso em: 16 mar. 2018.

²⁵⁹ “El 30 de agosto de 1999, alrededor de las 2 de la mañana, ‘S.C.’ se encontraba al mando de un automóvil Honda Civic, disputando una ‘picada’ con otro vehículo, por Avenida Cantilo, con buena

No caso argentino, o condutor foi condenado a 12 anos de prisão por duplo homicídio simples cometido com dolo eventual e teve a sua prisão determinada.²⁶⁰ Em sede recursal, no entanto, a decisão foi revista e a imputação original foi modificada, tendo o réu sido condenado por homicídio culposo.²⁶¹

A discussão acerca da imputação dolosa ou culposa, notadamente no que tange ao dolo eventual e a culpa consciente sempre divide opiniões, sendo raro encontrar consenso acerca da aplicação ao caso concreto.

A busca pela diferenciação das duas modalidades passa por tentar encontrar fórmulas que possam abarcar uma ou outra hipótese.

Jiménez de Asúa procura apontar a distinção para a ratificação por parte do agente acerca do risco de ver produzido o resultado:

La doctrina imperante sitúa el dolus eventualis en la esfera del dolo y no de la culpa. Para que reúna la condición del género próximo se reclama no sólo que haya representado el agente el resultado, sino que lo ratifique. Sólo así se distingue de la culpa consciente en la que se espera que el resultado representado no sobrevendrá. Em el dolo eventual, no sólo nos representamos el daño ajeno, sino que a pesar de verle como seguro proseguimos nuestra acción (fórmula de Frank). Por eso se dice que el sujeto activo de acto ratifica la producción del resultado que se representa.²⁶²

A compatibilização da modalidade eventual com o instituto do dolo é tema que apresenta muita discussão, na medida em que pode ser tido como desproporcional tratar, pelo menos no que tange à pena abstratamente cominada, a conduta de alguém que prevê a possibilidade da ocorrência do resultado e age a despeito disso, com a conduta daquele que quer a produção de um resultado. A crítica ao dolo eventual será desenvolvida no capítulo 3 do presente trabalho.

visibilidad, a una velocidad aproximada de 137 km por hora, efectuando una abrupta maniobra hacia la derecha (un 'volantazo'), embistiendo por detrás al automóvil Renault 6 (que lo hacía a menor velocidad y con las luces prendidas) en lo que circulaban dos personas ('C.E.G.C.' y 'V.R.'), provocando la muerte de ambos como consecuencia del impacto, resultados finales estos que "S.C." se representó como posibles consecuencias de su acción, no obstante lo cual siguió con su conducta, por resultarle indiferente los resultados." (VITALE, 2013, p. 11)

²⁶⁰ VITALE, op. cit., p. 11.

²⁶¹ "El 2 de septiembre de 2005, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal (causa 5000, 'Cabello, Sebastián, s/recurso de casación'), revocó, parcialmente, dicha sentencia y condenó a 'S.C.' a tres años de prisión por considerarlo autor del delito de homicidio culposo (jueces: Ángela E. Ledesma, Guillermo J. Tragant y Eduardo R. Riggi)." (VITALE, 2013, p. 11)

²⁶² ASÚA, L. J. de. **El Criminalista**. 2.^a ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1955, t. 1, p. 53.

2.2 Crimes de perigo

Os crimes de perigo no Código Penal se colocam em contraposição aos crimes de dano, sendo certo que, no caso dos crimes de perigo, a consumação depende tão somente da exposição a perigo de um bem juridicamente tutelado, ou seja, prescinde da efetiva lesão.²⁶³

A ideia da criminalização do perigo passa pela necessidade de criminalizar condutas potencialmente perigosas, como forma de antecipar a intervenção jurídico-penal e obstar a ocorrência de resultados danosos.

Na lição de Aníbal Bruno, os crimes de perigo não reclamam um dano efetivo para que se julguem perfeitos, bastando apenas a probabilidade de dano para tanto. Para ele, a definição de perigo repousa exatamente na probabilidade de dano.²⁶⁴ Como será visto adiante, há discussão acerca da necessidade da probabilidade ou da mera possibilidade de dano para a incidência do crime de perigo.

Magalhães Noronha define crime de perigo como sendo aquele em que:

não se produz efetiva impossibilidade ou diminuição do gozo de um bem, mas que determina uma probabilidade de lesão para ele, ou, como acrescenta Manzini, se causa uma lesão, esta não é de natureza a modificar o título do crime.²⁶⁵

Um questionamento que deve ser feito é justamente sobre a legitimidade estatal para criminalizar condutas que sequer representem um dano efetivo aos bens jurídicos, mas tão somente um perigo de tal dano.²⁶⁶

Sem dúvida, diante da maior repercussão social em razão de o resultado naturalístico ser muito mais evidente nos crimes de dano do que nos crimes de perigo, a repressão e punição daqueles se mostra justificável aos que entendem como função do direito penal a proteção de bens jurídicos e na pena a função preventiva.

²⁶³ BARRILARI, C. C. Algumas considerações sobre os crimes de perigo e o direito penal econômico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 903, p. 448, 2011.

²⁶⁴ BRUNO, op. cit., t. 2, p. 149.

²⁶⁵ NORONHA, op. cit., v. 3, p. 353.

²⁶⁶ SILVA, A. R. I. da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 19.

Para Everardo Cunha Luma, é equivocado, no entanto, imaginar que nos crimes de perigo não haja resultado. Para o autor, o perigo nada mais é do que um dano menos grave, e, por isso mesmo, capaz de tornar-se mais grave.²⁶⁷ Para o autor, o dano consiste na efetiva lesão ao bem ou interesse tutelado pelo estado, enquanto o perigo consiste na probabilidade jurídica da lesão.²⁶⁸

Há que se ter cuidado com a utilização das palavras possibilidade e probabilidade. Para a incidência do direito penal, não basta a mera possibilidade, mas sim a probabilidade de que aquilo efetivamente ocorra, de acordo com a corrente majoritária, integrada por nomes como Nelson Hungria e Aníbal Bruno. Trazendo a distinção para exemplos do cotidiano, toda casa que possui objetos inflamáveis, tem a possibilidade de que nela ocorra um incêndio. No entanto, para a incidência da norma jurídico-penal, não basta que seja possível, mas sim que exista a probabilidade de que o evento ocorra, diante de algum comportamento potencialmente lesivo.

Possibilidade e probabilidade, observadas em uma ótica matemática, representam, por exemplo, as chances de girar um dado e extrair o número 3. Levando-se em conta que o dado tem seis faces, a probabilidade de que a pessoa tire o número 6 é de um para seis, enquanto a possibilidade de se tirar um número qualquer dentre os seis possíveis, é de 6, ou seja, o total de faces do dado.²⁶⁹ Há que se ter em mente, no entanto, que para aferir-se a probabilidade de um evento danoso vir ou não a ocorrer não passa pela necessidade de cálculos matemáticos.

Sobre a distinção entre probabilidade e possibilidade, Miguel Reale Júnior conceitua a possibilidade como sendo a aptidão de um fenômeno para dar causa a outro, a partir de relações de causalidade indicadas pela experiência, de acordo com métodos de base científica.²⁷⁰

A relevância da discussão acerca de se a mera possibilidade seria suficiente ou se seria necessária a probabilidade de dano para a punição do crime de perigo foi bem enfrentada por Nelson Hungria, que defendia a tese de que a mera possibilidade de dano seria insuficiente para se falar em crime de perigo. Para o autor:

²⁶⁷ LUNA, E. da C. **O resultado no direito penal**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 43.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 44.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 47.

²⁷⁰ REALE JÚNIOR, *op. cit.*, p. 56.

se estivéssemos obrigados a prevenir a infinita variedade dos possíveis acontecimentos lesivos, teríamos de evitar as ações ou omissões mais comezinhas da vida quotidiana. No curso desta, há uma certa enormidade de riscos. O homem só deve abster-se daquilo que, segundo a lição da experiência comum, fundada no curso normal dos fatos, pode acarretar danos antijurídicos. O advento do dano será mais ou menos provável (segundo a maior ou menor preponderância das condições favoráveis sobre as contrárias), mas cumpre que seja sempre demonstrável lógica e praticamente, em cotejo com os casos análogos.²⁷¹

A positivação dos crimes de perigo no ordenamento jurídico faz com que muitos defendam, através da legalidade, o seu caráter legítimo. Ocorre que, como bem destaca o ex-ministro Eros Grau, a legalidade se refere tão somente ao que está na lei ou àquilo que dela decorre, sendo certo que mesmo o que aparentemente se encontra conforme a lei poderá ser ou não dotado de legitimidade. Para o autor, a legitimidade é um conceito material, ao passo que a legalidade é um conceito formal.²⁷²

A legitimidade é objeto de discussão até mesmo no que tange às formas de Estado. Seria possível um estado autoritário ser legítimo? O conceito de legitimidade permite a sua ampliação para tratar como legítimo até mesmo um Estado autoritário?

Autoritarismo, na lição de Christiano Fragoso é:

um conceito sobre o qual, intuitivamente, todos temos uma idéia, ainda que vaga. Em sentido vulgar, ser autoritário significa, dizem os léxicos, ser despótico, ser ditatorial, abusar de um poder ou de uma autoridade que se detenha. Quem abusa de poder de autoridade (ou seja, de um poder legítimo) ou quem não detém poder legítimo atua autoritariamente. Em termos simples, autoritarismo constitui sempre um abuso de autoridade, uma perversão da autoridade.²⁷³

É curiosa essa discussão legalidade/legitimidade, na medida em que um Estado autoritário não possui sequer mecanismos para checar a questão atinente à legitimidade. A propensão de um Estado em avaliar se suas políticas públicas, materializadas em normas, são de fato socialmente benéficas, só se verifica em Estados de matriz democrática.

A legitimidade deve ser defendida como um valor que contemple o respeito aos direitos humanos, razão pela qual não seria razoável dizer-se legítimo um

²⁷¹ HUNGRIA, op. cit., v. 5, p. 377.

²⁷² GRAU, E. R. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 86.

²⁷³ FRAGOSO, C. F. **Autoritarismo e sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 63

Estado autoritário. Na lição de Herrera Flores, os direitos humanos representam processos de luta por dignidade, o que não se verifica em tais Estados.²⁷⁴

Quando se fala em crimes de perigo, vêm à tona diversas discussões que perpassam por princípios relevantes ao direito penal, tais como a lesividade e a fragmentariedade.

Sobre a lesividade, Nilo Batista destaca quatro funções deste princípio. A primeira repousa na proibição da incriminação de atitudes internas do agente; a segunda consiste na proibição de incriminação de condutas que não excedam o âmbito do próprio autor; a terceira está na proibição da incriminação de simples estados ou condições existenciais e a quarta consistiria na proibição de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.²⁷⁵

As funções destacadas pelo autor acabam servindo de mote para o questionamento acerca da legitimidade dos crimes de perigo, na medida em que a punição das condutas por eles descritas limita-se à reprovabilidade de um comportamento desviante e arriscado do ponto de vista social, prescindindo que tais comportamentos se materializem em algo palpável do ponto de vista naturalístico.

A discussão ganha ainda mais força quando falamos de uma espécie de crimes de perigo que será melhor detalhada à frente, qual seja, a dos crimes de perigo abstrato.

Uma confusão que é feita por algumas pessoas ao se referirem aos crimes e perigo repousa justamente na falsa semelhança com a classificação dos crimes quanto à necessidade ou não da produção resultado, que os divide em materiais, formais ou de mera conduta.

Eugenio Raúl Zaffaroni já apontava para a importância de não se confundir as classificações ao afirmar que:

hemos repetido que el tipo requiere la afectación de un bien jurídico (...) Esta afectación puede asumir la forma de una efectiva lesión del bien jurídico (...) o de una simple puesta en peligro del bien jurídico (...) No es posible confundir esta clasificación con los delitos de resultado material y de mera conducta.²⁷⁶

²⁷⁴ FLORES, J. H. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 37.

²⁷⁵ BATISTA, op. cit., p. 90-1.

²⁷⁶ ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 253.

Curioso notar que Nelson Hungria se referia aos crimes materiais como crimes de dano, quando afirmou:

Também já conhecemos a divisão dos crimes em materiais ou de dano, formais e de perigo. Nos crimes materiais ou de dano, é necessária à consumação a superveniência de efetiva lesão do bem jurídico tutelado. Se falta a lesão condicionante do *summum opus*, apresenta-se a tentativa (crime tentado) ou um fato penalmente indiferente (como no caso do induzimento ou auxílio a suicídio, quando este se frustra ou não ocorre lesão corporal de natureza grave). Nos crimes formais, basta o *eventus periculi* (relevante possibilidade de dano, dano potencial): a consumação antecede ou alheia-se ao *eventus damni* (e por isso também se fala, aqui, em crime de consumação antecipada). Nos crimes de perigo, também é suficiente à consumação a simples possibilidade de dano; mas, enquanto nos crimes formais é indispensável o dolo de dano, os crimes de perigo têm um elemento subjetivo próprio, isto é, o dolo de perigo (o agente prevê necessariamente o dano, mas não o quer, nem mesmo eventualmente, limitando-se sua vontade ao advento da situação de perigo).²⁷⁷

Na lição de Paulo Queiroz, crimes materiais são aqueles em que o tipo penal descreve um comportamento cuja consumação somente ocorre com a produção do resultado nele previsto. Os formais, por sua vez, são aqueles cuja consumação ocorre com a realização da ação, pouco importando o resultado, que seria mero exaurimento dentro do *iter criminis*, enquanto os chamados crimes de mera conduta se limitam a descrever uma ação (positiva ou negativa), sem fazer alusão a qualquer resultado, o que faz com que a consumação decorra da prática da ação ou da omissão.²⁷⁸

A classificação supracitada, no entanto, não é imune a críticas, na medida em que é possível considerarmos que a simples violação da norma jurídica já se caracterize como um resultado. Everardo da Cunha Luna afirma que o “dano, no crime, é a lesão do bem ou interesse jurídico, que supõe a violação de uma determinada norma, a qual se identifica com a contrariedade material ao direito ou dano ao direito.”²⁷⁹

A crítica de Luna é pautada na análise do resultado diante de um conceito eminentemente jurídico, o que não invalida a classificação doutrinariamente mais aceita, que leva em consideração o resultado do ponto de vista naturalístico, ou seja, como modificação no mundo exterior em decorrência de uma conduta.

²⁷⁷ HUNGRIA, op. cit., v. 1, t. 2, p. 43.

²⁷⁸ QUEIROZ, P. **Direito Penal**: Parte Geral. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 163.

²⁷⁹ LUNA, op. cit. p. 45.

O que fica claro é que estamos diante de classificações distintas, quais sejam, uma delas é quanto ao bem jurídico, que se divide em crimes de dano e crimes de perigo e a outra é quanto ao resultado, dividindo-se em materiais, formais e de mera conduta. Ambas podem se relacionar, na medida em que existem crimes de perigo materiais ou formais.

A título de exemplo, pode ser destacado como crime de perigo material o crime de incêndio, previsto no artigo n.º 250 do Código Penal e como crime de perigo formal o de moeda falsa, previsto no artigo n.º 289 do mesmo diploma.²⁸⁰

Os crimes de perigo têm ganhado grande importância nos dias atuais, na medida em que se tornam recorrentes episódios envolvendo desabamentos, desmoronamentos, incêndios e explosões que findam por ceifar a vida de centenas de pessoas, trazendo relevância ao tratamento penal de tais casos. Como controlar a recorrência de tais crimes diante de uma sociedade pautada pela constante exposição a riscos? Esse cenário de risco constante levou autores como Ulrich Beck a classificarem a sociedade atual como de risco.

2.2.1 Diferença entre risco e perigo

Antes de enfrentar as questões atinentes à sociedade de risco e a sua caracterização, mostra-se fundamental estabelecer a distinção conceitual entre risco e perigo.

O conceito de perigo tem a sua origem fora do direito penal, na medida em que existem situações consideradas perigosas sem relevância jurídico-penal. Em todas as suas variadas formas de conceituação, o perigo se revela como uma probabilidade de dano.²⁸¹

Tatiana Vargas Pinto discorre sobre a origem etimológica do Perigo, estabelecendo que:

El peligro se concibe, en general, en términos de probabilidad de que acontezca un mal futuro. Etimológicamente, viene del latín periculum que significa ensayo, tentativa, prueba. Del mismo modo como peri-tlo “del

²⁸⁰ MASSON, C. **Direito Penal Esquematizado**. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, v. 3, p. 225, 430.

²⁸¹ SANTACANA, J. B. **El principio de la lesividad en los delitos de peligro abstracto**. Valencia: Tiranto Lo Blanch, 2018, p. 192.

indoeuropeo” implica prueba, ensayo, etc. Su raíz per significa “hacia delante” y denota carácter futuro. También pertenece a la misma familia de: empírico, experiencia, experimento, experto, pericia, etc. Normalmente se lo define como sinónimo de riesgo o contingencia de un mal futuro. Así lo hace la Real Academia Española, pero también lo explica como “lugar, paso, obstáculo o situación en que aumenta la inminencia del daño”.²⁸²

O senso comum aponta no sentido de que o perigo é a situação na qual pode acontecer uma lesão e o risco advém exatamente da exposição ao perigo, ou seja, se você não se expuser ao perigo, não haverá risco de lesão. Se você não morar em um prédio, não terá o risco de ele desabar sobre você; se não andar de avião, não terá o risco de ele cair com você dentro; se não embarcar em um navio, não terá o risco de naufragar em seu interior.

Maurício Dieter, sem diferenciar risco de perigo, apresenta o que entende ser risco:

risco não é uma categoria sensível, mas um mecanismo para compreensão e organização do real, uma forma de analisar e disciplinar eventos de existência meramente hipotética, o que necessariamente implica um maior distanciamento da realidade no exame de problemas concretos.²⁸³

Para Niklas Luhmann, o risco sempre se relaciona com uma decisão racional, ainda que possa dar ensejo a consequências desconhecidas, enquanto no perigo, por sua vez, o dano é derivado de um fato exterior, sobre o qual não se tem controle.²⁸⁴

Bottini destaca que há uma clara relação entre risco e perigo, afirmando que o risco é o adjetivo que se coloca ao agir humano diante do perigo, ou da possibilidade de perigo. Para o autor, não há risco sem potência de perigo, sem iminência de perigo, sendo certo que a compreensão do risco carece de uma definição do perigo.²⁸⁵

Segundo Raffaele de Giorgi, a chave do risco passa pela racionalização do medo:

²⁸² PINTO, T. V. **Delitos de Peligro Abstracto y Resultado**. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante. Cizur Menor, Espanha : Thomson-Aranzadi, 2007. p. 210-211

²⁸³ DIETER, M. **Política Criminal Atuarial**: a criminologia do fim da história. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 38.

²⁸⁴ LUHMANN, 1998, p. 123 ss. apud SILVEIRA, R. de M. J. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 41.

²⁸⁵ BOTTINI, P. C. **Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 22.

A análise do risco na sociedade contemporânea pode ter a função de racionalizar o medo. Nas análises da sociedade contemporânea recorreu-se largamente ao conceito de risco, ainda que, apesar do clamor e do “pathos” com que vem sendo utilizado, permaneça indiferenciado e funcione antes como substituto para a angústia provocada pela obsolescência das velhas distinções..²⁸⁶

Bottini completa que “[enquanto] o perigo é destino, o risco se relaciona com medição, planejamento, estratégia. O risco será sempre uma qualidade do agir humano diante de diversas opções colocadas.”²⁸⁷

A concepção de que o risco configura a tomada de posição diante da situação perigosa parece acertada.

Alexis Couto de Brito chama a atenção para como a distinção entre risco e perigo passa a impressão de que as ações arriscadas poderiam conduzir tanto a resultados positivos como a negativos, enquanto as ações perigosas conduziram a resultados essencialmente negativos. Cita como exemplos de condutas perigosas os atos de dirigir em excesso de velocidade, de não usar equipamento de segurança e de navegar em mar revolto. Chega a afirmar que, dentro do gênero “risco”, o “perigo” seria uma espécie, considerada como o risco apreciado de forma negativa.²⁸⁸

É interessante notar como o risco e o perigo integram o ordenamento jurídico penal, na medida em que o risco integra o dolo eventual, ao passo que o perigo faz parte da legítima defesa, do estado de necessidade, da medida de segurança (que tem por base o perigo representado por indivíduos que, inimputáveis, apresentam probabilidade de delinquir), além da categoria própria dos crimes de perigo.

Apesar de o perigo ser o centro de todos os crimes ditos “de perigo”, não existe um conceito hermético de perigo. Este é um problema que atinge tanto o direito brasileiro quanto o de outros países.²⁸⁹

Na busca de definir o que configura uma situação de perigo, precisamos nos colocar entre os dois extremos, quais sejam, a previsibilidade absoluta e a incerteza absoluta. Portanto, estão fora das situações de perigo não apenas as situações casualmente determináveis, mas também os resultados que decorrem de puro acaso. Dentro desta forma de pensar, o perigo ficaria entre os limites da

²⁸⁶ DE GIORGI, R. O risco na sociedade contemporânea. Tradução de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. **Sequência**, Florianópolis, n. 28, p. 51, jun. 1994.

²⁸⁷ BOTTINI, op. cit., p. 24.

²⁸⁸ BRITO, A. C. de. **Imputação objetiva: crimes de perigo e direito penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 74. (Coleção Criminal Contemporânea, 2).

²⁸⁹ RODRIGUES, M. F. **As Incriminações de Perigo e o Juízo de Perigo no Crime de Perigo Concreto: Necessidade de precisões conceituais**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 113.

aleatoriedade de 0% e da de 100%. Assim sendo, não haveria perigo no caso do indivíduo que atira à queima-roupa em alguém (juízo próximo da certeza), nem tampouco no caso em que o indivíduo dá um tapa na cara de uma pessoa que sofre um enfarte (juízo total de imprevisibilidade).²⁹⁰

Segundo José Francisco de Farias Costa, “há perigo sempre que, através de um juízo de experiência, se possa afirmar que a situação em causa comportava uma forte probabilidade de o resultado desvalioso se vir a desencadear ou a acontecer.”²⁹¹

Existem três teorias acerca do conceito de perigo. A primeira delas é chamada de subjetiva, a segunda é a objetiva e a terceira é conhecida como intermediária.

A teoria dita subjetiva, à qual se filiavam Janka, Lammasch, Von Buri e Finger “sustenta que o perigo não é senão uma ideia, um *ens imaginationis*, nada tendo de objetivo: é uma hipótese, não um fato; uma abstração subjetiva, não uma entidade concreta”.²⁹²

Teresa Montañés, ao tratar da teoria subjetiva destaca que para seus adeptos o perigo seria filho da nossa ignorância, fruto de um prognóstico subjetivo de um observador mal informado, na medida em que o homem, pela sua capacidade limitada de conhecimento, nunca percebe todas as relações fáticas e leis causais que, a partir de certo estado presente, darão lugar a um acontecimento futuro.²⁹³

Lammasch destacava o ponto levantado pela autora, ressaltando o aspecto subjetivo do conceito de perigo e o fato de ele ser apreciado por alguém que não conhece todos os elementos causais:

Una situación de hecho es, objetivamente hablando [...] causal o no causal respecto de un determinado resultado [...] Peligroso y no peligroso son sólo juicios subjetivos de quien no percibe con claridad la causalidad o no causalidad de un hecho, porque no conoce la totalidad de sus elementos [...] Objetivamente [...] no existe la posibilidad, sino sólo la necesidad. La peligrosidad objetiva sería [...] una contradicción.²⁹⁴

Segundo Janka:

²⁹⁰ COSTA, J. F. de F. **O Perigo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 594-5.

²⁹¹ Ibid., p. 600.

²⁹² HUNGRIA, op. cit., v. 5, p. 372.

²⁹³ MONTAÑÉS, T. R. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 39. (Autores de Derecho penal, ?).

²⁹⁴ LAMMASCH, 1879, p. 11 ss. apud MONTAÑÉS, op. cit., p. 40.

La palabra peligro expresa sólo algo subjetivo, no algo objetivo. Un peligro objetivo [...] en el sentido de un estado que amenaza realmente con la lesión, pero al mismo tiempo puede no lesionar, no existe. Lo que no ha lesionado era desde el principio no peligroso, puesto que todo lo que sucede, sucede necesariamente [...] ²⁹⁵

Hungria se posicionava no sentido de não ser possível falar em um perigo objetivo:

na realidade dos fenômenos, não há lugar para o perigo objetivo, isto é, para a possibilidade ou probabilidade do fenômeno: ou este acontece, e era desde o princípio possível, embora fosse julgado impossível; ou não acontece, e então era *ab initio* impossível, ainda que fosse julgado possível. ²⁹⁶

Prossegue afirmando que possibilidade e probabilidade, para os adeptos da teoria subjetiva, nada mais seriam do que fruto da ignorância ou da imperfeição humana, que não consegue englobar todas as causas de um evento ou fenômeno.

Sobre a possibilidade, Teresa Montañés destaca que ela possui dois sentidos: como o contrário de impossibilidade, desde uma conformação das relações em função da nossa visão subjetiva e nossa experiência (não há nada em “a” que impeça que decorra como consequência “b”); e como puro conceito subjetivo, que renuncia à declaração das relações entre “a” e “b” (o indivíduo que realiza o juízo é consciente de sua própria ignorância: “não sei”, “talvez”). Para a autora, a questão da possibilidade ou impossibilidade de um sucesso deve ser respondida com referência a experiência, que é um conceito relativo no tempo e limitado à valoração de dados da realidade que podemos perceber, mas sem ter em conta outros tantos que nos escapam. “Ser possível significa que não sabemos se acontecerá isso ou aquilo”. ²⁹⁷

A teoria subjetiva, portanto, parte da ideia de que o perigo existe tão somente na imaginação do intérprete, ou seja, é uma hipótese, uma representação mental decorrente da ignorância e do temor humanos, uma vez que o homem não conhece o mundo, mas sim tem uma imagem subjetiva dele, baseada na sua própria experiência.

De forma a sintetizar a teoria subjetiva, Teresa Montañés afirma que:

²⁹⁵ JANKA, 1894, p. 54 ss. apud MONTAÑÉS, op. cit., p. 40.

²⁹⁶ HUNGRIA, op. cit., v. 5, p. 372.

²⁹⁷ MONTAÑÉS, op. cit., p. 41.

En definitiva, el concepto de peligro no puede definirse mediante relaciones objetivas, sino que se concreta mediante la apreciación subjetiva del juzgador. El juicio sobre la peligrosidad o no de una acción es siempre un juicio médico (*Durchschnittsurteil*), realizado *ex ante* (referido al momento de la acción), conforme al cual una acción es peligrosa cuando no podemos reconocer los motivos por los que finalmente (*ex post*) no se produce el resultado lesivo.²⁹⁸

A teoria objetiva, por sua vez, se contrapõe à ideia de que o perigo é um ente meramente imaginário e o trata como algo real e objetivo, ou seja, um verdadeiro “trecho da realidade”.

Os mais destacados adeptos da teoria objetiva foram Von Kries, Binding, Adolf Merkel, Oppenheim, Hälschner, Von Liszt, Rocco e Jannitti di Guyanga. Além deles, também merecem menção Stübel, Von Wanjeck, Rotering, Siebenhaar e Loening, que teriam se baseado em Von Kries e Von Rohland.²⁹⁹ Para os adeptos da teoria objetiva, existe uma possibilidade ou uma probabilidade objetiva, baseada na experiência e observação sistemática dos fatos, que fundam um cálculo estatístico, que gera um perigo objetivo.³⁰⁰

Hungria destacava que, se:

em certas circunstâncias, um fenômeno pode ocorrer ou falhar, significa isto que o fenômeno existe na ordem externa das coisas, na possibilidade ou probabilidade objetiva do mundo cósmico, ou seja, que o fenômeno possível ou provável tem existência objetiva. O que impede o advento do fenômeno são, *in concreto*, condições ulteriores às que tendiam necessariamente a produzi-lo; mas a superveniência dessas condições impeditivas não exclui que o perigo tenha existido. Perigo é, segundo os objetivistas, um estado de fato que contém as condições (incompletamente determinadas) de um evento lesivo.³⁰¹

Para Von Kries, perigo seria a “possibilidade objetiva de um resultado lesivo” que pressupõe o conhecimento das conexões causais gerais.³⁰²

Segundo Siebenhaar:

Peligro general significa “probabilidad”. Según la experiencia humana general y las leyes de la causalidad, en un hecho puede verse la previsible causa de una futura modificación en el mundo exterior. Esa probabilidad se da cuando, conforme la ley de la experiencia, es más factible esperar la producción del resultado que su no producción.³⁰³

²⁹⁸ Ibid., p. 42.

²⁹⁹ Ibid., p. 42-3.

³⁰⁰ HUNGRIA, op. cit., v. 5, p. 373.

³⁰¹ Ibid., v. 5, p. 373-4

³⁰² VON KRIS, 1888, p. 288 apud MONTAÑÉS, op. cit., p. 43.

³⁰³ SIEBENHAAR, 1884, p. 248 apud MONTAÑÉS, op. cit., p. 43.

Loening, por sua vez, chegou à definição de colocação em perigo como sendo: “[p]uesta en peligro de un bien jurídico significa la “producción de las condiciones (cognoscibles en general) para su menoscabo o destrucción.”³⁰⁴

Teresa Montañés critica a teoria objetiva e sua excessiva análise pautada em probabilidades e estatísticas:

La pura consideración probabilística o estadística ex ante inspirada em leyes causales (pues también los objetivistas tienen una visión del mundo presidida por las leyes causales) queda desvirtuada por la consideración ex post del efectivo desenvolvimiento del curso causal, de modo que de nuevo se viola el in dubio pro reo, si se imputa el peligro prescindiendo de las circunstancias concretas que han llevado a la evitación de lesión. Y por otra parte, la falta de una exacta cuantificación del grado de probabilidad violaría el principio de legalidad material y sería inútil desde el punto de vista de la prevención, pues no podría motivar.³⁰⁵

A autora afirma que a única diferença substancial entre as duas teorias recai no caráter que se outorga ao juízo de perigo: para a subjetiva, ao negar a existência real do perigo, o juízo tem caráter constitutivo; para a teoria objetiva, o perigo tem existência própria no mundo externo, separado da pessoa que o aprecia, na medida em que este teria meramente um caráter declaratório.³⁰⁶

Existe, ainda, uma terceira teoria, que adota o critério chamado de misto ou integrativo, para o qual o perigo é um conceito ao mesmo tempo objetivo e subjetivo. Esta teoria era defendida por Oppenheim.³⁰⁷

Hungria se filiava a esta teoria, chegando a chamá-la de verdadeira teoria. Para o autor, a partir do momento em que o perigo admite uma concepção do ponto de vista objetivo, não mais prescinde da avaliação subjetiva e sintética das circunstâncias.³⁰⁸

Citando Rocco na obra *L'Objetto del reato*, Hungria transcreve:

perigo é a possibilidade de dano, mas acerca de tal possibilidade é necessário um juízo, que resulta de um silogismo: a premissa maior é a regra de experiência segundo a qual um determinado fenômeno, como causa, advém, como efeito, um outro determinado fenômeno; a premissa menor é a existência do primeiro fenômeno, e a conclusão é a possibilidade do segundo. Exemplo: quando o céu está nublado, costuma chover; o céu está nublado; logo, pode chover. A possibilidade de um fenômeno, embora

³⁰⁴ LOENING, 1885. p. 19 apud MONTAÑÉS, op. cit., p. 43.

³⁰⁵ MONTAÑÉS, op. cit., p. 48.

³⁰⁶ Ibid. p. 46

³⁰⁷ HUNGRIA, op. cit., v. 5, p. 374;

³⁰⁸ Ibid., v. 5, p. 375.

tenha uma existência objetiva, não se revela por si mesma: tem de ser reconhecida, isto é, avaliada ou julgada. É imprescindível um juízo de possibilidade, uma previsão, um cálculo. Consequentemente a possibilidade não é apenas objetiva, nem somente subjetiva, mas, ao mesmo tempo, objetiva e subjetiva.³⁰⁹

Magalhães Noronha também era adepto da terceira teoria, a qual chamava de objetivo-subjetiva, afirmando:

Se o perigo é concebível objetivamente, não é menos certo que existe sempre uma apreciação subjetiva. Aliás, cumpre notar que a divergência doutrinária não tem grandes consequências, já que objetivistas e subjetivistas admitem o perigo como elemento do delito.³¹⁰

Sobre a teoria da qual era adepto, o autor afirmava que:

o perigo não é, portanto, um elemento arbitrário. Se se tratasse de uma simples impressão, com ele não poderia operar o direito penal, que deixaria de tutelar a ordem externa, para proteger a *impressionabilidade* interna dos indivíduos.³¹¹

A razão parece estar, de fato, com a teoria mista, uma vez que o perigo não pode ficar adstrito ao aspecto vago da subjetividade de quem aprecia, nem tampouco limitado à objetividade da experiência. Isso se mostra ainda mais presente quando pensamos em uma sociedade constantemente mutável e submetida a perigos anteriormente não experimentados.

Heinrich Demuth³¹² cunhou o chamado conceito normativo de perigo, segundo o qual perigo é:

Una situación que representa una amenaza exteriorizada para un bien jurídico ya no controlable con medios normales y que crea un sentimiento de inseguridad, porque la producción de la lesión no puede ser controlada con las medidas normales de evitación del daño. O brevemente: Peligro es la amenaza a un bien jurídico ya no dominable através de los medios normales de defensa.

Konrad Kindhäuser³¹³, na mesma linha, conceituou perigo a partir do que chamou de conceito prático. Para ele:

³⁰⁹ Ibid., v. 9, p. 14.

³¹⁰ NORONHA, op. cit., v. 3, p. 354.

³¹¹ Ibid., v. 3, p. 375.

³¹² DEMUTH, Heinrich, 1980 apud MONTAÑÉS, op. cit., p. 56

³¹³ KINDHÄUSER, Urs Konrad, 1984 apud MONTAÑÉS, op. cit., p. 43

Una conducta es peligrosa cuando el autor no está ya en situación de excluir con certeza de la entrada de circunstancias relevantes para la lesión. Lo relevante para el peligro es la incapacidad de prevención o evitación.

Os chamados conceitos normativos de perigo acima transcritos, cunhados por Demuth e por Kindhäuser, parecem os mais acertados para a definição de perigo. O perigo passa a existir quando o bem jurídico é colocado em uma situação tal em que a sua lesão não pode ser evitada a partir de meios normais de evitação, o que faz com que o bem jurídico só não seja lesado se ocorrer uma casualidade incontrolável, pautada pelo azar ou sorte.

As inovações tecnológicas e os avanços sociais acabam servindo como um incremento para as situações de perigo. Em razão disso, mostra-se pertinente abordar aquilo que uma parcela significativa da doutrina chama de sociedade de risco e perceber os seus impactos nos crimes de perigo.

2.2.2 A sociedade de risco e os crimes de perigo

A origem dos crimes de perigo remonta ao Direito Romano, onde houve, pela primeira vez, a criminalização de condutas evidentemente de perigo, merecendo destaque as que puniam a mera colocação de vasilhames próximos a janelas, ainda que de tal fato não resultasse qualquer lesão aos pedestres que passavam pela região.³¹⁴

As bases da sociedade atual devem-se às rupturas empreendidas pelos iluministas no século XVII, notadamente à passagem da ideia da construção das coisas focada na ideia de divino para o desenvolvimento das ciências. As ideias iluministas partiam da premissa de que, quanto maior fosse o conhecimento acerca do mundo, maiores seriam as possibilidades de seu controle e direcionamento.³¹⁵

Anthony Giddens destaca o que chama de “incerteza fabricada” para dizer que, nos dias atuais, os riscos aos quais somos submetidos foram fabricados pelo próprio homem na busca do desenvolvimento, e que, ao mesmo tempo em que a

³¹⁴ BOZOLA, T. A. **Os Crimes de Perigo Abstrato no Direito Penal Contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 6.

³¹⁵ BECK, U.; GIDDENS, A.; LASH, S. **Modernização reflexiva: Política, tradição e estética na ordem social moderna**. 2.^a ed. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 2012, p. 273.

modernidade nos possibilita vencer barreiras e limitações de outrora, estamos constantemente sujeitos à catástrofe.³¹⁶

O autor aponta no sentido de que os marcos indicativos do que chama modernidade se deram a partir de mudanças no plano socioeconômico após a Revolução Industrial e o iluminismo, no século XVIII, trocando a matriz teológica pela fé na ciência e no progresso, conseqüências da industrialização.

É possível afirmar que os riscos individuais hoje são muito menores do que em períodos mais remotos, como na Idade Média, período de constante risco à vida, fosse pelas guerras, fosse pelas doenças. A partir da industrialização, o fenômeno que se verificou foi a redução no nível dos perigos no plano individual e um incremento dos riscos em nível coletivo.³¹⁷

Para Bottini:

O risco deixa de ser um dado periférico da organização social para transmutar-se em conceito nuclear, relacionado à própria atividade humana. Se antes se referia a perigos externos e não podia ser gerido por regulamentos ou normas direcionadas ao comportamento humano, porque este não era agente ativo em sua produção, no modelo social atual, é criado pela própria organização coletiva, ou seja, tem procedência humana.³¹⁸

O termo “pós-modernidade” é usado com frequência por diversos autores, com destaque para Ulrich Beck, divergindo, no entanto, quanto aos seus marcos iniciais. Para muitos, o que passou a definir a pós-modernidade foi o final da segunda guerra mundial e a detonação da bomba atômica. Para outros, esse marco inicial é transferido para a década de 1980, com o crescimento do capitalismo em nível global, bem como o surgimento dos computadores domésticos, determinantes para a expansão da chamada era da informação.³¹⁹

O fato de as situações de perigo deixarem de advir exclusivamente de perigos naturais, tais como catástrofes ambientais e doenças, passando a decorrer de atividades humanas, fez com que pudessem incidir mecanismos de coerção sobre os comportamentos que extrapolassem os limites socialmente aceitos.

Com o crescimento das situações de risco em decorrência do desenvolvimento tecnológico, foi aberto espaço para que o direito penal passasse a

³¹⁶ Ibid., p. 274.

³¹⁷ SILVEIRA, op. cit., p. 37.

³¹⁸ BOTTINI, op. cit., p. 26.

³¹⁹ CABRAL, op. cit., p. 38-9.

regular os comportamentos que colocassem em risco os interesses socialmente relevantes, notadamente a vida, integridade física e o patrimônio.

Na sociedade tida como de risco, denominada por alguns como sendo a “sociedade de insegurança”, chama atenção as situações de perigo terem a sua procedência a partir da realização de atividades não marginalizadas, mas sim que fazem parte da própria estrutura funcional social.³²⁰

Beck aponta para o fato de que os riscos são o resultado do desenvolvimento econômico, industrial e científico, possuindo um grande poder de produzir catástrofes. Passou-se da produção e distribuição de riqueza para a distribuição global de risco.³²¹

Dentre as atividades de risco que se devem aos avanços tecnológicos, destacam-se a aviação e a navegação, ou seja, meios de transporte coletivos, capazes de em um único acidente vitimar centenas de pessoas. Curioso notar que não é a ignorância que produz os riscos, mas sim o conhecimento científico.

Além das atividades atinentes aos meios de transporte, também merecem destaque as atividades de exploração de recursos naturais como a mineração que, em episódios recentes ocorridos no Brasil, vitimaram centenas de pessoas a partir da ruptura de barragens nas cidades de Brumadinho e Mariana. Em nível mundial, não se pode perder de vista que países que exploram a energia nuclear mediante o manuseio de produtos extremamente radioativos podem, a partir de um episódio de imperícia no manuseio de tais produtos, não só vitimar milhares de pessoas como também comprometer as gerações futuras, a partir até mesmo de alterações genéticas em pessoas expostas a contato.

Em abril de 1986, próximo à cidade de Chernobyl na antiga União Soviética, um reator de uma usina nuclear explodiu e causou o maior desastre nuclear da história até hoje. Mais de cem pessoas morreram, mais de 6 mil crianças da região desenvolveram câncer de tireoide, outras tantas ainda correm risco de desenvolver câncer, sem falar da necessidade de evacuação de 335 mil pessoas da região.³²²

³²⁰ CALLEGARI, A. L. Legitimidade constitucional do direito penal econômico: uma crítica aos tipos penais abertos. *In*: PRADO, L. R.; DOTTI, R. A. (Org.) **Doutrinas Essenciais: Direito Penal Econômico e da Empresa**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, p. 386.

³²¹ BECK, U. **Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2019, p. 26-7.

³²² DESASTRE de Chernobyl: o que aconteceu e os impactos a longo prazo. **National Geographic Brasil**, s.l., 6 jun. 2019. Disponível em: <https://www.nationalgeographicbrasil.com/2019/06/o-que-aconteceu-desastre-chernobyl-uniao-sovietica-ucrania-energia-nuclear>. Acesso em: 7 jan. 2020.

O desenvolvimento da engenharia possibilitou a construção de edifícios cada vez mais altos e nos quais é possível serem encontradas centenas de pessoas, tanto em prédios residenciais quanto comerciais. Este fato, ao mesmo tempo em que possibilitou uma reorganização no que tange à ocupação do solo urbano, criou novos riscos, uma vez que o desabamento de uma construção pode vitimar pessoas e seus respectivos patrimônios.

Não há dúvidas de que vivemos constantemente expostos a riscos, e que tal exposição demanda que os gestores públicos adotem medidas de caráter preventivo, com o escopo de minimizar os danos que deles podem advir, bem como reprimir aquelas condutas que violem o princípio da confiança, que deve nortear os comportamentos.

Viver em sociedade é e sempre foi um constante compartilhamento de riscos. Como já destacado, a modernidade trouxe uma nova dimensão de tais riscos, na medida em que eles deixam de ser riscos meramente locais e pontuais para adquirirem uma conotação globalizada.³²³

Bottini chama atenção para aquilo que intitulou de efeito bumerangue, denominando a situação na qual o agente produtor do risco também se encontra entre os que sofrem as suas consequências.³²⁴

Diariamente somos surpreendidos com tecnologias que fazem com que se estabeleça uma disputa pela construção do prédio mais alto; do trem de passageiros mais rápido; do avião com maior capacidade para passageiros etc. Será que a sociedade está preparada para os riscos daí advindos? Será que, quando tais riscos se produzirem no plano concreto (desabamento do prédio; descarrilamento do trem; queda da aeronave), estaremos prontos para tolerar suas consequências?

A relação risco-perigo, que parece indissociável, faz com que as sociedades busquem mecanismos hábeis à proteção das mais variadas atividades tidas como de risco, sejam elas o trânsito, o trabalho, o lazer, na eterna e incansável busca pela sensação de segurança.³²⁵

A necessidade de controle, especialmente sobre as indeterminações e sobre eventos imprevisíveis, sempre fez com que as sociedades buscassem desenvolver

³²³ GUIMARÃES, C. A. G.; REGO, D. U. Funções dogmáticas e legitimidade dos tipos penais na sociedade do risco. In: PRADO, L. R.; DOTTI, R. A. (Org.) **Doutrinas Essenciais: Direito Penal Econômico e da Empresa**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, p. 48.

³²⁴ BOTTINI, op. cit. p. 29.

³²⁵ GUIMARÃES & REGO, op.cit., p. 482-3.

mecanismos capazes de minimizá-los. Dentre esses mecanismos, Giorgi cita a adivinhação, técnica que possibilitava cuidar das indeterminações diante da pouca informação possível, além do tabu, que para o autor se relaciona a um “pensamento homeopático” que tratava o perigo diante da contingência surgida.³²⁶

Um exemplo que se manifestou em um caso concreto foi o que ocorreu na cidade do Rio de Janeiro quando uma onda derrubou um trecho de uma ciclovia e veio a matar dois cidadãos que caminhavam no local. Este evento culminou com o indiciamento e posterior oferecimento de denúncia contra 16 engenheiros que participaram da construção do local.³²⁷

Durante a instrução processual, foi colhido o depoimento de uma testemunha, especialista em cálculo de incidência de ondas, vinculada à COPPE/UFRJ, que afirmou ter sido a forma como até então se calculava a incidência de ondas responsável pelo acidente, revelando que, com base nos critérios existentes à época da construção da Ciclovia, a onda que atingiu o local seria imprevisível.³²⁸

Diante da constatação de que o evento era imprevisível, o Ministério Público pediu a absolvição dos engenheiros denunciados, sob pena de acarretar responsabilidade penal objetiva, por não haver dolo ou culpa por parte dos denunciados.³²⁹

Este exemplo demonstra exatamente o que fora dito, ou seja, o risco representado pela construção daquela estrutura naquele local, embora fosse previsível, não desaconselhava a sua construção, na medida em que, com base nos critérios adotados à época, não se mensurava um risco latente de queda da estrutura. Foi necessário que o evento danoso efetivamente se produzisse para que novos critérios de previsão de risco fossem desenvolvidos.

A tutela do risco por parte do direito acaba por se manifestar em três esferas distintas, quais sejam, civil, penal e administrativa.

³²⁶ DE GIORGI, R. **Direito, Democracia e Risco**: Vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 190.

³²⁷ MP denuncia 14 por homicídio culposo na queda da ciclovia no Rio. **G1**, Rio de Janeiro, 12 jul. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/07/mp-denuncia-14-por-homicidio-culposo-por-queda-da-ciclovia-no-rio.html>. Acesso em: 21 mar. 2020.

³²⁸ Processo n.º 0229670-38.2016.8.19.0001, em tramitação perante a 32ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2016.001.199365-4&accessolP=internet&tipoUsuario=>

³²⁹ COELHO, H. MP pede absolvição de 15 denunciados por mortes na ciclovia Tim Maia, no Rio. **G1**, Rio de Janeiro, 13 nov. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/11/13/mp-pede-absolvicao-de-15-denunciados-por-mortes-na-ciclovia-tim-maia-no-rio.ghtml>. Acesso em: 21 mar. 2020.

A tutela penal do risco será desenvolvida ao longo do trabalho, na medida em que é parte do objeto de estudo da presente tese, sendo certo que ela se manifesta nos crimes de perigo espalhados tanto pelo Código Penal quanto nas legislações extravagantes.

Administrativamente, a responsabilidade demanda que o risco esteja afeto ao desempenho de uma atividade regulamentada, tais como a habilitação para dirigir veículos,³³⁰ ou mesmo a engenharia³³¹ e a medicina.³³²

Na esfera civil, o risco possui mecanismos de mensuração e até mesmo precificação, gerando terreno fértil de discussão por parte das grandes companhias de seguros que têm por escopo ressarcir os danos ao menos no âmbito patrimonial, sendo certo que a incumbência de regulação do setor fica a cargo da SUSEP (Superintendência de Seguros Privados)³³³.

Na lição de Giddens, o seguro é a base a partir da qual as pessoas se preparam para assumir riscos. Trata-se de uma base de segurança de onde o destino teria sido expulso a partir de um contrato ativo com o futuro. O autor relata que os sistemas modernos de seguros começaram com a navegação e que as primeiras apólices remontam ao século XVI, mais precisamente a 1782, quando uma companhia de seguros inglesa, a Lloyds, aceitou o primeiro seguro marítimo.³³⁴

O título original da obra de Giddens, *Runaway world*, decorre justamente do fato de que, ao contrário do que se poderia esperar – de que com o passar dos anos o mundo estaria cada vez mais sob o controle do homem – ocorreu justamente o oposto, ou seja, o mundo está cada vez mais fora do controle.³³⁵

Em oposição à terminologia “sociedade de risco”, fala-se em uma “cultura do risco” que é formada pelo conjunto de concepções e o respectivo sistema valorativo das inúmeras situações nas quais o risco pode se manifestar, e tudo que daí decorre. Em outras palavras, denota quais os comportamentos, tanto em nível

³³⁰ Cf. BRASIL. **Lei n.º 9.503**, de 23 de setembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm. Acesso em: 2 abr. 2020.

³³¹ Cf. Id. **Lei n.º 5.194**, de 24 de dezembro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5194.htm. Acesso em: 2 abr. 2020.

³³² Cf. Id. **Lei n.º 12.842**, de 10 de julho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12842.htm. Acesso em: 2 abr. 2020.

³³³ Normas reguladoras do setor de seguro privado. Disponível em: <https://www2.susep.gov.br/safe/bnportal/internet/pt-BR/Acesso em 02 abr. 2020>.

³³⁴ GIDDENS, A. **O mundo na era da globalização**. Tradução de Saul Barata. Quêluz de Baixo: Editorial Presença, 2000, p. 34-5.

³³⁵ *Ibid.*, p. 15-7.

pessoal quanto social, que podem ser mais eficazes no enfrentamento do risco, diante do estudo das probabilidades.³³⁶

Ulrich Beck trabalha com conceitos ligados à “modernização reflexiva” ou “modernização pós-industrial”, todos ligados à ideia de sociedade de risco.³³⁷

Para o autor, a modernização reflexiva surge após aquela que ele chama de modernização simples, que teria surgido no período da industrialização. Ambas produziram impactos nas relações sociais.

A modernização reflexiva se caracteriza pela crítica ligada ao processo de modernização, que deixa de ser vista como a geradora de vantagens, alheia a problemas, para passar a ser vista como uma fábrica de desvantagens ameaçadoras.³³⁸

A sucessão de uma modernidade pela outra, tem como consequência uma ruptura praticamente autofágica, na qual uma modernidade destrói a outra e a modifica. À medida que avança o processo de modernização das sociedades, menos se tem as bases da sociedade industrial.³³⁹

A reflexividade está exatamente nessa confrontação na qual a sociedade conseguiu avanços que a permitiram alcançar patamares até então inimagináveis, mas que em contrapartida acabaram por criar riscos igualmente inimagináveis.

Esse fenômeno acaba por criar aquilo que Bottini chamou de “Paradoxo do Risco”, na medida em que:

ao mesmo tempo em que o modelo econômico tem no risco o seu elemento estrutural nuclear, forma-se na sociedade um consenso inter-subjetivo de rechaço a este mesmo elemento, que unifica conjuntamente as diferentes classes sociais.³⁴⁰

O que se percebe é que com os avanços tecnológicos, riscos até então reguláveis no nível pessoal, passam a serem regulados em nível global. A relação entre risco e direito acaba esbarrando na discussão que é muito relevante no plano jurídico, que consiste nonexo de causalidade. Tal discussão não impacta tão somente o direito penal, mas também os demais ramos, tais como o direito civil. Os

³³⁶ BRITO, op. cit., p. 45.

³³⁷ BECK, op. cit., p. 229.

³³⁸ BRITO, op. cit., p. 38.

³³⁹ MACHADO, M. R. de A. **Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 31.

³⁴⁰ BOTTINI, op. cit., p. 36.

pleitos indenizatórios relacionados a doenças que guardam relação com poluição ou mesmo o emprego de produtos químicos, sempre esbarram na discussão acerca da causa exclusiva de tais danos, que não se pode atribuir à poluição emanada da fábrica ou mesmo dos produtos químicos tóxicos que integram certos alimentos, na medida em que eles não se mostram como causas únicas para os resultados.³⁴¹

Na sociedade moderna, como bem destaca Giorgi, a iminência da catástrofe se normalizou. No entanto, exemplificativamente, para que se exclua o risco de um desastre nuclear, seria necessário desligar todas as centrais nucleares, bem como eliminar as armas nucleares. Com relação às centrais, o efeito disto seria, provavelmente, a volta da geração de energia a carvão, o que, por sua vez, traria outra sorte de riscos.³⁴²

Os riscos sociais advindos da poluição, ou mesmo do uso de produtos químicos capazes de desenvolver doenças como câncer e outras tantas, são de difícil mensuração, muito embora existam no ordenamento jurídico brasileiro tipos penais dedicados a punir condutas ligadas à poluição ou mesmo à contaminação de água potável.³⁴³

Não se pode afirmar que os riscos atuais tornam a nossa sociedade mais perigosa ou mais arriscada do que em épocas anteriores. Os riscos criados são tão ameaçadores quanto os riscos exteriores. O risco de o planeta ser atingido por um meteoro é menor do que o de ser varrido por uma guerra nuclear.³⁴⁴

Aquela que pode ser apontado como o marco inicial desse crescimento exponencial de riscos foi justamente a Revolução Industrial, que fez com que passássemos de uma sociedade essencialmente agrária para uma sociedade fabril, influenciada pelo movimento iluminista do século XVIII. O conjunto de alterações que daí advieram com o surgimento das máquinas, navios a vapor, ferrovias, etc., elevou os riscos sociais a patamares crescentes, e que culminaram no cenário atual.

O legado advindo da sobredita revolução repousa justamente no crescimento da produção dentro de uma lógica de mercado, transformando pessoas em

³⁴¹ BECK, op. cit., p. 76-7.

³⁴² DE GIORGI, 1998, op. cit., p. 194.

³⁴³ A título de exemplo podem ser citados os artigos 270 (que pune a conduta de envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal) e 271 (corrupção ou poluição de água potável) do Código Penal, bem como o artigo 54 (“[c]ausar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora”) da Lei 9.605/98 – Lei do Meio Ambiente (BRASIL, 1998a)

³⁴⁴ BECK, GIDDENS & LASH, op. cit., p. 16.

potenciais consumidores dos produtos que passaram a ser produzidos em larga escala, o que faria com que os preços se tornassem acessíveis a todos.³⁴⁵

José Francisco Faria da Costa destaca que:

Se, na nossa perspectiva, a 1ª Revolução Industrial vai constituir o ponto de viragem que vem a “introduzir” o perigo como categoria e centro proposicional normativo no seio do pensamento jurídico-penal, isso representa ou espelha tão-só um esforço de precisão e clarificação que a ruptura e o corte de uma data sempre acarretam.³⁴⁶

O crescente nível de produção, a expansão dos centros urbanos e a necessidade de reorganização dos espaços nas cidades levaram ao desenvolvimento da engenharia e dos meios de produção em quantidade apta a atender os anseios da população. Para Beck, o consenso na direção do progresso fez com que durante um longo período as questões ligadas ao meio ambiente fossem postas em segundo plano, gerando novos riscos.³⁴⁷

Conforme bem destaca Marta Machado, a produção social de riqueza veio acompanhada, sistematicamente, pela produção social de riscos, que emergiram na condição de efeitos colaterais de produtos ou processos industriais.³⁴⁸

A corrida mundial por poder e hegemonia, que culminou nas guerras mundiais e no risco crescente de uma guerra nuclear, fez com que as nações buscassem mecanismos de cooperação e proteção comuns. Isto as impeliu à edição de diversos tratados internacionais, dentre os quais merece destaque o Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares, assinado em 1968, e hoje ratificado por 189 países.³⁴⁹

Além do tratado de não proliferação de armas nucleares, cabe mencionar também o Acordo de Paris, firmado em 2015 e aprovado em consenso por 195

³⁴⁵ BOZOLA, op. cit., p. 18.

³⁴⁶ COSTA, J. F. de F., op. cit., p. 338.

³⁴⁷ BECK, GIDDENS & LASH, op. cit., p. 16.

³⁴⁸ MACHADO, op. cit., p. 36.

³⁴⁹ United Nations Office for Disarmament Affairs (UNODA). Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons. **United Nations Office for Disarmament Affairs**, s/a. Disponível em: <http://disarmament.un.org/treaties/t/npt> Acesso em: 2 abr. 2020.

países que se comprometeram, a partir de 2020, com a redução da emissão de gases poluentes, que seriam responsáveis pelo aquecimento global.³⁵⁰

Curioso notar que a natureza, que outrora se colocava na condição de vilã, na medida em que era fonte de riscos a partir dos desastres naturais, hoje passa a integrar o rol das vítimas. Importante perceber que os riscos advindos de desastres naturais sempre foram atribuídos a questões ligadas ao destino, enquanto os riscos da sociedade moderna decorrem de decisões racionais e humanas.

Diante da constatação de que a natureza não pode ficar sujeita à incidência de uma norma de natureza penal, o controle dos riscos dela advindos deve decorrer de outros meios, alheios ao direito. No entanto, o perigo que decorre de comportamentos e ações humanas, este sim pode ser atacado por decisões de natureza político-jurídicas, com a edição de normas penais que possam regulá-las.³⁵¹

Na Antiguidade, os perigos ou eram advindos de possíveis ataques de inimigos externos, ou de eventos da natureza. Estes fatores faziam com que as sociedades ficassem cada vez mais fechadas em si mesmas e dessem pouco valor às situações de perigo que poderiam ser geradas dentro da própria comunidade.³⁵²

Em tais sociedades, os perigos internos poderiam advir de atividades econômicas, tais como a extração de minérios e atividades correlatas. Tais atividades, no entanto, eram desempenhadas por escravos que, diante da própria natureza jurídica a eles atribuída na época, qual seja, de coisa – *res* – o seu desaparecimento ou morte não traria maiores consequências na medida em que passariam a integrar tão somente os custos daquela atividade.

No Brasil colonial, por exemplo, nos engenhos de cana, o trabalho era atribuído aos escravos, que frequentemente perdiam mãos e braços na moenda. As fornalhas e caldeiras produziam temperaturas extremas, e também eram comuns as queimaduras nos escravos.³⁵³ O número de escravos no Brasil em 1819 era de aproximadamente 1.2 milhão pessoas, em um país cuja população total estimada

³⁵⁰ Ministério do Meio Ambiente (MMA). Acordo de Paris. **Ministério do Meio Ambiente**, s/a. Disponível em: <http://mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/acordo-de-paris>. Acesso em: 2 abr. 2020.

³⁵¹ BOTTINI, op. cit., p. 26.

³⁵² COSTA, J. F. de F., op. cit., p. 321.

³⁵³ FAUSTO, B. **História do Brasil**. 13.^a ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010, p. 80.

para a época era de pouco mais de 3.5 milhões de habitantes, ou seja, um terço da população brasileira era constituída por escravos.³⁵⁴

Diante desse estado de coisas, o perigo não se mostrava uma matéria digna de tutela e principalmente de desvalor do ponto de vista penal.

Apesar de haver consciência acerca do perigo externo (guerras, doenças e catástrofes ambientais), isto não gerava repercussão jurídico-penal nas sociedades que antecederam a Primeira Revolução Industrial.³⁵⁵

O Brasil, ainda colônia à época, demorou para viver os avanços ocorridos na Europa. A economia girava ao redor da cana de açúcar e o traço representativo do avanço no Brasil era o surgimento de engenhos de cana. Importante notar que antes de 1808, não havia sequer Bancos no Brasil, sendo certo que competia a instituições como Ordem Terceira de São Francisco, Convento de Santa Clara do Desterro, entre outras, financiar as produções a partir do empréstimo de dinheiro a juros.³⁵⁶

Nas sociedades atuais, os perigos acima apontados, apesar de ainda subsistirem, foram substituídos, em grau de importância e recorrência, pelos perigos internos, derivados do crescimento econômico, como já demonstrado, que gerou situações de risco exponencialmente maiores.

Casos emblemáticos, nos quais a busca pelo lucro em detrimento de preocupações sociais e ambientais fica bastante evidente nos episódios envolvendo a ruptura de duas barragens no estado de Minas Gerais, nas cidades de Mariana e Brumadinho. Apesar da consciência do risco de ruptura das Barragens, não foram tomadas medidas preventivas e isso acabou produzindo um desastre ambiental de consequências ainda não totalmente mensuradas, incluindo a morte de centenas de pessoas que acabaram soterradas.

Apesar de toda preocupação e até mesmo dos eventuais acordos mundiais já firmados, o risco inerente ao exercício de atividades econômicas potencialmente danosas é latente e os mecanismos de controle não se mostram capazes de zerá-los.

Segundo De Giorgi, na sociedade atual, destacam-se o reforço simultâneo à segurança e insegurança, determinação e indeterminação, estabilidade e instabilidade, ou mesmo se pode afirmar que há mais igualdade e mais

³⁵⁴ Ibid., p. 137.

³⁵⁵ Ibid., p. 328-9.

³⁵⁶ Ibid., p. 78-9.

desigualdade, mais participação e menos participação, mais riqueza e mais pobreza.³⁵⁷

No que tange à igualdade e desigualdade, esta fica evidente inclusive na maior ou menor exposição aos riscos; na maior ou menor participação na geração de tais riscos, que também se relacionam com as exposições aos riscos a partir da maior riqueza ou pobreza, sendo certo, no entanto, que ninguém está imune ao risco. O que muda é tão somente o grau de tal exposição.

Para o autor, o risco representa uma modalidade secularizada de construção do futuro. O risco se difere do direito, que orienta as relações com o futuro a partir das perspectivas, bem como da economia, que delimita o acesso aos bens.³⁵⁸

Não é errado afirmar que o risco é um consectário lógico advindo do desenvolvimento. Todo desenvolvimento importa em um crescimento do risco e, a partir do momento em que tal inovação integra a vida das pessoas, elas passam a estarem sujeitas aos riscos dele advindos.³⁵⁹

O preço do crescimento e do desenvolvimento tecnológico é justamente o crescimento exponencial dos riscos sociais. Será que estamos dispostos a pagar tais preços? Qual o papel do Direito Penal neste cenário? Será que é o Direito Penal capaz de, a partir de sanções graves, ressarcir os danos advindos dos riscos criados? Seriam tais sanções aptas até mesmo a inviabilizar a exploração de certas atividades econômicas, uma vez que é inviável atribuir-lhes o perfil de risco zero?

O direito penal sempre se mostrou como um terreno fértil a abarcar e pretender solucionar problemas sociais e políticos diante do fracasso de outros mecanismos de controle estatais ou mesmo de políticas públicas hábeis à proteção da população.³⁶⁰

Cabe destacar, por oportuno, que no direito penal a concorrência de causas impacta diretamente no nexo de causalidade, elemento constitutivo do conceito analítico de crime. A imputação do resultado a alguém depende da demonstração indelével de que fora ele, em caráter exclusivo ou parcial, quem dera causa a um determinado resultado juridicamente relevante³⁶¹.

³⁵⁷ DE GIORGI, 1998, op. cit., p. 192.

³⁵⁸ GIDDENS, op. cit., p. 198.

³⁵⁹ BRITO, op. cit., p. 46.

³⁶⁰ TANGERINO, D. Reflexões acerca da inflação legislativa em matéria penal: esvaziamento semântico da *ultima ratio* e o direito penal disfuncional. **Ultima Ratio**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 166.

³⁶¹ BITENCOURT, op. cit., v. 1, p. 331.

Não é raro que se recorra ao Direito Penal como forma de tutelar os riscos advindos das situações de perigo decorrentes da evolução tecnológica e que impacta toda a sociedade. Diante disso, o legislador penal busca a todo momento criar novos tipos penais que seriam, em hipótese, a solução para esse cenário que beira o caótico.

É importante que se tenha clareza que, apesar de todos os tipos penais que possam ser criados, este fato não será capaz de afastar o risco social ou mesmo minimizá-lo. Acreditar no contrário seria precisamente trazer ao direito penal um caráter mágico e místico, o que beira o absurdo por si só.

O seguro, instrumento desenvolvido pelo Direito Civil, não tem o condão ou mesmo a pretensão de evitar que o risco ocorra. O que se busca com o seguro é tão somente uma relativização dos prejuízos que da situação de perigo possam advir. Marta Machado destaca a incoerência dos mecanismos de segurança, dos cálculos dos riscos e da cultura securitária que, a despeito da promessa de segurança, permitiu a criação de riscos e hoje se depara com a conclusão de que é incapaz de bloqueá-los.³⁶²

Não assiste melhor sorte ao Direito Administrativo, na medida em que as incapacitações ou mesmo as regulamentações profissionais não são capazes de eliminar os riscos de atividades. A título de exemplo, a regulamentação da profissão de engenheiro não é capaz de eliminar os riscos advindos de um erro de cálculo.

A legislação penal, influenciada pela sociedade de riscos, amplia os campos de proteção a bens jurídicos de titularidade coletiva ou transindividual, direcionando sua incidência a contextos cada vez mais genéricos, como o meio ambiente, o sistema econômico e o equilíbrio das finanças públicas.³⁶³

A respeito do sistema econômico, o estudo referente aos riscos dele advindos mereceria uma pesquisa em separado, na medida em que a falha na fiscalização e controle de todo sistema pode fazer com que países e pessoas jurídicas decretem moratória ou mesmo atinjam a falência e pessoas físicas sejam declaradas insolventes e, a partir daí, uma série de outros resultados danosos podem advir.

Os crimes de perigo acabam representando uma mudança no caráter eminentemente repressivo e reativo do Direito Penal, que, como se depreende da leitura da maioria dos dispositivos, se preocupa em reparar os danos advindos de

³⁶² MACHADO, op. cit., p. 37.

³⁶³ BOZOLA, op. cit., p. 25.

condutas tidas como criminosas, isto é, tem por regra o desvalor do resultado. No caso dos crimes de perigo, a preocupação repousa justamente no risco, ou seja, na probabilidade de que ocorra lesão a algum bem jurídico relevante, criando o verdadeiro Direito Penal dos riscos, no qual a tutela da ação prepondera sobre o resultado em si.

A gravidade das consequências que podem decorrer da exploração de atividades potencialmente perigosas torna o direito penal do risco uma preocupação constante das sociedades atuais. Para Roxin, a vinculação do direito penal à proteção de bens jurídicos não exige que haja punição apenas em caso de lesão efetiva a eles. Defende que seria suficiente que se coloque em perigo os bens jurídicos.³⁶⁴

Os riscos sociais da modernidade transformam o legislador em um verdadeiro gestor de riscos, uma postura alinhada ao papel de proteção aos bens jurídicos indispensáveis à vida em coletividade.³⁶⁵

Para Bottini:

A atividade de gestão do risco, portanto, se origina em um conflito, mas não em um conflito qualquer: naquele primordial, que sustenta o modelo de organização social atual. Decorre do litígio entre o discurso de defesa do risco, como motor do desenvolvimento, e o discurso pela restrição do mesmo risco, como ameaça. Por isso, o papel dos operadores desta gestão é cada vez mais relevante e sua atividade cada vez mais presente.³⁶⁶

A percepção do crescimento da preocupação do legislador com a necessidade da tutela aos crimes de perigo foi muito bem retratada na pesquisa empreendida por Juliana Cabral. A autora destaca que, entre os anos de 1942 e 1957, a quantidade de crimes de perigo representava 11,47% do total de crimes, sendo que, entre os anos de 1985 e 2000, tais crimes passaram a ocupar a impressionante marca de 38,7%.³⁶⁷ Apesar de não haver estudo estatístico do crescimento dos crimes de perigo nos últimos 20 anos, não parece ter havido redução na tendência de crescimento.

A expansão dos crimes de perigo demonstra de maneira clara a preocupação da sociedade, representada pelos legisladores, em cada vez mais se proteger dos

³⁶⁴ ROXIN, op. cit., t. 1, p. 60.

³⁶⁵ BOTTINI, op. cit. p. 96.

³⁶⁶ Ibid., p. 41.

³⁶⁷ CABRAL, op. cit., p. 143.

riscos advindos da exploração de atividades econômicas potencialmente danosas e que aumentaram exponencialmente os riscos sociais.

O ordenamento jurídico-penal brasileiro remonta a 1940, ano da publicação do Código Penal atual. Este fato acaba por gerar uma situação paradoxal, na medida em que a legislação fora concebida em uma época na qual os avanços tecnológicos representavam um risco determinado e que hoje, 80 anos após a sua sanção, mostra-se exponencialmente mais elevado.

Diante disso, chegamos a situações em que episódios com enormes repercussões, quando trazidos para a análise estreita da sua tipificação com base no direito positivo, acabam gerando penas demasiadamente brandas em relação ao resultado lesivo causado. Resta a indagação sobre se seria a função do direito penal satisfazer tal desproporção, ou seja, o resultado lesivo tem necessariamente que guardar relação com a sanção penal a ele atribuída?

Como forma de minimizar a desproporção do ponto de vista legal, a solução encontrada por parte dos órgãos de acusação e respaldadas pelo poder Judiciário repousa na ruptura com a doutrina mais tradicional do direito penal, na medida em que, a partir do dolo eventual, passam a capitular as condutas como homicídio doloso e as diversas mortes combinadas em concurso material ou formal imperfeito, o que tem o condão de acarretar penas exorbitantes para punir condutas que somente foram possíveis a partir do crescimento dos riscos aos quais a sociedade foi submetida.

A viabilidade jurídica de tal tratamento será analisada mais adiante, no momento em que será enfrentada a compatibilidade do dolo eventual com os crimes de perigo, notadamente no capítulo 4.

Ainda em relação ao tema dos crimes de perigo e sua expansão se comparado ao direito penal do dano, mister se faz uma análise do tratamento dado a eles pela doutrina, observando as classificações doutrinárias a eles atribuídas.

2.2.3 Classificação dos crimes de perigo

Os crimes de perigo, como já destacado ao longo do presente trabalho revelam, em certa medida, uma contraposição aos crimes de dano, uma vez que

punem, como regra, condutas que não chegam necessariamente a lesar pessoas e coisas, mas tão somente geram perigo de lesão.

Como já destacado aqui, no entanto, há quem sustente que o crime de perigo apresenta sim um dano, mas um dano menos grave, como se depreende da obra de Everardo da Cunha Luna:

O resultado de dano e o resultado de perigo. – As duas formas, sob as quais se apresenta o dano, no direito penal, isto é, o dano propriamente dito e o perigo, distinguem-se, apenas, por uma diferença de grau, não sendo o perigo senão um dano menos grave e, por isso mesmo, capaz de tornar-se mais grave. Ambas as formas, dano e perigo, consistem na lesão de um bem ou interesse. O bem satisfaz necessidades humanas, reais ou ideais, e o interesse é a relação existente entre o bem e um sujeito determinado. Praticamente, porém, bens e interesses se equivalem.³⁶⁸

Ao comentar o Código Penal de 1940, Nelson Hungria também apontava no mesmo sentido ao afirmar que “é inegável que o perigo também representa, em si mesmo, um resultado ou evento, isto é, uma alteração (juridicamente relevante) do mundo externo.”³⁶⁹

Na lição de Juarez Tavares, para tratarmos uma conduta como criminosa, é imperioso que se demonstre que aquela conduta pode produzir uma mudança sensível na realidade e, nos crimes de dano, essa demonstração se dá pela análise do fato em torno dos resultados concretos que terão sido produzidos pela conduta.³⁷⁰

Claus Roxin esclarece acerca do tema que nos delitos de dano, que representam a maior parte dos tipos, o objeto da ação deve ser realmente danificado para falarmos em crime consumado, chegando a exemplificar através dos crimes de homicídio, lesão, dano, etc. Por outro lado, nos delitos de perigo, a ação apenas supõe uma ameaça mais ou menos intensa para o objeto da ação.³⁷¹

Magalhães Noronha defendia que os crimes de dano são os que só se consumam com a demonstração da efetiva lesão ao bem jurídico, enquanto os de perigo se contentam com a mera probabilidade de dano.³⁷²

A despeito de a conceituação de crimes de dano e de perigo já ter sido enfrentada na seção 2.2 do presente trabalho, antes de enfrentar a classificação dos

³⁶⁸ LUNA, op. cit., p. 43.

³⁶⁹ HUNGRIA, op. cit., v. 5, p. 371.

³⁷⁰ TAVARES, 2018, op. cit., p. 90-1.

³⁷¹ ROXIN, op. cit., t. 1, p. 336.

³⁷² NORONHA, op. cit., v. 1, p. 118.

crimes de perigo, cumpria tecer comentários introdutórios, mais uma vez sobre tal diferenciação.

Voltando a atenção especificamente para os crimes de perigo e sua classificação, é possível perceber que esta se dá a partir de uma divisão em dois grupos distintos. Uma primeira classificação leva em consideração o número de pessoas e coisas que são expostas a perigo, o que permite classificá-los em crimes de perigo individual e crimes de perigo comum. A segunda classificação diz respeito à necessidade ou não de comprovação do risco ao bem jurídico tutelado, o que permite a sua divisão em crimes de perigo abstrato, crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato-concreto.

Nelson Hungria trazia uma outra forma de classificar os crimes de perigo não repetida por demais autores, mas que convém trazer à colação no presente trabalho, que consistia na divisão em crimes de perigo atual (ou iminente) ou futuro (remoto). Para o autor, perigo atual ou iminente “significa a possibilidade presente ou efetiva do dano, pouco importando a maior ou menor persistência ou permanência dessa possibilidade” enquanto o crime de perigo futuro ou remoto seria “aquêle que, embora não existindo na atualidade, pode advir em tempo sucessivo. É a probabilidade de perigo ou o perigo de perigo. É o evento genérico das contravenções e da tentativa dos crimes de perigo.”³⁷³

Por representar uma classificação não repetida por outros autores, não será objeto de tópico específico.

2.2.3.1 Crimes de perigo individual

No ordenamento jurídico brasileiro, os crimes de perigo se dividem em crimes de perigo individual e crimes de perigo comum. No Código Penal, os crimes de perigo individual encontram-se localizados no Capítulo III do Título I, enquanto os de perigo comum se situam no Capítulo I do Título VIII. Os crimes de perigo individual se caracterizam por trazer perigo para um número determinado de bens jurídicos.

³⁷³ HUNGRIA, op. cit., v. 5, p. 370.

Dentre eles estão os crimes de perigo de contágio venéreo (art. 130); perigo de contágio de moléstia grave (art. 131) entre outros.

Para Nelson Hungria:

Perigo individual é o que afeta o interêsse de uma só pessoa ou de um exíguo e determinado grupo de pessoas, e constitui o evento específico de certos crimes formais e dos crimes de perigo, que podiam ser chamados de crimes contra a incolumidade individual.³⁷⁴

Magalhães Noronha afirmava que:

individual é o perigo quando ameaça determinada pessoa ou certo bem. Exemplos típicos de crimes de perigo individual deparamos nos arts. 133 – abandono de incapaz -, 134 – expor ou abandonar recém-nascido -, 135 – deixar de prestar assistência a criança abandonada – e 136 – expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa, por maus tratos.³⁷⁵

No mesmo sentido se posiciona Ângelo Roberto Ilha, ao afirmar que os crimes de perigo individual “são aqueles que afetam um indivíduo certo ou determinado bem ou, ainda, um reduzido e determinado número de pessoas. Constituem o Capítulo III do Título I da Parte Especial do Código Penal, intitulado ‘Da Periclitção da vida e da saúde’.”³⁷⁶

2.2.3.2 Crimes de perigo comum

Os crimes de perigo comum, objeto do presente estudo, por sua vez, englobam o perigo para um número indeterminado de bens jurídicos, tais como vida, integridade física e patrimônio, pertencentes a um número igualmente indeterminado de pessoas.

Von Liszt definia o perigo comum como sendo:

uma situação, em que não é simplesmente uma unica pessoa investida dos bens mencionados ou não são somente varias pessoas investidas de taes bens e determinadas quanto ao numero e á individualidade que correm perigo, mas um circulo não limitado de pessoas individualmente não

³⁷⁴ Ibid., v. 5, p. 378

³⁷⁵ NORONHA, op. cit., v. 3, p. 355.

³⁷⁶ SILVA, A. R. I. da, op. cit., p. 82.

determinadas. Deve-se, pois, admitir que se dá perigo para o corpo ou para a vida, quando é certo que a ofensa ameaça somente uma pessoa ou um numero limitado de pessoas, mas essas pessoas não podem ser individualmente determinadas. Si se trata de perigo commum para a propriedade alheia, esta definição precisa de uma modificação; perigo commum significa neste caso o perigo a que fica exposto um circulo não limitado de cousas individualmente não determinadas, embora pertençam a um só proprietário.³⁷⁷

Magalhães Noronha se referia aos crimes de perigo comum como sendo aqueles em que não se consideraria um indivíduo determinado ou mesmo a um certo bem, mas sim a pessoas indeterminadas ou vários bens, destacando a vida, a integridade física e o patrimônio.³⁷⁸

Segundo o autor:

é o risco, o perigo que elas correm que dá o matiz próprio destes crimes. Tutela o Código com a incriminação dos fatos que compõem o presente Capitulo os bens da vida, integridade física e patrimônio da criatura humana, já definidos em outros títulos, mas agora tutelados contra a ameaça não dirigida aos de certa e determinada pessoa, mas aos de pessoas (isto é, um número indefinido delas).³⁷⁹

Como já foi demonstrado, os crimes de perigo comum passaram a integrar o ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei n.º 3.311, de 15 de outubro de 1886. Até então, as situações advindas de condutas potencialmente lesivas à coletividade, tal qual o incêndio, eram tratadas como crime de dano, majorado pela incidência de agravantes.

Os Códigos Penais de 1890 e de 1940 já trouxeram em seus textos um capítulo específico para tratar dos crimes de perigo comum.

No atual Código, os crimes de perigo comum estão previstos nos artigos 250 a 259 e trazem entre as suas figuras típicas os crimes de incêndio (doloso e culposo); explosão (dolosa ou culposa); uso de gás tóxico ou asfixiante (por dolo e por culpa); inundação (dolosa ou culposa); perigo de inundação (apenas na forma dolosa); desabamento ou desmoronamento (por dolo ou por culpa); subtração ou ocultação de material de salvamento (apenas na forma dolosa) e difusão de doença ou praga (também por dolo ou por culpa).

³⁷⁷ VON LISZT, op. cit., v. 2, p. 345.

³⁷⁸ NORONHA, op. cit., v. 3, p. 355.

³⁷⁹ Ibid., v. 3, p. 357.

Acerca dos crimes de perigo comum, Hungria afirmava que é “a indeterminação do alvo a nota característica do perigo comum, que assim pode ser definido: é o perigo dirigido contra um círculo, previamente incalculável na sua extensão, de pessoas ou coisas não individualmente determinadas”.³⁸⁰

Um ponto bem destacado por Hungria, e que não afasta a incidência do crime de perigo, é que tais crimes são aplicáveis ainda que por vezes se ameace uma única pessoa ou coisa de forma efetiva, exigindo-se tão somente que tal ameaça não fosse individualizável *ab initio*, ou seja, desde que a intenção do agente não fosse a de atingir aquela pessoa ou coisa de forma autônoma.³⁸¹

O autor traz como exemplo a hipótese onde um indivíduo explode uma bomba em uma praça pública na qual havia uma única pessoa passando dentro do raio de ação do explosivo, afirmando que mesmo neste caso haveria o crime de perigo, uma vez que o perigo se dirigia contra pessoa ou coisa indeterminável de forma antecedente. Na mesma linha o autor chega a trazer um caso ainda mais inusitado, no qual o agente coloca um explosivo na boca de uma mina, com o intuito de que fosse atingido o primeiro mineiro que adentrasse o local. Para ele haveria, mesmo aí o crime de perigo, na medida em que estariam ameaçados de forma indistinta todos os operários da mina, na medida em que qualquer um poderia ser alvo da bomba.³⁸²

2.2.3.3 Crimes de perigo concreto

Os crimes de perigo concreto requerem que no caso concreto se produza um perigo real para o objeto protegido pelo tipo penal, ou seja, para o bem jurídico tutelado pela norma penal.³⁸³ Roxin cita o caso dos delitos de trânsito como o mais importante exemplo, na medida em que nas formas perigosas de direção legalmente previstas demandam que se crie, a partir delas, um perigo para a vida, integridade física ou coisas alheias de considerável valor. O perigo deve ser comprovado por meio de um prognóstico objetivo posterior. Se a conduta não gera um perigo de resultado, não será imputável, ainda que se realize uma efetiva situação de perigo.

³⁸⁰ HUNGRIA, op. cit., v. 9, p. 12

³⁸¹ Ibid., v. 9, p. 12

³⁸² Ibid., v. 9, p. 12-3.

³⁸³ ROXIN, op. cit., t. 1, p. 404.

Segundo José Francisco de Farias Costa:

há situações de perigo concreto, jurídico-penalmente relevante, quando, relativamente aos resultados possíveis descritos na lei penal, a probabilidade do resultado desvalioso é superior à probabilidade de sua não produção, quer dizer, é superior à probabilidade da produção do resultado valioso.³⁸⁴

A necessidade de comprovação efetiva do perigo e demonstração da probabilidade acima mencionada acaba se materializando na exigência da realização de perícia como meio de prova, sendo certo que estamos diante de, segundo a lição de Sheila Bierrenbach, um crime de resultado, sendo certo que este resultado se materializa exatamente no perigo que terá efetivamente sido suportado pelo bem jurídico.³⁸⁵

Magalhães Noronha também frisava a necessidade de comprovação, na medida em que, ao conceituar o crime perigo concreto afirmou que tal crime “deve ser investigado e provado, caso por caso”.³⁸⁶

Hungria dizia que o perigo concreto é o que “se verifica realmente, dependendo de tal verificação (ocorrência) a existência do crime, como por exemplo nos casos de incêndio, inundação, etc.”³⁸⁷

Ferrando Mantovani ressalta que nos crimes de perigo concreto, a existência do perigo para o bem jurídico deve realmente existir, constituindo-se um elemento expresso no tipo penal, o que demanda a verificação de sua existência concreta em cada caso, o que é possível na medida em que são tipos penais que permitem, até mesmo após o fato, verificar a ocorrência ou não das condições para que o evento danoso ocorresse.³⁸⁸

Em alguns tipos penais, a menção efetiva ao perigo faz com que não reste dúvida no seu caráter como sendo de perigo concreto. Este fato se revela, por exemplo, nos crimes previstos nos artigos n.º 250 (incêndio); 251 (explosão); 252 (uso de gás tóxico ou asfixiante); 254 (inundação) e 256 (desabamento ou

³⁸⁴ COSTA, J. F. de F., op. cit., p. 597-8.

³⁸⁵ BIERRENBACH, op. cit., p. 52.

³⁸⁶ NORONHA, op. cit., v. 3, p. 354.

³⁸⁷ HUNGRIA, op. cit., v. 9, p. 15.

³⁸⁸ “Reati di pericolo concreto, per la sussistenza dei quali il pericolo per il bene deve effettivamente esistere, costituendo esso elemento tipico espresso e dovendosi perciò accertarne in ciascun caso la concreta esistenza (es.: artt. 422, 423/2, 431, 434): cosa possibile in quanto trattasi di tipi di fattispecie che consentono, già al momento del fatto, di controllare la sussistenza o meno delle condizioni per il verificarsi dell’evento lesivo.” (MANTOVANI, 2015, p. 206)

desmoronamento), todos do Código Penal. Em outros tipos penais, por sua vez, a falta de menção expressa ao perigo pode suscitar dúvidas acerca de seu caráter de crime de perigo concreto.

É equivocada a afirmação de que todos os crimes de perigo concreto trazem em seu texto a menção expressa à palavra perigo. Em diversos crimes, embora de perigo concreto, o legislador não se vale do uso da palavra perigo na descrição típica. Um exemplo disso é o caso do crime de epidemia, descrito no artigo n.º 267 do Código Penal.

O texto legal do artigo limita-se a narrar a conduta de causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos, ou seja, não narra o perigo que daí pode advir como algo necessário. No entanto, é imprescindível que seja realizada a perícia para demonstrar a potencialidade lesiva dos germes patogênicos que foram propagados. Se não restar demonstrado o risco de lesão para a coletividade (sujeito passivo do referido delito), não há que se falar neste crime.

Ângelo Roberto Ilha cita um outro exemplo no qual o legislador não faz menção ao perigo na descrição típica, mas isto não afasta a sua caracterização como crime de perigo concreto, que é o caso do crime de gestão temerária, previsto no artigo n.º 4.º da Lei n.º 7.492/86. A redação do artigo limita-se a dizer “se a gestão é temerária”. O autor destaca que somente as condutas que extrapolem os riscos normais da atividade desempenhada é que poderão configurar a tal gestão temerária, o que demanda a apuração do perigo no caso concreto.³⁸⁹

A despeito da incidência prática de crimes de perigo concreto sem a menção à palavra perigo, a questão atinente à exigência de menção ao perigo no tipo penal para que ele seja de perigo concreto mostra-se comum em meio à doutrina. Ângelo Ilha afirma, no entanto, que nos casos em que paire dúvida, face à redação imprecisa e aberta do tipo penal, o ilícito deve entender-se como de perigo concreto, até mesmo para atender às exigências constitucionais, bem como de legitimidade do dispositivo.³⁹⁰

A concretude do perigo passa pela necessidade de sua verificação através de algum fenômeno ou algo tangível, apreciável pelos sentidos, o que torna fácil classificar uma situação como de perigo concreto pela possibilidade ou

³⁸⁹ SILVA, A. R. I. da, op. cit., p. 68-9.

³⁹⁰ Ibid., p. 71.

probabilidade de afetar um bem jurídico ou interesse visível, observável, como por exemplo, no que ocorre com o crime de abandono de um menor em relação à sua saúde ou sua vida.³⁹¹

Conforme menciona Alexis Brito, entende-se por perigo concreto aquele que pode ser constatado *ex post*, ou seja, após a conduta realizada e a partir da verificação de todos os elementos fáticos, a partir da comprovação de que o bem jurídico correu perigo.³⁹²

Schüneman, através de sua teoria normativa do resultado de perigo, assevera que o perigo concreto se caracteriza pela ausência causal do resultado, e a causalidade representa circunstância em cuja ocorrência não se pode confiar.³⁹³

2.2.3.4 Crimes de perigo abstrato

Diferentemente do que ocorre com os crimes de perigo concreto, nos quais a situação de perigo precisa ser comprovada através de demonstração realizada após o fato, nos crimes de perigo abstrato a situação de perigo não só é analisada de forma apriorística, como também trabalha com situações de risco presumido.

Em que pese sejam tratados por grande parte da doutrina como conceitos sinônimos, há quem faça distinção entre crimes de perigo abstrato e crimes de perigo presumido. Dentre os que fazem tal distinção, merece destaque Ferrando Mantovani, autor italiano, para quem no crime de perigo abstrato (*reati di pericolo astratto*), o perigo não é um requisito constante do tipo penal, mas é dado pela lei como parte integrante da conduta, ou seja, o perigo faz parte da conduta e isso decorre da experiência que considera a conduta como perigosa,³⁹⁴ cabendo ao juiz tão somente fazer a subsunção do fato à norma. No crime de perigo presumido (*reati di pericolo presunto*) por sua vez, o perigo está necessariamente envolvido na

³⁹¹ BAIGÚN, D. **Los delitos de peligro y la prueba del dolo**. Buenos Aires: B de F, 2007, p. 20.

³⁹² BRITO, op. cit., p. 99-100.

³⁹³ SCHÜNEMANN, 1975, p. 793 ss. apud SANTOS, op. cit., p. 110.

³⁹⁴ "Reati di pericolo astratto, nei quali il pericolo non è requisito tipico, ma è dato dalla legge come insito nella stessa condotta, perché ritenuta pericolosa, ed il giudice si limita a riscontrare la conformità di essa al tipo legale. Ciò in quanto trattasi di tipi di fattispecie che per loro natura precludono la possibilità, ex ante e, talora, anche ex post, di controllare l'esistenza o meno delle condizioni per il verificarsi dell'evento lesivo." (MANTOVANI, 2015, p. 207)

conduta, já que no momento é possível verificar a existência ou não das condições para a provável ocorrência do evento prejudicial, a partir de uma presunção *juris et de jure*, vedando-se a produção de prova em sentido contrário.³⁹⁵

Diferente do que ocorre com os crimes de perigo concreto, nos crimes de perigo abstrato a menção à palavra perigo não integra o tipo penal, limitando-se o legislador tão somente a descrever a conduta potencialmente perigosa, ou seja, no perigo abstrato a mera possibilidade de uma situação de perigo já basta para o legislador criminalizar a conduta, enquanto no perigo concreto exige-se a probabilidade do perigo.³⁹⁶

Na lição de José Francisco Faria da Costa:

Assim, os crimes de perigo concreto representam a figura de um ilícito-típico em que o perigo é, justamente, elemento desse mesmo ilícito-típico, enquanto nos crimes de perigo abstrato o perigo não é elemento do tipo, mas tão só motivação do legislador.³⁹⁷

E prossegue o autor:

Por isso não cairemos na esfera do erro se dissermos que, em um determinado sentido, os chamados crimes de perigo abstracto são o exemplo mais acabado da relevância da ausência em direito penal. O perigo que não é elemento do tipo, que está, por conseguinte, ausente, é ainda através da sua presença-ausência que vai determinar a qualificação. Nesta perspectiva, o perigo, enquanto elemento oculto e que não é sequer chamado ao mundo da imediata discursividade dogmática-penal, influencia, decisivamente, toda compreensão dos crimes de perigo abstracto. Mas se este facto já por si é revelador da necessidade que há em despojar o acessório para surpreender o essencial, ele é, do mesmo passo, particular sintoma da refração da relação onto-antropológica ao nível do campo da normatividade jurídico-penal.³⁹⁸

Nelson Hungria definia os crimes de perigo abstrato como sendo “o que a lei presume, *juris et de jure*, inserto em determinado fato, pouco importando, assim, que não se realize, no caso corrente, por alguma circunstância excepcional, um perigo efetivo.”³⁹⁹

³⁹⁵ “Reati di pericolo presunto, nei quali il pericolo non è necessariamente ínsito nella stessa condotta, poiché al momento di essa è possibile controllare l'esistenza o meno delle condizioni per il probabile verificarsi dell'evento lesivo, ma esso viene presunto *juris et de jure*, per cui non è ammessa neppure prova contraria della sua concreta inesistenza”. (MANTOVANI, 2015, p. 207)

³⁹⁶ BRITO, op. cit., p. 100.

³⁹⁷ COSTA, J. F. de F., op. cit., p. 620-1.

³⁹⁸ Ibid., p. 622.

³⁹⁹ HUNGRIA, op. cit., v. 9, p. 15.

No que tange à presunção do perigo, majoritariamente se entende que tal presunção, nos crimes de perigo abstrato é absoluta. No entanto, há quem admita a sua relativização.

Marta Felino Rodrigues, citando Schröder, menciona que:

apesar de reconhecer a legitimidade dos crimes de perigo abstracto, admite ao julgador a excepção da não perigosidade, permitindo, portanto, a contraprova da perigosidade, mas tão-só “quando o tipo serve a protecção de objetos determinados e concretizados, em relação aos quais se pode comprovar com segurança se em concreto eles foram efetivamente postos em perigo”. Esta contraprova já não é possível relativamente aos tipos que protegem a “comunidade ou objectos que, no momento do acto, não estão determinados ou são indetermináveis”. Ou seja, a contraprova só é válida para aquilo que designaríamos por “crimes de perigo abstracto individualizado” (tipos de perigo abstrato para bens individuais), por contraposição a “crimes de perigo abstracto não-individualizado” (tipos de perigo para bens jurídicos colectivos).⁴⁰⁰

Diferente do que ocorre de forma corriqueira nos crimes de perigo concreto, onde a situação de perigo consta na própria redação do tipo penal, nos crimes de perigo abstrato isso não se verifica, na medida em que decorre de uma hipótese gerada pelo legislador, o que acaba por deixar pouco espaço interpretativo ao juiz.

Na medida em que o crime de perigo abstrato decorre de uma construção idealizada pelo legislador diante de uma situação potencialmente perigosa, mostra-se evidente serem eles uma decorrência do princípio da legalidade, segundo o qual não há crime sem lei que o defina. A presença da situação de perigo, com a probabilidade de que a partir dali sobrevenham resultados danosos, faz com que o legislador se antecipe a tal produção para que, em ocorrendo, já exista norma para tutelar as suas consequências.

Um exemplo que integra o ordenamento jurídico penal brasileiro é o crime de arremesso de projétil, previsto no artigo n.º 264⁴⁰¹ do Código Penal. Limita-se o legislador a descrever a conduta típica de arremessar o projétil contra veículo de transporte público em movimento, deixando de colocar como necessária a produção sequer de efetivo perigo ao bem jurídico tutelado, qual seja, a segurança dos meios de comunicação e transporte.

⁴⁰⁰ RODRIGUES, op. cit., p. 33.

⁴⁰¹ “Art. 264 - Arremessar projétil contra veículo, em movimento, destinado ao transporte público por terra, por água ou pelo ar:

Pena - detenção, de um a seis meses.

Parágrafo único - Se do fato resulta lesão corporal, a pena é de detenção, de seis meses a dois anos; se resulta morte, a pena é a do art. 121, § 3º, aumentada de um terço.” (BRASIL, 1940)

Da redação do tipo penal decorre a conclusão de que a conduta é punível mesmo que o tal projétil (qualquer objeto com potencialidade lesiva) seja efetivamente arremessado contra o veículo em movimento, pouco importando se vai acertar ou não o transporte público.

Magalhães Noronha, citando Manzini, menciona o fato de ser criticável a nomenclatura dos crimes de perigo abstrato, pois um perigo “meramente abstrato não existe, porque o perigo é sempre probabilidade de um evento temido, o distinguir, portanto, entre perigo concreto e abstrato, é impróprio porque o perigo é sempre uma abstração.”⁴⁰²

David Baigún não concorda com a divisão de crimes de perigo em concreto e abstrato. Na lição do autor, os crimes de perigo abstrato seriam crimes de perigo concreto, mas não em um sentido sensorial, e sim, mental.⁴⁰³

Bottini, a partir do estudo da obra de Kindhäuser, destaca que os crimes de perigo abstrato poderiam ser tidos como tipos de lesão, na medida em que produziram mudança no mundo exterior. Isto é, não se estaria diante de condutas que antecipariam a incidência da tutela penal, mas sim esta tutela decorreria do descumprimento de padrões mínimos de segurança a bens jurídicos tutelados, e para os quais a lesão se revela possível.⁴⁰⁴

O autor espanhol Paredes Castañón, também na linha segundo a qual os crimes de perigo abstrato são crimes de lesão, revela a existência de bens jurídicos intermediários, para os quais haveria uma titularidade coletiva. O seu caráter intermediário decorre exatamente do seu papel de ponte para bens jurídicos de cunho individual.⁴⁰⁵

⁴⁰² NORONHA, op. cit., v. 3, p. 354.

⁴⁰³ BAIGÚN, op. cit., p. 36.

⁴⁰⁴ BOTTINI, op. cit., p. 107-8.

⁴⁰⁵ “Así, en mi opinión, la opción político-criminal por la incriminación de delitos de peligro abstracto sólo puede justificarse en dos supuestos: primero, cuando pueda admitirse, conforme al método expuesto, la presencia de un bien jurídico intermedio (esto es, cuando la seguridad del bien jurídico final posea relevancia suficiente como para convertirse por sí misma en un nuevo bien jurídico); y segundo, en aquellos casos —que serán infrecuentes— en los que la conducta abstractamente peligrosa genere ya por sí misma una perturbación de rango sistémico. Esto último puede ocurrir, por ejemplo, en supuestos en los que la conducta (que no llega a ocasionar una lesión, y ni siquiera una concreta puesta en peligro del bien jurídico — final — protegido) se refiera a un bien jurídico de importancia capital, y además la estadística de peligrosidad sea muy significativa; pero, en cualquier caso, siempre que además se constate que la acción abstractamente peligrosa genere por sí misma una evidente perturbación del normal funcionamiento del subsistema social de que se trate.” (PAREDES CASTAÑÓN, 2003, p. 139-40)

Karl Binding não admitia, pelo menos com tal nomenclatura, a existência do perigo abstrato. Para o autor, apenas o perigo concreto seria penalmente relevante, ou seja, ou o perigo é concreto ou ele sequer existe. Para ele, mesmo os crimes tidos como de perigo abstrato seriam comportamentos concretamente perigosos. Ocorre que o autor categorizava os crimes em três categorias distintas, quais sejam, crimes de dano (que trazem a proibição da efetiva lesão); crimes de perigo (que proíbem comportamentos perigosos) e os crimes de mera desobediência (que se revelam como violações a comportamentos proibidos).⁴⁰⁶

Para Marta Felino Rodrigues, a categoria dogmática de crimes de mera desobediência criada por Binding, e que, na visão dele, estaria apartada dos crimes de perigo, representaria, em verdade, os crimes de perigo abstrato, uma vez que, para o autor, os tais crimes de mera desobediência punem ações ainda que nas mesmas não se demonstre a sua periculosidade no caso concreto.⁴⁰⁷

A caracterização dos crimes de perigo abstrato como crimes de lesão tem também um escopo subjacente, na medida em que acaba por servir de mote para rechaçar a grande crítica que sempre se fez à sua existência, diante da aparente inconstitucionalidade face à ausência de lesividade.

O princípio da lesividade traz a exigência de que apenas sejam puníveis comportamentos aptos a produzir lesão a bem jurídico alheio, ou seja, são vedadas as punições a comportamentos internos.

Há quem defenda a tese de que os crimes de perigo abstrato, ainda que não sejam tidos como crimes de lesão, não representariam uma afronta ao princípio da lesividade, uma vez que tal princípio também engloba, além da lesão efetiva ao bem jurídico, a ameaça real ou potencial aos bens juridicamente tutelados.⁴⁰⁸

Joaquim Bages Santacana destaca que todos os crimes são, em certa medida, pluriofensivos, na medida em que todos teriam uma dupla dimensão, quais sejam, social e individual. A dimensão social, em razão de a proteção de um indivíduo só ter sentido dentro de um contexto social; e individual porque o sistema penal não pode se dirigir à sua própria autotutela. Nesta linha de pensamento, a admissibilidade de bens jurídicos supra individuais ficaria condicionada a que o interesse em questão seja percebido como socialmente relevante e que disponha de

⁴⁰⁶ BINDING, 1872, p. 372 e 374 apud RODRIGUES, op. cit., p. 134.

⁴⁰⁷ RODRIGUES, op. cit., p. 134-5.

⁴⁰⁸ BOTTINI, op. cit., p. 129.

uma referência individualizada, na medida em que só assim seria justificável a interferência penal para a sua proteção dentro de uma matriz constitucional.⁴⁰⁹

Prossegue o autor dizendo que, com isso, os delitos de perigo abstrato poderiam ser estruturados como delitos de lesão (de um interesse supraindividual) e de colocação em perigo abstrato (de um interesse individual).⁴¹⁰

A partir do momento em que se percebe que uma determinada conduta é objetivamente capaz de produzir como resultado uma lesão a um bem jurídico que o Estado deseja evitar, proibir tais condutas vem a ser um objetivo que justifica a intervenção do direito penal, o que levaria à conclusão de que os delitos de perigo abstrato não se mostram inconstitucionais.⁴¹¹

A discussão da legitimidade dos crimes de perigo abstrato e das formas de limitar a sua crescente expansão, embora seja tema da maior relevância nos dias atuais, não é objeto do presente trabalho, razão pela qual limita-se apenas a pontuar algumas das questões que permeiam o tema.

2.2.3.5 Crimes de perigo abstrato-concreto

A maioria dos autores se limita a dividir os crimes de perigo em abstrato e concreto. No entanto, já existe uma parcela significativa da doutrina que vem admitindo esse terceiro gênero, que é o crime de perigo abstrato-concreto.

Segundo Marta Rodrigues:

trata-se de tipos que, apesar de caberem em termos sistemáticos no âmbito dos crimes de perigo concreto, contêm uma certa combinação (*gewisse Kombination*) entre elementos de perigo abstracto e de perigo concreto.

⁴⁰⁹ “todos los delitos son en cierta medida pluriofensivos, en tanto que todos tendrían un doble dimensión social e individual: social, porque la protección del individuo sólo tiene sentido en un contexto social; e individual, porque el sistema penal no puede dirigirse a su propia autotutela, si no quiere dejar de ser útil desde una perspectiva individual, ni por lo tanto convertirse en ilegítimo desde una óptica liberal. Conforme a este discurso, la admisibilidad de los bienes jurídico-penales supraindividuales quedaría condicionada a que el interés en cuestión sea percibido como socialmente preferente, y a que disponga de un referente individual, pues esto último es lo que justificaría la intervención penal en aras a su salvaguarda desde un prisma constitucional.” (SANTACANA, 2018, p. 48)

⁴¹⁰ “Con lo dicho los delitos de peligro abstracto podrían estructurarse como delitos de lesión (de un interés supraindividual) y de abstracta puesta en peligro (de un interés individual). SANTACANA, 2018, p. 48)

⁴¹¹ SANTACANA op. cit., p. 122.

Correspondem, na verdade, a tipos em que o legislador combina modos de comportamento abstractamente perigosos com um perigo concreto.⁴¹²

Apesar de aceito do ponto de vista doutrinário, esta modalidade de classificação é objeto de críticas, na medida em que estar-se-ia admitindo crimes de perigo concreto onde a situação de perigo por ele narrada nem sempre seria dotada de concretude.

Alexis Brito destaca que nestes delitos que se mostram a partir da realização de atividades abstratamente perigosas podem demandar a comprovação, em uma análise posterior à realização do comportamento perigoso, que seriam potencialmente aptos a darem causa aos resultados (típico de crimes de perigo concreto).⁴¹³

Para Schröder, criador da nomenclatura (*abstrakt-konkretes Gefährungsdelikt*), deve haver uma mensuração da situação de perigo pelo juiz, que é um traço marcante do perigo concreto, ao mesmo tempo em que este juiz deve, na sentença sobre a periculosidade da ação, valer-se de critérios abstratos, que são marcas do crime de perigo abstrato, nos quais a situação de perigo decorre da previsão legal.⁴¹⁴

Resta claro, portanto, que nesta figura não se está diante de um crime de perigo abstrato, no qual a situação de perigo é decorrência quase automática de sua subsunção à norma, nem mesmo um crime de perigo concreto, uma vez que não se está diante de uma hipótese para a qual a prova do perigo se faz necessária.

Sintetizando, Alexis Couto explica:

O legislador abstém-se da formulação abstrata de critérios para a perigosidade de determinadas condutas e transfere esta tarefa ao juiz, sob o fundamento de que este atenderá a necessidade de justiça individual porque pode fazer melhor cálculo das circunstâncias do caso concreto que tem diante dos olhos.⁴¹⁵

José Francisco Farias Costa, ao explicar um caso que para ele é chamado de crime de perigo concreto de proteção antecipada (hipótese na qual alguém corta a energia de um hospital, mas o paciente que estava na mesa de cirurgia não chega a correr perigo em virtude da entrada em funcionamento do gerador, o que, para ele

⁴¹² RODRIGUES, op. cit., p. 76.

⁴¹³ BRITO, op. cit., p. 107.

⁴¹⁴ RODRIGUES, op. cit. p. 77-8.

⁴¹⁵ BRITO, op. cit, p. 108.

geraria a incidência do crime de perigo, uma vez que o tempo em que o gerador demora para ligar, teria havido risco para o paciente), diferencia esta modalidade do crime de perigo abstrato-concreto por entender que nestes a prova da inexistência do perigo determina o não preenchimento do tipo, o que levaria à atipicidade no exemplo.⁴¹⁶

Luiz Flávio Gomes, divergindo da nomenclatura perigo abstrato-concreto, se refere a esta categoria de crimes como sendo crimes de perigo concreto indeterminado e define como sendo:

abstrato no sentido de que não exige a apresentação de uma vítima concreta do perigo; seria ao mesmo tempo concreto, no sentido de que a conduta deve ser concretamente adequada para poder lesionar um bem jurídico individual (vida, integridade física, patrimônio etc.)⁴¹⁷

Apesar de aceita e reconhecida do ponto de vista doutrinário, não se verifica incidência prática de tal classificação sendo adotada para os tipos penais de perigo brasileiros, que continuam adstritos à classificação clássica entre crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato.

⁴¹⁶ COSTA, J. F. de F., op. cit., p. 643.

⁴¹⁷ GOMES, L. F. **Estudos de direito penal e processo penal**. São Paulo: RT, 1999, p. 79.

3 AS TEORIAS DO DOLO EVENTUAL, NA ATUALIDADE

A distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente, por muitos chamados de imprudência consciente ou culpa com representação, sempre representou um ponto nevrálgico dentro da dogmática jurídico-penal.

Ao longo dos anos, muitos autores buscaram enfrentar o tema e, para tanto, foram criadas teorias que buscam aclarar a discussão e, em uma visão em certa medida pretensiosa, solucionar o problema.

O tema ganha destaque especial a partir do momento em que se verifica a desproporção existente entre a pena cominada ao crime culposos e a pena cominada ao crime doloso como regra.

Esta desproporção é exemplificada no crime de homicídio, que tem na modalidade culposa a pena abstratamente cominada de 1 a 3 anos de detenção, ao passo que na modalidade dolosa pode variar entre 6 a 20 anos na forma simples e 12 a 30 na forma qualificada do delito.⁴¹⁸

Apesar de o homicídio ser o crime no qual essa distinção mostra-se mais presente, este fato também se verifica em outros delitos, como naqueles que são o objeto deste presente trabalho, quais sejam, os crimes de perigo, muito embora neles o elastério diferenciador entre as modalidades dolosa e culposa não seja tão díspar como no homicídio.

A título de exemplo, o crime de incêndio prevê, na modalidade dolosa (*caput* do artigo n.º 250) a pena de três a seis anos e multa, enquanto o incêndio na modalidade culposa, previsto no § 2.º do mesmo artigo tem como pena prevista em abstrato a de detenção de seis meses a dois anos.

A mesma lógica é repetida nos demais crimes chamados de perigo comum, tais como explosão (art. 251), uso de gás tóxico (art. 252) e, na medida em que em todos eles não se verifica uma disparidade excessiva entre as modalidades dolosas e culposas.

A exceção entre os crimes de perigo fica por conta do artigo 273, que trata do crime de falsificação de medicamentos. A modalidade dolosa do crime, prevista no *caput*, tem pena cominada de 10 a 15 anos de reclusão e multa, além de ser crime

⁴¹⁸BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 out. 2019.

hediondo, enquanto a modalidade culposa vem descrita no § 2.º e traz como pena cominada a detenção de 1 a 3 anos e multa.

Cabe destacar, no entanto, que a redação do art. 273 do Código Penal foi substancialmente alterada no ano de 1998 pela Lei n.º 9.677, de 2 de julho de 1998. Em sua redação original, o crime previa como pena abstratamente cominada a reclusão de um a três anos e multa, enquanto a forma culposa previa pena de detenção de dois a seis meses e multa.⁴¹⁹

A alteração legislativa teve como motivação, dentre outros casos, o episódio que ficou conhecido como o caso da pílula de farinha, no qual o laboratório Schering teria comercializado um lote de pílulas que deveriam ter sido usadas apenas em teste da linha de produção. O caso trouxe grande comoção em nível nacional e acabou por impulsionar a votação do projeto.⁴²⁰

O projeto de lei para a modificação do art. 273 foi apresentado pelo Deputado Benedito Domingos no dia 4 de março de 1998 e recebeu o número 4.207/1998.⁴²¹

O projeto originário visava apenas a inclusão do art. 272 como hediondo, mas durante a tramitação foram apensados outros projetos de lei, notadamente os projetos 4.463/98, 4.531/98, 4.533/98, 4.535/98, 4.561/98, 4.575/98, 4.584/98 e 4.642/98 e, ao final, houve a aprovação da redação que modificou os arts. 272 a 277 do Código Penal, notadamente no que tange às penas a eles cominadas, bem como incluiu o art. 273 no rol dos crimes hediondos da Lei 8072/90.⁴²²

Dentre as sustentações dos Deputados durante a votação, merecem destaque as seguintes:

O SR. ENIO BACCI - (...) Quantas dezenas ou milhares de vidas foram ceifadas neste País? Há quantos anos a população está à mercê de medicamentos falsificados? Não existem estudos sobre isso, mas deixo no ar esta pergunta: quantas pessoas perderam a vida? Quantos aposentados, idosos e crianças faleceram ou estiveram seriamente adoentados? Quem sabe essas vidas poderiam ter sido salvas, se já tivéssemos criado legislação mais rigorosa como a que esta Casa aprova hoje.

(...)

⁴¹⁹ Ibid.

⁴²⁰ PASTORE, K.; CARDOSO, R. Os filhos da farinha. **Veja**, São Paulo, v. 31, n. 26, jul. 1998, p. 116-7.

⁴²¹ BRASIL. **Projeto de Lei n.º 4.207**, de 4 de março de 1998. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=219655>. Acesso em: 21 fev. 2020.

⁴²² Id. Ordem do dia. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, v. 53, n. 109, p. 17497-9, 24 jun. 1998. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD25JUN1998.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2020.

O SR. BENEDITO DOMINGOS - (...) Ao cominar a esse tipo de crime a pena de apenas dois anos, com a possibilidade de pagar fiança e responder ao processo em liberdade, houve uma anomalia no Código Penal brasileiro. Por isso, nossa proposta para que seja classificada como crime hediondo a falsificação de medicamentos foi acatada pelo Relator desse projeto, Deputado Marconi Perillo. Esse crime contra a economia, contra a vida, cujas consequências às pessoas que adquirem esses medicamentos são enormes, é o pior de todos. Aliás, com uma legislação branda como a nossa, quase sem eficácia, pessoas têm enriquecido ilicitamente com a miséria e a morte de muitos. (Deputado Benedito Domingos)⁴²³

Além da Lei n.º 9.677 de 2 de julho de 1998, também foi aprovada, no mesmo ano, a Lei n.º 9.695, de 20 de agosto,⁴²⁴ que houve por bem incluir o art. 273 no rol dos crimes hediondos. Estas duas leis ficaram conhecidas como “leis Serra”, em referência ao ex-Ministro da Saúde José Serra, e há quem afirme que tinham o propósito de alavancar sua candidatura à presidência da república.⁴²⁵

Ainda com relação à diferença de pena cominada às modalidades dolosa e culposa de crimes, uma exceção importante a ser destacada é o crime de lesão corporal, que na sua modalidade leve dolosa (*caput* do artigo 129) tem pena abstratamente cominada de 3 meses a 1 ano de detenção, ao passo que a lesão corporal culposa (§ 6.º) prevê a pena de 2 meses a 1 ano, também de detenção. Esse fato não se verifica nas formas qualificadas do crime de lesão corporal (grave, gravíssima, seguida de morte e com violência doméstica), mas mesmo maiores, a desproporção não chega perto da verificada no homicídio, ou mesmo no art. 273.

Episódios graves e recentes, envolvendo a morte de centenas de pessoas em decorrência de crimes originariamente de perigo, tais como os episódios de Brumadinho e Mariana, o caso da Boate Kiss, o incêndio no centro de treinamento do Clube de Regatas do Flamengo, entre outros tantos, trouxeram à tona mais uma vez a distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente, na medida em que, na maioria deles, houve a imputação aos acusados do resultado doloso, a título de dolo eventual.

Diante deste cenário, mostra-se relevante analisar as teorias doutrinárias que se debruçaram sobre a distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente.

⁴²³ Ibid., p. 17494.

⁴²⁴ Id. **Lei n.º 9.695**, de 20 de agosto de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9695.htm. Acesso em: 21 fev. 2019.

⁴²⁵ ZAFFARONI et al., op. cit., v. 1, p. 486.

3.1 Teoria do Dolo Indireto

O principal representante da teoria do dolo indireto foi Benedikt Carpzov, que a expôs em 1635 e exerceu bastante influência na Alemanha até o século XVIII. Os efeitos desta teoria se encontram presentes até hoje nos delitos qualificados pelo resultado.⁴²⁶

Gabriel Barberá destaca o surgimento desta teoria em contraposição ao conceito de dolo de origem no Direito Romano:

En efecto, en el derecho romano el dolo se limitaba estrictamente a los casos de intención directa (*animus occidendi, dolus malus*). Esta fue también la concepción del dolo de los glosadores. La doctrina medieval de los comentadores prácticos italianos (o postglosadores), en cambio, se caracterizó por intentar ampliar ese concepto, básicamente en virtud de necesidades político-criminales y probatorias. Político-criminalmente se tenía por evidente que existían hechos no intencionales que, no obstante, no podían ser imputados como culpa, sino que eran equiparables a los directamente perseguidos por el autor. Y probatoriamente consideraban estos juristas – muy vinculados a la praxis, como es sabido – que existían considerables dificultades para acreditar en el proceso penal la existencia de un *animus occidendi*.⁴²⁷

O autor traz ainda uma teoria que teria sido antecedente à chamada teoria do dolo indireto. A teoria recebera o nome do seu criador e fora conhecida como “teoria Bartoli”. Segundo ela, todas as consequências da ação desejada pelo autor que, segundo um juízo objetivo, derivariam necessária ou provavelmente serem dela derivada, deveriam ser imputadas a título de dolo. A teoria Bartoli foi complementada por Baldo, que acrescentou a necessidade de estas consequências integrarem a consciência do agente sejam como necessárias ou mesmo prováveis de decorrerem da ação intencionalmente realizada. Esta teoria vigorou na Itália por um período que variou entre os séculos XIV e XVI.⁴²⁸

A teoria do dolo indireto, diferente da teoria Bartoli, não exigia uma relação subjetiva direta entre o autor e o resultado, ou seja, não requer que o autor represente a possibilidade, probabilidade ou necessidade da ocorrência do outro resultado. Para a teoria do dolo indireto, bastava que o autor quisesse diretamente o resultado pretendido e que o resultado não desejado, segundo um ponto de vista

⁴²⁶ BARBERÁ, G. P. **El dolo eventual**. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 160.

⁴²⁷ Ibid., p. 161.

⁴²⁸ Ibid., p. 162.

objetivo, seja consequência necessária ou provável da ação, de acordo com o curso natural das coisas. Essa previsibilidade objetiva das consequências acessórias foi o que permitiu falar-se em uma vontade indireta do autor a respeito da consequência, daí advindo o nome da teoria de dolo indireto.⁴²⁹

A título de exemplo prático da teoria, Gabriel Barberá traz um caso citado por Carpzov:

quien atraviesa (a outro) com una espada, sin querer matarlo, pero produciéndole más allá de su intención una herida de la cual resulta la muerte, debe ser castigado com la pena ordinária (la pena del dolo) al igual que si hubiera tenido la intención de matar ...; pues aquel que atraviesa (a otro) con una espada sólo con la intención de herirlo, actúa de todos modos dolosamente, porque sabe o al menos debía saber que una simple herida no puede provocarse así, sobre todo con una espada o con outro instrumento similar idóneo para matar; ante ello no puede negar que tiene voluntad homicida, pues su voluntad se refiere a la herida y a todo aquello que suceda inmediatamente como consecuencia de la herida dolosamente producida.⁴³⁰

Puppe traz ainda outro exemplo citado por Carpzov, que seria o do incendiário que desejava colocar fogo em apenas uma casa da cidade, mas o fogo acaba se estendendo a outras casas. Para Carpzov, a tendência do fogo de atingir casas vizinhas seria suficiente para se imputar ao agente os resultados a título de dolo.⁴³¹

Ao discorrer sobre a teoria do *dolus indirectus*, Galdino Siqueira afirmou:

O delinquente que causa um mal maior do que o tencionado, ou diverso do tencionado, indirectamente o quer e responde por todas as consequências do seu acto.⁴³²

A teoria do dolo indireto serviu de base para o surgimento de teorias que buscaram um conceito eminentemente normativo do dolo, apartado de qualquer elemento psicológico. Como veremos adiante, isto inclui teorias atuais que possuem nomes de prestígio entre seus adeptos, tais como a supracitada autora Ingeborg Puppe, que defende a existência do chamado dolo sem vontade, que será melhor explorado adiante neste capítulo.

⁴²⁹ Ibid., p. 163.

⁴³⁰ CARPZOV, 1935, p. 11 apud BARBERÁ, G. P., op. cit., p. 165.

⁴³¹ PUPPE, op. cit., p. 24.

⁴³² SIQUEIRA, 2003, op. cit., v. 1, p. 300.

Puppe, aliás, recebeu críticas por parte de Gabriel Barberá, pois, segundo o autor, ela teria tentado reinterpretar a teoria de Carpzov a partir da eliminação de sua característica central, na medida em que sustentava que para Carpzov o autor seria plenamente responsável pelas consequências de sua atuação que ele tinha conhecimento. Em outras palavras, a autora agregaria à tese originária da teoria do dolo indireto o conhecimento efetivo por parte do agente, sendo certo que é justamente este conhecimento efetivo que a teoria de Carpzov não requeria.⁴³³

Em resumo da teoria de Carpzov, Gabriel Barberá discorre que:

Como síntesis del contenido básico de esta teoría vale lo siguiente: dolo es voluntad, pero ésta puede presentarse tanto directa como indirectamente. Se presenta directamente cuando el autor persigue intencionalmente el resultado, e indirectamente cuando el autor no quiere o no desea una determinada consecuencia, pero tal consecuencia está tan ligada a su acción que, según el curso ordinario de las cosas, desde un punto de vista objetivo puede decirse que la consecuencia se sigue inmediatamente de la acción. Una versión de esta teoría exige que el autor se haya representado la consecuencia no querida (Baldus); outra, em cambio, no exige tal representación efectiva (Carpzov).⁴³⁴

3.2 Teoria da Vontade

Primeiramente, apesar de muito se falar em teoria da vontade no singular, cumpre destacar que a doutrina apresenta subdivisões desta teoria, o que poderia permitir que o título do tópico fosse usado no plural e não no singular.

A despeito disso, o título será mantido no singular e as subdivisões doutrinárias serão explicitadas ao longo do texto.

A teoria do dolo indireto, estudada na seção 3.1, foi predominante na Alemanha durante os séculos XVII e parte do XVIII, tendo entre seus críticos mais contumazes Feuerbach, pelo fato de a referida teoria ampliar demasiadamente as hipóteses de dolo. Há relatos de que, mesmo antes de Feuerbach, já era possível detectar movimentos de formação de teorias aptas a delimitar o espaço a ser ocupado pelo dolo e pela culpa, seja pelo foco na vontade, seja pela atenção à mera representação, sendo certo que se apontava no sentido de que o dolo deveria ficar

⁴³³ BARBERÁ, op. cit., p. 167.

⁴³⁴ Ibid., p. 168-9.

circunscrito às hipóteses de intenção direta de cometer a ação ou mesmo às hipóteses em que o autor prevê como certas algumas consequências de seu atuar.⁴³⁵

Interessante é o destaque trazido por Gabriel Barberá, no sentido de que nesse período não havia sequer certeza de que o dolo eventual, da maneira que é concebido hoje, poderia ser considerado uma forma de dolo, na medida em que havia parcela doutrinária que pretendia imputar a responsabilização a título de dolo para as consequências meramente possíveis de uma ação das quais o autor era consciente, enquanto para outra parcela, igualmente significativa, esta representação das consequências meramente possíveis ou mesmo prováveis poderiam ser imputáveis a título de culpa.⁴³⁶

Stübel, discípulo de Feuerbach, entendia que as suposições que eram consideradas próprias do dolo eventual ou seriam imputáveis a título culposo (imprudência) ou mesmo seriam juridicamente irrelevantes. Para ele, a conduta culposa seria representada da seguinte maneira: “la decisión de llevar a cabo una acción con la consciencia de que ella probablemente puede originarse otra, expresamente prohibida en una ley penal, sin la intención de cometer esta última”.⁴³⁷

Os casos juridicamente irrelevantes, por sua vez, seriam representados pelas situações em que houvesse a mera possibilidade de produção do resultado: “la conciencia de que sea meramente posible que un actuar produzca una acción prohibida excluye toda ilegalidade”.⁴³⁸

Os adeptos da teoria da vontade ou volitiva entendiam que o dolo abarcaria tão somente as hipóteses em que o agente atuasse desejando a produção do resultado, sendo certo que a mera representação da possibilidade da produção de algum resultado a partir da ação deveria ser punida a título de culpa.

A chamada concepção volitiva do dolo era formada pela “conjugação entre consciência e vontade, com a representação do resultado e uma conduta psicologicamente direcionada a este fim.”⁴³⁹

⁴³⁵ Ibid., p. 169.

⁴³⁶ Ibid., p. 170.

⁴³⁷ STÜBEL, 1795, v. 2 apud BARBERÁ, op. cit., p. 170.

⁴³⁸ STÜBEL, 1795, v. 2 apud BARBERÁ, op. cit., p. 170.

⁴³⁹ GOMES, M. S. **Dolo**: Cognição e risco, avanços teóricos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 55.

Adepto da teoria da vontade, Feuerbach conceituava dolo como sendo “una resolución de la voluntad (...) que tiene por fin la lesión del derecho, con conciencia de la ilegalidad de lo querido.”⁴⁴⁰

Barberá destaca que Feuerbach entendia como dolosos três casos, quais sejam: primeiramente, o caso em que o agente tem exclusivamente a intenção direta de cometer um delito; em segundo lugar, casos em que o autor executa intencionalmente uma determinada ação que sabe criminosa, e é completamente indiferente a todos os resultados que podem alternativamente resultar da sua ação (por exemplo, a mãe maltrata brutalmente o filho pequeno, sem se importar se o resultado de sua ação será a morte ou a lesão, de forma que, se sobrevier o resultado morte ou o resultado lesão, esta mãe é responsabilizada dolosamente); e, enfim, casos em que o autor, com a intenção de cometer um delito, pratica uma ação com a ciência de que fácil ou provavelmente dará causa a outro, de forma que, se esse resultado ocorrer, ele será responsabilizado a título de dolo.⁴⁴¹

O autor aponta que, apesar de os dois últimos casos serem semelhantes às hipóteses trazidas pela teoria do dolo indireto, a diferença repousaria no fato de que, nas hipóteses trazidas por Feuerbach, o agente sempre tem uma intenção originária de cometer um delito, o que seria, na verdade, um caso típico de delito qualificado pelo resultado.⁴⁴²

Em síntese, a teoria da vontade pode ser vista da seguinte forma:

para esta teoría, dolo es siempre voluntad de realización del tipo, lo cual concretamente significa: querer la realización de una consecuencia previamente representada. La voluntad, por tanto, no excluye la representación, sino que la presume. Esta teoría no rechaza a la representación como condición necesaria para poder afirmar la existencia del dolo, sino que no la considera condición suficiente.⁴⁴³

Bitencourt, ao tratar da teoria da vontade, faz questão de destacar que o fato de a essência do dolo recair sobre a vontade não é indicativo de que a representação ou consciência seria prescindível, destacando que:

Na verdade, vontade e consciência (representação) são, numa linguagem figurada, uma espécie de irmãs siamesas, uma não vive sem a outra, pois a

⁴⁴⁰ Cf. FEUERBACH, 1973, p. 99 apud BARBERÁ, op. cit., p. 171.

⁴⁴¹ BARBERÁ, op. cit., p. 172.

⁴⁴² BARBERÁ, op. cit., p. 173.

⁴⁴³ Ibid., p. 185.

previsão sem vontade é algo completamente inexpressivo, indiferente ao Direito Penal, e a vontade sem representação, isto é, sem previsão, é absolutamente impossível, eis que vazia de conteúdo.⁴⁴⁴

Em sua crítica à teoria da vontade, Puppe destaca que para a teoria, a diferença de desvalor entre dolo e culpa consciente repousaria na distinção entre uma confiança vaga (dolo) e séria (culpa) na não produção do resultado descrito no tipo. Com isso, a autora afirma que o resultado da adoção da teoria da vontade seria a “total incalculabilidade e manipulabilidade da distinção entre dolo e culpa, na qual podem adentrar os pontos de vista político-criminais mais aleatórios.”⁴⁴⁵

O desafio da teoria volitiva estava justamente em apontar as distinções entre dolo eventual e culpa consciente. Eduardo Viana, crítico da teoria da vontade, afirma que esta se valia do que chamou de expressões-síntese (substitutivos linguísticos) para identificar as hipóteses de dolo eventual.

As expressões síntese apontadas pelo autor são: estar de acordo (*einverstanden sein*); assunção aprovadora do risco (*billigende Inkaufnahme*); aprovar o resultado em sentido jurídico (*den Erfolg im Rechtsinne billigen*); levar a sério (*erst nehmen*); conformar-se com (*sich damit abfinden*); não ter vontade de evitação (*nicht Vorhadensein eines Vermeidewillens*); decisão pela possível lesão do bem jurídico (*Entscheidung für die mögliche Rechtsgüterverletzung*).⁴⁴⁶

A doutrina, ao discorrer sobre a teoria da vontade, apresenta as suas variações ou submodalidades. Dentre elas estariam: a teoria do consentimento ou da assunção aprovadora; a teoria do levar a sério o perigo de realização do tipo objetivo; a teoria da indiferença e a teoria da vontade de evitação acentuada.

3.2.1 Teoria do consentimento

A teoria do consentimento distinguia o dolo eventual e a culpa consciente a partir do querer do agente. Se fosse possível afirmar a aprovação interna do resultado por parte do agente, haveria dolo eventual e, caso não restasse

⁴⁴⁴ BITENCOURT, op. cit., v. 1, p. 367.

⁴⁴⁵ PUPPE, op. cit., p. 50-1.

⁴⁴⁶ VIANA, op. cit., p. 89.

demonstrada a aprovação interna ou mesmo ficasse demonstrada a confiança segura de sua parte de que o resultado não ocorreria, haveria culpa consciente.⁴⁴⁷

Juarez Tavares afirma que a teoria do consentimento, também chamada de teoria da assunção, é dominante entre as chamadas teorias volitivas. Na lição do autor esta teoria trabalha com a vinculação emocional do agente ao resultado, afirmando que:

Vale dizer, exige não apenas o conhecimento ou a previsão de que a conduta e o resultado típico podem realizar-se, como também que o agente se ponha de acordo com isso, ou na forma de conformar-se ou de aceitar, ou de assumir o risco de sua produção.⁴⁴⁸

Roxin, ao tratar da teoria da aprovação ou do consentimento afirmou que para seus adeptos:

Para el elemento volitivo del dolo es suficiente que el sujeto incluya en su plan el resultado y con ello lo haya “querido” en el sentido de una decisión en contra del valor jurídico. No es preciso un ulterior desvalor de la actitud interna.⁴⁴⁹

No mesmo sentido, cabe citar a lição de Luis Jiménez de Asúa, para quem:

La doctrina imperante sitúa el dolus eventualis en la esfera del dolo y no de la culpa. Para que reúna la condición del género próximo se reclama no sólo que haya representado el agente el resultado, sino que lo ratifique. Sólo así se distingue de la culpa consciente en la que se espera que el resultado representado no sobrevendrá. En el dolo eventual, no sólo nos representamos el daño ajeno, sino que a pesar de verle como seguro proseguimos nuestra acción (fórmula de Frank). Por eso se dice que el sujeto activo del acto ratifica la producción del resultado que se representa.⁴⁵⁰

Ao discorrer sobre a teoria da vontade, usada como sinônimo de consentimento, Cezar Roberto Bitencourt explica que:

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

⁴⁴⁷ Ibid., p. 92.

⁴⁴⁸ TAVARES, 2003, op. cit. p. 341.

⁴⁴⁹ ROXIN, op. cit., t. 1, p. 431.

⁴⁵⁰ ASÚA, op. cit., t. 1, p. 52-3.

diferenciar o dolo eventual da culpa consciente, pois, nesta, apesar do conhecimento da perigosidade da conduta e da probabilidade de produção do resultado típico, o autor da conduta atua porque considera seriamente que o resultado não chegará a produzir-se.⁴⁵¹

Trazendo esta teoria para os crimes de perigo concreto, resta pouco crível que uma construtora imagine que um prédio por ela construído seja passível de uma queda e aprove internamente tal resultado ou mesmo que um músico acenda um sinalizador em uma boate e aprove internamente a provocação de um incêndio. Esta teoria, portanto, praticamente inviabiliza a utilização de dolo eventual nos crimes de perigo.

Marco Antonio Terragni afirma que a teoria do consentimento (*asentimiento*) possui um único defeito, que reside no fato de não ter conseguido explicar aquilo a que se propôs, ou seja, o dolo eventual. Para tal afirmação, o autor destaca que a teoria consegue separar o dolo eventual da culpa, porém, não consegue separar do dolo direto, na medida em que este também trata do consentimento.⁴⁵²

3.2.2 Teoria do levar a sério o perigo de realização do tipo objetivo

A teoria do levar a sério o perigo de realização do tipo objetivo, mais uma das modalidades doutrinárias da teoria da vontade, defendia a ideia de que “age dolosamente aquele que leva a sério a possibilidade de lesão do bem jurídico e com ela anui. Quem, em contrapartida, confia na não-lesão do bem jurídico, agirá culposamente”.⁴⁵³

Puppe afirma ser esta a posição dominante na doutrina alemã e justifica o fato de ela ser estudada dentro da análise das teorias voluntárias:

A teoria hoje dominante diferencia dolo da culpa consciente a depender se o autor levou a sério a possibilidade de realização do tipo por ele reconhecida, ou se ele simplesmente a ignorou. Conceitualmente ela se afasta da teoria da vontade, uma vez que se recusa a definir o dolo como vontade. Ainda assim, pelo menos parte dos defensores dessa concepção permanece presa à teoria da vontade, uma vez que eles rechaçam todas as teorias que

⁴⁵¹ BITENCOURT, op. cit., v. 1, p. 367.

⁴⁵² TERRAGNI, M. A. **Dolo Eventual y Culpa Consciente**: Adecuación de la conducta a los respectivos tipos penales. 2.ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2018, p. 115.

⁴⁵³ VIANA, op. cit., p. 107.

distinguem dolo e culpa com base no conteúdo da representação do autor (p. ex., as teorias da probabilidade), alegando que elas ignorariam o fato de que dolo é vontade.⁴⁵⁴

Eduardo Viana traz o exemplo do indivíduo que joga um cigarro aceso dentro de um bosque, confiando que dali não decorrerá um incêndio, pelo fato de o cigarro ter caído sobre folhas não suficientemente inflamáveis.

Para Viana, usando a teoria do consentimento, a imputação deveria recair sobre a culpa e não sobre o dolo. No entanto, ao voltar a atenção sobre o caso segundo a teoria do “levar a sério”, o autor traz referência a Günter Stratenwerth, pesquisador que se debruçou sobre esta teoria e assim resolve a questão:

Dessa descrição é possível observar que Stratenwerth valora o comportamento do autor a partir da postura psíquica que há entre o autor e o perigo concreto por ele representado, próximo do sentido sugerido por Schmidhäuser. A diferença é que não é apenas a consciência do perigo concreto que autorizará a imputação a título de dolo, mas sim essa mesma consciência aliada à sua atitude psíquica de haver levado a sério a possibilidade de realização do tipo. Portanto, quem representa tal possibilidade (= o perigo concreto), mas não leva a sério a possibilidade de realização, isto é, se comporta de forma temerária (“leichtsinnig”), atua com culpa consciente. Isso implica reconhecer que para a imputação a título de dolo o essencial não é mais o enlace psíquico que se forma entre a representação do autor e o resultado, mas sim o enlace psíquico que se forma entre o autor consciencioso e o perigo concreto de realização do tipo.⁴⁵⁵

A utilização da teoria do levar a sério no caso “de la correa del cuero”⁴⁵⁶ acarretaria a imputação a título de dolo, uma vez que eles tanto teriam levado a sério o risco do resultado, que chegaram a mudar o meio de execução.

Apesar de ser doutrinariamente considerada como uma submodalidade dentro da teoria da vontade, a verdade é que a teoria do levar a sério não apresenta

⁴⁵⁴ PUPPE, op. cit., p. 52.

⁴⁵⁵ VIANA, op. cit., p. 110-1.

⁴⁵⁶ No caso, ocorrido na Alemanha em 1953, dois agentes, desejando praticar um crime patrimonial contra a vítima, planejaram deixá-la desacordada para que ela não oferecesse resistência. Para tal, pensaram em usar um cinto de couro em seu pescoço para fazê-la desmaiar. Mudaram de ideia ao imaginarem que ela poderia morrer em decorrência da asfixia. Diante disso, optaram por golpeá-la com um saco de areia enquanto ela dormia. O uso da areia, no entanto, serviu apenas para acordar a vítima, que iniciou luta corporal com um dos agentes, momento em que o segundo retirou o cinto que estava usando e o utilizou no pescoço da vítima até que ela não oferecesse mais resistência. Ocorreu que, ao contrário de apenas deixá-la desacordada (intenção originária), acabou-se produzindo o resultado morte. Ambos foram condenados por homicídio doloso com dolo eventual, em razão de terem representado originariamente o resultado como possível. (BUSTINZA SIU, 2014, p. 103-5)

resultados distintos da teoria do consentimento, aparentando serem variações sobre o mesmo tema.

A este respeito, cabe trazer a crítica desenvolvida por Puppe:

A valoração crítica da doutrina dominante (cf. a respeito ainda nm. 76 e ss.) pode ser resumida da seguinte maneira: abstraindo-se da identificação entre dolo e vontade, padece a doutrina dominante do mesmo erro que a teoria da jurisprudência. Também ela faz a diferença entre dolo e culpa depender exclusivamente de uma disposição interna que acompanha o fato, a qual liga o autor ao perigo por ele reconhecido; ou seja, ela se fundamenta em um dado meramente interno, cujo sentido não é claro e é, em princípio, inacessível à investigação e à prova forense.⁴⁵⁷

3.2.3 Teoria da indiferença

A terceira submodalidade da teoria da vontade é representada pela chamada teoria da indiferença, que teria sido formulada por Karl Engisch, para quem o dolo eventual prescindiria da aprovação do autor, bastando que esse enxergasse como elevadíssima a probabilidade de produção do resultado e atuasse a despeito disso.⁴⁵⁸

Citando Engisch, Viana destaca que:

Haverá dolo eventual, argumenta, “quando o sujeito aprovou ou aceitou com indiferença as consequências colaterais negativas meramente possíveis” ao passo que estará afastada a imputação a título de dolo eventual “quando o autor considera tais consequências colaterais indesejadas e conseqüentemente crê que elas não se materializem”.⁴⁵⁹

Roxin ressalta que a teoria desenvolvida por Engisch acerta quando afirma que a indiferença é um indício seguro de que o sujeito se mostrou resignado com a produção do resultado e, sendo assim, seu atuar deve ser tido como doloso. Por outro lado, critica a ideia de que a falta de indiferença bastaria para acarretar uma imputação culposa.⁴⁶⁰

⁴⁵⁷ PUPPE, op. cit., p. 61.

⁴⁵⁸ VIANA, op. cit., p. 117.

⁴⁵⁹ Ibid., p. 120.

⁴⁶⁰ ROXIN, op. cit., t. 1, p. 432.

Juarez Tavares chama atenção para o fato de que a teoria da indiferença se assemelha à teoria do consentimento em alguns pontos, mas ressalta que a sua utilização pode conflitar com casos de culpa inconsciente, nos quais o agente sequer representa o perigo para o bem jurídico de forma consciente, o que seria, na sua visão, um elevado grau de indiferença por si só.⁴⁶¹

O autor, ainda no que tange ao dolo eventual, destaca que por ser modalidade de dolo, a questão principal sobre o tema não está nas expressões usadas pelo texto legal (“assumir o risco”), mas sim no fato de que para se falar em dolo, deve haver essencialmente uma vontade do agente de realizar o resultado e por consequência atingir o bem jurídico. Sendo assim, lista dois fundamentos para que se possa falar em dolo eventual:

Para que se possa sustentar a existência do dolo eventual ainda dentro da estrutura do dolo, como forma de direção consciente e voluntária da sua conduta, assim como vontade de manobrar ou conduzir essa atividade, será preciso partir de dois fundamentos: a) o agente deve ter consciência de que, com sua atuação, pode seriamente lesar ou pôr em perigo um bem jurídico; b) atua com indiferença diante dessa séria possibilidade de lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, de modo a assumir o risco de sua produção. O que assinala, portanto, a base do dolo eventual é a relação recíproca de seus elementos constitutivos.⁴⁶²

Tavares destaca ainda que, na França, a formulação semelhante à teoria da indiferença tem sido objeto de críticas:

a ponto de se fazer do dolo eventual modalidade especial ou mais grave de culpa, ou seja, como circunstância agravante da forma culposa, ou como expressão de dolo de perigo resultante de infração a medidas legais ou regulamentares de segurança.⁴⁶³

O emprego da teoria da indiferença ao caso de “la correa del cuero”, visto acima, acabaria por acarretar a responsabilização dos agentes a título culposos, uma vez que eles não foram indiferentes à produção do resultado morte, tanto é que buscaram agir de outra forma.

⁴⁶¹TAVARES, 2003, op. cit., p. 342.

⁴⁶²Ibid., p. 350.

⁴⁶³Ibid., p. 342.

3.2.4 Teoria da vontade de evitação não atuada ou teoria dos contrafatores não ativados

A última submodalidade da teoria da vontade é denominada de teoria da vontade de evitação não atuada ou teoria dos contrafatores não ativados e tem como seu maior representante Armin Kaufman.

Pela teoria desenvolvida por Kaufman, a distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente não estaria voltada para a “suposta vontade de realização do tipo penal, mas sim pela ausência de direção da conduta do autor no sentido de evitar as consequências colaterais representadas como possíveis.”⁴⁶⁴

Terragni, ao discorrer sobre a teoria desenvolvida por Kaufman afirma que:

Conforme a esta tesis, la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente no depende de una aceptación o rechazo – prácticamente imposibles de verificar – ni de una cuestión estadística, como ocurre con la teoría de la probabilidad, sino de actuaciones positivas del agente, que son comprobables, como que se manifiestan en el acontecer externo.⁴⁶⁵

O problema da proposição formulada por Kaufman repousaria justamente em saber qual o nível de intensidade da vontade de evitar o resultado que seria necessário para que subsistisse uma punição a título culposo e não doloso. A solução passaria pela verificação se o agente teria ou não utilizado algum contra fator palpável apto a evitar o resultado.

A título de exemplo, se alguém acende um artefato em um ambiente fechado, mas antes de fazê-lo, coloca ao seu lado um extintor de incêndio, esta se revela uma contramedida apta a indicar que o agente, caso sobrevenha o resultado danoso, deve responder por culpa.

Merece destaque o fato de que não se exige do agente uma certeza acerca da eficácia do meio por ele eleito para evitar a produção do resultado, ou seja, o erro sobre a eficácia do meio empregado não basta para que a ele seja imputada a modalidade dolosa.

Roxin também enfrentou a tese de Kaufman e apontou que:

⁴⁶⁴ VIANA, op. cit., p. 125.

⁴⁶⁵ TERRAGNI, op. cit., p. 117.

Quando el sujeto deja que las cosas sigan su curso sin hacer nada en contra, a menudo se puede deducir que el mismo se ha resignado al resultado. Si, por el contrario, realiza esfuerzos para evitar el resultado, entonces con frecuencia confiará en el éxito de aquéllos y por tanto tampoco actuará ya dolosamente.⁴⁶⁶

Talvez a virtude da teoria desenvolvida por Kaufman esteja justamente na tentativa de tornar algo que fica no plano da subjetividade, mais objetivamente palpável, no sentido de exigir a demonstração da adoção de medidas concretas aptas a evitar o resultado representado como possível.

Em contrapartida, o ponto de vulnerabilidade encontra-se justamente no fato de que permanece a dúvida sobre a imputação dolosa ao indivíduo que, apesar de não ter adotado contramedida alguma (hipóteses de impossibilidade de fazê-lo), não desejava a produção do resultado lesivo. A utilização da teoria de Kaufman de forma acrítica, pode acabar por resultar em uma responsabilidade penal objetiva.

Puppe, enfrentando criticamente a teoria de Kaufmann, afirma que:

O requisito de que se atue um propósito de evitação não é capaz de especificar quais são as exigências mínimas no que diz respeito à eficácia de evitação dessa medida do autor. Também a precaução mais mesquinha, da qual o autor não espera nenhuma diminuição do perigo é um propósito de evitação, se o autor com ela almeja a diminuição do perigo. Ou seja, nem toda atuação de um propósito de evitação merece ser isenta do reproche pelo fato doloso.⁴⁶⁷

O que resta claro analisando-se coletivamente todas as teorias que podem ser tratadas como desdobramentos da teoria da vontade é que, apesar de as nomenclaturas serem diferentes, todas as teorias são muito semelhantes, o que faz com que não se mostre necessário tratar a teoria da vontade de forma plural, podendo-se fazer referência a ela no singular.

3.3 Teoria da Representação

O principal autor a tratar da teoria da representação foi Franz Von Liszt, que conceituava o dolo da seguinte maneira:

⁴⁶⁶ ROXIN, op. cit., t. 1, p. 437.

⁴⁶⁷ PUPPE. op. cit. p. 48-9.

Dolo é pois a representação da importância do acto voluntario como causa (representação da causalidade).

Consequentemente a idéia do dolo compreende:

1º - A representação do acto voluntario mesmo, quando este corresponde á idéa de um crime determinado quer sob sua fôrma ordinaria, quer sob uma fôrma mais grave;

2º - A previsão do resultado, quando este é necessario para a idéa do crime;

3º - A representação de que o resultado será effeito do acto voluntario e este causa do resultado, portanto a representação da causalidade mesma.⁴⁶⁸

O autor teceu críticas à teoria da vontade, chegando a afirmar que para ele a vontade seria tão somente a tensão dos músculos, ou seja, o que se quer é o movimento corpóreo, não o resultado.

Von Liszt afirma que para a teoria da vontade, o dolo consistiria em querer tanto a ação quanto o resultado, ao passo que a teoria da representação, por sua vez, afirmava que o dolo consistiria na representação do resultado e na relação entre este e o ato voluntário do agente.⁴⁶⁹

Assim como metodologicamente as variáveis da teoria da vontade foram apresentadas dentro do texto a ela dedicado, o mesmo tratamento será dado à teoria da representação, sendo as suas variáveis tratadas dentro de um tópico comum, chamado de teoria da representação.

Juarez Tavares elenca como variáveis da teoria da representação: a teoria da possibilidade; a teoria da probabilidade; a teoria da evitabilidade; a teoria do risco; e a teoria do perigo a descoberto.⁴⁷⁰ Cada uma delas será individualmente desenvolvida dentro do presente tópico.

3.3.1 Teoria da possibilidade

Pela teoria da possibilidade, “a imputação subjetiva dolosa está subordinada à verificação da representação do indivíduo de que seu comportamento tornaria (concretamente) possível a produção do resultado.”⁴⁷¹

Eduardo Viana, ao discorrer sobre a teoria da possibilidade, destaca que:

⁴⁶⁸ VON LISZT, op. cit., v. 1, p. 271-2.

⁴⁶⁹ Ibid., v. 1, p. 270-1.

⁴⁷⁰ TAVARES, 2003, op. cit., p. 335.

⁴⁷¹ VIANA, op. cit., p. 197.

Com a teoria da possibilidade, o ponto de curvatura entre as modalidades de imputação subjetiva transita da dimensão volitiva para a dimensão cognitiva, precisamente para a representação do indivíduo de que sua ação provoca a real possibilidade de lesão ao bem jurídico, a tornar indiferente qualquer pergunta sobre a atitude volitiva psíquica do indivíduo em relação àquele resultado representado como possível. Contudo, se a representação não existiu ou foi equivocada, isto é, o indivíduo acreditava que o possível resultado não sobreviria, então não mais é possível se falar em dolo.⁴⁷²

A teoria da representação parte da ideia de que se o agente tiver a sua capacidade intelectual íntegra e agir de uma determinada forma, mesmo ciente de que a sua conduta poderá vir a causar um determinado resultado, deverá ser punido a título de dolo.⁴⁷³

Tavares chama atenção para esse ponto:

Assim, desde que o agente tenha conscientemente admitido a possibilidade da ocorrência do resultado, haverá dolo eventual. A diferença entre dolo e culpa, portanto, reside no conhecimento ou desconhecimento do agente quanto aos elementos do tipo objetivo: se houver conhecimento, há dolo; se não houver conhecimento, há culpa.⁴⁷⁴

Em uma aparente mitigação da sua adesão à teoria da representação, Von Liszt chega a estabelecer a seguinte distinção entre modalidades de dolo, para admitir a figura do dolo eventual:

a) o dolo dá-se incondicionalmente, quando o agente tem por certo (necessário) o resultado; b) condicionalmente, quando o agente o considerava sómente possível, comtanto que a convicção de produzir-se o resultado com certeza não o demovesse da pratica do acto, e portanto quando, como bem podemos dizer, o agente presta a sua annuencia ao resultado (o denominado dolo eventual) (...)⁴⁷⁵

Esta relativização da adesão de Von Liszt à teoria da representação foi inclusive destacada por Hungria, quando tecia críticas à teoria da representação e destacou:

No próprio tratado de Von Liszt atualizado por Eberhard Schmidt (edição de 1927), já o dolo não se apresenta como uma noção indiferente sob o prisma ético-jurídico, ou exaurindo-se na simples previsão das circunstâncias de fato atinentes à configuração legal de crime. Já ali se diz que o dolo

⁴⁷² Ibid., p. 198.

⁴⁷³ GOMES, M. S., op. cit., p. 53.

⁴⁷⁴ TAVARES, 2003, op. cit., p. 335.

⁴⁷⁵ VON LISZT, op. cit., v. 1, p. 274.

abrange o conhecimento do caráter anti-social da conduta, saiba ou não o agente que esta é especialmente incriminada.⁴⁷⁶

Para Hungria, a mera representação de um resultado, mesmo que este significasse uma lesão ou perigo a um bem juridicamente tutelado não poderia, por si só, acarretar a responsabilização do agente a título de dolo.⁴⁷⁷

Juntamente com Von Liszt, talvez o maior expoente da teoria da representação tenha sido Reinhard Frank para quem apenas esta teoria seria capaz de descrever a relação psíquica entre o resultado e o autor, sendo certo que para ele a vontade não seria nem útil nem necessária para definir corretamente o dolo.⁴⁷⁸

Frank teve papel importante ao desenvolver aquelas que ficaram conhecidas como suas fórmulas e que recaem diretamente sobre o dolo eventual. A primeira fórmula de Frank parte da pergunta de como teria atuado o agente se estivesse seguro acerca da produção do resultado do tipo?⁴⁷⁹ Para o autor:

Si él llega a la conclusión de que él mismo habría actuado también en caso de poseer conocimiento preciso, entonces hay que ... afirmar ... el dolo; si se llega a la conclusión de que habría omitido la acción en caso de poseer conocimiento preciso, entonces hay que negar el dolo (...)⁴⁸⁰

A primeira fórmula sofreu críticas, especialmente no sentido de que ela conduzia a um direito penal de autor, na medida em que só seria possível analisar como teria atuado o agente se fosse analisado o seu passado comportamental, seus antecedentes pessoais. Das pessoas boas, não se poderia esperar o atuar doloso, mas das más pessoas, sim.⁴⁸¹

Juarez Tavares, ao criticar a primeira fórmula de Frank, afirma que:

A primeira fórmula não é o enunciado de uma teoria, mas simples critério de aferição de prova, pelo qual se pretende a distinção de duas formas diferenciadas de imputação. Sendo unicamente um critério processual e não penal, a diferença entre dolo eventual e culpa consciente fica na dependência do juiz, o qual a decidirá então com base em uma formulação psicológica hipotética, que normalmente está vinculada à personalidade do sujeito.⁴⁸²

⁴⁷⁶ HUNGRIA, op. cit., v. 1, t. 2, p. 157.

⁴⁷⁷ Ibid., v. 1, t. 2, p. 157.

⁴⁷⁸ BARBERÁ, op. cit., p. 189.

⁴⁷⁹ ROXIN, op. cit., t. 1, p. 438.

⁴⁸⁰ FRANK, 1931, §59, com. V apud ROXIN, op. cit., t. 1, p. 438.

⁴⁸¹ BARBERÁ, op. cit., p. 190.

⁴⁸² TAVARES, 2003, op. cit., p. 344.

Diante das críticas recebidas, Frank buscou corrigir a sua formulação, tentando eliminar o caráter meramente hipotético da primeira. A segunda fórmula de Frank estabelece que:

Si el sujeto se dice: sea de una forma u otra, pase esto o lo otro, ya actúo en todo caso, entonces su culpabilidad es dolosa (...)⁴⁸³

A segunda fórmula também foi alvo de críticas, especialmente por não ser tão diferente da primeira, na medida em que também nela se volta atenção a como teria atuado o agente diante da representação da ocorrência do resultado, ou seja, mais uma vez a atenção é destinada à atitude interna do agente, que não pode ser suscetível de avaliação pelo direito penal.⁴⁸⁴

A aplicação acrítica das fórmulas de Frank pode levar à conclusão de que todas as vezes em que o agente tivesse algo a perder com o seu atuar, a sua conduta seria culposa. Como exemplos disso, a doutrina sempre traz o caso dos mendigos que mutilavam crianças para explorarem a comiseração pública e com isso conseguirem esmolas e o caso do rapaz inexperiente que faz uma aposta de atirar e acertar uma bola de vidro na mão de uma menina sem lesioná-la (exemplo formulado por Lacmann). Caso os mendigos matem crianças durante a mutilação, ou mesmo o rapaz acerte a mão da menina, as fórmulas acarretariam na imputação culposa, na medida em que eles teriam muito a perder com os erros.⁴⁸⁵

Frank e Von Liszt, portanto, passaram a admitir a presença de outro elemento que não apenas a representação para se falar em crime doloso. Esta flexibilização na teoria da representação é destacada por Cezar Roberto Bitencourt:

Essa é uma teoria hoje completamente desacreditada, e até mesmo seus grandes defensores, Von Liszt e Frank, acabaram, enfim, reconhecendo que somente a representação do resultado era insuficiente para exaurir a noção de dolo, sendo necessário um momento de mais intensa ou íntima relação psíquica entre o agente e o resultado, que, inegavelmente, identifica-se na vontade. Na definição de dolo eventual, Von Liszt e Frank, enfim, acabaram aderindo à teoria da vontade, ao admitirem a insuficiência da simples representação do resultado, exigindo, nesse caso, o consentimento do agente. E consentir, como já afirmamos, nada mais é do que uma forma de querer.⁴⁸⁶

⁴⁸³ BARBERÁ, op. cit., p. 190.

⁴⁸⁴ TAVARES, 2003, op. cit., p. 345.

⁴⁸⁵ VIANA, op. cit., p. 96-7.

⁴⁸⁶ BITENCOURT, op. cit., v. 1, p. 368.

Essa relativização da representação em caráter exclusivo, passando a admitir o elemento volitivo no dolo eventual também foi destacada por Costa e Silva, já durante os Comentários ao Código Penal de 1890:

Esta teoria abraçada por v. Liszt, Lilienthal, Klee e outros, patenteia a sua insustentabilidade na construção do dolo eventual. Tanto Frank como v.Liszt reconhecem que, em tal caso, a simples representação não é bastante: - faz-se mistér também que o resultado possível seja querido ou aprovado.⁴⁸⁷

Esta aproximação também não passou despercebida por Nelson Hungria, que afirmou:

Os mais prestigiosos defensores da teoria da representação, isto é, Von Liszt e Frank, acabaram reconhecendo que a representação do resultado, por si só, não basta para excluir a noção do dolo: é necessário um momento de mais intensa ou íntima relação psíquica entre o agente e o resultado; e tal momento, como adverte Von Hippel, detidamente analisado, não é outra coisa que a concomitante volição do resultado (“Nähere Prüfung dieses Moment lehrt, dass es nichts anders ist als das Wollen (Mitwollen) des Erfolges”).⁴⁸⁸

O autor prossegue e ao discorrer sobre a teoria adotada por Liszt e Frank para o dolo eventual, afirma que eles aderiram à teoria da vontade, uma vez que entendem a representação do resultado como insuficiente e exigem o consentimento do agente.⁴⁸⁹

Gabriel Barberá procura sintetizar a diferença existente entre a teoria da representação e da vontade da seguinte forma:

Como síntesis vale lo siguiente: para esta versión de la teoría sólo la acción puede ser querida, no el resultado. De allí que se rechaza el postulado básico de la teoría de la voluntad, según el cual el autor debe precisamente querer el resultado para actuar com dolo. De esto deriva una primera conclusión (flerte): la voluntad es inúti o en todo caso superflua para la caracterización del dolo; para ello basta la representación del resultado como posible. Esta primera conclusión, sin embargo, es relativizada com correctivos ulteriores – en este período tratados dentro del dolo eventual -, que generalmente consisten en exigir del autor una determinada actitud interna, un determinado componente emocional para afirmar el dolo, a saber: que apruebe o consienta el resultado representado como posible (lo cual ha de determinarse con ayuda de la fórmula: “hubiese actuado

⁴⁸⁷ COSTA E SILVA, 2004, op. cit., p. 139-40.

⁴⁸⁸ HUNGRIA, op. cit., p. 115.

⁴⁸⁹ Ibid., p. 115.

igualmente de habérselo representado como seguro”, o “sea como sea, actúo”), o que cuente con la producción del resultado, etcétera.⁴⁹⁰

Percebe-se, assim, que apesar de buscar se apartar da teoria ou das teorias volitivas, a teoria da representação acaba mantendo pontos de ligação com aquela. Para ambas há a exigência da representação por parte do autor acerca das consequências do seu ato, ao menos como possível, para que se possa falar em dolo, assim como tanto uma quanto outra, ao buscarem diferenciar o dolo eventual da culpa consciente, recorrem a elementos emocionais ou de atitude interna.⁴⁹¹

A esse respeito, Eduardo Viana afirma que:

Do modo como foi formulada, no fundo, a teoria da possibilidade se diferencia muito pouco da teoria do consentimento ou de levar a sério o perigo de realização do risco, afinal, em seu bojo está a ideia segundo a qual o dolo está subordinado à demonstração de determinados indícios de que o sujeito conhecia a possibilidade (concreta) de que sua conduta poderia realizar um risco proibido; ao passo que se tende a afirmar a culpa quando o sujeito, apesar de conhecer a concreta possibilidade de realização do perigo, crê que tudo sairá bem, o que equivale à não representação da possibilidade de causação do resultado ou a elimina mentalmente no momento decisivo. Assim que as três fórmulas linguísticas para descrever a possibilidade do dolo eventual, quais sejam: verdadeira representação, perigo concreto ou levar a sério o risco, conduzem aos mesmos resultados práticos. A discussão travada é, ao fim e ao cabo, discussão sobre a terminologia mais adequada para expressar o mesmo fenômeno.⁴⁹²

A questão acaba por se buscar demonstrar o quanto de representação há na teoria da vontade e quanto de vontade há na teoria da representação.

Barberá, citando Engisch, chama atenção que apesar das semelhanças, as distinções entre as teorias podem ser destacadas a partir de dois pontos. O primeiro está no fato de que a teoria volitiva resta evidenciada no dolo direto de primeiro grau, na medida em que nele encontramos a vontade direta da produção de um resultado, enquanto a teoria da representação ficaria mais evidenciada no dolo direto de segundo grau, o dolo de consequências necessárias, na medida em que é onde a representação se mostra determinante.⁴⁹³

O outro ponto destacado de distinção entre as teorias recai na metodologia empregada para chamar de dolosos os casos que não se amoldem perfeitamente à exigência de cada uma, ou seja:

⁴⁹⁰ BARBERÁ, op. cit., p. 195-6.

⁴⁹¹ Ibid., p. 220.

⁴⁹² VIANA, op. cit., p. 212.

⁴⁹³ BARBERÁ, op. cit., p. 221-2.

la teoría de la voluntad afirma el dolo cuando entiende que un caso, por sus características, es equivalente al actuar queriéndose el resultado, aunque éste, en sentido estricto, no se quiera; y la teoría de la representación, por su parte, afirma el dolo cuando entiende que un caso, por sus características, es equivalente al actuar representándose una consecuencia como segura, aunque a ésta, en rigor, se la haya representado el autor sólo como posible.⁴⁹⁴

Crítico da teoria da representação, Magalhães Noronha destacava que:

Alguns definem o dolo simplesmente como a representação do resultado, teoria que se opõe à da vontade. Todavia, é difícil aceitar-se que a representação possa excluir a vontade, pois esta pressupõe aquela. Não se pode querer conscientemente senão aquilo que se previu ou representou à nossa mente, pelo menos em parte. Como assevera Florian, a representação sem vontade é coisa inexpressiva, e a vontade sem representação é impossível. Consequentemente, para agir com dolo, não basta que o evento tenha sido previsto pelo indivíduo, é mister seja querido.⁴⁹⁵

3.3.2 Teoria da probabilidade

Divergindo da representação como mera possibilidade, surgiu no campo doutrinário aquela que ficou conhecida como teoria da probabilidade.

A teoria da probabilidade conceitua o dolo como sendo, fundamentalmente, a representação da consequência da ação. Esta afirmação, no entanto, terminaria por eliminar a figura da culpa consciente, para a qual a representação também se faz presente, mas não é dolo.

Para Roxin, a teoria da probabilidade se apoia na ideia de que:

la mera representación de la posibilidad ya debería hacer desistir al sujeto de seguir actuando, y de que la confianza en la no producción del resultado encierra en sí la negación de su posibilidad. Acaba por negar la existencia de una imprudencia consciente en el sentido tradicional.⁴⁹⁶

Ao analisar aquela que chamou de “clássica teoria da probabilidade”, Puppe destaca para seus adeptos, a distinção entre dolo e culpa deveria necessariamente passar pelo grau de perigo para o bem jurídico:

⁴⁹⁴ Ibid., p. 222.

⁴⁹⁵ NORONHA, op. cit., v. 1, p. 144.

⁴⁹⁶ ROXIN, op. cit., t. 1, p. 433.

Isso significa que, para a teoria da probabilidade, não há diferença de princípio, mas unicamente de grau entre dolo e culpa; quanto maior o perigo que o autor criar conscientemente ou segundo a sua representação, tanto maiores serão o injusto subjetivo e a culpabilidade.⁴⁹⁷

Como forma de solucionar a questão, para que a culpa consciente, ou culpa com representação, pudesse continuar existindo, buscou-se medir o grau de probabilidade que o autor representa a consequência de seu atuar, ou seja, o autor precisa representar o resultado como se esse fosse de alguma forma, calculável.

Cumprido destacar, no entanto, que a teoria da probabilidade não é usada para os casos em que o agente tem dolo direto da produção do resultado, na medida em que, nestes casos, mesmo que a probabilidade de o resultado se produzir seja pequena, o atuar será doloso.⁴⁹⁸

Conforme já foi demonstrado no segundo capítulo do presente estudo, possibilidade e probabilidade não são palavras com significados sinônimos. Muito ao contrário, a probabilidade exige uma proximidade muito maior do que a possibilidade no que tange à ocorrência de um determinado resultado. Para a teoria da probabilidade, como já dito, não basta sequer que a probabilidade esteja presente, sendo necessário que se mensure o quão elevado é o risco de que essa probabilidade se verifique, para que se possa imputar a alguém um resultado doloso.

Citado por Tavares como sendo o formulador da teoria, Hellmuth Mayer afirmava que probabilidade significa mais do que possibilidade e menos do que probabilidade preponderante.⁴⁹⁹

De acordo com a teoria da probabilidade, não se trata de dizer que o autor tenha querido (mesmo que eventualmente) o resultado, mas sim que não voltou sua vontade para evitar a ocorrência do resultado lesivo que, mesmo tendo tal resultado apenas como provável, tinha a seu dispor uma razão para não agir, à qual não respeitou.⁵⁰⁰

Roxin destacou:

Si en el caso del dolo quien actúa há de prepresentarse “más que una mera posibilidad” o incluso una “probabilidad predominante”, entonces continuar actuando en contra de esa representación supone por regla absolutamente general una decisión por la posible lesión de bienes jurídicos. En el ejemplo

⁴⁹⁷ PUPPE, op. cit., p. 66.

⁴⁹⁸ BARBERÁ, op. cit., p. 196.

⁴⁹⁹ TAVARES, 2003, op. cit., p. 336.

⁵⁰⁰ Ibid., p. 199-200.

de partida del caso de la correa del cuero (ej. 6, nm. 21) la teoría de la probabilidad también afirmaría desde luego el dolo eventual.⁵⁰¹

Para a teoria da probabilidade, portanto, a separação entre o dolo eventual e a culpa consciente repousa, como mencionado acima e destacado por Puppe, no grau de probabilidade com que o autor represente a consequência da sua ação, sendo certo que para a caracterização do dolo, exige-se um grau relativamente alto de probabilidade. Há que destacar, no entanto, que para esta teoria, o limite entre um e outro acaba se mostrando impreciso.⁵⁰²

Enrique Gimbernat Ordeig traz alguns exemplos para demonstrar a adoção da teoria da probabilidade por parte do Tribunal Espanhol. Dentre os casos por ele trazidos, está o do Mercado Hipercor, localizado em Barcelona e que foi objeto de ato terrorista praticado pelo grupo separatista ETA em 19 de junho de 1987.⁵⁰³

O tribunal espanhol, ao julgar o caso, se viu na discussão entre as teorias da probabilidade e do consentimento, sendo certo que a teoria do consentimento acarretaria responsabilização culposa e a teoria da probabilidade importaria na punição a título de dolo. Prevaleceu a teoria da probabilidade, e os terroristas responderam a título de dolo.⁵⁰⁴

Jescheck, em seu Tratado de Direito Penal, critica a ideia de que a probabilidade de ocorrência de um resultado possa ser determinante na definição do dolo ou da culpa. Para o autor:

El grado de probabilidad com que el autor espera la realización del tipo no puede ser decisivo, ya que no ofrece una frontera clara entre el dolo eventual y la culpa consciente, y porque el autor puede haber confiado en la evitación del resultado incluso en supuestos de elevada probabilidad de su producción. El grado de probabilidad sólo puede, pues constituir un indicio de que el autor toma en serio el peligro.⁵⁰⁵

⁵⁰¹ ROXIN, op. cit., t. 1, p. 435.

⁵⁰² BARBERÁ, op. cit., p. 207.

⁵⁰³ “En el caso ‘Hipercor’ unos terroristas de la ETA, a las dos de la tarde del 19 de junio de 1987, habían colocado un coche-bomba en la aparcamiento del supermercado Hipercor de Barcelona, conectaron un temporizador para que el artefacto hiciera explosión a las cuatro de la tarde. A las tres de la tarde uno de los etarras llamó por teléfono a la Guardia Urbana de Barcelona, a Hipercor y al diario ‘Avui’, y comunicó que a las 15:40 se produciría una explosión en el local, sin que la policía ni el servicio de seguridad de Hipercor consideraron conveniente o factible la evacuación del edificio y sin que, por otra parte, tuvieran éxito los trabajos de búsqueda del explosivo que estalló a las 4 y 10 de la tarde, que causó la muerte de 21 personas y numerosas lesiones graves a otras víctimas.” (GIMBERNAT ORDEIG, 2011, p. 246)

⁵⁰⁴ GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., p. 247.

⁵⁰⁵ JESCHECK, op. cit., v. 1, p. 407.

De fato é algo digno de crítica a ideia de se mensurar o dolo a partir da ideia de probabilidade, na medida em que não é possível estabelecer qual porcentagem seria necessária para que se possa falar em atuar doloso, ou seja, se bastariam 50%, 65% ou 70% para que uma conduta pudesse ser tida como dolosa. Qualquer porcentagem escolhida correria o risco de ser tida como arbitrária, na medida em que ninguém passa a vida calculando porcentagens e muito menos existe um critério objetivo para tanto.⁵⁰⁶

É claro, no entanto, que quando se fala em probabilidade, não se está pensando em cálculo probabilístico, amparado pelas leis matemáticas, mas sim uma análise subjetivada da mesma, conforme cita Eduardo Viana:

Não estamos diante, é preciso pôr acento nisso, de modulação quantitativa representada pelas leis matemáticas, mas sim diante de probabilidade subjetivada. O que interessa para a elaboração da fronteira entre o provável (= afirmação do dolo eventual) e o possível (= negação do dolo eventual) não é o grau objetivo do perigo conhecido pelo autor, mas sim se esse considerou tal perigo de realização do tipo mais do que possível e menos do que preponderantemente provável (= probabilidade subjetiva).⁵⁰⁷

A teoria da probabilidade, em verdade, demonstra ter o escopo necessário para corrigir a teoria da possibilidade, que, como visto, evita recorrer (embora ainda recorra) a elementos volitivos ou emocionais, se baseando mais na qualidade do risco criado.⁵⁰⁸

Dentre os mais destacados adeptos da teoria da probabilidade cabe citar Max Müller, que defendeu a teoria em seu livro chamado *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf-und Schadensersatzrecht*, publicado em 1912; e, apesar das variações por ela feitas, Ingeborg Puppe, professora da Universidade de Bonn, na Alemanha, cuja tese será enfrentada mais à frente no presente capítulo, na análise do dolo sem vontade.⁵⁰⁹

⁵⁰⁶ BUSTINZA SIU, M. A. **Delimitación entre el dolo eventual e imprudencia**. 2014. Tese (Mestrado em Direito Penal) - Escola de Graduados, Pontifícia Universidade Católica do Peru, Lima, 2014, p. 150.

⁵⁰⁷ VIANA, op. cit., p. 216.

⁵⁰⁸ BARBERÁ, op. cit., p. 209.

⁵⁰⁹ Ibid., op. cit., p. 212.

3.3.3 Teoria da evitabilidade

Juarez Tavares traz como variável da teoria da representação a chamada teoria da evitabilidade, desenvolvida por Armin Kaufmann e a explica da seguinte forma:

A teoria da evitabilidade foi formulada por Armin Kaufmann, como desenvolvimento da teoria finalista da ação. De acordo com sua concepção, se o agente representar como possível o resultado, o dolo eventual só será excluído se a sua vontade dirigente do fato estiver orientada no sentido de evitar o resultado. Haverá, assim, culpa consciente quando o agente, juntamente com a prática de sua ação, assentar contrafatos com a ajuda dos quais possa conduzir essa atividade, de modo a não produzir as consequências que havia previsto como possíveis.⁵¹⁰

Apesar de trazer esta modalidade dentro do estudo das teorias intelectivas e não das teorias volitivas, a modalidade destacada por Tavares é, em verdade, a própria teoria da vontade de evitação não atuada, já estudada no item referente às variações da teoria da vontade, sendo certo que inclusive Gabriel Pérez Barberá a ela se refere como *teoría de la voluntad de evitación*.⁵¹¹

3.3.4 Teoria do risco

Dentre as teorias cognitivas aqui descritas, merece destaque aquela que é conhecida como teoria do risco. Cabe ressaltar, no entanto, que a despeito do que foi demonstrado no segundo capítulo, no sentido de que risco e perigo não são expressões sinônimas, a doutrina diverge ao fazer referência à teoria desenvolvida por Wolfgang Frisch, uma vez que autores como Juarez Tavares, Pedro Jorge Costa e Gabriel Pérez Barberá a ela se referem como teoria do risco, enquanto Eduardo Viana chama de teoria do perigo.

Independente da nomenclatura empregada, fato é que se trata de uma teoria desenvolvida na obra intitulada Dolo e Risco (*Vorsatz und Risiko*) de Frisch.

⁵¹⁰ TAVARES, 2003, op. cit., p. 336.

⁵¹¹ BARBERÁ, op. cit., p. 293.

Para o autor, o dolo apresenta como componente do conhecimento das circunstâncias típicas, apartado de qualquer outro elemento. A partir daí, conclui que o dolo seria único, o que faz com que o dolo eventual deixe de existir, tornando necessário, tão somente, a divisão entre dolo e imprudência.⁵¹²

Diante dessa conclusão, Frisch passa a questionar a razão de o crime doloso ser punido mais severamente que o crime culposos, uma vez que eles se mostram como regra, enquanto os crimes culposos são meramente excepcionais.⁵¹³

Na busca pela resposta às suas indagações, Frisch chega à conclusão de que a apreciação deve recair sobre a aplicação da pena e, principalmente sobre suas finalidades.

A esse respeito, Pedro Jorge Costa destaca que:

Relativamente aos fatores teleológicos, levam-se em conta pontos de vista da prevenção geral e da prevenção especial para maior punição do dolo. Quanto à prevenção geral, Frisch aceita a doutrina pela qual o direito penal tutela bens jurídicos e condições de existência indispensáveis à convivência social saudável. O agir doloso viola a fidelidade ao direito e a confiança na inviolabilidade do ordenamento de modo mais imediato e violento do que o imprudente. Sob a ótica da prevenção especial, a pena se fundamenta pelo maior merecimento do autor doloso, que em especial medida mostra a razão de ser da punição.⁵¹⁴

Por tal raciocínio, no que tange à prevenção geral, tomando por base a missão doutrinariamente aceita para o direito penal de proteção aos bens jurídicos, a missão da pena repousaria justamente na preservação dos bens jurídicos caros à convivência social, daí a primeira razão da punição mais severa do atuar doloso, que desestabiliza com maior intensidade a relação entre o cidadão e o ordenamento jurídico.⁵¹⁵

Com relação ao aspecto axiológico, Frisch destaca a relação pessoal do autor com o fato. A pena teria por objetivo cortar essa relação a partir da maior reprovação ao agente, uma vez que o autor doloso teria mais meios de evitar a obtenção do resultado lesivo do que o imprudente.⁵¹⁶

A esse respeito cita Eduardo Viana que:

⁵¹² COSTA, P. J., op. cit., p. 122.

⁵¹³ VIANA, op. cit., p. 225.

⁵¹⁴ COSTA, P. J., op. cit., p. 123.

⁵¹⁵ VIANA, op. cit., p. 225.

⁵¹⁶ COSTA, P. J., op. cit., p. 123.

nos comportamentos dolosos o defeito pessoal do autor em relação às exigências do direito é muito maior quando comparado com as ações culposas e, portanto, a punição deve ser capaz de promover nele a desativação desse efeito psicológico-social.⁵¹⁷

O que resta evidenciado na teoria desenvolvida por Frisch é o fato de que a justificativa para a maior punição do atuar doloso repousa justamente em o agente ter podido representar a possibilidade da ocorrência do resultado danoso, o que não se revela no atuar culposo. Diante disso, ao agente que atua com dolo estariam disponíveis meios de comportamento capazes de dissuadi-lo do atuar em descompasso com o ordenamento jurídico.⁵¹⁸

Percebe-se, assim, que não basta ao agente conhecer a situação de risco, mas sim que ele também conheça a norma de conduta que estaria sendo violada. Esse amplo conhecimento, na visão do criador da teoria, é o ponto dissonante para as teorias da mera representação.

Há que se ressaltar, no entanto, que ao conhecimento da norma não se exige o mesmo daqueles que estão mais afetos ao estudo jurídico, mas tão somente que, pelo fato de o direito se dirigir a todos, seus destinatários precisam se omitir diante da mera possibilidade de violarem o ordenamento.⁵¹⁹

Assim sendo, para Frisch, os fatores emocionais, tais como aprovação e consentimento, ficariam adstritos à dosimetria da pena ou mesmo ao motivo para atuar em desconformidade à norma, o que, em última análise, torna desnecessária a figura do dolo eventual, bastando a noção de risco tolerado e risco concreto conhecido para diferenciar o atuar doloso do culposo ou mesmo do fato atípico.⁵²⁰

Curioso notar que Frisch admitia, no entanto, a existência do dolo de perigo apartado do dolo de dano, conforme destaca Rui Carlos Pereira:

Disso se apercebe Frisch, certamente, que partindo de uma teoria do dolo exclusivamente fundada no saber do agente (“bem compreendido”), pretende distinguir os conceitos de dolo de perigo e dolo de dano – para demonstrar a correção da sua concepção sobre o dolo – através da diferente previsão exigível num e noutro caso, em decorrência do diverso grau de perigosidade típica encerrada nas incriminações de perigo e de dano.⁵²¹

⁵¹⁷ VIANA, op. cit., p. 226.

⁵¹⁸ Ibid., p. 228.

⁵¹⁹ COSTA, P. J., op. cit., p. 126.

⁵²⁰ Ibid., p. 18.

⁵²¹ PEREIRA, R. C. **O dolo de perigo**. Lisboa: Lex, 1995, p. 68-9.

A crítica que se faz à teoria de Frisch encontra-se na observação de que, apesar de se pretender normativa, alijada de elementos volitivos, a teoria por ele desenvolvida acaba caindo em contradição uma vez que “no momento decisivo da calibração da imputação subjetiva, recorre à postura anímica do indivíduo para determinar o nível de responsabilidade”.⁵²²

3.3.5 Teoria do perigo a descoberto

Por derradeiro, cabe tecer comentários sobre a teoria do perigo a descoberto que, segundo Juarez Tavares, foi desenvolvida por Rolf Dietrich Herzberg. O perigo a descoberto seria representado pela situação em que a sorte ou o acaso seriam responsáveis por indicar se o resultado lesivo ocorreria ou não, caracterizando-se, assim, o dolo eventual. A culpa consciente ficaria a cargo do perigo resguardado, hipótese em que o próprio autor, a vítima ou um terceiro, a partir da observação zelosa do resultado, pudesse evita-lo.⁵²³

Tavares destaca que, para esta teoria, haveria dolo eventual:

O dolo eventual se dará, portanto, segundo essa concepção, quando o resultado estiver fora do poder de ser evitado. Com isso, procura Herzberg estabelecer critérios puramente objetivos de diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente, que se aproximam daqueles ditados pela teoria da imputação objetiva do resultado, mas de certa forma vinculados ao elemento intelectualivo.⁵²⁴

3.4 **Críticas ao Dolo Eventual como modalidade autônoma de Dolo**

Diante do que foi analisado no tópico anterior, percebe-se a ausência de consenso do ponto de vista doutrinário acerca dos elementos constitutivos do dolo eventual.

⁵²² VIANA, op. cit., p. 230.

⁵²³ TAVARES, 2003, op. cit., p. 339.

⁵²⁴ Ibid., p. 340.

Entre outros aspectos que fazem com que o dolo eventual tenha a sua existência questionada está justamente o fato de que ele acarreta a punição com penas abstratamente cominadas idênticas às dos indivíduos que atuam diretamente com a intenção de produzir o resultado.

Além desse aspecto, outro ponto digno de críticas é a aparente ofensa a princípios essenciais ao Direito Penal, especialmente no que tange à taxatividade e à segurança jurídica.

Apesar de muito se falar da taxatividade como princípio relevante à parte especial do direito penal, ou seja, aos crimes em espécie, não há como não exigí-la também da parte geral, especialmente no que tange ao instituto do dolo eventual, na medida em que a falta de conceituação segura do instituto permite a sua maleabilidade que, em última análise, representa uma imputação mais gravosa a condutas aparentemente culposas.

Na tentativa de tornar objetivo algo tão subjetivo, Cuello Contreras faz a seguinte segmentação:

a) Realizar circunstancias que suponen riesgos elevadísimos (= causa inmediata del resultado) de muerte com nulos o poco seguros médios de evitación equivale a imputar a título de dolo. b) Realizar circunstancias que supongan riesgos no muy elevados de muerte (= eslabones no inmediatos del resultado) o riesgos elevados pero empleando a la vez medios seguros de evitación que se sabe pueden no funcionar en algún caso, fundamenta una imputación a título de imprudencia. c) Realizar circunstancias que supongan riesgos remotos de muerte, o próximos pero com médios muy seguros con solo remotísima posibilidad de que no funcionen, lo que debe postularse de toda obra humana, dado que nada es asegurable al cien por cien, equivale al caso fortuito.⁵²⁵

Apesar de válida a tentativa, subsiste o questionamento acerca das zonas limítrofes e principalmente sobre a necessidade de tratá-la como dolo.

O fato acima destacado mostra-se relevante também em relação à segurança jurídica, na medida em que a existência de decisões conflitantes, oriundas de tribunais diferentes e às vezes do mesmo Tribunal, para tratar de casos análogos, produz como consequência uma grave insegurança jurídica tanto em relação aos autores dos delitos, como também nas vítimas e seus familiares.

⁵²⁵CUELLO CONTRERAS, J. Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto. *In*: MAIER, J. B. et al. (Coord.). **Dogmática penal entre naturalismo y normativismo**: Libro en homenaje a Eberhard Struensee. Buenos Aires: Ad Hoc, 2011, p. 791.

3.4.1 Dolo eventual ou culpa grave?

O dolo eventual, apesar de aceito por parte da doutrina e das legislações de diversos países encontra sérias oposições à sua existência como modalidade autônoma de dolo.

Como categoria conceitual, ele se mostra contraditório, uma vez que o dolo tem em sua essência a atuação intencional por parte do agente na direção de um determinado objetivo. A palavra “eventual”, por si só, já aponta no sentido de algo que pode ou não existir, ou seja, algo que é incerto ou até mesmo fortuito.⁵²⁶

Aquele que age aceitando a consequência meramente eventual de sua ação atua sem intenção de produzir o resultado, o que já seria motivo mais do que suficiente para questionar a sua caracterização como atuar doloso.

Costa e Silva já chamava atenção para a necessidade da prova do dolo, ao comentar o Código de 1940:

O dolo não se presume. Nem sempre assim se pensou. O direito canônico atual ainda preceitua – *dolus in foro externo praesumitur, donec contrarium probetur* (can. 2200, §2). A prova pôde ser feita pelos meios mais diversos. O fato, com todas as suas circunstâncias, os meios empregados, os precedentes, os motivos, o procedimento anterior e posterior do agente, e muitos outros elementos servem de guia ao juiz na solução desse delicado problema psicológico. Árduo é ele, principalmente, em se tratando de dolo eventual.⁵²⁷

Conforme já demonstrado, o conhecimento acerca da produção do resultado em nível seguro ou quase seguro e a vontade de realizá-los são dois complementos doutrinariamente aceitos por quem conceitua o dolo dentro da ideia de contenção do poder punitivo e não da sua ampliação.⁵²⁸

A falta do elemento volitivo faz com que não seja admissível pensar no instituto do dolo a título eventual como parte integrante do conceito de dolo.

Neste sentido é o entendimento de Gabriel Pérez Barberá:

Si se sostiene que dolo es conocimiento de las circunstancias que integran el tipo objetivo más voluntad de realización, surge la siguiente perplejidad:

⁵²⁶ VITALE, op. cit., p. 31.

⁵²⁷ COSTA E SILVA. A. J. da. **Código Penal Brasileiro**: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. São Paulo: Nacional, 1943, p. 112.

⁵²⁸ VITALE, op. cit., p. 32.

¿por qué se califica como dolosa una conducta en la que el autor no tuvo ni por asomo la voluntad de realizar el tipo (casos del llamado dolo eventual)? Si, por otra parte, se sostiene que dolo es simple conocimiento del síndrome de riesgo próprio de uma conduta típica, surge outra perplexidad: ¿por qué se califica como imprudente una conducta en la que el autor tuvo conocimiento de esse síndrome de riesgo (casos de la llamada imprudencia consciente)?⁵²⁹

Diante da perplexidade apontada acima, autores como o próprio Gabriel Pérez Barberá, Ingeborg Puppe, Luís Greco, Eduardo Viana, entre outros, passam a defender a existência do chamado dolo sem vontade, uma vez que, a concepção clássica de dolo, que o apresenta como a junção entre consciência e vontade, é incompatível com a existência do instituto.

Segundo Gabriel Barberá, o dolo precisa se afastar dos elementos de ordem subjetiva:

Pero el desarrollo teórico concretado aquí no sólo cubre vacíos doctrinarios en el nivel de la fundamentación, sino que, además, obtiene algunos conceptos teóricos y resultados prácticos diferentes a los logrados hasta ahora por la literatura y la jurisprudencia. Que el dolo no sea ya identificado con conocimiento ni con voluntad – ni con ningún otro hecho psíquico o físico – y que él, en consecuencia, pueda afirmarse o negarse por la presencia o ausencia de um determinado dato empírico, sino en todo caso por la racionalidad epistémica de esa presencia o de esa ausencia, es, creemos, uno de los avances principales que concreta nuestra investigación en el presente de la discusión dogmática sobre este tema, y que es de esperar abra nuevos caminos para la discusión futura.⁵³⁰

Em visão semelhante, Eduardo Viana afirma que:

Dito isso, minhas principais conclusões são as seguintes:

1 - O conceito de dolo como conhecer e querer expressa uma proposta conceitual platônica. Em verdade, trata-se de uma proposição meramente declarativa; ambígua; circular; vinculada a crenças ingênuas e que ignora a prática da imputação subjetiva.

2 - A imputação a título de dolo não tem relação com a postura volitiva psíquica do indivíduo, pois dolo não é vontade, dolo é representação. A essencial diferença entre o dolo e a culpa, portanto, equivale fundamentalmente à distinção entre o conhecimento e o desconhecimento do perigo com qualidade dolosa.⁵³¹

A conclusão que se extrai da visão desenvolvida por Eduardo Viana é a de que existe tão somente uma modalidade de dolo e uma modalidade de culpa, qual

⁵²⁹ BARBERÁ, op. cit., 2011, p. 52-3.

⁵³⁰ Ibid., p. 816.

⁵³¹ VIANA, op. cit., p. 366.

seja, a culpa consciente. O autor rechaça, portanto, a existência do dolo eventual e da culpa consciente, mas se vale, para tanto, da ideia da extirpação do elemento volitivo do dolo, trazendo uma concepção objetiva, pautada apenas na representação do agente acerca das consequências da sua atuação.

Luis Greco, em seu artigo intitulado “Dolo sem vontade” tece críticas à existência do elemento volitivo como integrante do dolo. Para tanto, analisa as concepções possíveis do conteúdo da vontade, analisando-a sob uma perspectiva psicológico-normativa, bem como da perspectiva atributivo-normativa.

Criticando a hipótese da vontade no sentido psicológico-normativo, faz uma releitura do exemplo do atirador de Lacmann, já mencionado no presente trabalho. Na versão de Greco, o atirador deveria acertar o chapéu de uma menina sem feri-la, e a aposta envolveria todo o seu patrimônio. A partir da produção do resultado morte, surge a constatação por parte do autor de que o atuar do agente fora doloso e que, a partir daí, restaria evidenciada a figura do dolo sem vontade na medida em que o atirador não tinha vontade alguma de perder todo patrimônio em caso de erro.

A despeito de criticar a presença da vontade no conceito de dolo, o autor entende que o conhecimento se mostra necessário, ao afirmar que:

O conhecimento em sentido psicológico é, portanto, necessário para o dolo, porque só o conhecimento gera domínio sobre a realização do fato, domínio esse que justifica uma punição mais severa tanto por aumentar as necessidades de prevenção, como a responsabilidade de quem atua.⁵³²

A redação do *caput* do artigo 20 do Código Penal corrobora com o entendimento do caráter essencial do conhecimento no dolo, na medida em que, ao tratar do erro de tipo incriminador, retrata que o desconhecimento do agente acerca de algum elemento constitutivo do tipo legal teria o condão de afastar a imputação dolosa, ou seja, para responder a título de dolo, deve o agente ter pleno conhecimento dos elementos típicos.⁵³³

Na linha da crítica à presença da vontade no dolo, Luis Greco chega a rechaça-la até mesmo no dolo direto, e chega a essa conclusão a partir mais uma vez de exemplos, de incidência meramente acadêmica.

⁵³² GRECO, R. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS, A. (Coord.). **Liber Amicorum de José de Sousa e Brito**. Coimbra: Almedia, 2009, p. 893.

⁵³³ LUCCHESI, G. B. **Punindo culpa como dolo**: o uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 136.

Para justificar a crítica ao elemento volitivo no dolo direto, o autor traz o exemplo de Tyren, onde um indivíduo atira de uma longa distância com a intenção de matar um alvo que não tem certeza se conseguirá acertá-lo. Luis Greco aponta uma hipotética injustiça na imputação dolosa a esse agente, na medida em que não haveria, por parte dele, o controle, o domínio sobre as consequências daquilo que está por realizar. Em contrapartida, entende que no caso do atirador no chapéu haveria o total controle de sua parte em relação às consequências.

A partir desses dois exemplos, o autor fundamenta a concepção de que a vontade é prescindível mesmo no dolo direto, uma vez que a punição pura e simples da vontade no direito penal que visa punir o fato representaria um contrassenso. Para ele, portanto, o essencial no dolo é o “conhecimento tal que confira ao autor o domínio sobre aquilo que ele está a ponto de realizar”.⁵³⁴

Em relação à existência da vontade no dolo eventual, o autor é ainda mais enfático no sentido da sua inaplicabilidade. Para demonstrar a sua ideia, mais uma vez recorre a exemplos, com a perspectiva de demonstrar uma suposta injustiça em uma imputação dolosa e outra culposa em casos análogos versando sobre a morte de uma pessoa.

De modo sintético, a crítica desenvolvida pelo autor e que vai ao encontro da crítica feita por Eduardo Viana recai no fato de que a se exigir um elemento volitivo do dolo eventual, a chave da imputação estaria nas mãos do agente, uma vez que não haveria como extrair com segurança o que ele realmente queria fazer naquele caso concreto ou mesmo a sua indiferença ou não quanto à produção do resultado, como se depreende do trecho a seguir:

O segundo deles, o problema de prova, diz respeito ao fato de que, qualquer que seja o elemento volitivo que se considere correto, nunca é realmente possível provar a sua existência de maneira compatível com as exigências da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. Por causa do chamado acesso privilegiado que tem o autor em relação aos seus estados mentais, a rigor sempre lhe será possível negar ter agido com o estado mental a que a teoria volitiva preferida se refere, sem que o juiz tenha como atestar estar o autor mentindo. O fato de que ainda assim existam condenações por dolo mesmo em casos em que não há confissão revela que, no fundo, a vontade em sentido psicológico nunca foi levada muito a sério.⁵³⁵

⁵³⁴ GRECO, R., 2009, op. cit., p. 895.

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 897.

A justificativa apresentada pelo autor não se mostra plausível. Uma primeira crítica repousa no fato de haver condenação por dolo em casos alijados de confissão não significam que não estivessem presentes outros meios de prova e muito menos trazem, para a decisão, uma presunção absoluta de correção.

Não são raros os casos de condenações erradas e que passam por reforma em Tribunais e a jurisprudência, especialmente no que tange ao dolo eventual e a culpa consciente caminha nesse sentido.

O segundo ponto que merece retoque no texto está na menção feita aos princípios do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência que, da forma apresentada, levam a crer que o autor do texto seja contrário a eles (o que se admite apenas por hipótese) ou, o que é ainda mais grave, que admita a flexibilização em sentido contrário, ou seja, que diante da impossibilidade de se provar o dolo, que se admita a sua presunção a partir de critérios objetivos, na medida em que parte-se da premissa de que o autor mentiria sobre a sua real intenção. Tal entendimento não pode prosperar.

Em contraposição ao trecho acima, que aponta na relativização das presunções em favor do réu, cabe citar o trecho abaixo, de Israel Domingos Jorio:

O Direito Penal não é aquilo que queremos que ele seja. Ele é um sistema, possui princípios, conceitos e premissas que norteiam sua estruturação e seu uso. Quem dirige veículo automotor em condição de embriaguez, excesso de velocidade ou disputando “rachas”, mesmo sabendo da probabilidade de causar a morte de alguém (e a sua própria), mas acreditando (ainda que estupidamente) que tal resultado não ocorrerá (parece ser a regra, a menos que partamos do raciocínio do psicopata suicida), age com culpa consciente. A menos que se prove a assunção do risco, não se pode afirmar o dolo eventual. Se essa prova é difícil, esse não é um problema do réu, tampouco algo que possa ser usado em seu desfavor.⁵³⁶

Um aspecto de ordem principiológica, também usado para rechaçar a ideia sustentada pelos defensores da tese do dolo alijado de vontade e que, em última análise admite presunções em desfavor do réu é o chamado princípio *pro homine*, cabendo transcrever a lição de Nilo Batista sobre o tema:

O princípio *pro homine* é próprio do Direito Internacional dos Direitos Humanos e estabelece que, em caso de dúvida, se decida sempre pelo sentido mais garantidor do direito de que se trate. Em realidade, é uma

⁵³⁶ JORIO, I. D. **O fetiche do dolo eventual**. Boletim IBCCrim, v. 20, n. 230, p. 10-1, jan. 2012.

aplicação particular do princípio da boa-fé em um ramo especializado do direito internacional.⁵³⁷

Por fim, Luis Greco chega à conclusão que serviu de base e inspiração ao já citado Eduardo Viana e afirma que:

Psicologicamente, dolo é conhecimento, e não conhecimento e vontade. Se todo dolo é conhecimento, e a vontade não tem relevância alguma, não há mais qualquer razão para diferenciar dolo direto (em suas duas formas, de primeiro ou de segundo grau) e dolo eventual. Há apenas uma forma de dolo.⁵³⁸

Por fim, o autor destaca ser filiado à teoria da probabilidade, estudada no tópico anterior, e menciona como demais adeptos Herzberg e Puppe na Alemanha, Sancinetti na Argentina e H. Souza Santos no Brasil, para os quais “[d]olo é conhecimento de que a ocorrência do resultado é algo provável”.⁵³⁹

Entender o dolo alijado da vontade representa, de plano, uma contraposição ao próprio texto legal que, no caso brasileiro, inclui no inciso I a expressão “quis o resultado”, em um indicativo claro de que a vontade integra o dolo. Logicamente que a previsão no texto legal não tem, por si só, o poder de conferir razão absoluta ao legislador ou mesmo de tornar o texto legal algo alheio ou imune a críticas.

Ocorre que, a despeito das críticas, o fato de estar positivado no texto legal faz com que qualquer aplicação do direito penal ao caso concreto, tomando por base meramente elementos objetivos para tanto, revela-se uma evidente afronta e por que não dizer, uma ilegalidade, ao menos no que tange ao dolo direto.

Com relação ao dolo eventual, no entanto, a crítica parece ter mais pertinência, uma vez que o texto legal recorreu a expressões lacônicas e abertas, sendo certo que a doutrina majoritária e já aqui destacada apontam no sentido de que teria sido adotada a teoria da representação.

A grande questão repousa na exigência ou não de que essa representação venha acompanhada de elemento volitivo. Apesar das críticas, dentro da interpretação analógica, ou seja, analisando o instituto dentro do contexto no qual

⁵³⁷ ZAFFARONI et al., op. cit., p. 237-8.

⁵³⁸ GRECO, R., 2009, op. cit., p. 902.

⁵³⁹ Ibid., p. 902.

está inserido, não há como apartá-lo completamente do elemento volitivo e admitir a existência de um dolo meramente objetivo-normativo.

O ponto curioso, e que acaba demandando convergência entre o ponto de vista defendido no presente trabalho e a ideia defendida por quem entende o dolo alijado da vontade está na desnecessidade da existência do instituto, ou seja, do dolo eventual.

A divergência, no entanto, entre a ideia defendida por Luis Greco, Puppe e outros autores para a ideia que se pretende sustentar no presente trabalho é que aqui, diferente de lá, não se objetiva demonstrar a desnecessidade do dolo eventual como modalidade autônoma de dolo por entendê-lo integrante de um único conceito de dolo objetivamente definido, mas sim por entender que a hipótese hoje tratada como dolo eventual seria, na verdade, um caso de culpa grave, devendo integrar uma possível modalidade qualificada de crime culposos e não um crime doloso.

Nessa linha de raciocínio, Gustavo Vitale afirma que o caminho em relação ao dolo eventual está na sua consideração como culpa grave:

La única solución posible en el derecho penal argentino es calificar como culposos los casos que hoy se designan como “dolo eventual” (para los que, sin explicación valedera alguna, la mayoría propugna aplicar la penalidad demasiado más severa prevista para el obrar doloso).

Aplicar a esos supuestos la pena de la culpa es, por otra parte, una solución correcta, debido a la estructura culposa y no dolosa de la categoría en análisis.

De acuerdo con esto, el hoy llamado “dolo eventual” podrá ser denominado culpa grave, culpa temeraria, culpa con indiferencia, culpa con asentimiento o como quiera llamársele, pero nunca “dolo eventual”, pues como se dijo, no reúne los caracteres mínimos de toda actuación dolosa.⁵⁴⁰

Vitale afirma que justamente por ser difícil estabelecer o ponto de dissociação entre o dolo eventual e a culpa consciente é que deveria o dolo eventual ser tratado como uma culpa grave e nunca com a pena do dolo.⁵⁴¹

A solução apresentada por Vitale parece bastante adequada, mas esbarra em uma questão de ordem prática que, ainda que não assumida de forma expressa por aqueles que são entusiastas do dolo eventual, se mostra presente, que é justamente o fato de a pena abstratamente cominada aos crimes culposos ser demasiadamente pequena, se comparada com a pena dos ilícitos dolosos.

⁵⁴⁰ VITALE, op. cit., p. 34-5.

⁵⁴¹ Ibid., p. 80.

Por outro lado, a imputação dolosa tampouco se apresenta como uma melhor solução, na medida em que importa em uma quantidade de pena demasiadamente elevada, dando tratamento análogo ao sujeito que apenas previu a possibilidade de ocorrência do resultado, daquele que realizou a conduta visando o resultado lesivo ao bem jurídico.

A discussão a respeito da chamada culpa temerária vem ganhando espaço em diversos países, dentre eles Portugal, Espanha, Alemanha e Itália.

O Código Penal português, em sua parte geral, especificamente no artigo n.º 15, se limitou a tratar da culpa (negligência) consciente (com representação) ou inconsciente (sem representação).⁵⁴²

A despeito de não fazer menção à culpa temerária (por lá chamada de negligência grosseira) na parte geral, o legislador o fez na parte especial, notadamente nos crimes descritos nos artigos 137.º, 2 (homicídio por negligência grosseira); 156.º, 3 (intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários por negligência grosseira quanto ao consentimento); 351.º (negligência grosseira na guarda de presos) e 369.º, 5 (denegação de justiça e prevaricação com negligência grosseira), como bem destacado por Selma Pereira de Santana.⁵⁴³

A autora, no entanto, chama atenção para o fato de que apesar de estar positivado na parte especial, não há um conceito legal do que seria a tal negligência grosseira:

Ao contrário, tal conceito é tão-somente citado, no decorrer das aludidas hipóteses normativas, sem que tenha sido estabelecido um mínimo critério objetivo de delimitação, sem que se tenha fixado um norte, um referencial para sua compreensão específica.⁵⁴⁴

O Código Penal espanhol adota procedimento semelhante, uma vez que também não conceitua a culpa temerária (por eles chamada de imprudência grave) na parte geral, mas se vale do instituto em diversos crimes descritos na parte especial.

⁵⁴² PORTUGAL. **Lei 59/2007**, de 4 de Setembro. Disponível em: <https://www.ieb-eib.org/ancien-site/pdf/loi-portugal-euthanasie.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2020.

⁵⁴³ SANTANA, S. P. de. **A culpa temerária**: Contributo para uma construção no direito penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 107.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 107.

A culpa aparece na parte geral do Código espanhol sob o nome de imprudência, e é mencionada nos artigos 5; 10 e 14, 1.⁵⁴⁵

A imprudência grave, nome espanhol para a aqui chamada culpa temerária é trazido na parte especial nos seguintes artigos, apontados por Selma Pereira:

A culpa temerária, denominada na Espanha, atualmente, como imprudência grave, é prevista no Código Penal, nos seguintes arts.: 142º (homicídio culposo); 146º (Aborto culposo); 152º (Lesões culposas); 158º (Lesões culposas ao feto); 159º (Alteração culposa de genótipo); 220º, 5 (Substituição culposa de crianças); 267º (Danos culposos em quantia superior a 80.000 euros); 301º (Branqueamento de capitais); 317º (Exposição em perigo culposa de trabalhadores); 324º (Danos em bens de valor artístico, histórico, cultural, científico, monumental ou arqueológico); 331º (Recursos naturais e meio ambiente); 344º (Energia nuclear); 347º (Estragos culposos); 358º (Incêndio culposo); 367º (Delitos contra a saúde dos consumidores); 391º (Falsidade documental de autoridade ou funcionário); 447º (Prevaricação judicial culposa); 467º, 2 (Deslealdade profissional de advogado); 532º (Privação indevida de liberdade de comunicação); e 601º (Revelação de segredos relativos à defesa nacional).⁵⁴⁶

Assim como os códigos penais espanhol e português, o Código penal alemão também já contempla a figura da culpa temerária, sem que no entanto estabeleça um conceito fechado para o instituto, deixando a cargo da doutrina e da jurisprudência.

Selma Pereira chama atenção para o fato de que o Projeto do Código alemão de 1962 já contemplava figura análoga:

O Projeto do Código Penal alemão de 1962 havia aventurado uma definição do conceito através do §18, III, que estabelecia: “Atua” temerariamente quem atua de modo gravemente culposo.⁵⁴⁷

Em seguida, a autora destaca os tipos penais previstos no Código Penal alemão que fazem menção expressa à modalidade temerária de culpa:

No Código Penal alemão, a culpa temerária aparece, em algumas vezes, no tipo básico, assim, nos parágrafos 97, II (Pagamento de preço por segredos estatais); 109, g, IV (Ilustrações que ponham em perigo a segurança); 138,

⁵⁴⁵ ESPANHA. **Código Penal**. Disponível em: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/I_20121008_02.pdf. Acesso em: 29 mar. 2020.

⁵⁴⁶ SANTANA, op. cit., p. 108-10.

⁵⁴⁷ Ibid., p. 110.

III (Delitos de omissão de denúncia); 264, III (Fraude de subvenções) e 345, II (Execução contra inocentes).⁵⁴⁸

A lista é complementada pela autora com os casos em que a culpa temerária aparece como forma de qualificar o crime pelo resultado:

Em outras hipóteses, o conceito é empregado para qualificar o resultado, assim, nos parágrafos 176, IV (Abuso sexual de crianças); 177, III (Violação); 178, III (Coação sexual); 239, a, II (Sequestro chantagista); 239, b, II (Tomada de reféns); 251 (Roubo com resultado de morte); 283, IV, 2 (Quebra); 283, V, 2 (Quebra) e 316, c, II (Ataque ao tráfego aéreo e marítimo).⁵⁴⁹

Por derradeiro, a autora traz ainda outros casos tidos como especialmente graves, quais sejam, “310, b, III, 2 (Provocação de uma explosão por meio de energia nuclear); 311, III (Provocação de detonação de um explosivo) e 311, a, III, 2 (Abuso de raios ionizantes)”.⁵⁵⁰

O Código Penal italiano, por sua vez, assim como o Código Penal brasileiro não traz menção expressa à culpa temerária, limitando-se a descrever os crimes que admitem a modalidade culposa. No entanto, como bem destacou Selma Pereira, há previsão de possibilidade de avaliação de grau de culpa por parte do juiz ao avaliar a gravidade do delito:

A leitura, entretanto, do art. 133º (Gravidade do delito: avaliação para efeito da pena) revela que o juiz, para avaliar a gravidade de um delito, deverá analisar e levar em consideração uma série de fatores, tais como a natureza, a espécie, o meio, o objeto da ação, a gravidade do dano ou do perigo, a intensidade do dolo e o grau da culpa.⁵⁵¹

O Código Penal brasileiro, ao tratar do crime culposos, o faz a partir do artigo n.º 18, II e estabelece as formas pelas quais o crime culposos pode se manifestar, quais sejam, a imprudência, a negligência e a imperícia. Ao longo do texto, em seus 361 artigos, prevê a modalidade culposa no texto legal (condição objetiva de punição dos crimes culposos, segundo o parágrafo único do artigo n.º 18) em raros casos já apontados no presente trabalho.

⁵⁴⁸ Ibid., p. 111.

⁵⁴⁹ Ibid., p. 112.

⁵⁵⁰ Ibid., p. 113.

⁵⁵¹ Ibid., p. 114.

Cabe, no entanto, chamar atenção para o fato de que no ano de 2017 foi sancionada a Lei n.º 13.546 que passou a prever uma clara hipótese de culpa temerária entre os crimes de trânsito, sem, no entanto, se valer de tal nomenclatura.

Entre outras alterações trazidas pela lei, a que merece atenção é a inclusão do § 3.º no artigo n.º 302 da Lei n.º 9503/97 (Código de Trânsito), com a seguinte redação:

§ 3º Se o agente conduz veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:
Penas - reclusão, de cinco a oito anos, e suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.⁵⁵²

Além do parágrafo acima mencionado, incluído no crime de homicídio, a mesma Lei incluiu no artigo 303 (lesão corporal culposa no trânsito), o § 2.º, ao qual foi atribuída a seguinte redação:

§ 2º A pena privativa de liberdade é de reclusão de dois a cinco anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo, se o agente conduz o veículo com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, e se do crime resultar lesão corporal de natureza grave ou gravíssima.⁵⁵³

Apesar de as condutas continuarem referenciadas aos crimes culposos de trânsito (homicídio e lesão), os novos parágrafos trouxeram modalidades qualificadas de crimes culposos, perfeitamente coadunáveis com a culpa temerária ora abordada.

A alteração legislativa é decorrente do Projeto de Lei n.º 5568 de 2013, de iniciativa da então deputada Keiko Ota, filiada ao PSB de São Paulo⁵⁵⁴

A análise da tramitação do projeto, bem como das manifestações dos Deputados em plenário, demonstram que as discussões dogmáticas passaram ao largo e que toda temática enfrentada passa pela suposta necessidade de penas graves como forma de coibir a embriaguez ao volante, ratificando a crença em um caráter preventivo da pena.

⁵⁵² BRASIL. **Lei n.º 9.503**, de 23 de setembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm. Acesso em: 19 mar. 2020.

⁵⁵³ Ibid.

⁵⁵⁴ BRASIL. **Projeto de Lei n.º 5.568**, de 14 de maio de 2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=576699>. Acesso em: 19 mar. 2020.

Dentre as manifestações, capazes de ilustrar o que foi dito acima, merece destaque a manifestação da autora do Projeto:

Os familiares das vítimas queriam um basta. Em nome de Rafael Baltresca, Ava Gambel, Nilton Gurman, Maria Luiza Hausch, Manuel Fernandes, Lourdes Nunes e Rosmary Mariano, criadores do movimento Não Foi Acidente, quero externar a minha felicidade pela aprovação do Projeto de Lei da Câmara nº 144, de 2015, no plenário do Senado Federal. Trata-se de um projeto de lei de minha autoria, mas de iniciativa desse grupo de familiares de vítimas do trânsito que, unidos, fizeram de tudo para buscar leis mais severas para crimes cometidos no trânsito. Dirigir embriagado é crime. Beber e matar ao volante será também crime, com previsão de 5 a 8 anos de prisão, sem cestas básicas, sem serviços comunitário.⁵⁵⁵

Na mesma linha vai a manifestação do Deputado Zé Geraldo, do PT do Pará:

Há 20 anos, 30 anos, em qualquer cidade do interior do Brasil havia um número de usuários de carro e moto muito menor - mas muito menor! - do que há hoje. Nossas cidades hoje estão abarrotadas de carros e de veículos de duas rodas. Nós precisamos fazer com que aquelas pessoas que não se comportam direito, aquelas pessoas que não têm responsabilidade, aquelas pessoas que matam e acidentam, sejam severamente punidas, sim.⁵⁵⁶

A despeito de não ter sido objeto de enfrentamento pelos deputados, a verdade é que a nova modalidade de crime culposo no caso de embriaguez revela-se como uma culpa qualificada, ou seja, uma culpa temerária.

Nelson Hungria já chamava atenção para a necessidade de se avaliar o que chamava de graus de culpa e fazia a distinção em “culpa lata ou grave (falta de atenção elementar), leve (falta de atenção do homo medius) e levíssima (falta de extraordinária atenção)”.⁵⁵⁷

O autor, no entanto, já destacava que tal classificação teria impacto tão somente na dosimetria da pena:

A distinção dos graus de culpa tem relevância no tocante à medida da pena in concreto (art. 42); mas é de notar que ela não tem coincidência a partição da culpa em inconsciente e consciente. Tal como o Código anterior, o atual

⁵⁵⁵ Id. Sessão: 311.2.55.O. **Câmara dos Deputados**, 2016. Disponível: <https://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=311.2.55.O&nuQuarto=110&nuOrador=2&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=17:32&sgFaseSessao=BC&Data=29/11/2016>. Acesso em: 19 mar. 2020.

⁵⁵⁶ Id. Sessão: 377.3.55.O. **Câmara dos Deputados**, 2017. Disponível: <https://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=377.3.55.O&nuQuarto=19&nuOrador=2&nuInsercao=8&dtHorarioQuarto=18:12&sgFaseSessao=OD&Data=05/12/2017>. Acesso em: 19 mar. 2020.

⁵⁵⁷ HUNGRIA, op. cit., v. 1, t. 2, p. 202.

não distingue aprioristicamente, para diverso tratamento, entre uma e outra dessas species de culpa. É um critério acertado. ... Ao juiz, de preferência, ao aplicar a pena, é que deve ser deixada, de caso em caso, a livre apreciação da maior ou menor gravidade da culpa.⁵⁵⁸

O que se pode extrair da análise feita no presente tópico, bem como do estudo desenvolvido acerca das teorias da vontade e da representação é que, muito provavelmente, a saída para a intrincada diferenciação entre o dolo eventual e a culpa consciente não esteja no dolo, mas sim na culpa.

A inovação legislativa empreendida no Código de Trânsito teve o condão de, por si só, pôr fim à discussão que sempre se travou acerca do fato de se a embriaguez ao volante em caso de homicídio seria tida como elemento bastante para caracterizar o dolo eventual ou se representaria, tão somente a culpa com representação.

Em que pese isto não seja assumido pela doutrina ou mesmo pela jurisprudência que apontava no sentido de haver dolo eventual e não culpa consciente em caso de embriaguez ao volante, é nítido que o problema da imputação culposa repousava no fato de a pena abstratamente cominada ao crime culposos de trânsito era demasiado pequena, se comparada à gravidade da lesão jurídica provocada.

Os próprios legisladores, que votaram a mudança no Código de Trânsito deixam claro que o escopo da alteração passa por uma hipotética necessidade de pena mais alta para coibir a conduta, nada enfrentando acerca da continuidade da conduta na modalidade culposa do crime.

É possível afirmar, portanto, que o problema da imputação culposa em confronto com a imputação dolosa a título eventual está na quantidade de pena abstratamente cominada. Fosse a relação quantitativa inversa, a discussão seria pacificada.

Face à impossibilidade de inverter a relação de penas abstratamente cominadas às modalidades dolosas e culposas, o caminho, salvo melhor juízo, passa pela eliminação da modalidade dolosa eventual e pela implementação, de forma positivada, da culpa temerária com quantitativos de pena mais ajustados em relação ao agente que sequer teria previsto o resultado lesivo.

⁵⁵⁸Ibid., v. 1, p. 202

3.4.2 Dolo eventual e o conflito com os princípios da taxatividade e da segurança jurídica

Conforme já destacado no presente trabalho, o texto usado pelo legislador para fazer referência ao dolo eventual mostra-se lacunoso, na medida em que se vale da expressão “assumir o risco”, para que a partir desta fórmula seja possível imputar ao agente a maior sanção penal prevista para a violação ao bem jurídico cometida pelo mesmo.

O princípio da taxatividade é comumente empregado para analisar-se a parte especial do Código Penal, partindo da exigência de que o legislador não recorra a leis penais de conteúdo vago ou obscuro, os chamados tipos penais abertos.

Na linha da exigência de que o legislador não recorra a tipos abertos, Paulo Queiroz afirma que:

Por isso, materialmente o princípio implica a máxima determinação e taxatividade dos tipos penais, impondo-se ao Poder Legislativo, na elaboração das leis que redija tipos penais com a máxima precisão de seus elementos, bem como ao Judiciário que os interprete restritivamente, de modo a lhe preservar a efetividade.⁵⁵⁹

A taxatividade, em verdade, é um princípio que decorre da legalidade, sendo certo que não basta ao legislador que cumpra o requisito formal de prever a conduta incriminada em uma lei. Mais do que isso, o princípio exige que o legislador atenda o seu compromisso no sentido material, relacionado à precisão incriminadora de suas normas.⁵⁶⁰

É evidente que não se pode tomar a taxatividade como forma de tornar os juízes meros repetidores do texto legal. No entanto, tampouco se pode dar a eles o direito de criação de um novo direito, qual seja, o direito judicial, diante da patente insegurança jurídica que isso pode trazer.⁵⁶¹

A esse respeito cabe transcrever um trecho fundamental da obra de Jesús María Silva Sánchez:

⁵⁵⁹ QUEIROZ, op. cit., p. 42.

⁵⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, J. M. **Aproximación al Derecho Penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1992, p. 254.

⁵⁶¹ Ibid., p. 256

Pero resulta que hay un fundamento determinante, que obliga a la máxima precisión en los mensajes normativos del legislador y la máxima vinculación del juez al tenor de dichos mensajes a la hora de adoptar sus decisiones. Se trata del principio de legitimación democrática de las intervenciones jurídico-penales como garantía de libertad de los ciudadanos derivada del principio de división de poderes. Así resulta que quien no posee la legitimación democrática directa necesita, para intervenir en la esfera de libertad de los ciudadanos, apoyarse en la legitimación material que le presta el legislador como expresión de la voluntad general. La apoyatura en la voluntad general, por su parte, es decisiva, por cuanto es a esa voluntad general — y sólo a ella — a la que los individuos han cedido aspectos esenciales de su derecho a decidir autónomamente sobre su esfera de libertad y a responder a agresiones a esa esfera con nuevas agresiones a la esfera de libertad del agresor o de terceros.⁵⁶²

A razão pela qual incumbe ao Legislativo ser o poder com incumbência de legislar sobre temas que interferem diretamente sobre a liberdade do cidadão decorre propriamente do contrato social firmado. Esta legitimidade, no entanto, confere ao legislador o dever de elaborar leis claras, competindo aos juízes que ajam nos estritos limites por elas trazidos. O não cumprimento desta exigência pode fazer com que a intervenção nas liberdades individuais caia nas mãos dos juízes, o que violaria o contrato social, e, conseqüentemente, as bases da sociedade democrática.⁵⁶³

A despeito de não ser um tipo penal incriminador, a parte final do inciso I do artigo 18, que trata do dolo eventual, não pode restar alijada do tratamento necessário da taxatividade, o que acaba por fazer com que a sua existência possa ser questionada, na medida em que a sua imprecisão conceitual acarreta intervenções no mais das vezes excessivas na liberdade individual do agente, funcionando como verdadeira norma de extensão, apta a punir por crime doloso, condutas que não seriam.

Nilo Batista enfrenta o que chama de princípio da máxima taxatividade da lei, a partir da premissa de que não é bastante que a criminalização primária se materialize na lei, sendo imprescindível que ela seja feita “de uma maneira taxativa e com a maior precisão técnica possível”.⁵⁶⁴

Segundo o autor:

Quando os limites legais não se estabelecem dessa forma, quando o legislador prescinde do verbo típico ou quando ele comina uma escala penal de amplitude inusitada, tal como quando remete a conceitos vagos ou valorativos de duvidosa precisão, o direito penal tem duas opções: a)

⁵⁶² Ibid., p. 257.

⁵⁶³ Ibid., p. 257.

⁵⁶⁴ ZAFFARONI, op. cit., v. 1, p. 207.

declarar a inconstitucionalidade da lei; b) aplicar o princípio da máxima taxatividade interpretativa.⁵⁶⁵

Caso a opção seja pela máxima taxatividade interpretativa, esta deve ser norteadada pela proibição a que se recorra à analogia em desfavor do réu, preservando, assim, a segurança jurídica, como bem destaca Nilo:

a segurança jurídica que toca ao direito penal consiste exatamente em recusar tratamento aos conflitos que não se inscrevam taxativamente na criminalização primária. Enquanto o direito civil cumpre melhor a sua função de segurança jurídica quando coloca o poder público a serviço da solução do maior número possível de conflitos, tendendo portanto a corresponder a um sistema contínuo – sem lacunas –, o direito penal se estrutura como um sistema descontínuo de ilicitudes pontuais que não podem ser ampliadas pela interpretação, doutrinária ou jurisprudencial.⁵⁶⁶

Humberto Ávila, ao se debruçar sobre o tema da segurança jurídica, aponta para alguns problemas no cenário normativo atual. Destaca como primeiro deles a falta de inteligibilidade do ordenamento jurídico, na medida em que retira do indivíduo a certeza de qual regra é válida, o que faz com que o direito perca a sua função orientadora dos cidadãos.⁵⁶⁷

O segundo problema por ele destacado repousa na carência de confiabilidade do ordenamento jurídico, na medida em que o indivíduo, apesar de saber que uma determinada regra é válida, não sabe se ela continuará assim e até quando. Os que são iniciados no mundo jurídico, especialmente em matéria penal, sabem que estão amparados pela irretroatividade da lei mais severa. O que merece ser pontuado é que tal conhecimento, apesar de acessível, não chega para toda a população.⁵⁶⁸

O terceiro problema recai sobre a falta de calculabilidade do ordenamento jurídico, pelo fato de o cidadão não saber qual norma irá valer, notadamente quando do seu eventual julgamento.⁵⁶⁹

O autor chega a listar algumas indagações essenciais para a compreensão da segurança jurídica:

Empregando a segurança jurídica como exemplo, as indagações essenciais à sua compreensão são as seguintes: Segurança em que sentido? –

⁵⁶⁵ Ibid., v. 1, p. 208.

⁵⁶⁶ Ibid., v. 1, p. 208.

⁵⁶⁷ ÁVILA, H. **Teoria da Segurança Jurídica**. 5.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 76.

⁵⁶⁸ Ibid., p. 77.

⁵⁶⁹ Ibid., p. 77.

aspecto finalístico- material; Segurança do quê? – aspecto finalístico-objetivo; Segurança para quem, na visão de quem e por quem? – aspecto finalístico-subjetivo; Segurança a ser realizada quando e a ser aferida quando? – aspecto finalístico-temporal; Segurança em que medida? – aspecto finalístico quantitativo; Segurança como? – aspecto instrumental-material; Segurança por quem – aspecto instrumental-pessoal.⁵⁷⁰

Segundo o autor, a falta de configuração dos elementos acima listados é que tem contribuído para a paradoxal insegurança no que diz respeito à segurança jurídica seja no plano metateórico científico, seja no plano da proibição de arbitrariedade argumentativa.⁵⁷¹

A situação gerada pelo uso indiscriminado do dolo eventual, especialmente pelos órgãos de acusação, fere de morte a segurança jurídica, uma vez que casos objetivamente semelhantes podem, a depender do jogo de palavras empregado, acarretar imputação dolosa.

A banalização do dolo eventual, especialmente decorrente de situações derivadas de crimes de perigo, demandam uma apreciação acerca do acerto ou não em sua utilização.

O que fica claro é que, apesar de a sociedade do Século XXI apresentar situações de perigo para o bem jurídico inimagináveis no século passado, permanecemos utilizando conceitos e institutos daquela época.

Tais fatos parecem apontar no sentido da necessidade de uma reformulação, notadamente no conceito e na estrutura do dolo, para que se possa adequar à realidade social atual.

A crescente demanda pela criminalização de condutas perigosas, cuja punição prescinde até mesmo do dano efetivo ao bem jurídico, levam à reflexão acerca da existência do dolo de perigo como modalidade autônoma, apartada do dolo de dano e suas classificações, como será melhor estudado no capítulo 4.

⁵⁷⁰ Ibid., p. 134.

⁵⁷¹ Ibid., p. 134.

4 O DOLO DE PERIGO COMO MODALIDADE AUTÔNOMA E SUA RELAÇÃO COM O DOLO EVENTUAL

No presente capítulo será analisada a existência do dolo de perigo como modalidade autônoma de dolo em relação ao dolo de dano, bem como a sua compatibilidade com o dolo eventual.

Como já demonstrado nos capítulos anteriores, a classificação mais adotada do ponto de vista doutrinário acerca da classificação de dolo é a que o divide em dolo direto (de primeiro ou segundo grau) e dolo eventual.

A ideia do dolo de perigo como modalidade autônoma de dolo, dissociada do dolo de dano não é nova, uma vez que desde o século XVIII, notadamente através de autores como Gaetano Filangieri e Karl Grolmann o tema já era estudado, quando buscavam encontrar o dolo no delito culposos.⁵⁷² O tema da relação do dolo de perigo com o crime culposos será objeto de estudo no tópico 4.1.

O percurso histórico conceitual, já no século XIX, acabou por buscar colocar o dolo de perigo como modalidade substitutiva do dolo eventual, em hipótese levantada por Karl Stooss, ou mesmo como substituição simultânea do dolo eventual e da culpa consciente, como defendia Alexander Löffler. Esta busca se deveu, essencialmente, à dificuldade conceitual envolvendo o dolo eventual e a culpa consciente, que demandava a busca por uma forma alternativa de imputação subjetiva.⁵⁷³

Diversas teorias foram usadas para tentar manter os crimes de perigo como categorias jurídicas viáveis, a despeito de o dolo neles presente ser, para parte da doutrina, um dolo eventual de dano, como será melhor estudado no item 4.3.

Chegou-se a justificar a necessidade de caracterizar o dolo de perigo como dolo eventual de dano em os crimes de perigo representarem uma tentativa qualificada do crime de dano, que demandaria uma correlação do dolo de perigo não apenas com o dolo eventual, mas também com o dolo direto.⁵⁷⁴

Outra ideia, em sentido diametralmente oposto à acima descrita, sustentava que o dolo de perigo seria uma tentativa privilegiada e não qualificada do dolo de

⁵⁷² PEREIRA, op. cit., p. 15.

⁵⁷³ Ibid., p. 16.

⁵⁷⁴ Ibid., p. 63.

dano, por merecer punição menos severa que esta. Esta teoria teria o condão de estatuir gradações dentro das tentativas, o que, nos termos do Código Penal brasileiro recai como incumbência do julgador, ao apreciar a maior ou menor proximidade com a produção do resultado, como prevê o parágrafo único do artigo 14 do Código Penal.⁵⁷⁵

A terceira concepção parte da ideia de que a tentativa de crime de dano praticado com dolo eventual não seria punível e por isso seria necessário pensar-se no crime de perigo e no dolo de perigo. Esta teoria busca encontrar soluções jurídicas capazes de punir condutas que, diante da impossibilidade da punição de tentativas de crimes de dano com dolo eventual, seriam impuníveis.⁵⁷⁶

Rui Carlos Pereira apresenta ainda uma quarta concepção, segundo a qual o dolo de perigo representaria a incriminação autônoma de atos preparatórios de crimes de dano:

os crimes de perigo concreto com dolo de perigo consistiriam incriminações autônomas de actos preparatórios de dano, meramente subsidiárias das incriminações das tentativas de dano. Esta explicação afigura-se-nos, todavia, insustentável, atendendo à própria natureza dos crimes de perigo concreto e à sua função no quadro do sistema penal. De facto, o perigo concreto, entendido como resultado típico, pressupõe uma situação de insegurança existencial para o bem jurídico, uma situação na qual se não pode confiar na ausência do resultado danoso, uma situação que, regularmente e de acordo com a experiência, é causa do resultado danoso, sem que a não produção deste se possa explicar através de uma lei causal especial. Por isso, a produção do perigo com dolo eventual de dano é mais facilmente conciliável com a prática de actos executivos de dano do que com a prática de meros actos preparatórios. E, por outro lado, seria inexplicável que estes actos preparatórios só fossem puníveis quando houvesse dolo eventual de dano (no caso de se sustentar a equivalência entre este e o dolo de perigo), mas já não quando não houvesse o dolo directo ou necessário de dano. A regra da genérica imputabilidade daqueles actos seria quebrada de uma forma puramente irracional.⁵⁷⁷

A tentativa de descaracterizar a existência do dolo de perigo como modalidade autônoma chegou ao extremo de tratar o dolo de perigo como sinônimo do dolo de dano, vinculando ambos. Esta vinculação decorreria justamente do fato da necessidade de representação, mesmo no crime de perigo, acerca do resultado.

⁵⁷⁵ Ibid., p. 63.

⁵⁷⁶ Ibid., p. 63.

⁵⁷⁷ Ibid., p. 63-4.

Um outro ponto de vista que merece destaque é o apresentado por Gonzalo Quintero Olivares, já no início do Século XXI, segundo o qual o dolo de perigo seria situado em uma fronteira entre o dolo e a culpa:

Conforme a esa opinión extendida los delitos de peligro son delitos dolosos y por lo tanto su gravedad subjetiva es superior a la de los delitos imprudentes. Sobre lo que es el dolo de peligro, leyendo la literatura penal correspondiente, se llega a la conclusión de que compone un concepto fronterizo (y académico) entre el dolo y la culpa que se disse nacido forzado por necesidades político-criminales de adelantamiento de la intervención punitiva.⁵⁷⁸

Aníbal Bruno reconhecia a existência do dolo de perigo como forma de manifestação do dolo, afirmando que nele, a vontade consciente se dirige só a um resultado de perigo, na medida em que o agente quereria apenas pôr em perigo um bem jurídico penalmente tutelado.⁵⁷⁹

O autor, no entanto, ao tratar da distinção, aborda o chamado crime de dano com dolo de perigo, o que não contribui de forma efetiva na distinção entre eles como se depreende do trecho a seguir:

Pode ocorrer ainda o que se chama de crime de dano com dolo de perigo. É o caso em que, para configurar a espécie delituosa é suficiente o dolo que visa ao perigo, mas o crime só se faz punível com o resultado de dano. Então o agente não quis o dano, só o perigo, mas para a punição se exige que o dano realmente ocorra. No caso, o resultado danoso, é, na realidade, simples condição objetiva de punibilidade. Assim, no Código italiano, a acertada construção do crime de contágio venéreo, que se consuma com a simples exposição de outra pessoa a perigo de contágio, mas só se torna punível se o contágio realmente ocorre. Algumas vezes, mesmo, temos um dolo de dano informando um simples crime de perigo. É o que acontece no nosso Código com o crime de perigo de contágio de doença grave, em que o agente "com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado" pratica ato capaz de produzir o contágio (art. 131)⁵⁸⁰

A falta de técnica legislativa e de um efetivo enfrentamento do instituto do dolo de perigo gera essas situações no mínimo inusitadas, apontadas pelo autor no trecho acima citado, onde em um crime de perigo há, em seu caput, a previsão do dolo de dano ou mesmo a exigência da produção do dano para a configuração de um crime de perigo.

⁵⁷⁸ OLIVARES, G. Q. **Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo** (Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo – El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt). Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 244.

⁵⁷⁹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral. Tomo 2º*. Rio de Janeiro: Forense. 1959. p. 78

⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 78/79

A incoerência apresentada nos crimes de perigo individual, citados por Aníbal Bruno, no entanto, não se repetem nos crimes de perigo comum, previstos a partir do artigo 250 do CP, uma vez que neles a criação do perigo já é bastante para a configuração do crime na sua forma consumada, estando o resultado naturalístico previsto como qualificadora em alguns casos (desastre nos crimes dos artigos 260; 261 e 262) ou causas de aumento de pena (em relação aos resultados morte e lesão, trazidos pelos artigos 258; 263 e 285).

Dentre os doutrinadores que não reconhecem a existência autônoma do dolo de perigo, cabe citar Miguel Reale Júnior:

Considero que não se justifica a criação de uma forma de dolo diversa em razão do resultado ser uma situação de perigo e não dano, pois como já afirmei no início deste capítulo, o resultado pode ser material e jurídico ou só jurídico.

Se o perigo é objeto do dolo, nem por isso pode-se admitir que haja um dolo diverso do voltado à prática de uma ação que busque a realização de um resultado danoso, pois dessa forma deveria haver um tipo de dolo conforme o seu objeto.⁵⁸¹

Outro autor a rechaçar a ideia de dolo de perigo como modalidade autônoma foi Magalhães Noronha, que embasou seu posicionamento em autores estrangeiros que não admitiam a sua existência. Segundo o autor:

A existência de dolo de perigo, como coisa distinta e substancialmente diversa, é contestada por numerosos autores. Florian fala que existe apenas diversidade de objeto num e noutro, mas o conceito deste é o mesmo. Von Hippel diz não se tratar de conceito particular de dolo, mas simplesmente do fato de que alguns crimes requerem não uma lesão dolosa, mas somente perigo para os bens jurídicos. A expressão justa é perigo doloso. O mesmo pensa ANTOLISEI.⁵⁸²

Por a configuração do dolo de perigo pressupor a representação acerca do perigo da ocorrência do resultado, os adeptos da teoria do dolo como mera representação (estudada no capítulo 3) encontram dificuldade de explicar as hipóteses de incidência de um e de outro, na medida em que para muitos haveria uma concepção unitária de dolo, que prescindiria até mesmo de sua divisão em dolo direto e eventual. Nesse sentido, vale trazer a referência feita por Márcio Schlee Gomes:

⁵⁸¹ REALE JÚNIOR, M. **Instituições de Direito Penal**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 229.

⁵⁸² NORONHA, op. cit., v. 1, p. 147.

Como defendem Puppe, Frisch, Herzberg, “dolo é dolo”, não sendo necessária qualquer divisão em espécies de dolo. Embora se fale em dolo direto de primeiro e segundo grau e dolo eventual, tal divisão é meramente formal, pois, na essência, o conceito de dolo é unitário.⁵⁸³

Eduardo Viana, autor que entende o dolo apartado da vontade, enfrenta a questão do dolo nos crimes de perigo, porém, admite a figura de um dolo de perigo separado do dolo de dano, sustentando que as análises de um e de outro se dariam em momentos distintos:

Outra questão que poderia ser aqui levantada é: como diferenciar as hipóteses nas quais o autor representa que sua conduta é apenas apta a criar um perigo daqueles casos em que representou que estava realizando uma conduta apta a provocar uma lesão? Essa indagação, como ressaltou Puppe, não apresenta qualquer dificuldade pois, quem está autorizado a julgar a qualidade do perigo representado é o magistrado e não o indivíduo.⁵⁸⁴

Como decorre da citação acima, não é correto afirmar que os adeptos da teoria cognitiva do dolo não aceitam a existência do dolo de perigo nem tampouco que os adeptos da teoria volitiva admitem de forma absoluta. Neste sentido, bem destaca Rui Pereira:

Seria errado, porém, concluir apressadamente que uma teoria volitiva do dolo permite uma autonomização do dolo de perigo, enquanto uma teoria intelectual o inviabiliza. Para colocar as mais sérias reservas a uma tal conclusão, basta observar que há cultores de uma teoria da vontade – como Horn, que recebe a concepção Kaufmanniana do dolo – que negam a autonomia do conceito, havendo, inversamente, partidários de uma esténua teoria da representação, como Frisch, que sustentam a sua autonomia.⁵⁸⁵

Sobre a distinção entre dolo de dano e dolo de perigo, aliás, Rui Pereira descreve que:

A distinção entre os dois conceitos tem sido traçada com maior facilidade quando se requer, para a caracterização do dolo, a intervenção de um momento de vontade. A essa luz, pode distinguir-se o dolo de perigo do dolo de dano sustentando-se que, para a verificação do primeiro se exige a aprovação (Billigung) da entrada na situação de perigo, ao passo que, para a ocorrência do segundo, é indispensável a aprovação do resultado danoso. Ou então, ainda na mesma perspectiva, pode entender-se, mediante o recurso a um diverso elemento volitivo – o da conformação (Sich-Abfinden),

⁵⁸³ GOMES, op. cit. p. 119.

⁵⁸⁴ VIANA, op. cit., p. 291-2.

⁵⁸⁵ PEREIRA, op. cit., p. 65.

por exemplo – que só atua com dolo de perigo quem apenas se conforma com a entrada na situação de perigo, actuando já com dolo de dano quem se conformar com a obtenção do próprio resultado danoso.⁵⁸⁶

Os adeptos da teoria do risco, desenvolvida por Wolfgang Frisch, segundo a qual para configurar o dolo é suficiente que o autor conheça um risco (perigo) concreto, tipicamente relevante e não tolerado pela norma, acabariam por afastar a separação entre dolo de dano e dolo de perigo, uma vez que o mero conhecimento do perigo já se confundiria com o dolo de dano.⁵⁸⁷

Em razão disso, Gabriel Barberá afirma que a teoria desenvolvida por Frisch viola um dos princípios básicos da doutrina tradicional, de que o dolo de lesão compreende o dolo de perigo, mas o inverso não é verdade, uma vez que poderia haver um dolo de perigo apartado do dolo de dano.⁵⁸⁸

Rui Carlos também não concorda com a colocação do dolo de perigo e do dolo de dano na mesma categoria. O autor reconhece a existência autônoma do dolo de perigo, destacando ser possível a existência da intenção de criar um perigo sem que este se mostre relacionado diretamente ao dano, ou seja, o perigo de dano não significa que o agente queira a sua ocorrência ou mesmo seja indiferente a ele:

Não se pode falar de perigo, com propriedade, quando a produção do dano se afigurar impossível ou, pelo contrário, certa. A consequência desta afirmação, ao nível do dolo, aponta para incompatibilidade do dolo de perigo com a previsão da certeza do dano (dolo necessário), como, acertadamente, defendeu Rabl. A verdade contida na asserção de que um perigo inevitável é ainda um perigo ou se traduz numa mera redundância – na medida em que se sustente que todo perigo é, em certo sentido, inevitável, não se concebendo a figura lógica da possibilidade da possibilidade, a que equivaleria o perigo de perigo, e rejeitando-se a admissibilidade de um dolo eventual de perigo – ou, então, pretende significar que é ainda perigosa aquela situação em que a verificação do dano não depende (parcialmente) de um comportamento do agente (domínio da situação perigosa) mas sim de factores absolutamente incontroláveis por ele.⁵⁸⁹

No trecho acima, o autor já antecipa a sua opinião acerca da impossibilidade do dolo eventual de perigo, por entendê-lo como redundância, inconcebível logicamente, entendimento que será melhor detalhado em tópico específico neste capítulo.

⁵⁸⁶ Ibid., p. 64-5.

⁵⁸⁷ Ibid. p. 68-9.

⁵⁸⁸ BARBERÁ, op. cit., p. 550.

⁵⁸⁹ PEREIRA, op. cit., p. 66.

A existência do dolo de perigo como modalidade autônoma de dolo em relação ao dolo de dano exige a verificação da possibilidade ou não de existência do conhecimento, ou mesmo de um ato voluntário (querer) em relação ao perigo, que possa ser segmentado em relação ao conhecer e querer o dano como possível.⁵⁹⁰

Para Rui Pereira, a ideia de que aquele que quer o dano também quer o perigo e que quem prevê o dano também prevê o perigo não corresponderia à verdade, na medida em que quem atua com dolo de perigo o faz com base em juízo de certeza acerca do perigo e outro relativo em relação ao dano. A certeza do perigo não possibilita conclusões definitivas acerca do dano.⁵⁹¹

Outro ponto que deve ser aventado é o fato de que grande parte dos crimes de perigo previstos no Código Penal admite a modalidade culposa, especialmente os chamados crimes de perigo comum, previstos a partir do artigo 250. Isto leva ao questionamento acerca de se a modalidade culposa do crime de perigo não representaria um dolo eventual de perigo.

Esta concepção não parece acertada, na medida em que nos crimes de perigo há a exigência, para a punição a título doloso, de um juízo de certeza acerca do perigo, acompanhado de uma problematização acerca da ocorrência ou não do dano. A inexistência de consciência acerca do perigo é a fonte primária da punição de tais crimes na modalidade culposa, que poderá se manifestar tanto a título de culpa inconsciente quanto de culpa consciente.⁵⁹²

Percebe-se, assim, que a doutrina que se debruça sobre o tema admite a existência de um dolo de perigo separado do dolo de dano. Barberá relata que o próprio Frisch, diante das críticas que a sua teoria recebeu por aparentemente fundir o dolo de dano e o dolo de perigo fez questão de deixar claro que são modalidades diversas:

Esto es: no es lo mismo el objeto del dolo de lesión que el objeto del dolo de puesta en peligro concreto. Quien obra com esta última clase de dolo debe conocer (es decir, partir para sí de) la existencia de aquel riesgo específico que constituye la situación que cabe denominar "peligro concreto"; quien, en cambio, obra com dolo de lesión, debe saber que su acción trae consigo un riesgo objetivamente ya no tolerado de lesión.⁵⁹³

⁵⁹⁰ Ibid., p. 75.

⁵⁹¹ Ibid., op. cit., p. 77.

⁵⁹² Ibid., p. 80-1.

⁵⁹³ BARBERÁ, op. cit, p. 550.

Segundo Hungria, o conceito de dolo de perigo como modalidade autônoma teria sido cunhado por Arturo Rocco, que afirmava:

O dolo que se encontra nos crimes de perigo se chama dolo de perigo. Consiste êle na vontade consciente de expor a perigo um bem ou interesse humano. Distingue-se do dolo de dano ou de lesão, precisamente porque, neste, o que se quis é um dano e, naquele, somente o perigo.⁵⁹⁴

Hungria, portanto, reconhecia no dolo de perigo uma espécie de dolo e consistiria na vontade consciente de ameaçar concretamente um bem jurídico.

Ciente da chance de que se fizesse confusão entre os crimes dolosos de perigo, os crimes de dano tentados e os crimes formais, Hungria os distinguiu da seguinte maneira:

A diferença entre os crimes dolosos de perigo, de um lado, e os crimes tentados de dano ou os crimes formais, de outro, é a seguinte: nos últimos, o evento de perigo está aquém da vontade; naqueles corresponde, precisamente, à vontade. Por outras palavras: nos crimes tentados de dano ou nos crimes formais, há um evento de perigo com dolo de dano; nos crimes de dano, há um evento de perigo com dolo de perigo.⁵⁹⁵

E o autor prossegue nas distinções, inclusive em relação aos crimes culposos:

Como se distingue do dolo de dano (direto ou eventual), também o dolo de perigo se diferencia da culpa *stricto sensu*, inconsciente (sem previsão) ou consciente (com previsão). Na culpa inconsciente, o *eventus damni* não é, sequer, previsto; na culpa consciente, é previsto o *eventus damni*, mas o agente confia em que não sobreviverá; no dolo de perigo, o agente também não quer o previsto evento de dano, mas quer a situação de fato que o possibilita.⁵⁹⁶

Mas afinal, o dolo de perigo coincide com o dolo de dano? É antecedente lógico da culpa consciente? É sinônimo de culpa consciente? É uma modalidade autônoma de dolo? É compatível com dolo eventual, ou seja, existe dolo eventual de perigo? Essas são algumas indagações que se pretende enfrentar no presente capítulo.

O primeiro ponto a ser enfrentado é a alegação de que o dolo de perigo poderia ser tido como sinônimo de culpa consciente.

⁵⁹⁴ ROCCO, 1932, p. 330 apud HUNGRIA, op. cit., p. 174.

⁵⁹⁵ HUNGRIA, op. cit., v. I, t. II, p. 175.

⁵⁹⁶ Ibid., v. I, t. II, p. 175.

4.1 A relação entre o Dolo de Perigo e o Crime Culposos

O dolo de perigo, como categoria autônoma de dolo, inicialmente fora decorrente da tentativa de justificar a necessidade de encontrar o dolo, até mesmo na conduta culposa, partindo da premissa principiológica de que todo atuar culposos pressupõe uma relação de vontade com a violação da norma, bem como da convicção “aristotélica de que a vontade implica o conhecimento dos fins e das circunstâncias do agir, assim como a sua ausência depende da coacção ou do erro”.⁵⁹⁷

A compreensão de que algumas áreas da vida social deveriam estar acobertadas pelo direito penal fez com que se buscasse uma forma para tanto, o que acabou fazendo com que se recorresse à negligência, a partir do perigo de violação de bens jurídicos e não no resultado efetivo de tais violações.⁵⁹⁸

Segundo Rui Carlos Pereira:

Porém, a evolução do pensamento teórico sobre a negligência, por um lado, e, por outro, a modificação das circunstâncias históricas que impulsionaram a política criminal e os sistemas penais levaram ao surgimento de um quadro de relações entre a negligência e o dolo de perigo bem diferente do que inicialmente se desenhou. Tal evolução orientou-se, fundamentalmente, nas seguintes direções:

- a) ao nível teórico, numa visão que cada vez mais se foi distanciando da linear referência da culpa à vontade;
- b) no plano legislativo, na criação de incriminações de perigo, não substitutivas dos crimes negligentes, que abriu as portas à autonomização do dolo de perigo em relação à negligência.

O autor traz a visão de Stübel e Feuerbach a respeito do tema, apontando:

Em Stübel, a ideia assinalada conduziu à peremptória afirmação de que os crimes negligentes são crimes de perigo dolosos. Em Feuerbach, por força da teoria da coacção (Zwangstheorie), a ideia surgiu como uma coloração omissiva: o momento volitivo traduzir-se-ia na incerteza de evitar o resultado ilícito, ao decidir-se a realização de um fim.⁵⁹⁹

⁵⁹⁷ PEREIRA, op. cit., p. 40.

⁵⁹⁸ COSTA, J. F. de F., op. cit., p. 469.

⁵⁹⁹ PEREIRA, op. cit., p. 42.

Percebe-se, assim, que para os autores citados, no dolo de perigo haveria uma mistura entre a consciência omissiva e a aceitação da incerteza, demonstrada a partir de uma indiferença em face da violação na norma.⁶⁰⁰

Esta aparente relação entre o dolo de perigo e a negligência acarretou a colisão com a ideia de responsabilização apartada da vontade, o que gerou a necessidade de se falar nos crimes culposos, notadamente a culpa inconsciente.⁶⁰¹

Tanto Rui Pereira quanto Faria Costa apontam a relevância de Franz Exner na separação da negligência em relação ao dolo de perigo. Segundo Farias Costa, a indagação formulada por Exner foi “de que maneira e sob que circunstâncias é que é justificado responsabilizar criminalmente alguém pela violação do direito, quando a não queria levar a cabo?”⁶⁰²

A correlação entre o dolo de perigo e a culpa consciente acabou acarretando sérios problemas, na medida em que os crimes culposos são diretamente relacionados à produção de um resultado lesivo, fato não identificado nos crimes de perigo. Esta hipotética correlação acarretaria uma transfiguração nos crimes culposos.⁶⁰³

A necessidade do resultado lesivo nos crimes culposos de perigo fica bastante evidenciada nos chamados crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte, previstos a partir do artigo 260 do Código Penal. A título de exemplo, no perigo de desastre ferroviário, o legislador se vale da expressão “no caso de culpa, ocorrendo desastre” no § 2º do dispositivo, deixando claro que a modalidade culposa do crime de perigo só é punível em caso de concretização do desastre.

Teresa Rodríguez Montañés também enfrentou a hipotética relação entre o dolo de perigo e a culpa consciente. A autora destaca existirem duas correntes contrapostas sobre o tema, que chamou de teorias diferenciadoras e teorias identificadoras.⁶⁰⁴

⁶⁰⁰ Ibid., p. 42.

⁶⁰¹ Ibid. p. 42.

⁶⁰² EXNER, 1910, p. 207, apud COSTA, J. F. de F., op. cit., p. 471.

⁶⁰³ PEREIRA, op. cit. p. 43.

⁶⁰⁴ MONTAÑÉS, op. cit., p. 131.

4.1.1 Teorias diferenciadoras

Segundo Teresa Montañés, quem entende haver diferença entre dolo de perigo e culpa consciente, o faz com base em dois argumentos:

1º Negando la necesaria identidad del momento de representación en ambos conceptos, y/o 2º afirmando la posibilidad de imprudencia consciente sin “querer” la puesta en peligro (elemento volitivo del dolo de peligro, que faltaría en la imprudencia consciente respecto de la lesión).⁶⁰⁵

Como consequência, os adeptos da teoria diferenciadora admitem, também, a existência de crimes de perigo culposos.

As teorias diferenciadoras apontam como elementos fundantes da distinção os momentos da representação e o momento volitivo.

Para a distinção com base na representação, esta se pauta na ideia de que na culpa consciente o agente exclui da sua representação o perigo de lesão, ou seja, não leva em consideração a potencialidade lesiva de seu comportamento, até mesmo por esperar sinceramente que ele não ocorra. Em contrapartida, no dolo de perigo o agente precisa representar o perigo de forma concreta de ocorrência.⁶⁰⁶

Teresa Montañés traz a distinção a partir da obra de Friedrich Schroeder:

Schroeder afirma que el concepto de peligro es más estricto que el de “mera posibilidad de producción del resultado” y exige “probabilidad” y “proximidad”, lo que no es contenido necesario de la representación en la imprudencia consciente, según lo que califica de doctrina dominante.⁶⁰⁷

Segundo Georg Küper, que se filiava à concepção de Schroeder:

Si una acción es peligrosa se concreta en el momento de su acometimiento, mientras que la puesta en peligro presupone que un bien jurídico ha entrado en el ámbito de actuación de un hecho con capacidad lesiva. De esa diferencia en el punto de referencia depende la formación del momento de representación: la acción peligrosa abre tan solo la posibilidad de producción del resultado, dejando un margen para la confianza en que todo vaya bien; la puesta en peligro, por el contrario, coloca al bien jurídico afectado en una crisis existencial tal, que la producción de la lesión está muy próxima y sólo se puede esperar su no producción.⁶⁰⁸

⁶⁰⁵ Ibid., p. 132.

⁶⁰⁶ Ibid., p. 133.

⁶⁰⁷ Ibid., p. 134.

⁶⁰⁸ KÜPER, 1988, p. 774 apud MONTAÑÉS, op. cit., p. 134.

O problema da representação como critério distintivo estaria na dificuldade de se apontar o nível de representação a ser exigido do agente, para identificar se atuara com dolo de perigo ou com culpa consciente. Com razão, Teresa Montañes aponta que o traço característico da culpa consciente não estaria na representação, mas sim na errônea mensuração por parte do agente acerca das suas possibilidades de dominar o perigo e evitar o resultado, afinal, a representação, por si só, já seria um traço comum tanto ao dolo eventual, quanto à culpa consciente ou mesmo ao dolo de perigo.⁶⁰⁹

Além da distinção ligada ao elemento representação, há autores que diferenciam o dolo de perigo e a culpa consciente com base no elemento volitivo. A vontade mencionada como elemento distintivo seria a vontade de colocar em perigo, presente no dolo de perigo e ausente na culpa consciente, uma vez que não há que se falar em dolo de perigo quando o agente considera a produção do perigo apenas como provável e não como algo que certamente vá ocorrer, pois na culpa consciente o agente espera sinceramente que o resultado não vá ocorrer. Nela, falta ao agente, portanto, a vontade de pôr em perigo.⁶¹⁰

No dolo de perigo, o agente deseja colocar em perigo o bem jurídico. Na culpa consciente, não.

Neste sentido, Teresa Montañes, traz a lição de Georg Küper sobre o tema:

En la imprudencia consciente, el autor, al referirse su representación tan solo a la acción peligrosa (mera posibilidad de resultado lesivo), puede aún confiar seriamente en que todo vaya bien, sus expectativas son mayores que en el dolo de peligro, en que la representación del concreto peligro sólo deja margen a la mera esperanza.⁶¹¹

Teresa Montañes também critica a teoria diferenciadora pautada no elemento volitivo. Para ela:

Por lo demás, cuando Küper afirma que en el dolo de peligro la representación del concreto peligro sólo deja margen a la mera esperanza y no a la confianza, se está contradiciendo, pues, si para negar el dolo era necesaria confianza racional, fundada en la no producción del resultado lesivo (lo que estimo correcto, y en el dolo de peligro no se da tal confianza, sino mera esperanza, tendría que afirmar su identidad con el dolo eventual de lesión, lo que previamente ha rechazado.⁶¹²

⁶⁰⁹ MONTAÑÉS, op. cit., p. 136-41.

⁶¹⁰ Ibid., p. 135.

⁶¹¹ Ibid p. 136.

⁶¹² Ibid. p. 141.

4.1.2 Teorias identificadoras

Além das chamadas teorias diferenciadoras, vale recordar a lição de autores que sustentaram a identidade entre o dolo de perigo e a culpa consciente, afirmando que a diferença estaria situada tão somente no plano objetivo, ou seja, na produção ou não do resultado.⁶¹³

A visão mais antiga que aponta tal identidade remonta ao surgimento da concepção psicológica da culpabilidade, notadamente no elo psíquico entre o autor e o fato. A busca da vontade na culpa encontrou amparo justamente no dolo de perigo, como forma de apartar o agente da intenção de produzir o dano ao bem jurídico.⁶¹⁴

Segundo a visão identitária, ou o autor deseja o resultado antijurídico e seu atuar será tido como doloso ou ele quer realizar um comportamento perigoso de forma consciente da probabilidade de produção de um resultado não desejado, o que remeteria à responsabilização culposa. Os delitos culposos, para seus adeptos, seriam uma consequência causal de ações perigosas.⁶¹⁵

Esta visão foi defendida em 1826 por Christoph Carl Stübel, para quem o dolo seria considerado a única forma de responsabilização subjetiva do agente, sendo certo que a culpa consciente seria consequência do dolo de perigo. O autor chegava a defender a substituição dos crimes culposos pelos crimes de perigo. Stübel teria desenvolvido a ideia que fora defendida anteriormente por Gaetano Filangieri.⁶¹⁶

Além de Stübel, Teresa Montañes aponta outros autores que se filiavam a este pensamento, quais sejam, Karl von Grolmann (1825), Hugo Hälschner (1881), Gustav Radbruch (1908), Wolfgang Mittermaier (1911) e Eduard Kohlrausch (1910).⁶¹⁷

Heitor Costa Junior, ao tratar da crítica à existência dos crimes culposos na teoria psicológica da culpabilidade, também chamou atenção para essa relação entre crimes culposos e o dolo de perigo, apontando a visão doutrinária de Edmund Mezger:

⁶¹³ Ibid., p. 142.

⁶¹⁴ Ibid., p. 144.

⁶¹⁵ Ibid., p. 144-5.

⁶¹⁶ Ibid., p. 145.

⁶¹⁷ Ibid., p. 146.

Para Mezger, eles não devem desaparecer da legislação penal e o suíço Germann, seguido por Bush, chega a sustentar a substituição dos crimes culposos de resultado por delitos dolosos de perigo. Bush sugere, também, a aplicação alternativa de medidas preventivas. A sugestão de Germann encontra ressonância no Projeto Alternativo de 1966, pois previu-se, no seu §166, a incriminação como delito de perigo abstrato a grave violação das regras de trânsito, prevendo-se, nele, ainda, a interdição para dirigir veículos como pena principal.⁶¹⁸

A ideia do dolo de perigo, portanto, acaba direcionando para uma espécie de tentativa de delitos culposos, face à impossibilidade de se tentar algo não desejado, ou seja, uma vez que não se pode punir a tentativa dos crimes culposos, punem-se as condutas dolosas de perigo e, quando o resultado sobrevier, restará a punição a título de culpa.⁶¹⁹

Acerca do não cabimento da tentativa em crime culposos, Heitor Costa Junior esclarece:

É sabido e ressabido que não se pode conceber a tentativa de crime culposos pois ambos representam conceitos doutrinários contraditórios. Na tentativa pune-se, após o início de execução, essencialmente, a vontade de realização da conduta típica, ou seja, o dolo e os eventuais elementos subjetivos do tipo, já que, nela, a ação humana orienta-se para o resultado lesivo ao bem jurídico. A inexistência do resultado dar-se-á por circunstâncias alheias à vontade do agente. O tipo subjetivo, na tentativa, está completo. Incompleto está apenas o tipo objetivo pela ausência do resultado.⁶²⁰

A migração da teoria psicológica da culpabilidade para a chamada teoria normativa culmina com a caracterização do crime culposos como a violação de um dever de cuidado.

Juarez Tavares traz a distinção entre o dever de cuidado e a sua violação:

O dever de cuidado tem características exclusivamente normativas e se impõe, de modo concreto, a todos os que vivem em sociedade e desenvolvem atividades que não se dirijam direta ou eventualmente à realização de um tipo de delito ou a um resultado típico, na medida em que essas atividades impliquem lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico. A lesão ao dever de cuidado resulta da omissão da ação cuidadosa, imposta pela norma, no sentido de atender às funções de delimitação da atividade proibida. A comprovação da lesão ao dever de cuidado se faz negativamente: se a ação realizada pelo agente era adequada ao objetivamente exigido, será cuidadosa e, portanto, não será típica. Caso contrário, haverá lesão ao dever de cuidado, porque, na condução da

⁶¹⁸ COSTA JUNIOR, H. **Teoria dos Delitos Culposos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988, p. 26.

⁶¹⁹ MONTAÑÉS, op. cit., p. 147.

⁶²⁰ COSTA JUNIOR, op. cit., p. 117.

atividade, foram omitidas as exigências impostas pela norma em face da lesão ou do perigo ao bem jurídico.⁶²¹

A caracterização do crime culposo como sendo a violação de um dever objetivo de cuidado possibilita uma nova fundamentação para a identidade entre o dolo de perigo e os crimes culposos, na medida em que a razão de ser da vedação a um e outro é a mesma, qual seja, a realização de ações em desrespeito a cuidados previamente exigidos e socialmente proibidos.⁶²²

Segundo Karl Engisch, o resultado é um componente causal do delito imprudente, sendo certo que “Toda inobservancia del cuidado debido en el caso concreto está prohibida y la infracción de la norma es independiente de la producción o no producción causal del resultado antijurídico”.⁶²³

Ao explicar a reprovabilidade dos delitos culposos, Hans Welzel, criador da teoria finalista, sustenta que:

El derecho exige de todo el que quiera tomar parte sin restricciones en la vida social, que aporte en su actividad un mínimo de dirección finalista adaptado a la situación respectiva, con miras a la integridad de los bienes jurídicos. El derecho impone, por tanto, a quien actúa, un deber objetivo para un determinado aporte finalista: el deber de observancia de la diligencia necesaria en el intercambio. Solamente acciones que, a consecuencia de la no observancia de este deber o%jetivo de diligencia, conducen a la lesión de bienes jurídicos, son típicamente antijurídicas, enkl sentido de los tipos culposos de delitos.⁶²⁴

A partir da noção do desvalor do resultado, fundamental no finalismo, foi possível concluir que o que é relevante nos delitos culposos não é o resultado por ele produzido, mas sim o comportamento de violar um dever objetivo de cuidado. Sendo assim, os crimes culposos não poderiam se dissociar do dolo de perigo, na medida em que haveria uma correlação indissociável entre ambos. O resultado seria, tão somente, uma condição objetiva de punibilidade.⁶²⁵

Santiago Mir Puig também enfrenta a questão atinente à relação entre os crimes de perigo e os delitos culposos, apontando como causa para o surgimento dos crimes de perigo, a necessidade de reprovar comportamentos que em muito

⁶²¹ TAVARES, J. **Teoria do Crime Culposo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 298.

⁶²² MONTAÑÉS, op. cit., p. 148.

⁶²³ ENGISCH, 1930, p. 342 apud MONTAÑÉS, op. cit., p. 149.

⁶²⁴ WELZEL, op. cit., p. 137.

⁶²⁵ MONTAÑÉS, op. cit., p. 153-4.

gerem incremento do risco socialmente aceito, ainda que não produzam resultado do ponto de vista objetivo:

Porque la exigencia del resultado sólo limita la responsabilidad, excluyendo la de hechos tal vez igualmente imprudentes pero que no causan un resultado lesivo: *no extiende* la responsabilidad a supuestos en que no hay imprudencia. Esta función de *límite de garantía* tiene un sentido político-criminal positivo en la mayor parte de sectores. Ahora bien: cuando, como sucede en el tráfico rodado, el *peligro* para bienes jurídicos importantes aumenta tan considerablemente, y por otra parte la experiencia permite tipificar mejor los límites de la norma de cuidado, por lo que se puede juzgar con cierta seguridad la imprudencia de una acción por sí misma, la necesidad de efectiva causación del resultado disminuye. Así nacen los *delitos de peligro* (cfr. *supra*, Lección 9, II, 3). El CP ha agrupado buena parte de esta clase de delitos en el Título XVII de su Libro II, destinado a los «delitos contra la seguridad colectiva». Un ejemplo de ellos lo ofrece la conducción bajo el efecto de drogas o alcohol (art. 379).⁶²⁶

Rui Carlos Pereira analisou a coincidência conceitual entre o dolo de perigo e a culpa consciente, por ele chamada de negligência consciente, chegando à conclusão de que não seriam conceitos idênticos, mas sim distintos e passíveis de existências independentes:

No dolo de perigo existiria, desta sorte, em relação à negligência consciente em geral, um factor constitutivo de uma superior motivabilidade do agente, que ultrapassaria a simples previsão do dano, surgindo intrinsecamente associado a uma disposição psicológica de aceitar o perigo (contida no juízo problemático de dano). É evidente, por outro lado, que, a esta luz, a existência de dolo de perigo acarreta sempre a existência de negligência consciente (se não já de dolo eventual de dano, no caso de se entender que um juízo problemático sobre o dano basta para o fundamental). Assim, o espaço atribuível ao dolo de perigo seria o de uma negligência consciente qualificada.⁶²⁷

Ao se posicionar acerca do tema, ou seja, se o dolo de perigo e a culpa consciente seriam idênticos ou distintos, Teresa Montañes apresenta suas conclusões:

1º Dolo de perigo e imprudencia consciente no son conceptos idénticos, pues existen casos en que el dolo de peligro va acompañado de dolo de lesionar.

2º No obstante, en los supuestos de puro dolo de peligro, la estructura de ambos es idéntica: momento de representación del peligro concreto y momento de confianza fundada en la no producción del resultado lesivo.

3º Esa identidad se fundamenta en la estructura de los delitos de peligro: actuaciones imprudentes sin resultado lesivo, excepcionalmente castigados

⁶²⁶ MIR PUIG, S. **Derecho Penal**: Parte General. Barcelona: Reppertor, 2006, p. 295-6.

⁶²⁷ PEREIRA, op. cit., p. 54.

como delitos autónomos en ciertos ámbitos de la vida social que, por sus peculiares características, permiten tal tipificación de la norma de cuidado sin lesionar la seguridad jurídica.⁶²⁸

A conclusão parece acertada, ou seja, apesar de serem estruturalmente ligados, na medida em que tanto em um quanto em outro, o atuar do agente pressupõe a consciência do risco para o bem jurídico protegido, acompanhado da esperança na sua não produção, não se pode afirmar tal relação de identidade absoluta, uma vez que há crimes culposos puníveis, ainda que na modalidade consciente, mas que não possuem como antecedente imediato a realização de um crime de perigo anterior. A título de exemplo, pode-se falar no caso do médico que por um erro procedimental acaba provocando a morte do paciente. Mesmo que fosse previsível tal ocorrência e ele não desejasse tal resultado, o descuido pretérito, apartado do resultado lesivo, não tem previsão legal autônoma como crime de perigo.

4.2 Dolo de Dano e Dolo de Perigo

Assim como se discutiu a relação entre o dolo de perigo e a culpa consciente, a mesma discussão permeou a relação entre o dolo de perigo e o dolo de dano, ou seja, se seriam categorias autônomas ou sinônimas.

Sobre a distinção entre dolo de dano e dolo de perigo, Rui Pereira descreve que:

A distinção entre os dois conceitos tem sido traçada com maior facilidade quando se requer, para a caracterização do dolo, a intervenção de um momento de vontade. A essa luz, pode distinguir-se o dolo de perigo do dolo de dano sustentando-se que, para a verificação do primeiro se exige a aprovação (Billigung) da entrada na situação de perigo, ao passo que, para a ocorrência do segundo, é indispensável a aprovação do resultado danoso. Ou então, ainda na mesma perspectiva, pode entender-se, mediante o recurso a um diverso elemento volitivo – o da conformação (Sich-Abfinden), por exemplo – que só atua com dolo de perigo quem apenas se conforma com a entrada na situação de perigo, actuando já com dolo de dano quem se conforma com a obtenção do próprio resultado danoso.⁶²⁹

⁶²⁸ MONTAÑÉS, op. cit., p. 170-1.

⁶²⁹ PEREIRA, op. cit., p. 64-5.

Hungria, citando o suíço Carl Stooss, traz um exemplo do referido autor que demonstraria uma hipótese de incidência do chamado dolo autônomo de perigo:

um caçador que atira contra a caça, prevendo poder atingir o guarda-mato, que se acha próximo, e distinguia: se o guarda-mato é atingido, dá-se um crime culposo; se, porém, fica incólume, e como não seja admissível que se deixe impune uma situação de perigo conscientemente ocasionada, deve reconhecer-se um especial estado de culpabilidade, que não é simples culpa, nem dolo pleno ou direto, ou seja, precisamente o dolo de perigo.⁶³⁰

Ao buscar conceituar o que seria dolo de perigo, Nelson Hungria afirmava:

Dolo de perigo, assim, é a vontade de criar tão-somente um evento de perigo. É certo que o agente, querendo o *eventus periculi*, necessariamente prevê o *eventus damni*; mas êste transcende à sua volição. Sua vontade consciente, como diz Hafter, visa uma situação de perigo e não a um ulterior resultado lesivo, pois, se o último é também visado, o que se apresentará é, conforme o caso, um crime de dano consumado ou tentado.⁶³¹

A relação entre o dolo de dano e o dolo de perigo desencadeou três entendimentos do ponto de vista doutrinário. Para o primeiro, dolo de lesão e dolo de perigo são incompatíveis; para o segundo poderia haver compatibilidade desde que um deles fosse eventual e o terceiro apontava no sentido de que o dolo de lesionar era composto, ainda que de forma implícita, pelo dolo de colocar em perigo o bem jurídico.⁶³²

O principal defensor da tese de incompatibilidade entre dolo de perigo e dolo de lesão, segundo Teresa Montañés, foi Binding, para quem haveria um dolo de perigo independente do dolo de lesão, afirmando que ambos se excluiriam, na medida em que seria impossível que alguém quisesse ao mesmo tempo destruir e criar perigo ao mesmo bem jurídico.⁶³³

De acordo com Montañés, a tese de que seriam compatíveis desde que um deles fosse eventual foi defendida por Von Liszt em sua obra “*Die Behandlung des dolus eventualis im Strafrecht und Strafprozeß*”, afirmando, no entanto, que seriam incompatíveis com o dolo direto.⁶³⁴

O entendimento majoritário, no entanto, sustenta que o dolo de lesão seria precedido pelo dolo de perigo, ou seja, o dolo de perigo integraria o dolo de lesão,

⁶³⁰ HUNGRIA, op. cit., v. I, t. II, p. 173.

⁶³¹ Ibid., v. I, t. II, p. 174.

⁶³² MONTAÑÉS, op. cit., p. 67.

⁶³³ Ibid., p. 67.

⁶³⁴ Ibid. p. 68.

na medida em que não seria viável que alguém que quisesse lesionar, não quisesse colocar em perigo o bem jurídico visado. A esta tese se filia a autora Teresa Montañés, que chega a afirmar que “en la doctrina moderna es también prácticamente unánime esta tesis, que considero correcta, en atención a la estructura y el contenido de injusto de estos delitos.”⁶³⁵

Vale ressaltar, no entanto, que a despeito de haver vinculação no sentido de que o dolo de dano seria precedido de um dolo de perigo, este fato não impede a existência de um dolo de perigo sem que haja um dolo de dano.

A corrente majoritária parece, de fato, a mais acertada, na medida em que estabelece o dolo de perigo como antecedente lógico-causal ao dolo de dano e conseqüentemente à lesão ao bem jurídico. Em contrapartida, entender desta forma não significa, como dito acima, que sempre houvesse, no dolo de perigo, um dolo de dano implícito. Acertada, portanto, a ideia de existência independente do dolo de perigo em relação ao de dano.

4.3 Dolo de Perigo e sua relação com o Dolo Eventual

Durante muito tempo, como visto acima, foi comum a confusão entre o dolo de perigo e o dolo de dano, chegando alguns autores como Binding e Löffler a afirmarem que o dolo de perigo seria, na verdade, um dolo eventual de dano.⁶³⁶

Além deles, também Carl Stooss entendia serem coincidentes os conceitos, como destaca Rui Carlos Pereira:

Para Stooss, o consentimento no resultado ou a aceitação da probabilidade da sua verificação equivalem, simplesmente, ao reconhecimento da perigosidade da ação e consubstanciam um título de imputação distinto do dolo de dano e da negligência. Desta teoria se pode afirmar pois, sem cair em contradição, que identifica o dolo de perigo com o dolo eventual de dano, subscrevendo uma apreciação de Engisch, e que autonomiza o dolo de perigo, como sustenta Rabl.⁶³⁷

⁶³⁵ *ibid.* p. 68.

⁶³⁶ HUNGRIA, *op. cit.*, v. I, t. II, p. 173.

⁶³⁷ PEREIRA, *op. cit.*, p. 59.

A ideia de que o dolo de perigo coincidiria com o dolo eventual de dano tenderia a gerar a desnecessidade da existência autônoma dos crimes de perigo, uma vez que poderiam permanecer puníveis, tão somente, as tentativas dos crimes de dano.

Também em relação ao dolo eventual, a doutrina se dividiu entre teorias identificadoras, ou seja, que correlacionam o dolo de perigo ao dolo eventual de dano e teorias diferenciadoras, que entendem terem existências autônomas e distintas.

4.3.1 Teorias identificadoras

As teorias identificadoras possuem diferentes fundamentações. A primeira delas é pautada na teoria da representação, que, como já estudado, entende o dolo como alijado do elemento volitivo e, em última análise, entendem de forma identitária o dolo eventual de lesão, o dolo de perigo e a culpa consciente, passando pela teoria volitiva e chegando à ideia de que o dolo de perigo e o dolo eventual de lesão seriam categorias intermediárias entre o dolo e a culpa.⁶³⁸

De acordo com a teoria da representação, a primeira a identificar o dolo de perigo ao dolo eventual de lesão:

Sobre esta base, Lucas afirmará que la razón de la imputación como doloso del resultado conocido pero no perseguido es la actuación de conformidad con el peligro del resultado previsto; la actuación con conciencia del peligro. Esta fundamentación es considerada por Baumgarten aplicable no sólo al dolo eventual sino a todas las clases de dolo. Y de ahí se deduce, de forma casi necesaria, la identificación entre el dolo de peligro y el dolo eventual de lesión, “una puesta en peligro consciente [...] es impensable sin dolo de lesionar, si se concibe éste como actuación con conciencia del peligro. Un especial dolo de peligro sólo es imaginable respecto de aquellos delitos en los que la conciencia del peligro no sea un especial elemento del mismo; esto es, respecto de los delitos de peligro abstracto.”⁶³⁹

Já no século XX, mais precisamente em 1949, Horst Schröder defendeu a identidade entre o dolo eventual de lesão, o dolo de perigo e a culpa consciente,

⁶³⁸ Ibid., p. 70.

⁶³⁹ Ibid., p. 72.

apontando que toda consciência estaria no dolo e que toda culpa seria inconsciente. Segundo Teresa Montañés:

Schröder identifica, por tanto, dolo de peligro (conciencia de que a través de la acción se puede producir un resultado lesivo) con dolo eventual de lesión y con imprudencia consciente, sobre la base de la necesaria identidad de la representación de la posibilidad de lesionar y su toma en consideración: quien se representa la posibilidad de que su actuación puede producir un resultado lesivo y, pese a todo, actúa está aceptando necesariamente tal posibilidad. Todo el ámbito de la duda pertenece al dolo. La llamada imprudencia consciente ha de reconducirse al dolo eventual, salvo cuando el sujeto, pese a representarse la posibilidad de la lesión, está convencido, erróneamente, de su no producción, en cuyo caso no existe “auténtica representación” de la posibilidad de causación del resultado. “Toda imprudencia es imprudencia inconsciente”.⁶⁴⁰

A coerência argumentativa da teoria da representação somente poderia levar à conclusão de que os institutos (dolo eventual de lesão; dolo de perigo e culpa consciente) seriam mesmo variações sobre o mesmo tema. Este fato, no entanto, não significa que esteja correto o raciocínio desenvolvido por seus adeptos. A se entender desta forma, qualquer conduta apta a colocar em risco a vida ou a integridade física de quem quer que seja, poderia configurar o crime de homicídio ou mesmo de lesão corporal a título de dolo.⁶⁴¹

No entanto, não parece acertada a ideia de identificar o crime doloso com a culpa consciente, uma vez que dolo e culpa partem de premissas diferentes e isso fica bem claro na quantidade de pena abstratamente cominada a cada um deles. Enquanto o dolo se mostra na obtenção de algo planejado pelo agente, na culpa o resultado acaba sendo consequência de uma conduta descuidada, sendo certo que a fronteira entre ambos está justamente na tomada de decisão em favor da possível lesão a bens jurídicos. Para que tal decisão seja tomada, há o pressuposto de que exista o pleno conhecimento acerca do quão perigosa é a conduta para o bem jurídico, sendo certo que não basta o elemento intelectual, qual seja, o conhecimento, sendo necessário também o elemento volitivo, fundamental para o delito doloso.⁶⁴²

É comum o recurso a algumas fórmulas na distinção entre dolo eventual e culpa consciente, tais como aceitar o resultado, conformar-se com ele etc. O certo, no entanto é que para falarmos em culpa consciente, não basta a alegação de uma

⁶⁴⁰ Ibid., p. 74.

⁶⁴¹ Ibid., p. 78.

⁶⁴² Ibid., p. 80.

confiança na não produção de um resultado. É fundamental que exista uma possibilidade para além do razoável de evitação do resultado ante a possibilidade de que ocorra.⁶⁴³

Nas palavras de Teresa Montañés:

La existencia de esa posibilidad de confiar de forma mínimamente fundada o racional en la no producción del hecho conforme a baremos objetivos es el presupuesto para poder afirmar que el sujeto confiaba en sentido penalmente relevante. De no darse ese presupuesto (por lo elevado del riesgo y/o la imposibilidad de su control) sería ya irrelevante que el sujeto confíe o no, porque la confianza carecería de eficacia excluyente del dolo. El sujeto que conoce ese nivel de riesgo y, pese a todo, actúa, lo hace de forma dolosa: necesariamente consciente, acepta o se resigna con la eventual realización del tipo. A partir de cierto nivel de riesgo (no sólo cuantitativo, sino cualitativo, pues lo relevante no es sólo el grado de probabilidad, sino fundamentalmente la posibilidad de control y evitación con cierto nivel de seguridad) la conducta es valorada normativamente como dolosa, porque el Derecho penal no puede permitir la asunción de ciertos riesgos y dejar a la pura confianza irracional y no fundada la exclusión del dolo.⁶⁴⁴

A teoria que admite a presença do elemento volitivo no dolo e mesmo assim identifica do dolo de perigo com o dolo eventual de dano teve entre seus principais defensores Eckhard Horn, que tratou do tema em 1973.⁶⁴⁵

Ao explicar a visão do autor sobre o tema, Teresa Montañés afirma:

Sin embargo, Horn tratará de demostrar que también partiendo de los presupuestos de la doctrina dominante es posible afirmar la identidad entre dolo eventual de lesión y dolo de peligro. Y ello porque, según él, sólo existe auténtico dolo de peligro cuando el autor piensa que la producción o no del resultado lesivo es “independiente de su voluntad”, se representa la lesión como posible, tanto si intenta hacer algo para evitarlo, como si no. “Y esto no es otra cosa que dolo de lesión”. El dolo exige el conocimiento, en una valoración profana, de los elementos del tipo objetivo, entre ellos, la puesta en peligro en los delitos de peligro concreto. Y sólo puede hablarse de peligro de lesión bien cuando el autor podría evitar la lesión objetivamente, pero no quiere (supuesto que no viene al caso: aquí existe claramente el dolo de lesionar), o bien cuando, pese a su voluntad de evitación, es objetivamente incapaz de hacerlo.⁶⁴⁶

No mesmo sentido, Jürgen Wolter também reconhecia a identidade entre o dolo de perigo e o dolo eventual de lesão, sustentando que no dolo de perigo seria exigível ao agente o conhecimento de um risco tal para o bem jurídico de modo que

⁶⁴³ Ibid. p. 81-3.

⁶⁴⁴ Ibid. p. 84

⁶⁴⁵ HORN, 1973, p. 196 apud MONTAÑÉS, op. cit., p. 87.

⁶⁴⁶ MONTAÑÉS, op. cit., p. 87-8.

apenas a casualidade poderia evitar a produção do resultado lesivo, ou seja, a não produção do resultado ficaria ao acaso, o que, para ele, seria equivalente ao dolo eventual de lesão.⁶⁴⁷

O que fica claro na visão de ambos os autores (Horn e Wolter) é que na concepção deles, o dolo de perigo, notadamente de perigo concreto, só existe nos casos em que o resultado lesivo apenas não se produz por obra do acaso. Sendo assim, faz sentido a tese por eles defendida, de que o dolo de perigo seria equivalente ao dolo eventual de lesão. A questão, no entanto, é saber se efetivamente no dolo de perigo existe essa visão de inevitabilidade de lesão, somente afastável por mera casualidade, premissa que, em sendo afastada, faz com que a tese por eles defendida se mostre equivocada.

A despeito de coerente com a premissa por eles estabelecida, não é correto afirmar que em todo caso de dolo de perigo concreto o agente efetivamente visualize o resultado lesivo como inevitável. É perfeitamente possível que o agente consiga saber que o comportamento por ele desenvolvido seja, de fato, perigoso, mas que o agente confie na não produção do resultado e isto não seja por mera sorte.⁶⁴⁸

A título de exemplo, pode-se pensar na hipótese em que o indivíduo vai fazer uma ultrapassagem em uma estrada de mão dupla e o local apresenta faixa contínua, ou seja, segundo as regras de trânsito é proibido realizar tal manobra no local. Além da violação viária, o agente visualiza um veículo vindo em sentido contrário mas, apesar de ser uma conduta arriscada (dolo de perigo), realiza a conduta acreditando na não produção do resultado e sequer colocando tal não verificação como obra do acaso. Poder-se-ia pensar na hipótese em dolo de perigo, mas não em dolo eventual de lesão. A conduta do agente foi dolosa, ou seja, ele quis criar a situação sabidamente perigosa, mas em nenhum momento deixou a não produção do resultado adstrito à sorte.

Um terceiro posicionamento, ainda dentro das teorias identitárias entre o dolo eventual de lesão e o dolo de perigo, é a posição de quem sustenta que o dolo de perigo ocuparia uma posição intermediária, entre o dolo e a culpa. Em comum com as duas já apresentadas está o conhecimento do perigo e a possibilidade do resultado lesivo.⁶⁴⁹

⁶⁴⁷ Ibid., p. 88-9.

⁶⁴⁸ Ibid., p. 93.

⁶⁴⁹ Ibid. p. 94.

Os defensores dessa tese divergem da divisão bipartida acerca do elemento intelectual em dolo e culpa. Segundo seus adeptos, dentre os quais se destacam Carl Stooss e Alexander Löffler, haveria uma terceira categoria, situada entre o dolo e a culpa e que seria integrada conjuntamente pelo dolo eventual, pela culpa consciente e pelo dolo de perigo.⁶⁵⁰

Das três, esta é a teoria que tem menos credibilidade, na medida em que parte de premissas partidárias de uma inovação do ponto de vista legislativo e com implicações práticas tormentosas, na medida em que acarretaria punições flagrantemente confusas, onde não se saberia se o atuar fora doloso (dolo eventual ou dolo de perigo) ou mesmo culposo (culpa consciente), algo inimaginável do ponto de vista penal.

4.3.2 Teorias diferenciadoras

Do ponto de vista majoritário, dolo de perigo e dolo eventual de dano não são institutos identificados entre si, como sustentaram os pontos de vista analisados no tópico anterior. Quem reconhece a distinção entre os institutos o faz seja porque relaciona o dolo de perigo à culpa consciente (como também já foi apresentado) ou por reconhecê-lo como instituto dotado de conteúdo próprio. As teses que reconhecem o dolo de perigo como categoria própria, podem ser diferenciadas entre aqueles que entendem o dolo como sendo composto por elemento volitivo e por aqueles que entendem o dolo como mero compromisso cognitivo.⁶⁵¹

4.3.2.1 Diferenciação a partir do elemento volitivo

Os adeptos da teoria diferenciadora que acreditam no dolo sendo integrado pela vontade estabelecem a distinção entre o dolo de perigo e o dolo eventual de

⁶⁵⁰ Ibid. p. 95.

⁶⁵¹ Ibid., p. 96.

lesão a partir de uma visão que muito se aproxima da relação entre o dolo eventual e a culpa consciente, ou seja, a partir da relação do agente com o resultado.

Dentre os autores que se posicionaram no sentido da diferenciação entre o dolo de perigo e o dolo eventual de dano, merece destaque Robert von Hippel cujas bases de diferenciação são abaixo mencionadas:

En el camino hacia la lesión, la puesta en peligro es un escalón del curso causal que la precede temporalmente. Por ello es posible afirmar, sin más, que el autor puede querer alcanzar sólo este escalón y no el siguiente de la lesión, pues la producción de la lesión no está ligada necesariamente con la puesta en peligro. La voluntad del autor puede dirigirse a detener el curso causal con la puesta en peligro o tomar una dirección evitadora de la lesión. Lo que es especialmente evidente en los casos en que el autor cree poder evitar la progresión de la puesta en peligro a la lesión mediante una intervención positiva. Lo mismo ocurre en los casos en que la creencia en que la lesión no se produciría fue motivo decisivo para el autor. En estos casos falta dolo de lesión, incluso en la forma de dolo eventual.⁶⁵²

A despeito da qualidade do trabalho desenvolvido pelo autor, a sua teoria não é imune a críticas, na medida em que não demonstra quando o agente colocaria em perigo sem querer lesionar ou mais ainda, como se daria esse atuar para evitar que a o perigo se tornasse em efetiva lesão. Sobre isso, Teresa Montañés apresenta a seguinte crítica:

En conclusión, desde el momento en que el objeto del bien jurídico atacado que entra en el ámbito de eficacia de la acción peligrosa deja de poder ser defendido con seguridad si el sujeto sigue actuando y éste, pese a ser consciente de ello, actúa, puede afirmarse el dolo de poner en peligro (no queda ya margen de confianza racional respecto a las posibilidades de evitación del peligro). Si, pese a todo, el sujeto confía fundamentalmente en poder dominar el curso causal y evitar la lesión, habrá de negarse el dolo eventual respecto de ésta. Dolo de lesión y dolo de peligro no son, pues, conceptos idénticos y la diferencia estriba en el elemento volitivo, pero interpretado en la forma aquí propuesta y no como mera contraposición de voluntad de lesionar frente a la voluntad de poner en peligro.⁶⁵³

Sem dúvida existem casos em que o ato de colocar em perigo vem ladeado pelo dolo eventual de lesão, mas esta afirmação não é capaz de inviabilizar a existência de um dolo de colocar em perigo dissociado de um dolo eventual de lesão. Este fato não exige necessariamente, porém, que o agente atue positivamente para que o resultado lesivo não aconteça.

⁶⁵² VON HIPPEL, 1908, t. 3, p. 529 ss. apud MONTAÑÉS, op. cit., p. 98.

⁶⁵³ MONTAÑÉS, op. cit., p. 101-2.

4.3.2.2 Distinção para os adeptos da teoria da representação

Uma das críticas mais pesadas à teoria da representação, que entende o dolo sem ser integrado por um elemento volitivo, é justamente a impossibilidade de se diferenciar o dolo de perigo e o dolo de lesionar, na medida em que haveria uma concepção única do que seria o atuar doloso. Em razão disso, vários autores adeptos da teoria da representação, visando afastar essa crítica, buscaram estabelecer critérios para se falar em dolo de perigo e dolo de lesão de forma apartada.

Mesmo dentre os autores que entendem o dolo apartado do elemento volitivo, existe uma diferenciação possível entre aqueles que apontam a necessidade de uma tomada de postura por parte do agente e aqueles que estabelecem a distinção dentro do próprio tipo objetivo.

Entre os adeptos da distinção a partir da decisão do agente, Jakobs e Frisch merecem destaque ao distinguirem entre dolo de perigo e dolo eventual de lesão a partir da leitura cognitiva do dolo.

Adepto da teoria que limita o dolo ao elemento intelectual, Jakobs faz ressalvas no sentido de que não basta a mera representação da possibilidade do resultado, sendo necessário também um juízo probabilístico acerca de sua produção. O só fato de pensar o resultado pode ser tido como culpa consciente. Para se falar em dolo, é necessário que exista uma percepção mais concreta acerca da produção do resultado.⁶⁵⁴

Quanto ao dolo de perigo, o autor afirma: “Un dolo de peligro sin dolo de lesión sólo es posible si el autor conoce el juicio de peligro objetivo, sin que para él sea razonable, o cuando el peligro no es de una densidad/proximidad relevante en la decisión”.⁶⁵⁵

A posição do autor é bastante criticável e aparenta uma tentativa de não usar a palavra vontade apenas para não reconhecer a sua participação no dolo. O tal juízo de probabilidade, com todas as vênias, acompanhado do atuar do agente, não pode prescindir da vontade de fazê-lo. Além disso, o esforço de tentar demonstrar

⁶⁵⁴ Ibid., p. 103-4.

⁶⁵⁵ JAKOBS, 1991, p. 169 apud MONTAÑÉS, op. cit., p. 104.

uma separação entre o dolo de perigo e o dolo de lesão não se mostra eficiente, uma vez que em ambos deveria estar presente o juízo do autor diante do risco.

Wolfgang Frisch, também adepto da visão segundo a qual o dolo é o conhecimento de um risco típico, prescindindo de qualquer elemento volitivo ou emocional e sua relação com o resultado, também entende o dolo de perigo apartado do dolo de lesão. De acordo com Teresa Montañés:

Segundo Frisch, la identificación del dolo eventual y el dolo de peligro es falsa, pues desconoce que un sujeto puede partir de la provocación de una situación crítica desde el punto de vista objetivo, pero confiar en que no se produzca el resultado, aunque sea sobre bases totalmente irracionales, en cuyo caso habría dolo de peligro y no de lesión. En esos casos, el autor conoce la dimensión típica de su comportamiento en el sentido del delito de peligro, pero no en el del delito de lesión. Para el dolo de peligro basta con que el autor abarque la calificación objetiva de aquella situación de cuya posible realización parte, no es exigible que abarque el desarrollo posterior de tal situación, mientras que para el dolo de lesión es necesario que el autor parta de la posibilidad de producción del resultado. Y la posibilidad de divergencia entre ambos estriba en que el autor que parte de la posibilidad de producción de una situación de peligro puede juzgar el desarrollo posterior de tal situación de manera distinta a la que corresponde a la valoración objetiva. En este punto, adquiere una importancia decisiva la consideración del peligro como el desvalor de resultado específico de los delitos de peligro, configurador del desvalor de acción.⁶⁵⁶

A crítica feita à teoria de Jakobs também se aplica à explicação desenvolvida por Frisch, na medida em que também exige uma tomada de postura do agente diante do risco, o que seria eminentemente um elemento volitivo, embora o autor resista em reconhecê-lo, para manter-se fiel à concepção de dolo alijada do elemento volitivo.

Por outro lado, ainda dentro da teoria da representação, existem autores que distinguem o dolo de perigo do dolo eventual de dano a partir do próprio tipo objetivo.

O primeiro a defender que o dolo se esgota na representação de um risco qualificado de realização do tipo foi Rolf Dietrich Herzberg, em 1986. Para o autor, a ausência do dolo não poderia ser atribuída à falta do elemento volitivo nem tampouco à falta da especial atitude por parte do agente. Para ele, a distinção não passa por uma análise quantitativa do risco, baseada em análise probabilística.

⁶⁵⁶ MONTAÑÉS, op. cit., p. 111.

Segundo o autor, a distinção seria qualitativa, ou seja, seria necessário analisar a qualidade do risco criado e se ele estaria coberto ou descoberto.⁶⁵⁷

Ao explicar o conceito de perigo coberto ou protegido segundo Herzberg, Teresa Montañés esclarece:

Los supuestos de peligro cubierto (abgeschirmte) por la atención humana del autor, del sujeto puesto en peligro o de un tercero constituyen, ciertamente, riesgos intolerables, no permitidos en una “medida jurídica estricta”, pero efectivamente protegidos por la atención humana, que constituye una “reserva de seguridad mentalmente eficiente”. Así, son casos de peligro “cubierto” el del aprendiz enviado por el capataz a un andamio que no cumple las necesarias medidas de seguridad (esa falta es “suplicada” por una mayor atención del sujeto) y numerosos comportamientos prohibidos en el tráfico rodado en los que el número de accidentes efectivamente producido es mínimo en comparación con el número de infracciones, pues el peligro queda cubierto por el cuidado propio y ajeno (...). Esa propiedad del peligro, dada objetivamente y reconocida por el autor, es algo esencialmente diferente de la confianza ciega en que todo va bien. Se trata de que el que confía conoce correctamente la situación de riesgo, su confianza no es irracional e infundada, sino que tiene sólidas razones de su experiencia para su optimismo, para confiar en que su atención o la ajena logrará dominar el peligro.⁶⁵⁸

Já os casos de perigo descoberto ou desprotegido seriam:

(...) aquellos en los que, al sobrepasar la frontera del riesgo permitido, y ala atención humana no puede ofrecer una reserva de protección de hecho eficaz. “No cubierto es aquel peligro no permitido de realización del tipo en que sólo (o en gran medida) la suerte o la casualidad, en el momento de la acción o con posterioridad, tienen que intervenir para evitar la realización del tipo; cuando el autor, en un enjuiciamiento racional, no puede contar en absoluto o de forma segura (...) en que su poder o el ajeno dominen con certeza el peligro”. La confianza en la no producción del resultado carece, pues, de razones sólidas, es “infundado optimismo”. Así, en el caso de la ruleta rusa (ejemplo prototípico) y en todos aquellos en que la realización del tipo depende de circunstancias que se dan o no ya en el momento de la acción.⁶⁵⁹

Percebe-se que para Herzberg, a noção de perigo coberto/protegido passa por uma ideia de confiança, ou seja, as pessoas adotam, ordinariamente, comportamentos que são aptos a minimizar os resultados lesivos. Em contrapartida, nos perigos descobertos/desprotegidos, a não produção do resultado fica por conta do acaso ou da sorte, na medida em que não há controle por parte da atenção humana que seja apto a evitá-lo.

⁶⁵⁷ Ibid., p. 117.

⁶⁵⁸ Ibid., p. 117-8.

⁶⁵⁹ Ibid., p. 118-9.

O autor tece comentários ainda acerca de casos nos quais, apesar de o risco ser desprotegido, a chance de produção do resultado mostra-se distante. Traz como exemplos os casos da pessoa que arremessa um objeto pela janela de casa à meia noite, ou mesmo o caso da mãe que sai para fazer compras e lembra que deixou um remédio perigoso sobre a mesa, ao alcance de seu filho menor. Nos casos de perigo a descoberto, mas nos quais a produção do resultado mostra-se distante, ou pouco provável, o autor defende a responsabilização a título de culpa e não de dolo.⁶⁶⁰

Em contrapartida, nos casos de perigo descoberto ou desprotegido e próximo, o autor entende que a imputação deve se dar na modalidade dolosa, a despeito de qualquer confiança por parte do agente acerca da produção ou não do resultado. Se, por outro lado, o agente der causa a um perigo não permitido, embora seja um perigo alcançável pela atenção humana, não haveria que se falar em dolo, ainda que reconhecesse a possibilidade séria de produção do resultado.⁶⁶¹

Nas palavras do autor, “lo decisivo para el dolo no es que el autor se tome en serio un peligro conocido, sino que conozca un peligro que debe tomarse en serio.”⁶⁶²

Gabriel Pérez Barberá, ao analisar a tese de Herzberg, menciona um destaque feito por Puppe, no sentido de que apesar de observar o dolo do ponto de vista objetivo, Herzberg continuava entendendo que o dolo integraria o elemento subjetivo do tipo.⁶⁶³

Nas palavras da própria Ingeborg Puppe:

É verdade que Herzberg trouxe para si críticas desnecessárias, ao declarar que a distinção entre perigo culposo e doloso seria um “problema do tipo objetivo” (JuS 1986, 259 f.). O que ele quis dizer, a rigor, é que também o tipo objetivo do delito doloso pressupõe – como depois o dolo – uma criação qualificada de um perigo (op. cit., p. 259). Mas isso nada modifica no fato de que também Herzberg compreende o dolo como integrante do tipo subjetivo.⁶⁶⁴

Com relação à distinção entre o dolo de lesão e o dolo de perigo, Herzberg aponta que a diferença também passa pela noção de perigo coberto ou descoberto,

⁶⁶⁰ Ibid., p. 120.

⁶⁶¹ Ibid., p. 121.

⁶⁶² HERZBERG, 1986, p. 262. apud MONTAÑÉS, op. cit., p. 121.

⁶⁶³ BARBERÁ, op. cit., p. 476.

⁶⁶⁴ PUPPE, op. cit., 2004, p. 79.

afirmando que “La representación de un peligro concreto cubierto significa mero dolo de poner en peligro; la de un peligro concreto no cubierto, dolo de lesión”⁶⁶⁵.

A tese de Herzberg mostra-se coerente até mesmo na distinção entre dolo de lesão e dolo de perigo, atendendo à proposta por ele defendida de um dolo alijado de elementos subjetivos e pautado apenas em elementos objetivos, norteados pela qualidade do risco e não na quantidade.

Ao comentar a tese de Herzberg, Ingeborg Puppe (que também adota a visão qualitativa do perigo, mas com diferenças que serão a seguir pontuadas), tece críticas à ideia de perigo protegido ou desprotegido, por entender esse critério como manipulável, uma vez que dificilmente se estará diante de hipótese onde nenhum mecanismo possa ser empregado para redução do perigo ao bem jurídico. Segundo a autora:

Herzberg acaba, afinal, formulando muito poucas exigências para o perigo doloso. Se o perigo é pequeno ou protegido de modo altamente eficiente, então haverá no máximo culpa leve, de modo que, para Herzberg, tanto a culpa média quanto na grave acabam por tornar-se casos de dolo. Mas se se renuncia ao pressuposto da proteção altamente eficiente, sem o substituir por outro requisito qualitativo, acaba-se por fazer da distinção entre perigo protegido e desprotegido algo completamente manipulável. Pois por proteção de um perigo entende Herzberg qualquer circunstância que, analisada ex ante, possa opor-se à realização do perigo. Se o perigo não for de 100%, sempre poderão ser encontradas tais circunstâncias. Se elas forem separadas dos fatores que favorecem à realização do perigo, chegar-se-á sempre a um perigo protegido; se, por outro lado, se computarem em conjunto os fatores favorecedores e redutores do perigo ex ante, reconhecíveis, para constituir um perigo global, ter-se-á sempre um perigo desprotegido.⁶⁶⁶

Ingeborg Puppe, que como dito, também entende que a distinção entre dolo e culpa é qualitativa e não quantitativa acerca do perigo criado, trabalha com conceitos distintos aos de Herzberg, uma vez que para ela há de se falar em perigo doloso e perigo culposo.

Segundo a autora, “Um perigo será um perigo doloso, que fundamenta o dolo, quando ele representar, em si, um método idôneo para a provocação do resultado”.⁶⁶⁷

No que diz respeito ao tal método idôneo, a autora leva em consideração o conhecimento do próprio agente acerca das chances de alcançar aquele

⁶⁶⁵ HERZBERG, 1988, p. 642. apud MONTAÑÉS, op. cit., p. 122.

⁶⁶⁶ PUPPE, op. cit., p. 80.

⁶⁶⁷ Ibid., p. 82.

determinado resultado, ou seja, se seriam grandes ou pequenas, sem que para isso se baseasse em dados meramente probabilísticos. Os critérios a serem levados em consideração para analisar a idoneidade ou não deveria pautar-se na experiência coletiva.⁶⁶⁸

A exigência de conhecimento dos fatores do risco de produção do resultado lesivo por parte do agente é fundamental para que se possa qualificar o perigo por ele criado como doloso, embora não seja exigível que ele valora a idoneidade do método.⁶⁶⁹

Sobre a presença da vontade no dolo, a autora afirma que:

A única coisa que tem o dolo em comum com a vontade é o fato de que o autor cria voluntariamente um fator necessário do perigo doloso por ele conhecido. O autor vivencia a criação do perigo doloso como algo que depende de sua vontade. Se faltar ao autor a representação de um perigo doloso de resultado, a vontade do resultado em sentido natural, isto é, a intenção, o propósito, não poderá suprir essa ausência.⁶⁷⁰

Acerca do dolo de perigo, a autora rechaça a ideia de que o conceito de dolo como representação de um perigo teria como consequência a identidade entre o dolo de dano e o dolo de perigo, com a afirmação de que tal consequência não seria aplicável à teoria do perigo doloso, por afirmar que o perigo concreto teria seu início bem antes do perigo doloso. Segundo Puppe:

Um perigo concreto no sentido dos delitos de perigo existe se já se pode indicar um objeto da ação, do qual se possa dizer que sua lesão não é algo completamente improvável. A provocação de um tal estado de coisas ainda não é um método de lesão. Quem ignora de modo desrespeitoso a preferência de outro motorista de caminhão ou o fecha de tal maneira na ultrapassagem que este se vê forçado a frear ou mesmo a desviar, cria um perigo concreto para a saúde do motorista e para a integridade do veículo. Ainda assim, enquanto a vítima tiver uma real possibilidade de evitar a colisão freando ou desviando, o primeiro motorista não utiliza um método de lesões corporais ou de dano. (...) Também o perigo cuja criação consciente só fundamenta a leviandade, isto é, a culpa grave, ainda tem de estar em nível inferior ao perigo doloso.⁶⁷¹

Não se pode perder de vista que as ideias de Puppe e de Herzberg decorrem de um sistema jurídico diverso do brasileiro, e que o estudo das teorias por eles

⁶⁶⁸ Ibid., p. 84.

⁶⁶⁹ Ibid., p. 88.

⁶⁷⁰ Ibid., p. 95.

⁶⁷¹ Ibid., p. 106.

defendidas, embora encontrem eco em crescente parcela doutrinária brasileira, como demonstrado no capítulo 3, ainda se mostra minoritária.

A total objetivação da análise acerca das possibilidades de o agente acreditar ou não na produção de um resultado é perigosa, apesar de ser correta a ideia de se estabelecer limites e não deixar a imputação a cargo exclusivamente do agente.

Sobre a delimitação e existência do dolo de perigo, Teresa Montañés aponta virtudes da teoria de Herzberg:

No obstante, en el ámbito del puro dolo de peligro las ideas de Herzberg pueden ser especialmente fructíferas. Las limitaciones objetivas a las posibilidades de confianza racional son aquí fundamentales, pues desde el momento en que el objeto del bien jurídico entra en el ámbito de actuación de la acción peligrosa y deja de poder ser defendido de forma segura, al autor no le queda ya margen alguno de confianza racional respecto de la evitación del peligro, aunque pueda confiar en controlar el peligro y evitar su materialización en lesión. El “no querer” el peligro escapa de su capacidad. Con todo, lo decisivo para el dolo no es el mero dato objetivo, sino que el sujeto lo conozca y, pese a todo, decida seguir actuando, poniendo de relieve con ello su aceptación o conformidad con el peligro.⁶⁷²

Com relação à ideia de Puppe acerca da distinção entre perigo de dolo e dolo de perigo, Teresa Montañés, com razão afirma que:

Creo que lo que Puppe quiere decir es que es posible que se produzca un peligro concreto sin que ello signifique “peligro de dolo” y, por tanto, dolo de lesión. Y esto es cierto, pero la clave no es el grado de probabilidad del resultado, sino la dominabilidad del peligro, las posibilidades de confiar fundadamente en la evitación final del resultado. E, insisto, esa posibilidad debe darse objetivamente (para el “hombre razonable”) como propuesto, pero, para afirmar el dolo o la imprudencia en el caso concreto, lo decisivo es que el autor concreto confíe o no en esa posibilidad, como expresión de su decisión a favor o en contra del bien jurídico.⁶⁷³

Como conclusão acerca da existência do dolo de perigo apartado do dolo de lesão, Montañés apresenta 5 pontos acertados, chegando ao final à conclusão de que o dolo de perigo tem a sua diferenciação a partir de critérios idênticos à distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente:

1º Dolo de lesión y dolo de peligro no son conceptos idénticos.
2º El dolo de lesionar implica necesariamente dolo de poner en peligro, pero no a la inversa: puede existir puro dolo de peligro, sin dolo eventual de lesionar.

⁶⁷²MONTAÑÉS, op. cit., p. 129.

⁶⁷³Ibid., p. 130.

3º El criterio diferenciador de ambos conceptos radica en el denominado “elemento volitivo” por la doctrina mayoritaria, no entendido como consentimiento, sino como “tomarse en serio” o “conformarse”/“confiar en”. Las modernas teorías cognitivas que renuncian a esse elemento volitivo, pero exigen en el elemento cognitivo una especial toma de posición o actitud del autor, fundamentando en ella la diferenciación, no hacen sino reconducirlo al conocimiento, lo cual implica una rechazable deformación conceptual, pero, en el fondo, no cambia nada.

4º Una delimitación puramente objetiva, en la línea de Herzberg no puede aceptarse, pues vacía de contenido y desnaturaliza el tipo subjetivo. Es correcto y necesario establecer límites objetivos a las posibilidades de confianza del sujeto (grado de peligro, dominabilidad o posibilidad de control del riesgo, “protección”), límites que son especialmente estrictos en el dolo de peligro. Pero en la medida en que hablamos de elementos subjetivos, lo decisivo no es ese dato objetivo, sino el real conocimiento y toma de posición de autor ante el peligro: que el sujeto sea consciente de que con su acción pone en concreto peligro un bien jurídico, sin poder confiar ya en la evitación del peligro mismo, pero no se conforme con el eventual resultado lesivo, sino que confíe “fundadamente” en poder controlar el peligro y evitar la lesión.

5º El criterio diferenciador aquí propuesto es el mismo que el empleado para delimitar el dolo eventual y la imprudencia consciente, por lo que se impone el estudio de la relación entre ambos conceptos.⁶⁷⁴

Tomando por base a ideia acertada de que existe um dolo de perigo alijado do dolo de dano, mostra-se fundamental enfrentar o objeto da presente tese, qual seja, o cabimento ou não do dolo eventual nos crimes de perigo, ou seja, se é ou não admissível a figura do dolo eventual de perigo.

4.4 Dolo Eventual de Perigo

Se o dolo de dano e o dolo de perigo versassem sobre a mesma coisa, seria possível falarmos nas classificações comuns ao crime de dano sendo aplicáveis também aos crimes de perigo. Sendo assim, poder-se-ia falar em dolo direto de perigo e dolo eventual de perigo e esta seria uma conclusão bastante lógica, diante da coincidência conceitual entre dolo de perigo e de dano.

No entanto, ao se entender dessa maneira, o dolo direto de dano seria correspondente ao dolo direto de perigo e o dolo eventual de dano corresponderia ao dolo eventual de perigo, o que só seria imaginável partindo da premissa de serem expressões sinônimas. Em contrapartida, faria algum sentido separar categorias que

⁶⁷⁴ Ibid. p. 131

dizem a mesma coisa? Rui Pereira chega a dizer que tal hipótese representaria dizer que algo é igual a si próprio, o que não faria qualquer sentido.⁶⁷⁵

Diante da conclusão acerca da necessária diferenciação entre dolo de dano e dolo de perigo, subsiste a dúvida acerca da possibilidade de subdivisão do dolo de perigo em direto ou eventual.

A discussão ganha relevo justamente em relação ao dolo eventual, na medida em que o dolo direto de perigo já seria o próprio dolo de perigo. Rui Carlos Pereira rechaça essa possibilidade partindo da seguinte perspectiva:

Ora, sendo o conceito de perigo relacional (equivalendo o perigo à possibilidade de dano), admitir a existência de dolo eventual de perigo pressupõe, antes de mais, que seja concebível a figura da possibilidade da possibilidade ou o perigo do perigo.⁶⁷⁶

O tema também é enfrentado por Marco Antonio Terragni, que esclarece:

Sin embargo, hay una dificultad técnica en la que a veces no se repara, y es que en los casos de dolo eventual el agente no se propone directamente ejecutar el hecho: éste acontece como consecuencia, conocida y voluntaria, accesoria de la realización del peligro (al que refiere el tipo penal) no puede ser un efecto que vaya o no a acontecer (es decir: eventual). Condenar a alguien como autor de un delito de peligro abstracto invocando la teoría del dolo eventual significa una triple injusticia:

- (a) Aplicar una disposición legal cuya adecuación a los principios constitucionales es, al menos, dudosa.
- (b) Castigar por la mera creación de un riesgo que, por esencia, puede derivar en resultado o no.
- (c) Dar por supuesto que, en algún momento, el agente decidió dejar correr el suceso de manera tal que por lo menos había una probabilidad de que el resultado aconteciese.⁶⁷⁷

Curioso notar que, apesar de admitir a existência do dolo de perigo como modalidade autônoma de dolo, diversa do dolo de dano, Nelson Hungria admitia a existência da subdivisão mesmo do dolo de perigo em dolo direto e dolo eventual:

Como o dolo de dano, pode ser direto ou eventual, isto é, a vontade do agente pode ter por movens a representação subjetiva do evento de perigo ou exercer-se apesar dessa representação.⁶⁷⁸

Ao analisar a possibilidade, Teresa Montañés faz a indagação:

⁶⁷⁵ PEREIRA, op. cit., p. 79.

⁶⁷⁶ Ibid., p. 80.

⁶⁷⁷ TERRAGNI, op. cit., p. p. 150

⁶⁷⁸ HUNGRIA, op. cit., v. I, t. II, p. 175.

La discusión acerca del elemento volitivo tiene repercusión en cuanto a las clases de dolo de peligro. La cuestión es la siguiente: ¿ es aplicable al dolo de peligro la tradicional tripartición del dolo en dolo directo de primer grado o intención, dolo directo de segundo grado y dolo eventual?⁶⁷⁹

A autora inicia o enfrentamento do tema analisando doutrinadores clássicos que se debruçaram sobre a matéria e admitiram a possibilidade de divisão do dolo de perigo em categorias como dolo eventual e dolo direto de segundo grau. Para tanto menciona autores como Von Hippel (1908); Binding (1919); Von Liszt (1897), entre outros.⁶⁸⁰

Apona também autores que afirmam não caber a divisão do dolo de perigo em dolo eventual e dolo direto, por entenderem que não seria razoável falar em possibilidade da possibilidade de uma lesão. Como referências de tais entendimentos, cita Oskar Busch, que trata do tema em 1897 e August Miricka (1903).⁶⁸¹

Segundo Karl Engisch, outro autor que se mostrava contrário à divisão do dolo de perigo:

El dolo de peligro está ligado a la representación de la posibilidad de lesión. Pero dentro de esa representación no puede distinguirse entre certeza, probabilidad y posibilidad de aquella posibilidad. La posibilidad puede ser mayor o menor por su grado, pero no admite formas modales.⁶⁸²

Citando Kurt Rabl, outro que discorda da distinção, Teresa Montañés aponta:

En un sentido muy similar, Rabl afirma que no existe dolo eventual de peligro porque “el juicio de peligro es siempre asertivo, nunca problemático”. Sólo son imaginables dos alternativas: el comportamiento no lesionará = no es peligroso (juicio asertivo negativo) o la conducta puede lesionar = es peligrosa (juicio asertivo positivo). “Un juicio problemático sobre si el peligro existe o no se remitiría a la posibilidad de la posibilidad de lesión y su admisión sería un error lógico”.⁶⁸³

Segundo Johann Meier, outro a discordar da distinção:

Para hablar de dolo eventual de peligro el autor tendría que representarse que posiblemente su acción sea peligrosa y peligrosa significa probablemente lesiva. El momento de incertidumbre, inmanente al concepto

⁶⁷⁹ MONTAÑÉS, op. cit., p. 204-5.

⁶⁸⁰ Ibid. p. 205.

⁶⁸¹ Ibid. p. 206.

⁶⁸² ENGISCH, 1930, p. 405 ss. apud MONTAÑÉS, op. cit., p. 206.

⁶⁸³ MONTAÑÉS, op. cit., p. 207.

de peligrosidad, se destaca aquí doblemente; la certeza de la lesión se niega doblemente, por así decirlo. Sólo es posible que el autor piense en su acción como suficientemente peligrosa o no: en el primer caso existe puesta en peligro dolosa, en el segundo no hay puesta en peligro.⁶⁸⁴

Na mesma linha Valter Schneider defende:

Del concepto de peligro se deriva que no puede existir un dolo eventual de peligro [...] La imposibilidad conceptual de un dolo eventual de peligro deriva de que el peligro mismo es algo problemático. A la falta de consideración de este hecho y a un trasvase demasiado mecánico de los principios del dolo de lesión al dolo de peligro se debe la opinión muy extendida de que hay un dolo eventual de peligro.⁶⁸⁵

Entre os autores que escreveram a partir da segunda metade do século XX sobre o tema, a autora também aponta divisão de entendimentos. Hans Welzel se posicionou no sentido da inadmissibilidade da distinção:

Cuando el autor sabe que se de la cercana probabilidad ya no hay lugar a consentir o no consentir. Aquí carece de sentido la diferenciación. Cuando el autor sabe que se da la cercana probabilidad actúa conscientemente a sabiendas (wissentlich). Por tanto, no existe diferencia alguna entre el dolo eventual y la imprudencia consciente respecto de la puesta en peligro. Contar con el peligro no significa, ciertamente, consentir en la lesión misma, sino tan sólo que el autor consiente en la cercana probabilidad. Cuando el autor comete una acción con el conocimiento de la cercana probabilidad de un daño, consiste también en esa cercana probabilidad. Por estas razones, opino que la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente es factible respecto de la lesión de bienes jurídicos, no de su puesta en peligro.⁶⁸⁶

Ainda sobre o tema, o autor conclui:

Conciencia (Wissentlichkeit), dolo eventual e imprudencia consciente son aquí absolutamente idénticos. En los delitos de peligro sólo puede diferenciarse entre puesta en peligro dolosa o imprudente, puesto que puesta en peligro dolosa es actuar con conciencia del peligro concreto, puesta en peligro imprudente, actuar sin esa conciencia cuando su falta sea reprochable.⁶⁸⁷

Em sentido oposto ao esposado por Welzel, a autora menciona autores que entendem ser possível a distinção entre dolo eventual e culpa consciente no dolo de perigo. Dentre eles estão Eduard Dreher; Fritz e Karl Lackner, que sustentavam a

⁶⁸⁴ MEIER, 1934, p. 40 ss. apud MONTAÑÉS, op. cit., p. 207.

⁶⁸⁵ SCHNEIDER, 1934, p. 27 apud MONTAÑÉS, op. cit., p. 207.

⁶⁸⁶ WELZEL, 1959, t. 8, p. 421 ss. apud MONTAÑÉS, op. cit., p. 209.

⁶⁸⁷ WELZEL, 1959, t. 8, p. 427 apud MONTAÑÉS, op. cit., p. 209.

ideia de que nos delitos de perigo a produção do perigo seria equivalente ao resultado nos crimes de lesão e que portanto aos crimes de perigo também seriam aplicáveis os princípios gerais de dolo e culpa, permitindo diferenciar entre dolo eventual e culpa consciente. Como exemplos estariam os casos em que o agente vislumbra a possibilidade de um perigo, mas não consente com ela ou mesmo confia na sua não produção (culpa consciente). Se seu atuar fosse em sentido contrário, haveria dolo eventual.⁶⁸⁸

Além dos entendimentos que defendem a divisão e dos que defendem a impossibilidade da existência de dolo eventual dentro do dolo de perigo, há também quem adote posição intermediária, sustentando que em alguns casos poderia haver e em outros, não. Esta posição é defendida por autores como Hans Jescheck, Wilhelm Gallas e Paul Bockelmann.⁶⁸⁹

Segundo Teresa Montañes, a hipótese aventada por Gallas engloba os casos em que a concretização do perigo depende de eventos futuros, dos quais o desenvolvimento ainda não é vislumbrável. No caso de uma explosão, por exemplo, existe a possibilidade de que alguém seja atingido, mas, para tanto, depende de que a pessoa efetivamente esteja dentro do local onde a bomba fora colocada. A tomada de posição interna do agente em relação à produção do resultado morte a alguém acarretará a sua imputação ou a título de dolo eventual ou de culpa consciente.⁶⁹⁰

Jescheck vai além das ideias de Gallas e esclarece que nem sempre será possível distinguir as modalidades, apesar de possíveis:

Jescheck, profundizando en las consideraciones de Gallas, pone de relieve que hay casos en los que la acción es causal respecto de un peligro que se produce sólo con posterioridad a la acción misma, lo que ocurre en el caso de que alguien deje una bomba en cierto lugar: si alguien pasa por allí, está en peligro concreto sólo cuando se aproxima al citado lugar. Pero existen otros casos en los que el peligro ya existe, viene implícito en la acción (por ej., cuando un químico realiza un experimento con un ayudante que, pese a todas las medidas de seguridad, puede provocar una explosión). En estos casos, el conocimiento del peligro significa dolo y dolo directo de peligro, no siendo posible distinguir éste del dolo eventual y de la imprudencia consciente (...)⁶⁹¹

⁶⁸⁸ MONTAÑÉS, op. cit., p. 209.

⁶⁸⁹ Ibid., p. 209.

⁶⁹⁰ Ibid., p. 210.

⁶⁹¹ Ibid., p. 210.

Teresa Montañés se filia a uma corrente intermediária, segundo a qual seria admissível o dolo eventual de perigo, mas com algumas ressalvas por ela divididas em dois casos:

Sólo son imaginables supuestos de dolo eventual en dos grupos de casos: a) cuando la producción del peligro tiene lugar en el momento de la acción, pero depende de una circunstancia desconocida e incontrolable por el sujeto, tenida como posible/probable, pero no segura, y b) cuando la producción del peligro no tiene lugar en el momento de la acción, sino en otro posterior, dependiendo de la producción o no de una circunstancia futura, que escapa al control del sujeto, y sobre la que no existe, por tanto, seguridad e el momento de la acción.⁶⁹²

A autora prossegue:

En ambos casos, la circunstancia “posible” (presente o futura) ha de tener un carácter determinante respecto de la producción o no del peligro y escapar al control del autor, una vez realizada la acción peligrosa.⁶⁹³

Percebe-se, assim que a discussão acerca da admissibilidade ou não da divisão do dolo de perigo em modalidades, dentre elas a do dolo eventual, dá ensejo a três pontos de vista diferentes, quais sejam, os que admitem, os que não admitem e aqueles que admitem em alguns casos e não em outros.

Admitir a existência de um dolo eventual de perigo significa a aplicação acrítica de conceitos pertinentes ao dolo de dano ao dolo de perigo. Esta concepção se mostra equivocada, na medida em que procura equiparar conceitos dos crimes de lesão aos crimes de perigo. Esta mera transferência não se mostra adequada, uma vez que a colocação em perigo não é equiparável ao resultado nos crimes de dano, devido até mesmo às diferentes conceituações do que seria o perigo, já enfrentadas no capítulo 1 do presente trabalho.⁶⁹⁴

A posição mais acertada e à qual me filio é aquela que entende não ser cabível a divisão do dolo de perigo em dolo direto e dolo eventual.

As peculiaridades dos crimes de perigo fazem com que não seja uma mera questão de transposição a aplicação acrítica das modalidades de crimes de lesão aos crimes de perigo, especialmente no que diz respeito às categorias do dolo.

O que precisa ficar claro em relação aos crimes de perigo é que se o agente foi capaz de perceber que a conduta a ser realizada seria apta a gerar um perigo

⁶⁹² Ibid., p. 221.

⁶⁹³ Ibid., p. 221.

⁶⁹⁴ Ibid., p. 213.

concreto para o bem jurídico, não há que se falar em dolo eventual, mas sim em dolo direto de perigo, pouco importando a sua consciência acerca da inevitabilidade ou não da produção do resultado lesivo.

Alguns dos exemplos que são citados pelos que admitem a divisão do dolo de perigo em direto e eventual são, no mínimo, controversos. Um deles é o caso do portador do vírus HIV que, ciente do fato de estar contaminado, se relaciona sexualmente com a esposa e omite a contaminação da parceira. Apesar de haver quem afirme um dolo eventual na hipótese, trata-se, a toda evidência, respeitados os entendimentos em sentido contrário, de caso clássico de dolo direto de perigo.

O tema da transmissão do vírus da AIDS e a sua capitulação já foi objeto de enfrentamento por parte do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Habeas Corpus 98.712, de São Paulo, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio.

No referido processo, o objeto de discussão era justamente a capitulação a ser aplicada a uma hipótese de transmissão voluntária do vírus. Havia três tipificações possíveis para o caso. A primeira delas e usualmente aplicável até então era a de tentativa de homicídio, na medida em que se aventava a possibilidade de o agente transmissor ter o dolo de matar a pessoa com a qual se relacionava.

A segunda tipificação possível era a de lesão corporal gravíssima, pela transmissão da enfermidade incurável, prevista no artigo 129 §2.º, inciso II, que versa sobre a transmissão de enfermidade incurável.

A terceira consistiria justamente no crime de perigo de contágio de moléstia grave, previsto no artigo 131 do Código Penal, crime para o qual a doutrina aponta no sentido de ser exigido o dolo direto de transmissão, cabendo mencionar a referência feita pelo professor Mirabete, no sentido de que não caberia dolo eventual no supramencionado artigo:

Consiste o dolo na vontade de praticar o ato. Exige-se o elemento subjetivo do tipo, ou seja, querer o agente o contágio (dolo específico) (RT 6567/286). Não há esse crime, assim, quando o agente atua com dolo eventual, em que, não querendo o contágio, assume o risco de provoca-lo. Residualmente, poderá ocorrer o crime de lesão corporal.⁶⁹⁵

No julgamento do Habeas Corpus, a controvérsia foi enfrentada pelos Ministros, cabendo destacar o voto do então Ministro Ayres Brito, segundo o qual:

⁶⁹⁵ MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2006, v. 2, p. 99.

Acresce que, se examinarmos o tema da transmissão dolosa do HIV pelos resultados que dela podem advir, conseguiremos enquadrá-la em qualquer um dos três tipos penais retromencionados. Veja-se: a) no caso do artigo 131, a efetiva transmissão da doença grave é considerada o exaurimento do fato típico; b) no caso da lesão corporal gravíssima, o contágio implicará uma debilidade crônica do organismo da vítima. Debilidade que, apesar de amenizada por via medicamentosa, é incurável; c) no caso do homicídio, mesmo atentando-se para a possibilidade de sobrevivência em função de coquetel antirretroviral, a morte da vítima pode ser consequência da doença.⁶⁹⁶

Ao final do julgamento firmou-se o entendimento pela desclassificação do delito originalmente imputado (tentativa de homicídio), determinando caber, no entanto, ao juízo originário, identificar se a conduta melhor se amoldaria ao crime de lesão corporal ou mesmo ao crime de perigo de contágio de moléstia grave.

Outro exemplo apontado pelos defensores do dolo eventual de perigo é a hipótese do agente que realiza uma ultrapassagem, verificando que vem um veículo no sentido contrário a uma distância muito curta. A colocação em perigo teria lugar já no momento inicial da ultrapassagem.

Nos dois exemplos, quem admite o dolo eventual de perigo afirma que nos casos em que a colocação em perigo seja inerente à ação perigosa e o agente tem tal consciência, surge o dolo eventual de perigo.⁶⁹⁷

A despeito de haver este entendimento do ponto de vista doutrinário, não parecem ter razão. Quando o agente age, consciente do perigo que está criando com seu atuar, vislumbro a presença do dolo de perigo e não do dolo eventual de perigo, ou seja, não haveria que se falar na espécie do dolo.

Para quem não admite a figura do dolo eventual de perigo, com os quais concordo, o dolo eventual de perigo consistiria em uma contradição lógica, pois equivaleria a afirmar a possibilidade da possibilidade ou mesmo o perigo do perigo, na medida em que a probabilidade da ocorrência do dano já representa o nascimento do perigo.⁶⁹⁸

Uma discussão que se mostra necessária e que se buscou demonstrar ao longo do presente trabalho é se todas as condutas perigosas deveriam ou não merecer a tutela penal dentro de uma lógica reducionista ou mesmo minimalista do direito penal.

⁶⁹⁶ Supremo Tribunal Federal (STF). HABEAS CORPUS : HC 98712/SP. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ: 17/12/2010. **Supremo Tribunal Federal**, s/a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2671205>. Acesso em: 24 out. 2020.

⁶⁹⁷ MONTAÑÉS, op. cit., p. 215.

⁶⁹⁸ Ibid., p. 215.

Será que é necessário criminalizar condutas tidas como perigosas, diante da já existente punição para os danos que delas podem advir? A resposta parece negativa.

Nos exemplos tanto da transmissão do HIV quanto da ultrapassagem em local não autorizado, é perfeitamente possível que as condutas apenas sejam puníveis em caso de efetivo contágio ou com a provocação do acidente, o que torna desnecessária a sobreposição de tipos penais.

Isso não significa, no entanto, que todos os crimes de perigo devam ser descriminalizados. Se, do ponto de vista social, chega-se à conclusão que determinados comportamentos perigosos, diante da enorme lesividade por eles acarretada, mereceriam uma antecipação da repressão penal, que assim se fizesse.

Entendo que tais hipóteses restariam materializadas nos crimes de perigo comum e concreto, classificações já apresentadas no presente trabalho.

5 TOMADA DE POSIÇÃO E ANÁLISE DE CASOS

A despeito de todas as discussões apresentadas no capítulo 4, no qual restou demonstrada a existência de entendimentos que buscam identificar o dolo de perigo ao dolo eventual de dano ou mesmo à culpa consciente, penso que a visão mais acertada é no sentido de que o dolo de perigo constitui categoria autônoma de dolo, separada do dolo de dano.

Tal conclusão se deve ao fato de que as mudanças sociais ocorridas nos últimos cem anos trazem a necessidade de uma reorganização e principalmente a recategorização do dolo.

Conforme já mencionado no presente trabalho, segundo estudo feito por Juliana Cabral, até o ano 2000, os crimes de perigo representavam 38,5% do total de crimes na legislação penal brasileira.⁶⁹⁹

Aquela que pode ser tida como marco histórico da necessidade de proteção do perigo é a Primeira Revolução Industrial, quando o uso de técnicas de produção em escala acarretou a necessária tutela do perigo. Na lição de José Francisco Faria da Costa:

É indiscutível, por exemplo, que o nascimento de uma fábrica punha novos problemas ao direito. Problemas que passavam, entre outros segmentos da normatividade jurídica, por uma nova compreensão das relações jurídicas laborais, mas que colocam também questões de regulação atinentes à segurança das pessoas que ali trabalhavam. A máquina, produto da técnica, é, na sua nudez, um elemento potencializador de perigos. Havia, por conseguinte, que obstar a que esses mesmos perigos se cristalizassem em danos, mormente pessoais (integridade física ou vida). Daí, outrossim, a necessidade interventora (reguladora) do direito para criar normas de segurança (técnica).⁷⁰⁰

A crescente quantidade de tipos penais que versam sobre condutas classificadas como crimes de perigo, faz com que se mostre necessário esse enfrentamento das categorias de dolo existentes e que apontam no sentido de sua reanálise.

Rui Pereira chega a afirmar que:

⁶⁹⁹ CABRAL, op. cit., p. 143.

⁷⁰⁰ COSTA, J. F. de F., op. cit., p. 343-4.

Os crimes de perigo atingiram – no plano dogmático e político-criminal – uma importância sem precedentes depois da Segunda Guerra Mundial. Em 1967, Lackner afirmou que eles se tinham estendido como uma “mancha de óleo” e se haviam convertido em “filhos predilectos do legislador”. Essa importância crescente pode ser explicada, muito sumariamente, pela complexidade atingida nos domínios dos transportes e da produção e comercialização de bens. A circulação rodoviária, o tráfico de armas e estupefacientes e a comercialização de produtos alimentares e farmacêuticos constituem alvos preferenciais do legislador na criação de crimes de perigo.⁷⁰¹

Não se mostra adequado ou razoável que, a despeito de todas as alterações naquela que hoje é classificada, com razão, como sociedade de risco (conceito já enfrentado no presente trabalho), por autores como o alemão Ulrich Beck e o inglês Anthony Giddens, e, no Brasil, Juliana Cabral e Pierpaolo Bottini entre outros, continuemos utilizando conceitos e classificações gestadas em outra quadratura histórica e inadequadas ao cenário atual.

A criação excessiva de tipos penais de perigo, no entanto, é bastante criticável, como bem destaca Juliana Cabral:

Tudo parece girar mesmo em torno da dessubstancialização da realidade, inclusive do bem jurídico, do privilégio sobre o processo, em detrimento do resultado, e sobre a demanda da população insegura por simulacros de controle estatal. Talvez por isso tenhamos tantos tipos de perigo atualmente. Não há, nas atuais circunstâncias, a preocupação em construir nada, nenhum bem. Deste modo, exigir a lesão concreta a um bem jurídico como fundamento para a punição de uma conduta humana soa realmente *démodé*. Muito mais consoante com as expectativas atuais deve ser punir aquilo que está em processo de transição, o perigo, o risco que pode vir a gerar a lesão. Em um momento no qual o capitalismo migrou o seu enfoque dos “bens” para as “ações prestadoras de serviços”, também o Direito Penal segue seu rumo migrando o enfoque do “resultado danoso ao bem jurídico” para a “ação potencialmente lesiva”.⁷⁰²

A despeito das críticas legítimas à proliferação legislativa que finda por gerar um número excessivo de tipos penais de perigo, fato é que eles estão em vigor e estão sendo aplicados, constituindo fontes de condenações criminais a penas cada vez mais altas, sem que tenha havido, sequer, uma lesão efetiva ao bem jurídico.

Diante da realidade posta, penso ser acertada a ideia de que o dolo se divida em dolo de dano e dolo de perigo. O dolo de dano se mostraria presente nos casos em que o atuar do agente tivesse o propósito específico de causar dano ao bem jurídico tutelado por determinada figura típica. O dolo de perigo, por sua vez, se

⁷⁰¹ PEREIRA, op. cit., p. 22-3.

⁷⁰² CABRAL, op. cit., p. 66.

mostraria presente nas condutas em que o atuar do agente se limitaria a colocar em perigo o bem jurídico, sem que se pudesse aventar nem mesmo a título eventual, uma indiferença de sua parte em relação à produção do resultado lesivo.

Cabe destacar que o fato de entender que a representação do perigo seja fundamental para o dolo de perigo, isso não é o bastante, na medida em que a representação sozinha não demanda um comportamento, sendo certo que há a necessidade de um atuar volitivo do agente em realizar o comportamento para o qual representou o perigo.

Há que se deixar claro, no entanto, que, se de um crime de perigo houver um resultado naturalístico, tal resultado somente poderia ser imputado ao agente que atuara com dolo de perigo a título culposo.

Tal conclusão se mostra de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, na medida em que os crimes de perigo comum, sobre os quais muito se falou no presente trabalho, o resultado morte ou lesão corporal são puníveis a título de culpa, nos termos do artigo n.º 258 do CP.

Apesar de já haver posituação e previsão da imputação do resultado naturalístico a título culposo em crimes de perigo, o que tem se verificado nos dias atuais é uma total confusão na apreciação de casos concretos, uma vez que, em casos clássicos de condutas que se amoldam a crimes de perigo, tem ocorrido imputação do resultado a título de crime de dano, qual seja, homicídio doloso, olvidando-se, integralmente, da imputação por crime de perigo.

Dentre os inúmeros casos envolvendo crimes de perigo comum que chegaram ao judiciário, três deles receberam cobertura diária por parte da mídia e demonstraram interpretações absolutamente díspares apesar de guardarem semelhanças. Os casos que serão a seguir apreciados e comentados são: o caso da Boate Kiss, situada em Santa Maria, no estado do Rio Grande do Sul; o caso do Centro de Treinamento do Clube de Regatas do Flamengo, conhecido como Ninho do Urubu; e o caso envolvendo a morte do cinegrafista Santiago Andrade, vitimado por um artefato explosivo lançado por dois rapazes.

Os momentos processuais dos três casos são distintos. O caso da Boate Kiss encontra-se na iminência de realização de júri, depois de uma longa batalha jurídica nos tribunais em torno da tipificação.

O caso Santiago Andrade, assim como o caso da Boate Kiss, também foi acompanhado de grande discussão acerca da tipificação apresentada pelo

Ministério Público e o processo atualmente também se encontra na iminência de realização de júri.

O caso do Ninho do Urubu, por sua vez, ainda se encontra em fase bastante inicial, tendo havido apenas o oferecimento da denúncia e reconhecimento de impedimento por parte do juiz natural da causa, ou seja, ainda não houve sequer o seu recebimento formal.

Os três casos propostos apresentam em comum o fato de envolverem condutas perfeitamente enquadráveis como crimes de perigo comum dos quais acabou sobrevivendo o resultado morte.

A despeito disso, como será analisado, dois deles (Boate Kiss e Santiago Andrade) resultaram na imputação de crime de homicídio doloso e o terceiro (Ninho do Urubu) resultou no enquadramento pelo crime de incêndio culposo majorado pelo resultado morte.

A disparidade de imputações apresentadas nos casos mostra a relevância premente na discussão do tema da presente tese, uma vez que a carência de regulamentação precisa por parte da dogmática penal no que tange aos crimes de perigo e em especial ao dolo de perigo acaba propiciando uma visão demasiadamente ampliada acerca dos crimes de dano a partir do manejo do dolo eventual, que, conforme defendido ao final do capítulo 4, mostra-se incompatível com os crimes de perigo.

A posição defendida no presente trabalho é no sentido de que deve ser realizada uma nova categorização do dolo, dividindo-o em dolo de dano e dolo de perigo, sendo certo que a classificação em dolo direto e dolo eventual seria restrita ao dolo de dano, afirmando-se a incompatibilidade do dolo de perigo com a modalidade do dolo eventual.

A utilização de dolo eventual em crimes de perigo, da forma como tem sido empreendida pelos órgãos de controle (Polícia Judiciária, Ministério Público e Poder Judiciário), tem sido responsável pela utilização do crime de dano (principalmente o de homicídio) para crimes que, a toda evidência, foram decorrentes de crimes de perigo, exceção feita ao caso do Ninho do Urubu.

Passo à análise dos casos.

5.1 Boate Kiss

O caso da Boate Kiss ocorreu em 27 de janeiro de 2013, quando um músico de uma Banda chamada Gurizada Fandangueira acendeu um artefato pirotécnico na Boate e a fagulha por ele gerada atingiu a forração do teto da Boate e deu causa à provocação de um incêndio que acabou provocando a morte de 242 pessoas e ferindo mais de 600.⁷⁰³

5.1.1 Denúncia

Diante do resultado lesivo do episódio, o ministério Público do Rio Grande do Sul houve por bem oferecer Denúncia contra dois empresários, donos da Boate, uma vez que teriam feito a reforma na Boate com utilização de material de inflamável no revestimento de teto e parede, bem como por manterem a casa noturna superlotada e sem condições de evacuação. Além deles, também foram denunciados dois músicos da Banda, acusados de terem adquirido e utilizado os artefatos pirotécnicos que deram causa ao incêndio.

Em um capítulo da denúncia, distribuída ao longo de 14 páginas, o MP afirma terem os acusados agido com dolo eventual em relação às mortes com base na seguinte afirmação:

Os denunciados Elissandro, Mauro, Marcelo e Luciano Augusto assumiram o risco de produzir mortes das pessoas que estavam na boate, revelando total indiferença e desprezo pela segurança e pela vida das vítimas, pois, mesmo prevendo a possibilidade de matar pessoas em razão da falta de segurança, não tinham qualquer controle sobre o risco criado pelas diversas condições letais da cadeia causal, a saber:

Há também, na denúncia, uma extensa nota de rodapé, também na página 7, na qual é trazida alguma explicação acerca do que seria o dolo eventual e sua forma de verificação, sendo certo que no texto dá-se a entender que na visão do *Parquet*,

⁷⁰³Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MPRS). Boate Kiss: Linha do Tempo. **MPRS**, s/a. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/hotsite/boatekiss/#!/timeline>. Acesso em: 14 abr. 2021.

o dolo eventual restaria caracterizado com a previsão do resultado, apontando no sentido de uma teoria da representação, apartada de qualquer elemento volitivo.

Chama atenção o fato de que não há, na denúncia, uma linha sequer acerca do crime de incêndio, decorrente da conduta do agente que acendeu o artefato pirotécnico e que foi, este sim, o causador, em última análise, dos resultados morte.

Dentre os itens listados pelo MPRS para caracterizar o dolo eventual estão: o fogo de artifício usado era inapropriado para ambientes fechados; o fato de o ambiente da Boate ser inapropriado para aquele tipo de show; o fato de o fogo de artifício ter sido acionado em local próximo à forração do teto e das cortinas; a superlotação da Boate; a insuficiência de saídas do local; o fato de a única saída existente estar obstruída com obstáculos de metal; a falta de treinamento dos funcionários para atuarem em situações de emergência; o fato de os seguranças da Boate terem dificultado a saída das pessoas de dentro do local; o fato de os exaustores estarem obstruídos e jogarem a fumaça para o local de maior concentração de pessoas que tentavam sair do local, qual seja, a saída.

Nas poucas linhas da nota de rodapé, voltadas à demonstração do que seria o dolo eventual, chegam a afirmar que:

O Direito Penal adota o princípio da excepcionalidade do crime culposos, na forma do parágrafo único do art. 18 do Código Penal, devendo-se partir do dolo como premissa. Assim, numa criteriosa análise técnica, conclui-se pelo dolo eventual, haja vista que, se não tinha controle do risco criado e nada em que confiar, os agentes agiram com indiferença, aceitando e, portanto, assumindo o risco de matar. (...) ou seja, não se vai dizer que os autores quissem destruir o próprio patrimônio e ceifar vidas, mas agiram de modo finalisticamente orientado a tanto, o que se mostra suficiente para embasar acusação por crime doloso.⁷⁰⁴

Acerca ainda das imputações por homicídio com dolo eventual, consumados e tentados, o órgão de acusação houve por bem imputar, ainda, duas qualificadoras, quais sejam, o motivo torpe e o meio cruel.

O motivo torpe teria sido decorrente da utilização de material de baixa qualidade na reforma, não investirem em treinamento contra incêndio e lucrarem com a superlotação do local, bem como desligarem os aparelhos de ar condicionado com o propósito de aumentar o consumo de bebidas. A mesma qualificadora foi

⁷⁰⁴ Rio Grande do Sul (RS). 1.ª Vara Criminal da Comarca de Santa Maria. **Processo n.º 027/2.13.0000696-7**, Ministério Público v. Elissandro Callegaro Spohr e outros, 2013, p. 7.

aplicada aos músicos, sob o fundamento de que eles teriam adquirido fogo de artifício mais barato do que o permitido para aquele tipo de evento.

Quanto ao meio cruel, este seria decorrente do emprego de fogo, que teria produzido a asfixia das vítimas.

Com base na narrativa acima, o MP houve por bem imputar aos acusados o crime de homicídio com a seguinte capitulação para os quatro réus:

241 vezes nas sanções do art. 121, §2º, incs. I e III, e no mínimo 636 vezes (n.º de sobreviventes identificados) nas sanções do art. 121. §2º, incs. I e III, na forma dos arts. 14, inc. II, 29, caput e 70, primeira parte, todos do Código Penal;⁷⁰⁵

A leitura da Denúncia demonstra que não houve, por parte do Ministério Público, qualquer referência ao crime de incêndio (art. 250) com a incidência da causa de aumento de pena em razão do resultado morte (art. 258), figuras típicas que se mostravam passíveis de aplicação, diante da causa dos resultados decorrer do incêndio que teria sido provocado por um dos músicos.

Na esteira do que foi enfrentado ao longo da presente tese, vislumbra-se, na conduta do músico, um comportamento apto a gerar o perigo do incêndio, o que poderia acarretar a sua imputação pelo crime de incêndio doloso, caso restasse demonstrado que havia, de sua parte, o dolo de causar o perigo. Caso contrário, na hipótese de ser apenas previsível, mas não previsto por ele, restaria a imputação por incêndio culposo.

Como as mortes decorreram dessa conduta perigosa, a imputação dos resultados morte poderia, perfeitamente, ensejar a utilização da causa de aumento de pena do art. 258 do Código Penal.

5.1.2 Pronúncia

A sentença de pronúncia, composta por extensas 187 páginas, das quais o magistrado dedicou algumas à análise do dolo e suas teorias.

⁷⁰⁵ Ibid., p. 14.

O magistrado sentenciante deixa claro, em seu texto, a adoção do sistema significativo de imputação de Vives Antón. Segundo o magistrado:

Esse modelo teórico surgiu na Espanha, a partir dos estudos de Tomás Salvador Vives Antón, em 1996, com a pretensão de reorganizar as categorias da teoria do delito e lançar sobre elas uma nova perspectiva para compreender os conceitos jurídico-penais. A proposta de Vives Antón, reconhecendo que a sociedade contemporânea é a sociedade da comunicação, alicerça-se na filosofia da linguagem de Ludwig Wittgenstein e nas teorias da ação comunicativa e do discurso de Jürgen Habermas.⁷⁰⁶

Sobre o dolo e a culpa, baseado na teoria de Vives Antón, o magistrado afirma que:

Em relação, especificamente, ao dolo e a imprudência, Vives retira-os do tipo de ação ou omissão (denominado por ele de pretensão de relevância), visto que elas nada mais são do que expressões simbólicas de atividades que dão sentido ao tipo, não necessitando que se averigue a esfera subjetiva do agente, razão por que são passadas para a pretensão de subjetiva de ilicitude, uma subpretensão da pretensão de ilicitude. Quer dizer: a determinação da “intenção” do agente só é verificada depois de se constatar que a ação ou a omissão é uma das que interessa ao Direito Penal.⁷⁰⁷

Após discorrer longamente sobre as teorias da ação, bem como sobre o dolo, o magistrado afirma que:

Isso porque, ao meu sentir, toda e qualquer discussão doutrinária resta sem foco se não puder gerar resultados práticos na vida de relação. E com o direito penal não pode ser diferente, vale dizer, de nada adianta uma bela e límpida teoria, se do ponto de vista prático for inútil (seja porque cria algo inverídico, seja porque não se consegue comprovar).⁷⁰⁸

Por fim, diante da impossibilidade de adentrar no mérito acerca da imputação formulada e de uma extensa análise das provas produzidas até aquele momento, o magistrado houve por bem Pronunciar os acusados, nos termos da Denúncia:

EX POSITIS, julgo **PROCEDENTE** a denúncia para o fim de **PRONUNCIAR** os acusados ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR, LUCIANO AUGUSTO BONILHA LEÃO, MAURO LONDERO HOFFMANN E MARCELO DE JESUS DOS SANTOS, qualificados anteriormente, como incurso 242 vezes nas sanções do art. 121, §2º, incisos I e III, e no mínimo 636 vezes nas sanções do art. 121, §2º, incisos I e III, na forma dos arts. 14, inciso II,

⁷⁰⁶ Ibid., p. 98.

⁷⁰⁷ Ibid., p. 186.

⁷⁰⁸ Ibid. p. 108

29, *caput* e 70, primeira parte, todos do Código Penal, o que faço com fulcro no art. 413 do Código de Processo Penal.⁷⁰⁹

As defesas dos réus interpuseram Recurso em Sentido Estrito ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

5.1.3 Recurso em Sentido Estrito (RESE)

A Câmara Criminal que apreciou o recurso proferiu acórdão não unânime sobre a matéria, afastando as qualificadoras imputadas pelo *Parquet* na denúncia, cabendo mencionar o posicionamento dos desembargadores sobre o tema.

O Desembargador Manuel José Martinez Lucas, relator, reiterou a observação da sentença de que o Código Penal adotou a **teoria do consentimento**, citando “Código Penal e sua interpretação jurisprudencial”, de Silva Franco, e o primeiro volume dos “Comentários ao Código Penal”, de Nelson Hungria, ambos sem especificação de página. Valendo-se desta teoria, concluiu que nenhuma das dez circunstâncias citadas na sentença implicariam em consentimento dos réus com o resultado danoso, tratando-se o caso de homicídio culposo, por atos imprudentes e negligentes. (RS, 2017a,p. 37-41)

O Desembargador Jayme Weingartner, por sua vez, opinou que a definição do dolo eventual não poderia ser apodítica, apesar de não poder tampouco ser casuisticamente maleável. Citou a decisão pela possível lesão de bens jurídicos protegidos pelo tipo, conforme Roxin, como critério delimitador, adotando sua **teoria mista entre levar a sério o perigo e consentimento**. Acredita ser plausível a narrativa de que os réus não agiram com culpa consciente, isto é, com razoável expectativa de que não lesariam o bem jurídico (vida) com seus atos, e que os indícios apresentados pelo Ministério Público seriam suficientes para a pronúncia, embora tenha descartado o item *i* para todos os réus, por ausência de nexos causal, e restrito as condutas de Luciano e Marcelo aos itens *a-d*. (RS, 2017a,p. 51-6) Concluiu que “o suporte fático recortado, no conjunto da obra, na pluralidade de consciências e vontades materializadas em ações e omissões, no plano geral do

⁷⁰⁹ Ibid., p. 186.

evento como apresentado, torna plausível a estrutura típica que vem de nortear o contraditório deste processo.”(RS, 2017a,p. 58)

Para Weingartner, a mera razoabilidade da narrativa seria suficiente para a pronúncia, ainda que o próprio desembargador conceda que haveria elementos razoáveis para que de boa fé os réus acreditassem que não haveria mortes.(RS, 2017a,p. 59-60) Não vislumbrou que a ganância poderia ensejar circunstância qualificadora no caso específico, embora a tenha aceito como circunstância preponderante para indício da assunção do risco de matar. Tampouco compreendeu que haveria dolo de asfixia. (RS, 2017a, p. 93-8)

O Desembargador Sylvio Baptista Neto, presidente, simplesmente segue o voto de Weingarten integralmente, sem entrar em minúcias teóricas sobre o dolo eventual (cujo exame competiria aos jurados) e aplicando a tese do *in dubio pro societate*. (RS, 2017a,p. 107-9)

5.1.4 Embargos Infringentes

Em razão do voto divergente, as defesas ingressaram com embargos infringentes, que culminaram em seu provimento, determinando a desclassificação da imputação, afastando a competência do Júri.

O Desembargador Victor Luiz Barcellos, relator, argumentou que o dolo, mesmo indireto, é um ato voluntário que parte de desígnios criminosos, que por sua vez não restaram demonstrados no caso em concreto, apontando que o dolo deveria ser efetivamente provado, visto que, caso contrário, sequer haveria a existência do crime. Afastou as teorias do dolo eventual em favor de uma metodologia fenomenológica sobre o dolo. Apontou que a ganância foi apontada de forma subjetiva e vaga na decisão de pronúncia, deixando de contextualizá-la na constituição do dolo. (RS, 2017b, p. 22-7) Enfim, subscreveu a fundamentação do relator no recurso em sentido estrito embargado, dando provimento ao recurso e determinando a desclassificação para outros delitos, que não da competência do Júri, sem, no entanto, especificar a quais delitos se referia. (RS, 2017b, p. 30)

A Desembargadora Rosaura Marques Borba, revisora, disse adotar para o dolo eventual a **teoria do assentimento** (evidente sinônimo para a teoria do

consentimento). (p. 32-3) Concordou com o voto de Weingartner Neto no recurso embargado, tanto quanto à individualização das condutas como para negar provimento ao recurso, compreendendo que o dolo eventual tanto é provável no caso como que esta probabilidade é suficiente para a pronúncia. (RS, 2017b, p. 37-41)

O Desembargador Jayme Weingartner Neto simplesmente manteve seu entendimento original e negou provimento aos Infringentes. (RS, 2017b, p. 44)

O Desembargador Manuel José Martinez Lucas, prolator do voto vencido em sede do RESE, também simplesmente manteve seu entendimento original, acompanhando o relator. (RS, 2017b, p. 45)

O Desembargador Sylvio Baptista Neto, presidente, acompanhou o voto de Weingartner Neto, rejeitando os Infringentes, mas nada acrescentando quanto às teorias do dolo eventual. (RS, 2017b, p. 45-7)

O Desembargador José Antônio Cidade Pitrez acompanhou a revisora, rejeitando os Infringentes, também nada acrescentando a título de teorias do dolo eventual. (RS, 2017b, p. 47-50)

O Desembargador Honório Gonçalves da Silva Neto seguiu a **teoria mista** de Roxin, remetendo a sua explanação por Weingartner Neto, mas dando provimento ao recurso, visto que compreende que o dolo eventual não se evidenciou nas condutas elencadas, não havendo prova de dolo eventual, elemento de tipicidade, não caberia ao júri a decisão entre o dolo e a culpa. (RS, 2017b, p. 50-5)

O Desembargador Luiz Mello Guimarães disse não se filiar a qualquer teoria, e seguiu o relator. (RS, 2017b, p. 55-9)

Em razão do empate, a decisão foi no sentido do provimento dos Embargos Infringentes e como consequência desclassificar o crime imputado na denúncia:

DES. SYLVIO BAPTISTA NETO - PRESIDENTE - EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 70075120428, COMARCA DE SANTA MARIA: "face ao empate, acolheram os Embargos Infringentes, decisão esta tomada com base no artigo 615, § 1º (2ª hipótese) do CPP, bem como no artigo 21, § 2º, I, do RITJERGS, para conhecer, DOS EMBARGOS INFRINGENTES, EXCETO NO QUE TANGE A UM DOS RECURSOS QUE É CONHECIDO APENAS EM PARTE, PARA DAR PROVIMENTO À INCONFORMIDADE DA DEFESA E DESCLASSIFICAR

OS FATOS PARA OUTROS QUE NÃO AQUELES DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI.⁷¹⁰

Da decisão de desclassificação por parte do TJRS foi interposto recurso especial por parte do Ministério Público e da Associação dos Familiares de Vítimas e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria, além de agravos por parte de alguns réus que tiveram seus recursos especiais inadmitidos pelo TJRS.

5.1.5 Recurso Especial

O recurso oferecido pelo MP e pela Associação dos familiares e vítimas foi provido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, entendendo os Ministros, por unanimidade, que o caso deveria ir ao Júri Popular.

Sem adentrar em discussões doutrinárias acerca do conceito de dolo eventual ou mesmo no enfrentamento de questões atinentes ao crime de perigo, o Relator, Ministro Rogério Schietti houve por bem entender pela reforma da decisão tomada em sede de Embargos Infringentes e ratificar a Pronúncia proferida pelo magistrado de piso, com reparo apenas no que diz respeito às qualificadoras, entendendo por bem afastá-las, como já restara decidido pelo TJRS quando do julgamento do RESE.

O Ministro Nefi Cordeiro, em seu voto, afirmou:

Realmente, são fatos admitidos: a concentração de grande número de pessoas em local com precárias condições de escape e com risco de propagação do fogo, o desenvolvimento nessa situação de show com impróprio ato de pirotecnia, tudo sem treinamento específico dos funcionários e sem avisos imediatos quando do incidente. Esses fatos, admitidos, permitem reconhecer a colaboração dos acusados para a criação e ampliação dos riscos e a existência de indícios da consciência do risco de morte e assunção desse resultado – o dolo eventual de homicídio.⁷¹¹

⁷¹⁰ Rio Grande do Sul (RS).1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes n.º 70075120428**, Marcelo de Jesus dos Santos e outros v. Ministério Público e outros, 2017b, p. 68.

⁷¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.790.039**, Ministério Público v. Marcelo de Jesus dos Santos e outros, 2019, p. 131.

Restou, portanto, provido o recurso, tendo acompanhado o voto condutor do Ministro Relator, além do Ministro Nefi Cordeiro, os Ministros Antonio Saldanha e Laurita Vaz.

5.1.6 Opinião sobre o caso

Ressalvando o fato de que as provas constantes dos autos não foram analisadas à exaustão nesses breves comentários, causa espécie o fato de que em nenhuma das decisões ou mesmo nas alegações defensivas foi feita menção ao crime de incêndio (doloso ou culposo) com a causa de aumento de pena em razão do resultado morte.

Este fato chega a causar perplexidade, na medida em que, em última análise, a causa das mortes e das lesões nas pessoas que se encontravam no local foi a asfixia provocada pela fumaça decorrente do incêndio, restando clara a causa originária das mortes, qual seja, o incêndio provocado pelo uso de artefato impróprio para o local (pelo que consta na denúncia), bem como pelo material altamente inflamável que fora utilizado na reforma da boate.

Comentar caso ainda pendente de julgamento definitivo não é tarefa das mais fáceis ou mesmo recomendáveis, sendo certo que aqui só cabe fazer essa análise, uma vez que o trabalho é justamente sobre os crimes de perigo e a impossibilidade do dolo eventual em tais delitos.

Do ponto de vista hipotético e acadêmico, ainda que se pudesse imaginar que o músico conscientemente teria comprado um artefato impróprio para uso em ambientes fechados, tal comportamento, quando muito, poderia ensejar para ele o dolo de perigo, na medida em que conscientemente estaria colocando em perigo o espaço do *show*. Imaginar que poderia passar pela sua cabeça a morte das pessoas que, em última análise, estariam ali para assistir à banda soa como algo, no mínimo, inusitado.

Ocorre que, como já mencionado no capítulo 4, imaginar que a conduta do músico poderia ficar sujeita a uma pena em abstrato de três a seis anos (incêndio doloso – art. 250, *caput*, do CP), com o aumento de pena de 1/3 devido ao local habitado (§1.º, inciso I, do art. 250), duplicada pelo resultado morte (art. 258 do CP)

ou mesmo de seis meses a dois anos (incêndio culposo – art 250, §2.º, do CP), que culminaria na aplicação da pena do homicídio culposo aumentada de 1/3 por força da parte final do artigo n.º 258 em razão da morte decorrente do incêndio culposo, revela-se uma verdadeira proteção deficiente diante da lesão jurídica provocada, consistente na morte de mais de 200 jovens e nas lesões corporais a outros 600.

No entanto, a despeito de a punição pelo incêndio mostrar-se diminuta comparativamente à lesão jurídica provocada, tampouco parece acertado tratar o caso como homicídio doloso e tentativa de homicídio para conseguir, assim, uma punição mais elevada.

5.2 Caso Santiago Andrade

O caso que será analisado agora envolve a morte do cinegrafista Santiago Andrade, ocorrida em 06 de fevereiro de 2014 no Rio de Janeiro, quando dois rapazes acenderam um rojão e atingiram a cabeça do cinegrafista, vindo a causar a sua morte.

5.2.1 Denúncia

Apenas 11 dias após a morte de Santiago, o Ministério Público estadual ofereceu Denúncia em face de Fábio Raposo Barbosa e Caio Silva de Souza, imputando-lhes a prática dos crimes de homicídio e explosão em concurso formal como se depreende do trecho a seguir transcrito:

Pelo exposto, estão os acusados incurso nas sanções penais do **artigo 121, parágrafo segundo, incisos I (última figura), III (terceira figura) e IV (última figura) e artigo 251, parágrafo primeiro, ambos na forma do artigo 70, todos do Código Penal e artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.072/1990.**⁷¹²

⁷¹²RIO DE JANEIRO (Estado, RJ). **3.ª Vara Criminal da Comarca da Capital**. Processo n.º 0045813-57.2014.8.19.0001, Ministério Público v. Fábio Raposo Barbosa e Caio Silva de Souza, 2014, p. 4.

Percebe-se, pela imputação feita na denúncia, que o Ministério Público apontou a existência de um crime de perigo na hipótese, qual seja, o crime de explosão, previsto no artigo 251 do CP, fato não observado no caso da Boate Kiss, analisado no item 5.1.

Percebe-se, também, que não houve a utilização do art. 258 do Código Penal, que trata do resultado morte culposo como consequência de um crime de perigo. Apesar de a imputação feita não ser imune a críticas, o que fica demonstrado é o acerto em relação ao concurso de crimes, na medida em que, se identificar o dolo no crime de perigo e o dolo no crime de dano, não há outra alternativa a não ser apontar o concurso de crimes, como foi feito.

Para fundamentar o dolo de matar, o Ministério Público valeu-se do seguinte argumento na Denúncia:

Na execução do crime, os denunciados agiram detendo o domínio funcional do fato, mantendo entre eles uma divisão de tarefas, com Fábio entregando para Caio o rojão com a finalidade, previamente por ambos acordada, de direcioná-lo ao local onde estava a multidão e os policiais militares e, assim, causar um grande tumulto no local, não se importando se, em decorrência dessa ação, pessoas pudessem vir a se ferir gravemente, ou mesmo morrer, como efetivamente ocorreu.⁷¹³

O propósito da análise feita neste capítulo não é o de defender ou mesmo acusar qualquer pessoa. O que se busca é tão somente demonstrar a impossibilidade do dolo eventual de perigo, bem como que o dolo de perigo é modalidade que se mostra presente em diversas ocasiões, em que pese não seja corretamente fundamentado e utilizado em casos concretos.

Para fundamentar o crime de explosão, o MP valeu-se da seguinte justificativa:

Nas mesmas circunstâncias de tempo e local, os acusados assumiram o risco de expor a perigo a integridade física de pessoas indeterminadas e o patrimônio público mediante a explosão de um artefato do tipo pirotécnico, de natureza e característica explosiva e incendiária, de acordo com o laudo técnico juntado às fls. 160/167 [...]⁷¹⁴

⁷¹³ Ibid., p. 2.

⁷¹⁴ Ibid., p. 3.

5.2.2 Pronúncia

Após longa instrução processual, o Juiz da 3.^a Vara Criminal proferiu Sentença de Pronúncia em face dos réus.

A decisão, ao longo das suas 28 páginas, justifica, com base no criticável princípio do *in dubio pro societate*, o fato de mandar os acusados a julgamento pelo Tribunal Popular.

Acerca do dolo, o magistrado desenvolve algumas linhas acerca do dolo eventual e chega a tocar na temática da diferenciação para a culpa consciente, apontando a complexidade do tema e, apesar disso, afirma que a matéria deveria ser enfrentada pelo Júri popular, como se depreende do trecho abaixo transcrito:

Tal questão é extremamente complicada, gerando na prática uma grande polêmica concernente à aplicação do dolo eventual e culpa consciente ao caso concreto.

E é exatamente nesse ponto que a área fronteira determina que a causa seja resolvida pelo Júri Popular.⁷¹⁵

Com a devida vênia e sem nenhum propósito defensivo, a afirmação do magistrado mostra-se criticável, na medida em que se nem mesmo a mais abalizada doutrina consegue resolver a questão tida por ele como “extremamente complicada”, parece improvável que os jurados, pessoas sem o necessário conhecimento técnico-jurídico, estarão aptos a concluir se o atuar do agente fora doloso ou culposos em relação à morte.

A respeito do crime de explosão, o Magistrado houve por bem afastar a sua incidência, valendo-se, para tanto, do trecho abaixo:

Uma vez afastada a imputação conexa, que visualizada uma espécie de concurso formal com o delito de explosão, o *emprego de artefato explosivo*, enquanto circunstância qualificadora, também não poderá deixar de ser resolvido pelo Juízo. Na tal, pois satisfeitos os pressupostos de sua estruturação acusatória.⁷¹⁶

O eventual conflito apontado pelo magistrado, envolvendo a qualificadora do crime de homicídio pelo uso de explosivo e o crime de explosão, não existe. As

⁷¹⁵ Ibid., p. 738.

⁷¹⁶ Ibid., p. 740.

circunstâncias são plenamente compatíveis e podem sim, a depender do caso concreto, incidir conjuntamente.

Caso o uso do explosivo não gere perigo para a coletividade, haverá tão somente a incidência da qualificadora do crime de homicídio, que tem sua incidência ligada à maior crueldade com a qual o crime foi praticado. O crime de explosão, por sua vez, exige a criação do perigo para a coletividade, representada pelo número indeterminado de pessoas e coisas.

O tema acima destacado é, também, deveras complexo para ser apreciado por juízes leigos, assim como já se falou em relação à diferença entre dolo eventual e culpa consciente.

Diante de sua percepção fática, o Magistrado sentenciante recebeu a Denúncia apenas no que tange ao homicídio qualificado, nos seguintes termos:

Sob tais fundamentos, absolutamente convencido da materialidade e diante do concurso de indícios de que os acusados sejam os seus responsáveis, no *juízo de admissibilidade*, após a sincera e imparcial análise do feito, julgo declarada admitida, em parte, a acusação para PRONUNCIAR **CAIO SILVA DE SOUZA**, como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, incisos I, III e IV, do Código Penal e **FÁBIO RAPOSO BARBOSA**, como incurso nas sanções do artigo 121, 5 2º, incisos I, III e IV, observada a forma do artigo 29, todos do Código Penal, submetendo-os a julgamento pelo Tribunal do Júri.⁷¹⁷

As defesas, inconformadas com a Sentença de Pronúncia, interpuseram Recurso em Sentido Estrito ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

5.2.3 Acórdão RESE

A decisão exarada pela Oitava Câmara Criminal do TJRJ, ao longo de suas 113 páginas enfrentou tanto questões processuais quanto atinentes ao objeto da presente tese.

Com relação ao não enfrentamento dos indícios do dolo eventual no caso objeto de julgamento por parte do magistrado que proferiu a Sentença de Pronúncia foi pontuada pelo Desembargador Gilmar Teixeira em seu voto, que também

⁷¹⁷ Ibid., p. 741.

comentou o fato de ter restado afastado o crime de perigo, também de modo injustificado, como se depreende do trecho a seguir:

A pronúncia, em que pese o reconhecido brilhantismo e o indiscutível saber jurídico do seu subscritor, se traduz em peça literária, pela beleza do vernáculo. No entanto, é silente quanto à presença de indícios do dolo eventual e faz apenas reflexões doutrinárias e jurisprudenciais, **mas em momento algum aponta de onde extraiu do mosaico probatório a convicção a amparar a tese acusatória**. Tampouco explicitou o julgador em qual base empírica se fincou para afirmar a presença do dolo eventual no homicídio e afastar o dolo de perigo do crime de perigo comum.⁷¹⁸

Ao longo de suas linhas decisórias, o Desembargador Gilmar Teixeira, que proferiu o voto vencedor, acompanhado pela Desembargadora Elizabete Aguiar, demonstra se filiar à concepção de que no dolo deve haver vontade e consciência, à qual chama de elemento intelectual, deixando claro que o conjunto probatório trazido aos autos apontaria no sentido de que o elemento intelectual dos agentes estaria voltado à criação do perigo comum, como fica claro no trecho abaixo:

Os indícios do elemento intelectual presentes nos autos são da consciência de que os atos gerariam perigo concreto à incolumidade pública, o que, à primeira vista, atende ao tipo penal especial de explosão dolosa com resultado morte, este à título de culpa.⁷¹⁹

O magistrado prossegue em sua linha crítica à imputação original e se posiciona de maneira crítica à forma como o dolo eventual tem sido utilizado:

O dolo eventual tem sido panaceia de manobras, posto que o papel nada reclama e a tudo aceita que se lhe escreva, mas daí a ser verdade é outro assunto. O dolo eventual surge hodiernamente como uma descoberta para uma série de imputações do direito penal do inimigo, posto não ser matéria palatável em termos doutrinários, isto diante da aparente enigmática expressão utilizada pelo legislador ordinário: “*Assumir o risco de produzir o resultado*”.⁷²⁰

As críticas apresentadas pelo Relator vão ao encontro de muito do que foi dito na presente tese acerca do instituto do dolo eventual e seu manejo fluido.

Por fim, entendeu a Câmara Criminal, por maioria, por desclassificar o crime imputado na Denúncia e remeter os autos para a Vara Criminal comum.

⁷¹⁸ Rio de Janeiro (Estado, RJ). 8.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Recurso em Sentido Estrito n.º 0045813-57.2014.8.19.0001**, Fábio Raposo Barbosa e Caio Silva de Souza v. Ministério Público, 2014, p. 1092-3.

⁷¹⁹ Ibid., p. 1097.

⁷²⁰ Ibid., p. 1098.

5.2.4 Recurso Especial

Inconformado com a decisão proferida pela 8.^a Câmara Criminal que houve por bem desclassificar o crime de homicídio qualificado, o Ministério Público ingressou com Recurso Especial perante o Superior Tribunal de Justiça, buscando a reforma da Decisão tomada em sede de Recurso em Sentido Estrito para, assim, manter a Pronúncia proferida pelo magistrado de primeiro grau.

O Relator do Recurso, Ministro Jorge Mussi, discordou do voto vencedor no julgamento do RESE no que tange à ausência de fundamentação por parte do Magistrado prolator da Pronúncia no que tange ao dolo eventual, embasando seu raciocínio justamente no fato de que na primeira fase do Júri deve o magistrado tomar cuidado com o excesso de linguagem para que não invada competência constitucionalmente atribuída ao Tribunal do Júri.

A despeito da crítica e do zelo a ser adotado no que tange ao excesso de linguagem, o Ministro afirma estar presente o dolo eventual de matar, conforme se depreende do trecho a seguir transcrito:

Com efeito, uma coisa seria a utilização normal do artefato explosivo, de acordo com as especificações para as quais foi projetado segundo convenções de segurança, e desta prática resultar danos à integridade física ou ao patrimônio de outrem. Outra completamente diferente, e que evidencia a assunção do risco à que alude o artigo 18, inciso I, parte final, do Código Penal, é o seu emprego anômalo, com a retirada da vara que lhe dá direção, transformando-se em instrumento lesivo apto a não só causar tumulto, mas provocar o resultado danoso a título de dolo eventual, conforme imputado na incoativa.⁷²¹

Por fim, entendeu a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, por dar provimento ao Recurso Especial e manter a Pronúncia pela prática do crime de homicídio qualificado, retirando, no entanto, duas qualificadoras imputadas na inicial acusatória e mantendo, no entanto, a qualificadora referente ao uso de explosivo, prevista no inciso IV do §2.^o do artigo n.^o 121 do CP.

⁷²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 0045813-57.2014.8.19.0001**, Ministério Público v. Fábio Raposo Barbosa e Caio Silva de Souza, 2015, p. 9.

5.2.5 Opinião sobre o caso

Assim como já ocorrera no caso Kiss, onde chegou a ocorrer a desclassificação, apesar de lá não ter havido a afirmação de que esta seria para o crime de perigo, no caso Santiago também foi feita a desclassificação em grau de recurso.

O caso Santiago ganha ainda mais relevância para o objeto da tese, na medida em que o Acórdão do RESE fala da imputação pelo crime de perigo, criticando a decisão do magistrado prolator da Pronúncia, além de tecer críticas ao uso ampliado do dolo eventual.

Assim como no caso Kiss, o propósito aqui não é de empreender a defesa de quem quer que seja. O propósito é tão somente trazer casos concretos nos quais houve um crime de perigo e, a despeito disso, a tipificação não foi por este, recorrendo-se, mais uma vez ao dolo eventual de dano e olvidando-se da existência do crime de perigo com resultado morte.

O caso Santiago parece ser mais um onde os agentes atuaram com o dolo de perigo ao acionarem o artefato explosivo. O artefato acionado tinha a potencialidade lesiva de gerar perigo para a coletividade, mas não parece ser hipótese de dolo homicida, o que teria como consequência a imputação do óbito na modalidade culposa, combinando os artigos 251 com 258 do CP.

O problema aqui não parece ser diferente do caso Kiss, já que a imputação exclusiva pelo crime de perigo majorado pelo resultado morte teria o condão de acarretar uma apenação, tanto em abstrato quanto em concreto, muito baixa diante da gravidade abstrata do resultado causado.

A despeito disso, como já defendido ao longo do presente trabalho acadêmico, o caminho mais ajustado seria uma revisão estrutural no dolo, com a previsão específica do dolo de perigo apartado do dolo de dano e privando-o da figura do dolo eventual. Não custa lembrar que no caso Santiago, o dolo de perigo é bastante evidente na conduta dos agentes, ao contrário do dolo eventual de dano, atrelado ao crime de homicídio.

Mais uma vez estamos na iminência de ver um tema acadêmico dotado de significativa complexidade sendo apreciado por juízes leigos, o que se mostra uma temeridade, na medida em que sequer entre magistrados togados há uniformidade

de compreensão acerca do caso. Não custa lembrar que dois Desembargadores entenderam pela desclassificação do caso Santiago e, no caso Kiss, quatro Desembargadores votaram pela desclassificação.

Apesar de todas as críticas justas e possíveis, o estágio atual do processo é aguardando a designação de data para a realização do plenário do Júri.

5.3 **Caso Ninho do Urubu**

O caso popularmente conhecido como “Incêndio no Ninho do Urubu” ocorreu no dia 8 de fevereiro de 2019 no Centro de Treinamento do Clube de Regatas do Flamengo, denominado Ninho do Urubu.

Na data acima mencionada, em razão de um curto circuito em um aparelho de ar condicionado, um incêndio em um contêiner onde se encontravam dormindo diversos jovens jogadores do time vitimou dez adolescentes e lesionou gravemente outros três.

Após um longo período de investigações, o Ministério Público do Rio houve por bem oferecer Denúncia contra onze pessoas, às quais foram imputadas relações omissivas e comissivas com o resultado.

5.3.1 Denúncia

Diversamente do que ocorreu nos dois casos anteriormente analisados, o caso ora enfrentado encontra-se em fase ainda muito inicial, não havendo decisões de mérito acerca da imputação formulada na inicial acusatória.

Ao longo das mais de 60 páginas, o Ministério Público discorreu longamente acerca do conjunto probatório constante dos autos do Inquérito, fazendo referência a diversas notificações e até mesmo interdições do Centro de Treinamento que foram empreendidas pelo Poder Público, seja na espera do Executivo municipal e estadual, seja por parte do próprio Ministério Público, que chegou a propor um termo

de ajustamento de conduta (TAC) para o ex-presidente do Clube, que não chegou a ser assinado.

Semelhantemente ao que foi verificado no caso Kiss, também no presente caso houve a responsabilização de pessoas ligadas à empresa que forneceu os contêineres onde o incêndio se verificou em razão de o local não contar com materiais de qualidade superior e que poderiam ter evitado a propagação das chamas caso tivessem sido empregados nos contêineres.

Apesar da semelhança acima apontada, como se verá adiante, as imputações foram bem diversas.

Após longadigressão acerca do papel de cada um dos denunciados para a produção do incêndio, e conseqüentemente das mortes e lesões, o Ministério Público houve por bem imputá-los a prática do crime de incêndio, nos seguintes termos:

Assim, sendo típicas e antijurídicas as condutas imputadas, inexistindo excludentes de culpabilidade no caso vertente, **estão os DENUNCIADOS incurso nas penas dos art. 250, §2º, c/c art. 258 (ref. art. 121, §3º, por dez vezes, e art.129, por três vezes, na forma do art.70), todos do Código Penal.**⁷²²

Percebe-se, assim, que apesar de as situações serem absolutamente análogas, ou seja, um incêndio provocado por condutas comissivas e omissivas, do qual resultou morte e lesão corporal em um número significativo de pessoas, as imputações dos casos Kiss e Ninho do Urubu foram absolutamente díspares.

Como já mencionado acima, o caso do Centro de Treinamentos ainda está em fase muito inicial, uma vez que a Denúncia foi oferecida em 14 de janeiro de 2021, motivo pelo qual ainda não há decisão judicial acerca do mérito da imputação formulada, tendo apenas a Denúncia sido recebida e oportunizada aos acusados a apresentação de Resposta à Acusação.

Há que se ressaltar, no entanto, que o Magistrado poderia, caso discordasse da imputação formulada pelo Ministério Público e vislumbrasse a ocorrência de crime doloso contra a vida, rejeitar a Denúncia, o que não foi feito.

⁷²²RIO DE JANEIRO (Estado). 36.^a Vara Criminal da Comarca da Capital. 0008657-88.2021.8.19.0001, Ministério Público v. Antonio Marcio Mongelli Garotti e outros, 2021, p.61.

5.3.2 Opinião sobre o caso

Como já mencionado, os casos Kiss e Ninho do Urubu guardam entre si semelhanças gritantes. Apesar disso, no segundo foi empregado o crime de incêndio culposo com o aumento de pena decorrente dos resultados morte e lesão, enquanto no caso Kiss, já analisado, foram imputados homicídios dolosos consumados e tentados, todos eles com dolo eventual.

Diante de tudo que foi analisado na presente tese, entendo que a imputação aqui formulada foi a mais ajustada ao caso. Esta conclusão decorre justamente do fato de que as mortes e as lesões foram ocasionadas pelo incêndio e não por um comportamento positivo de quem quer que fosse, voltado à sua produção.

Além disso, sequer foi ventilada a hipótese do dolo de perigo, na medida em que foi imputado o crime de incêndio culposo com resultado morte.

Parece inimaginável que alguém pudesse ser descuidado no que tange à manutenção elétrica ou mesmo em relação ao alojamento de jovens em contêineres com o dolo de colocá-los em perigo. A conduta parece evidentemente descuidada, dotada de flagrante negligência da qual decorreu o trágico resultado lesivo a tantos jovens.

Não há que se falar aqui sobre a dor das famílias diante dos sonhos destruídos e da impossibilidade do convívio com as pessoas. A esse respeito cabe deixar os melhores sentimentos e a esperança de que possam encontrar conforto diante da dor incomensurável.

O que é objeto de análise em todos os casos aqui analisados é a imputação formulada e o desacerto em dois deles (Kiss e Santiago) e o acerto em relação ao caso do Ninho do Urubu.

A toda evidência, como também já foi demonstrado, do ponto de vista de pena cominada e potencialmente aplicada, a imputação do crime de perigo terá o condão de resultar em penas muito menores do que se fosse imputado o delito de homicídio doloso.

Apesar disso, o que está em análise é o correto manejo das instituições dogmáticas penais, deixando claro que o propósito do direito penal não é punitivo, ou seja, ele não se presta a punir exemplarmente quem quer que seja e muito menos o de reparar a dor causada àqueles que perderam seus entes queridos.

O caráter de *ultima ratio* do Direito Penal faz com que a ele se recorra quando as demais searas do direito se mostrarem insuficientes, e, muitas das vezes, a resposta penal acaba ficando aquém das esferas civil e administrativa. Isso não significa que o Direito Penal tenha falhado.

Como já mencionado ao longo do presente trabalho, a sociedade atual apresenta riscos que não foram calculados pelo legislador originário, quando da elaboração do Código Penal em 1940. Apesar disso, na parte dos crimes de perigo comum, a redação permanece a mesma, especialmente no que tange à pena abstratamente cominada.

Penso que talvez tenha chegado a hora de ser feita uma reanálise acerca de tais crimes, bem como uma recategorização do dolo para que se possam minorar, com isso, as chances de interpretações tão díspares acerca de situações tão próximas umas das outras. Além disso, diante de uma readequação da pena abstratamente cominada a eles, é possível que não mais se recorra a imputações por homicídio doloso.

CONCLUSÃO

A presente tese teve por objeto principal avaliar a impossibilidade de se recorrer às classificações usuais do dolo, notadamente do dolo eventual, quando estivermos diante de crimes de perigo comum, previstos no Código Penal a partir do artigo n.º 250. Para caminhar na direção dessa avaliação, foi necessário verificar o tratamento histórico dado aos crimes de perigo comum por parte da legislação penal brasileira, passando pelas Ordenações e chegando ao Código Penal atual, o Decreto-Lei n.º 2.848 de 1940.

Para apontar no sentido da conclusão acima mencionada, a tese foi estruturada em cinco capítulos. No primeiro, buscou-se analisar o tratamento dado tanto ao dolo quanto aos crimes de perigo na legislação brasileira. Foi importante notar as omissões a respeito dos crimes de perigo nas Ordenações Filipinas, as quais se limitavam a tratar timidamente sobre o crime de incêndio. A surpresa foi ainda maior na análise dos crimes de perigo no Código Criminal do Império de 1830, à medida em que nele a omissão era completa, sendo certo que sequer o crime de incêndio, previsto nas Ordenações, foi repetido no texto legal. O incêndio era mencionado apenas como agravante genérica e como qualificadora no crime e dano.

Durante a pesquisa foi possível perceber que, apesar de não constar como figura típica no Código Imperial, o crime de incêndio figurava como hipótese autorizadora da extradição nos diversos tratados internacionais firmados pelo Brasil e que foram introduzidos em nosso ordenamento jurídico da época através de Decretos.

O incêndio só foi introduzido na legislação penal brasileira no ano de 1886, através da Lei n.º 3.311, a qual previa a aplicação da pena de “galés perpétuas no grão máximo; de prisão com trabalho por doze anos no médio e por seis no mínimo” ao crime de incêndio com o resultado morte, diante da determinação de que fosse usada a mesma pena prevista para o homicídio com a agravante de incêndio, já prevista no código imperial.

O Código de 1890, primeiro código republicano, corrigiu as omissões do diploma legal anterior, prevendo um capítulo específico para os crimes à época chamados de “contra a tranquilidade pública”.

O Código de 1940 trouxe a previsão do título referente aos crimes contra a chamada “incolumidade pública”, organizando os chamados crimes de perigo comum a partir do artigo n.º 250. Apesar de poucas alterações pontuais, a redação e especialmente as penas abstratamente cominadas permanecem as mesmas desde a data da sanção presidencial, apesar de a sociedade atual, passados mais de oitenta anos desde a sua entrada em vigor, mostrar-se absolutamente distinta, especialmente no que tange à potencialidade lesiva dos chamados crimes de perigo comum.

Com relação ao dolo, o Capítulo 1 também foi dedicado à análise do tratamento dado ao tema pelos diversos atos normativos penais, passando pela total ausência do tema nas ordenações até chegarmos na redação atual, prevista no art. 18, fruto da reforma da Parte Geral do Código de 1940 em decorrência da Lei n.º 7.209/84.

Coube ao segundo capítulo analisar tanto o dolo quanto os crimes de perigo sob o ponto de vista doutrinário, enfrentando, no caso do dolo, as teorias acerca do tema; e, no caso dos crimes de perigo, as distinções entre risco e perigo, o conceito amplamente utilizado acerca da chamada sociedade de risco e as classificações doutrinárias dos crimes de perigo.

É importante perceber como as visões doutrinárias acerca do dolo foram sendo alteradas com o passar do tempo, principalmente pelas diversas correntes doutrinárias, merecendo destaque as chamadas teorias da vontade e do conhecimento. Chama atenção o crescimento de ideias acerca do dolo apartado do elemento volitivo, pautado apenas no conhecimento por parte do agente acerca do risco da produção do resultado.

Além das teorias, o Capítulo 2 também enfrentou as classificações doutrinárias do dolo, especialmente o dolo direto (de primeiro e segundo graus) e o dolo indireto (alternativo e eventual).

No que tange aos crimes de perigo, o Capítulo 2 analisou a diferença entre o risco e o perigo, apontando os autores e as teorias que abordam o tema na Doutrina, em que pese muitos se refiram aos institutos como sinônimos.

Além disso, foi destacada a classificação feita por autores como Ulrich Beck e Anthony Giddens e repetida por autores brasileiros como Pierpaolo Bottini e Juliana Cabral, da sociedade atual como sociedade de risco. A compreensão da classificação é fundamental, na medida em que os riscos sociais enfrentados hoje

são exponencialmente maiores do que os suportados nos séculos XVIII a XX. Tais riscos restam evidenciados na utilização da energia nuclear, na modernização dos meios de transporte (que levam um número cada vez maior de passageiros), bem como na construção civil diante de edificações cada vez maiores, o que confere ao erro humano de cálculo uma potencialidade lesiva desconhecida em outros momentos históricos.

Outro ponto analisado no Capítulo 2 foi a classificação dos crimes de perigo, apresentando-se as distinções entre os crimes de perigo comum, individual, abstrato, concreto e abstrato-concreto.

O terceiro capítulo foi inteiramente destinado à análise teórica do dolo eventual e suas diversas teorias, sendo certo que ao final foi defendida a ideia de que esta modalidade de dolo se revela em contraposição a princípios sensíveis do direito penal, notadamente a taxatividade e a segurança jurídica.

O conceito de dolo eventual adotado pelo Código Penal brasileiro mostrou-se demasiadamente aberto, permitindo a sua utilização em hipóteses que, em princípio, não demandariam a responsabilização dolosa.

Acerca do conceito de dolo eventual, restou evidenciado, até mesmo ao longo do estudo empreendido no Capítulo 1, que o Código Penal de 1940 trouxe uma ampliação significativa no conceito de dolo, passando a abarcar o dolo eventual a partir da utilização da expressão “assumiu o risco de produzi-lo”. A afirmação de que houve ampliação se deve ao fato de tal modalidade não ter sido prevista no Código de 1890, nem tampouco no Código Imperial de 1830.

A busca pela inspiração para tal inclusão leva aos Comentários ao Código Penal desenvolvidos por Nelson Hungria, que afirmou ter o conceito tido origem no Código Penal alemão.⁷²³ A flagrante adoção da teoria do consentimento por parte do legislador brasileiro no dispositivo foi reconhecida por autores como Nilo Batista, Juarez Tavares e Heleno Fragoso, dentre tantos outros.

A despeito disso, Christiano Fragoso faz uma observação muito pertinente ao comentar a inspiração alemã do CP brasileiro:

É claro que o termo “assumir o risco” de produzir o resultado pode – e certamente deve – ser interpretado no sentido da teoria do consentimento; é o que preconizam, aliás, alguns dos mais autorizados intérpretes de nosso CP. Mas não se pode excluir – e aí que está o perigo – que, nos mais

⁷²³ HUNGRIA, op. cit., v. 1, t. 2, p. 121-2.

diversos rincões do país, possa haver interpretações que se contentem, para a imputação dolosa, com o fato de o agente, conhecendo o risco, atuar; isso levaria a uma ampliação da imputação a título de dolo e, praticamente, à aniquilação da culpa consciente. Numa interpretação ampliativa, que a expressão adotada no CP não impede explicitamente (quando é certo deveria impedir!), poder-se-ia supor que “assume o risco” quem atua, embora “esteja consciente do risco”; com isso, chegaríamos ao mesmo resultado prático que o nazista Hans Frank preconizava e que Hungria queria evitar.⁷²⁴

O perigo interpretativo trazido pela expressão “assumir o risco” tem como resultado prático uma banalização do instituto, permitindo o surgimento de teorias que defendem o dolo apartado da vontade, baseado tão somente na representação por parte do agente acerca do perigo para o bem jurídico ao desempenhar a atividade.

Estes pontos levam, ao final do Capítulo 3, à percepção até mesmo da inconstitucionalidade do dolo eventual diante da aparente afronta a princípios como segurança jurídica e taxatividade, sendo certo que a taxatividade não deve ficar adstrita aos crimes em espécie, dos quais se exige uma completa definição da conduta que se pretende punir, mas também deve ser utilizado na Parte Geral, especialmente diante da gravidade decorrente de uma imputação dolosa a partir de uma ampliação conceitual permitida pela redação extremamente aberta do dispositivo constante do inciso I do artigo 18 do Código Penal.

O Capítulo 4 foi dedicado à compreensão da necessidade prática atual de ser reorganizada a classificação do dolo, defendendo a ideia de que o dolo de perigo precisa ser previsto como categoria autônoma de dolo, à qual não seriam aplicáveis as espécies previstas para o dolo de dano, notadamente o dolo eventual, diante de uma impossibilidade prática de, em apartada síntese, “assumir o risco de colocar em perigo”, sob pena de se criar figuras redundantes como o risco do perigo.

O tema mostra-se fundamental, visto que, como apontado no terceiro capítulo, o uso alargado do dolo eventual e sua redação inconclusiva aos crimes de perigo acabam tendo o condão de afastar a incidência de tais crimes aos casos concretos, uma vez que, se há assunção do risco de colocar em perigo, não haveria obstáculo para se entender, também, que teria havido, por decorrência lógica, a assunção do risco em relação ao crime de dano, em que pese a conduta do agente

⁷²⁴ FRAGOSO, C. F. A teoria do Tipo na Parte Geral de 1940: Um panorama crítico a partir de suas inspirações legislativas. In: REALE JÚNIOR, M.; ASSIS MOURA, M. T. de (coord.). **Coleção 80 anos do Código Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, v. 1, p. 65-6.

não fosse voltada a isso, mesmo tendo ele optado por realizar o comportamento potencialmente perigoso.

A constatação acima levou à necessária análise, ao longo do capítulo, dos autores que enfrentaram o tema da possibilidade ou não do dolo eventual em crimes de perigo, sendo certo que a opção adotada na presente tese foi no sentido da impossibilidade.

Diante da constatação da inviabilidade do emprego do dolo eventual aos crimes de perigo, optou-se por limitar o escopo do estudo aos crimes de perigo comum, não se adentrando os crimes de perigo individual.

A partir desta conclusão, foi defendida a ideia de que deveria ser realizada uma recategorização do dolo no Direito Penal brasileiro, figurando tal compreensão até mesmo como uma sugestão de alteração legislativa. A alteração consistiria em uma divisão clara entre o dolo de dano e o dolo de perigo, estabelecendo-se que ao dolo de dano poder-se-ia aplicar a classificação entre dolo direto e eventual, enquanto o dolo de perigo não seria dividido em espécies.

Coube ao capítulo quinto a tomada de posição em relação ao objeto da tese, e a demonstração prática da relevância do tema. Isto se fez a partir da análise de casos concretos em que a discussão e principalmente o manejo indiscriminado do dolo eventual produziu como resultados práticos um aparente excesso de imputação.

Dentre os casos analisados estão o do incêndio na Boate Kiss, o da morte do cinegrafista Santiago Andrade e o do incêndio no Centro de Treinamentos do Clube de Regatas do Flamengo, conhecido como “Ninho do Urubu”.

Os três casos foram decorrentes de crimes de perigo. No caso Kiss, o uso de um artefato pirotécnico em um ambiente fechado produziu um incêndio que vitimou e feriu centenas de jovens que estavam no local. No caso Santiago Andrade, dois rapazes acionaram um artefato explosivo que acabou atingindo a cabeça do cinegrafista e resultando na sua morte. O caso Ninho do Urubu foi provocado por um curto-circuito em um ar condicionado, e também vitimou e feriu mais de dez jovens que dormiam no local.

Apesar das semelhanças entre os casos, as imputações foram distintas. No caso Kiss, houve a imputação por homicídios dolosos consumados e tentados, olvidando-se completamente o crime de incêndio com resultado morte. O caso Santiago teve uma imputação em concurso de crimes entre o crime de explosão

(crime de perigo) e o crime de homicídio doloso. O caso do Ninho do Urubu, enfim, viu denúncia exclusivamente pelo crime de perigo comum (incêndio), com o aumento de pena pelo resultado morte.

As imputações dos casos Kiss e Santiago geraram uma intensa batalha nos tribunais, chegando a haver desclassificações e decisões absolutamente distintas, sendo certo que o cenário atual de ambos é a realização de julgamento pelos crimes dolosos contra a vida no Tribunal do Júri. O caso Ninho do Urubu ainda está no início, mas já aponta no sentido de discussão jurídica acerca da imputação empreendida.

De toda pesquisa pode-se concluir que existe hoje uma necessidade por parte da dogmática penal de enfrentar as questões atinentes à conceituação de dolo e sua reclassificação categorial, a partir da constatação da inaplicabilidade de espécies como o dolo eventual aos delitos de perigo.

Não foi objeto de estudo a necessidade ou não de existirem crimes de perigo, uma vez que há uma flagrante ampliação de suas modalidades típicas, fazendo com que representem um fato consumado em nosso ordenamento jurídico, tornando pouco produtora a defesa de sua extirpação. Assim, é mais produtivo encontrar formas de lidar com eles, especialmente com o dolo para consumá-los.

A despeito disso, não se pode perder de vista que os crimes de perigo, especialmente os de perigo abstrato são altamente criticáveis em sua existência, na medida em que a alegada “tutela” de bens jurídicos mostra-se equivocada, na medida em que eles demandam a intervenção jurídico-penal a partir da sua ofensa, não sendo proporcional punir condutas que sequer chegaram próximas de ofender tais bens jurídicos

Outro ponto que decorre da análise empreendida ao longo da tese é o fato de a proteção jurídico-penal empreendida pelos chamados crimes de perigo comum do Código Penal mostra-se deficiente para lidar com a lesividade advinda das condutas perigosas diante dos resultados em níveis catastróficos que deles podem decorrer, cabendo citar como exemplos os casos Kiss e até mesmo os desastres ambientais de Brumadinho e Mariana.

Imputar a tais eventos a responsabilização pelos crimes de incêndio (art. 250) ou mesmo de desabamento/desmoroamento (art. 256) acaba deixando de ser opção diante da baixa apenação neles prevista, o que acaba por conduzir os órgãos

de acusação para o emprego indiscriminado do dolo eventual de dano, como se buscassem trazer uma satisfação social a partir de penas altas.

Sendo assim, por mais criticável que possa ser a defesa da readequação e até mesmo a majoração das penas abstratamente cominadas aos crimes de perigo, este talvez seja o caminho para que se possa partir para uma compreensão mais racional do dolo, e, principalmente, dos crimes de perigo.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, A. L. Ex-deputado é condenado a nove anos por mortes em acidente de trânsito. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 28 fev. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/02/ex-deputado-e-condenado-a-nove-anos-por-mortes-em-acidente-de-transito.shtml>. Acesso em: 16 mar. 2018.
- ALCANTARA MACHADO, J. de. **Projeto do Código Criminal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1938.
- ALMEIDA, A. C. L. de. FOGO!... fogo!... fogo!: incêndio, vida urbana e serviço público no Rio de Janeiro oitocentista. *In*: CARVALHO, J. M. de. CAMPOS, A. P. **Perspectivas da Cidadania no Brasil Império**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 487-517
- ALMEIDA, C. M. de (Org.). **Código Philippino, ou, Ordenações e Leis do Reino de Portugal**: Recopiladas por mandado del-Rey D. Philippe I. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico. Rio de Janeiro: Instituto Philomathico, 1878. 5 v.
- ARAÚJO, J. V. de. **O Código Penal interpretado**. Brasília: Senado Federal/Superior Tribunal de Justiça, 2004. 2 v. (História do Direito Brasileiro, 8).
- ASÚA, L. J. de. **El Criminalista**. 2.^a ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1955. 8 t.
- ÁVILA, H. **Teoria da Segurança Jurídica**. 5.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BAIGÚN, D. **Los delitos de peligro y la prueba del dolo**. Buenos Aires: B de F, 2007.
- BARBERÁ, G. P. **El dolo eventual**. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- BARRILARI, C. C. Algumas considerações sobre os crimes de perigo e o direito penal econômico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 903, p. 411-424, 2011.
- BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12.^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BECK, U. **Sociedade de risco**: Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2019.

_____; GIDDENS, A.; LASH, S. **Modernização reflexiva: Política, tradição e estética na ordem social moderna.** 2.^a ed. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 2012.

BENTO DE FARIA, A. **Código Penal Brasileiro comentado.** Rio de Janeiro: Distribuidora Récord, 1958. 7 v.

BIERRENBACH, S. **Teoria do Crime.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal.** 23.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 5 v.

BOTTINI, P. C. **Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco.** São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

BOZOLA, T. A. **Os Crimes de Perigo Abstrato no Direito Penal Contemporâneo.** Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil** (de 25 de março de 1824). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 20 fev. 2020.

_____. **Lei de 16 de dezembro de 1830.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 13 jan. 2020.

_____. **Decreto n.º 1.775**, de 2 de julho de 1856. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1775-2-julho-1856-571280-publicacaooriginal-94371-pe.html>. Acesso em: 23 mar. 2020.

_____. **Lei n.º 2.033**, de 20 de setembro de 1871. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM2033.htm. Acesso em: 27 fev. 2020.

_____. **Decreto n.º 4.912**, de 27 de março de 1872. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-4912-27-marco-1872-551026-publicacaooriginal-67124-pe.html>. Acesso em: 23 mar. 2020.

_____. **Decreto n.º 4.978**, de 12 de junho de 1872. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-4978-12-junho-1872-551155-publicacaooriginal-67292-pe.html>. Acesso em: 23 mar. 2020.

_____. **Decreto n.º 5.263**, de 19 de abril de 1873. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-5263-19-abril-1873-551289-publicacaooriginal-67538-pe.html>. Acesso em: 23 mar. 2020.

_____. **Decreto n.º 5.274**, de 3 de maio de 1873. Disponível em:
<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-5274-3-maio-1873-551336-publicacaooriginal-67807-pe.html>. Acesso em: 23 mar. 2020.

_____. **Decreto n.º 5.421**, de 24 de setembro de 1873. Disponível em:
<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-5421-24-setembro-1873-551623-publicacaooriginal-68168-pe.html>. Acesso em: 23 mar. 2020.

_____. **Decreto n.º 6.946**, de 25 de junho de 1878. Disponível em:
<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-6946-25-junho-1878-547657-publicacaooriginal-62449-pe.html>. Acesso em: 23 mar. 2020.

_____. **Decreto n.º 8.296**, de 29 de outubro de 1881. Disponível em:
<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-8296-29-outubro-1881-546577-publicacaooriginal-60873-pe.html>. Acesso em: 23 mar. 2020.

_____. **Lei n.º 3.311**, de 15 de outubro de 1886. Disponível em:
<http://legis.senado.leg.br/norma/545101/publicacao/15636554>. Acesso em: 14 jan. 2020.

_____. **Decreto n.º 847**, de 11 de outubro de 1890. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 13 jan. 2020.

_____. **Decreto n.º 22.213**, de 14 de dezembro de 1932. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22213impressao.htm. Acesso em: 17 jan. 2020.

_____. **Decreto-Lei n.º 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 out. 2019.

_____. **Decreto n.º 1.490**, de 8 de novembro de 1962. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dcm/dcm1490impressao.htm. Acesso em: 18 jan. 2020.

_____. **Lei n.º 5.194**, de 24 de dezembro de 1966. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5194.htm. Acesso em: 2 abr. 2020.

_____. **Decreto-Lei n.º 1.004**, de 21 de outubro de 1969. Disponível em:
<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 18 jan. 2020.

_____. **Lei n.º 5.573**, de 1.º de dezembro de 1969. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L5573.htm. Acesso em: 18 jan. 2020.

_____. **Lei n.º 5.597**, de 31 de julho de 1970. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5597.htm. Acesso em: 18 jan. 2020.

_____. **Lei n.º 5.749**, de 1.º de dezembro de 1971. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5749.htm. Acesso em: 18 jan. 2020.

_____. **Lei n.º 5.857**, de 7 de dezembro de 1972. Disponível em:
<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5857-7-dezembro-1972-357946-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 25 mar. 2020.

_____. **Lei n.º 6.016**, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em:
<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6016-31-dezembro-1973-357598-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 29 mar. 2020.

_____. **Lei n.º 6.063**, de 27 de junho de 1974. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6063impressao.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.

_____. **Lei n.º 6.578**, de 11 de outubro de 1978. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6578.htm. Acesso em: 18 jan. 2020.

_____. **Lei n.º 7.209**, de 11 de julho de 1984. Disponível em:
<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaodemotivos-148884-pl.html>. Acesso em: 18 jan. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 abr. 2020.

_____. **Lei n.º 9.503**, de 23 de setembro de 1997. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm. Acesso em: 2 abr. 2020.

_____. **Lei n.º 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 28 out. 2019.

_____. **Projeto de Lei n.º 4.207**, de 4 de março de 1998. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=219655>. Acesso em: 21 fev. 2020.

_____. **Lei n.º 9.695**, de 20 de agosto de 1998. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9695.htm. Acesso em: 21 fev. 2019.

_____. Ordem do dia. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, v. 53, n. 109, p. 17486-547, 25 jun. 1998. Disponível em:
<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD25JUN1998.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2020.

_____. **Projeto de Lei n.º 5.568**, de 14 de maio de 2013. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=576699>
. Acesso em: 19 mar. 2020.

_____. **Lei n.º 12.842**, de 10 de julho de 2013. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12842.htm. Acesso em: 2 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 0045813-57.2014.8.19.0001**, Ministério Público v. Fábio Raposo Barbosa e Caio Silva de Souza, 2015.

_____. Sessão: 311.2.55.O. **Câmara dos Deputados**, 2016. Disponível:
<https://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=311.2.55.O&nuQuarto=110&nuOrador=2&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=17:32&sgFaseSessao=BC&Data=29/11/2016>. Acesso em: 19 mar. 2020.

_____. Sessão: 377.3.55.O. **Câmara dos Deputados**, 2017. Disponível:
<https://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=377.3.55.O&nuQuarto=19&nuOrador=2&nuInsercao=8&dtHorarioQuarto=18:12&sgFaseSessao=OD&Data=05/12/2017>. Acesso em: 19 mar. 2020.

BRITO, A. C. de. **Imputação objetiva**: crimes de perigo e direito penal brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção Criminal Contemporânea, 2).

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte Geral. Tomo 2º**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BRUNO, A. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 3 t.

BUSTINZA SIU, M. A. **Delimitación entre el dolo eventual e imprudencia**. 2014. Tese (Mestrado em Direito Penal) - Escola de Graduados, Pontifícia Universidade Católica do Peru, Lima, 2014.

CABRAL, J. **Os tipos de perigo e a pós-modernidade**. Rio de Janeiro: REVAN, 2005.

CALLEGARI, A. L. Legitimidade constitucional do direito penal econômico: uma crítica aos tipos penais abertos. In: PRADO, L. R.; DOTTI, R. A. (Org.) **Doutrinas Essenciais: Direito Penal Econômico e da Empresa**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, p. 383-400.

COELHO, H. MP pede absolvição de 15 denunciados por mortes na ciclovia Tim Maia, no Rio. **G1**, Rio de Janeiro, 13 nov. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/11/13/mp-pede-absolvicao-de-15-denunciados-por-mortes-na-ciclovia-tim-maia-no-rio.ghtml>. Acesso em: 21 mar. 2020.

CONDE, F. M. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

COSTA, J. F. de F. **O Perigo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra, 2000.

COSTA, P. J. **Dolo penal e sua prova**. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção Ciência Criminal Contemporânea, 3).

COSTA E SILVA, A. J. da. **Código Penal Brasileiro: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. São Paulo: Nacional, 1943.

_____. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil commentado**. Brasília: Senado Federal, 2004. 2 v. (História do Direito Brasileiro, 7).

COSTA JUNIOR, H. **Teoria dos Delitos Culposos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.

CUELLO CONTRERAS, J. Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto. In: MAIER, J. B. et al. (Coord.). **Dogmática penal entre naturalismo y normativismo: Libro en homenaje a Eberhard Struensee**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2011, p. 143-166.

CUNHA, R. S. **Manual de Direito Penal: Volume único**. Salvador: Juspodium, 2018. 2 t.

DE GIORGI, R. O risco na sociedade contemporânea. Tradução de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. **Sequência**, Florianópolis, n. 28, p. 45-54, jun. 1994. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15873/14362>. Acesso em julho de 2020.

_____. **Direito, Democracia e Risco: Vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

DELMANTO, C. **Código Penal Anotado**. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

DESASTRE de Chernobyl: o que aconteceu e os impactos a longo prazo. **National Geographic Brasil**, s./l., 6 jun. 2019. Disponível em:

<https://www.nationalgeographicbrasil.com/2019/06/o-que-aconteceu-desastre-chernobyl-uniao-sovietica-ucrania-energia-nuclear>. Acesso em: 7 jan. 2020.

DIETER, M. **Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história**. 1.^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ESPANHA. Código Penal. Disponível em:

http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_02.pdf. Acesso em: 29 mar. 2020.

FAUSTO, B. **História do Brasil**. 13.^a ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010.

FLORES, J. H. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FRAGOSO, C. F. **Autoritarismo e sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

_____. A teoria do Tipo na Parte Geral de 1940: Um panorama crítico a partir de suas inspirações legislativas. *In*: REALE JÚNIOR, M.; ASSIS MOURA, M. T. de (coord.). **Coleção 80 anos do Código Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, v. 1, p. 49-76.

FRAGOSO, H. C. **Lições de direito penal: parte geral**. 1.^a ed. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

_____. **Lições de direito penal: parte geral**. 16.^a ed. São Paulo: Forense, 2003.

FRISTER, H. **Derecho penal: Parte general**. Buenos Aires: Hammurabi, 2016.

GIDDENS, A. **O mundo na era da globalização**. Tradução de Saul Barata. Queluz de Baixo: Editorial Presença, 2000.

GIMBERNAT ORDEIG, E. Evolución del concepto de dolo eventual en la doctrina y en ja jurisprudencia españolas. *In*: MAIER, J. B. et al. (Coord.). **Dogmática penal entre naturalismo y normativismo: Libro en homenaje a Eberhard Struensee**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2011, p. 241-252

GOMES, L. F. **Estudos de direito penal e processo penal**. São Paulo: RT, 1999.

GOMES, M. S. **Dolo**: Cognição e risco, avanços teóricos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

GRAU, E. R. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRECO, L. Algumas observações introdutórias à “Distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, I. **Distinção entre dolo e culpa**. Barueri: Manole, 2004, p. 9-19.

GRECO, R. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS, A. (Coord.). **Liber Amicorum de José de Sousa e Brito**. Coimbra: Almeda, 2009, p. 885-903.

_____. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. 3 v.

GUEIROS, A. de B.; JAPIASSÚ, C. E. A. **Curso de direito penal**: parte geral. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GUIMARÃES, C. A. G.; REGO, D. U. Funções dogmáticas e legitimidade dos tipos penais na sociedade do risco. In: PRADO, L. R.; DOTTI, R. A. (Org.) **Doutrinas Essenciais**: Direito Penal Econômico e da Empresa. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, p. 477-500.

HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. 9 v.

JAKOBS, G. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Lemiá e Bernardo Feijóo Sanchez. Madrid: Civitas, 2000.

JESCHECK, H.-H. **Tratado de Derecho Penal**: Parte General. Tradução de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1978. 3 v.

JORIO, I. D. **O fetiche do dolo eventual**. Boletim IBCCrim, v. 20, n. 230, p. 10-1, jan. 2012.

LUCCHESI, G. B. **Punindo culpa como dolo**: o uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

LUNA, E. da C. **O resultado no direito penal**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

LYRA, R. **Expressão mais simples do Direito Penal**: introdução e parte geral. Rio de Janeiro: José Konfino, 1976.

MACHADO, M. R. de A. **Sociedade do risco e Direito Penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MANTOVANI, F. **Diritto penale**: Parte generale. 9.^a ed. Padova: Cedam, 2015.

MARTINS, S. **Sistema de Direito Penal Brasileiro**: introdução e parte geral. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957.

MASSON, C. **Direito Penal Esquemático**. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. 3 v.

MIR PUIG, S. **Derecho Penal**: Parte General. Barcelona: Reppertor, 2006.

MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2006. 3 v.

MONTAÑÉS, T. R. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

Ministério do Meio Ambiente (MMA). Acordo de Paris. **Ministério do Meio Ambiente**, s/a. Disponível em: <http://mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/acordo-de-paris>. Acesso em: 2 abr. 2020.

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MPRS). Boate Kiss: Linha do Tempo. **MPRS**, s/a. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/hotsite/boatekiss/#!/timeline>. Acesso em: 14 abr. 2021.

MP denuncia 14 por homicídio culposo na queda da ciclovia no Rio. **G1**, Rio de Janeiro, 12 jul. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/07/mp-denuncia-14-por-homicidio-culposo-por-queda-da-ciclovias-no-rio.html>. Acesso em: 21 mar. 2020.

NORONHA, E. M. **Direito Penal**. 19.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1977. 4 v.

OLIVARES, G. Q. **Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo** (Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo – El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt). Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

PAREDES CASTAÑÓN, J. M. Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal econômico: bases político-criminales. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, v. 2, n. 11, 2003, p. 95-164.

PASTORE, K.; CARDOSO, R. Os filhos da farinha. **Veja**, São Paulo, v. 31, n. 26, jul. 1998, p. 116-7.

PAULA PESSOA, V. A de. **Código Criminal do Imperio do Brazil Annotado**. Rio de Janeiro: A.A. da Cruz Coutinho, 1877.

PEREIRA, R. C. **O dolo de perigo**. Lisboa: Lex, 1995.

PIERANGELI, J. H. **Processo Penal: Evolução Histórica**. Bauru: Jalovi, 1983.

_____. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 2.^a ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2004.

PINTO, T. V. **Delitos de Peligro Abstracto y Resultado**. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante. Cizur Menor, Espanha : Thomson-Aranzadi, 2007.

PITA, M. del M. D.. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização. In: BUSATO, P. C. (Coord.). **Dolo e Direito Penal: Modernas tendências**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 15-37

PORTUGAL. **Lei 59/2007**, de 4 de Setembro. Disponível em: <https://www.ieb-eib.org/ancien-site/pdf/loi-portugal-euthanasie.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2020.

PUPPE, I. **A distinção entre dolo e culpa**. Tradução de Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

QUEIROZ, P. **Direito Penal: Parte Geral**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

REALE JÚNIOR, M. **Dos estados de necessidade**. São Paulo: José Bushatsky, 1971.

_____. **Instituições de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Rio Grande do Sul (RS). 1.^a Vara Criminal da Comarca de Santa Maria. **Processo n.º 027/2.13.0000696-7**, Ministério Público v. Elissandro Callegaro Spohr e outros, 2013.

_____. 1.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Recurso em Sentido Estrito n.º 70071739239**, Elissandro Callegaro Spohr e outros v. Ministério Público e outros, 2017a.

_____. 1.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes n.º 70075120428**, Marcelo de Jesus dos Santos e outros v. Ministério Público e outros, 2017b.

RIO DE JANEIRO (Estado, RJ). 3.^a Vara Criminal da Comarca da Capital. **Processo n.º 0045813-57.2014.8.19.0001**, Ministério Público v. Fábio Raposo Barbosa e Caio Silva de Souza, 2014.

_____. 8.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Recurso em Sentido Estrito n.º 0045813-57.2014.8.19.0001**, Fábio Raposo Barbosa e Caio Silva de Souza v. Ministério Público, 2014.

RODRIGUES, M. F. **As Incriminações de Perigo e o Juízo de Perigo no Crime de Perigo Concreto**: Necessidade de precisões conceituais. Coimbra: Almedina, 2010.

ROXIN, C. **Derecho Penal**: Parte general. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. 2 t.

SÁ PEREIRA, V. de. Código penal brasileiro. **Archivo judicial**, Rio de Janeiro, v. 9, p. 3-65, 1929.

SÁNCHEZ, B. F. **El dolo eventual**. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002.

SANTACANA, J. B. **El principio de la lesividad en los delitos de peligro abstracto**. Valencia: Tiranto Lo Blanch, 2018.

SANTANA, S. P. de. **A culpa temerária**: Contributo para uma construção no direito penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, J. C. dos. **Direito Penal**: Parte Geral. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006.

SILVA, A. R. I. da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, J. N. da. **Quando a arma era o fogo**: Os incêndios de origens não causais no Rio de Janeiro oitocentista (1830-1886). Tese (Mestrado em História Social) -

Centro de Ciências Humanas e Sociais. Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. 2015.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. **Aproximación al Derecho Penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1992.

SILVEIRA, R. de M. J. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SIQUEIRA, G. **Projecto de Código Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Offs. Graphs do Jornal do Brasil e da Revista da Semana, 1913.

_____. **Direito penal brasileiro**: segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou complementaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, 2003. 2 v. (História do Direito Brasileiro, 4).

SOARES, O. de M. **Código penal da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília: Senado Federal/Superior Tribunal de Justiça, 2004. (História do Direito Brasileiro, 6).

SOUZA, B. F. H. de. **Código criminal do Império**: anotado com as leis, decretos, avisos e portarias publicados desde a sua data até o presente, e que explicação, revogação ou alteração algumas das suas disposições, ou com ellas tem immediata conexão. Recife: Universal, 1858.

_____. **Lições de Direito Criminal**. Brasília: Senado Federal, 2003. (História do Direito Brasileiro, 3).

Supremo Tribunal Federal (STF). HABEAS CORPUS : HC 98712/SP. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ: 17/12/2010. **Supremo Tribunal Federal**, s/a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2671205>. Acesso em: 24 out. 2020.

TANGERINO, D. Reflexões acerca da inflação legislativa em matéria penal: esvaziamento semântico da ultima ratio e o direito penal disfuncional. **Ultima Ratio**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 159-92.

TAVARES, J. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Teoria do Crime Culposos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

TENÓRIO, O. (Coord.). **Tratado de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Jacinto, 1942-3. 9 v.

TERRAGNI, M. A. **Dolo Eventual y Culpa Consciente**: Adecuación de la conducta a los respectivos tipos penales. 2.^a ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2018.

TINÔCO, A. L. **Código Criminal do Imperio do Brazil anotado**. Brasília: Senado Federal, 2003. (História do Direito Brasileiro, 1).

TOLEDO, F. de A. **Princípios básicos de direito penal**: De acordo com a lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TRISTÃO, A. D. **Sentença Criminal**: Prática de Aplicação de Pena e Medida de Segurança. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

United Nations Office for Disarmament Affairs (UNODA). Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons. **United Nations Office for Disarmament Affairs**, s/a. Disponível em: <http://disarmament.un.org/treaties/t/npt> Acesso em: 2 abr. 2020.

VIANA, E. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

VITALE, G. L. **Dolo eventual como construcción desigualitaria y fuera de la ley**: un supuesto de culpa grave. Buenos Aires: Del Puerto, 2013.

VON LISZT, F. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília. Senado Federal, 2006. 2 v. (História do Direito Brasileiro, 9).

WELZEL, H. **Derecho Penal**: Parte General. Tradução de Carlos Frontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1981.

_____ et. al. **Direito Penal Brasileiro**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 2 v.