

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

MARVEN DE LIMA BRAZ

TENTATIVA E DOLO EVENTUAL NO CRIME DE HOMICÍDIO; O OVO DA
SERPENTE PROTEGIDO PELO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO

Rio de Janeiro

2024

MARVEN DE LIMA BRAZ

TENTATIVA E DOLO EVENTUAL NO CRIME DE HOMICÍDIO; O OVO DA
SERPENTE PROTEGIDO PELO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito da Faculdade Nacional de Direito, a ser utilizado como diretrizes para manufatura do Trabalho de conclusão de curso (TCC).

Orientado por: Antonio José Teixeira Martins

Rio de Janeiro

2024

CIP - Catalogação na Publicação

B391t Braz, Marven de Lima
TENTATIVA E DOLO EVENTUAL NO CRIME DE HOMICÍDIO;
O OVO DA SERPENTE PROTEGIDO PELO NOSSO ORDENAMENTO
JURÍDICO / Marven de Lima Braz. -- Rio de Janeiro,
2024.
87 f.

Orientador: Antonio José Teixeira Martins.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2024.

1. Tentativa. 2. Dolo eventual. 3. Homicídios. 4.
Direito penal simbólico. 5. Punibilidade. I.
Martins, Antonio José Teixeira , orient. II. Título.

MARVEN DE LIMA BRAZ

TENTATIVA E DOLO EVENTUAL NO CRIME DE HOMICÍDIO; O OVO DA
SERPENTE PROTEGIDO PELO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito da
Faculdade Nacional de Direito, a ser utilizado como
diretrizes para manufatura do Trabalho de conclusão de
curso (TCC).

Orientado por: Antonio José Teixeira Martins

Data de aprovação ___/___/___

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Antonio José Teixeira Martins
(orientador)

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof.^a Dra.

Dedico esse trabalho aos meus pais e familiares, sem eles nada disso seria possível. Também a Prof.ª Sonia Regina Moreira por sempre acreditar na minha capacidade.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais por todo esforço e dedicação que tiveram comigo em minha jornada no ensino superior. Não posso deixar de engrandecê-los por todas as abdições que por mim fizeram, muitas das quais eu nem posso mensurar e outras fogem da minha ciência.

Ao meu pai que, mesmo com sua origem humilde e sem o ensino fundamental completo, mostrou-me que a educação era a única alternativa para galgar e conquistar meus sonhos. Lembro-me como se fosse hoje o dia em que esse entoava quase de forma catártica a música “O homem na estrada” dos Racionais MCs, dizia com olhos “não quero isso para você filho”. Grato por todas as palavras de ponderação e correções que moldaram meu caráter e, por consequência, a postura acadêmica de humildade e sobriedade no mundo do saber.

A minha matriarca, que logo vem as lembranças dela acordando às 4h da manhã para fazer suas faxinas e trazer o sustento para casa e, mesmo cansada ao final do dia, fazia questão de me esperar chegar bem. Por todas as palavras de encorajamento e refrigério nos momentos em que achava que nada disso era para mim.

Ainda lembro de minha vó Edileuza que durante toda minha trilha sempre me apoiou e fez questão de mostrar que grandes coisas ainda viriam.

A minha Tia Maria, a primeira de minha família a conquistar o diploma de ensino superior, minha dívida acadêmica com a senhora é impagável. De tantos auxílios que fez por mim durante esse ciclo no ensino superior, não poderia deixar de mencionar todo seu amor ao me acolher em sua casa durante uma fase de transição que até então ocorria na minha vida. Ademais, guardo com todo carinho a lei Maria Penha que me destes antes mesmo da graduação; e foi de lá, como se já anunciasse as boas novas em minha vida, que o amor não só pelo direito nasceu, mas também floresceu os questionamentos que foram respondidos mais tarde pela criminologia. Obrigado por tudo.

Não poderia deixar de mencionar também meu orientar, Antonio José Teixeira Martins, por todo auxílio nas mais diversas dúvidas que surgiram ao longo desta monografia, por toda sobriedade ao me escutar ao final das aulas de criminologia ministradas, afagando meus anseios

e medos diante de um tema tão cara para a doutrina. Enfim, por todo comprometimento que dispendeu comigo durante a orientação. Se hoje quero trilhar o magistério e a pesquisa, o senhor, sem sobra de dúvidas, é minha fonte de inspiração acadêmica. Não menos importante, também ao professor Breno Zanotelli por toda paz de espírito e paciência ao realizar apontamentos na presente obra, sua vitalidade e empenho são exemplos que quero seguir.

Agradeço ainda ao Escritório França David & Barreto Advogados que me acolheu como estagiário. Foi com vocês que tive o prazer de respirar a mais bela das profissões; a advocacia criminal. Obrigado por todos os ensinamentos na prática forense e na vida acadêmica.

A minha companheira que, ao longo de toda graduação, me apoiou nos momentos mais difíceis, provando por e para mim mesmo, que o lugar onde estava era meu por direito. Obrigado por nunca me deixar desistir, sua luz, amor e incentivo deram frutos – esse trabalho é o símbolo dele.

Ainda expresso minha gratidão a professora de história Sonia Regina Moreira. Apesar da distância e do tempo de afastamento, levo comigo todo amor do magistério e do saber que aprendi com a senhora durante as aulas no ensino fundamental. Toda sua paciência e correção comigo após as aulas foram essenciais para a construção do meu caráter diante das dificuldades na graduação.

Por fim, mas não menos importante, agradeço aos meus colegas de turma 2019.2, muitos dos quais pude conviver, aprender, ajudar e compartilhar as dificuldades. Dentre eles, não posso deixar de mencionar meu amigo Marlon Teles, pois, sem pestanejar, a vida na faculdade teria sido muita mais árdua sem sua presença de espírito. Agradeço por toda ajuda e paciência que teve comigo ao longo de toda graduação.

“Consideremo-lo ovo de serpente que, chocado, por sua natureza, se tornará nocivo. Assim, matemo-lo, enquanto está na casca”

RESUMO

BRAZ, Marven de Lima. **Tentativa e dolo eventual no crime de homicídio; o ovo da serpente protegido pelo nosso ordenamento jurídico**. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

Trata-se de uma pesquisa com o objetivo de compreender as principais críticas feitas ao judiciário em relação à admissão da possibilidade de dolo eventual como estrutura subjetiva na modalidade da tentativa nos crimes de homicídio. O trabalho monográfico traçou uma linha de pesquisa empírica baseada na jurisprudência da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Por sua vez, buscou-se responder o problema através do método descritivo, ou seja, pormenorizou-se as linhas argumentativas das decisões que entenderam pela admissibilidade, descrevendo o fenômeno de maneira qualitativa e quantitativa, bem como eventuais críticas à construção da referida tese com apoio da doutrina especializada e pela ótica do fenômeno do direito penal simbólico. Ademais, adotou-se uma postura de pensamento indutivo, com apoio nos casos concretos (jurisprudência) para, em seguida, formular as conclusões; que, por sua vez, foram a de que um direito penal baseado na não perversão normativa, o que é por si só um paradoxo, deve respeitar as bases funcionalistas de contenção da teoria do injusto penal para não cair no punitivismo através interpretações extensivas, assim, frear as funções latentes das normas ao serem aplicadas pelo próprio processo de criminalização secundária (poder judiciário).

Palavras chaves: Tentativa; Dolo eventual; Homicídios; Direito penal simbólico; Criminalização secundária; Punibilidade.

RÉSUMÉ

BRAZ, Marven de Lima. **Tentative et intention possible dans le crime d'homicide; l'œuf de serpent protégé par notre système juridique. Monographie (licence en droit)** – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

Il s'agit d'une recherche dont l'objectif est de comprendre les principales critiques adressées au pouvoir judiciaire par rapport à l'admission de la possibilité d'une intention possible comme structure subjective dans la modalité de la tentative de crime d'homicide. Le travail monographique a présenté une ligne de recherche empirique basée sur la jurisprudence du 5^e tribunal de la Cour supérieure de justice. À notre tour, nous avons cherché à répondre au problème à travers la méthode descriptive, c'est-à-dire que les lignes argumentatives des décisions qui ont examiné la recevabilité ont été détaillées, décrivant le phénomène de manière qualitative et quantitative, ainsi que les critiques possibles de la construction de ladite recevabilité. thèse avec le soutien d'une doctrine spécialisée et du point de vue du phénomène du droit pénal symbolique. De plus, une posture de pensée inductive a été adoptée, en s'appuyant sur des cas concrets (jurisprudence) pour ensuite formuler des conclusions ; qui, à leur tour, étaient qu'un droit pénal fondé sur la non-perversion normative, ce qui est en soi un paradoxe, doit respecter les bases fonctionnalistes de confinement de la théorie de l'injustice pénale afin de ne pas tomber dans le punitivisme à travers des interprétations extensives, donc , freiner les fonctions latentes des normes lorsqu'elles sont appliquées par le processus de criminalisation secondaire lui-même (pouvoir judiciaire).

Mots-clés: Tentative; Intention éventuelle; Homicides; Droit pénal symbolique; Criminalisation secondaire; Châtiment.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 01 - O ovo da serpente	21
Figura 02 - Grau de Incidência	34
Figura 03 - Incidências argumentativas	43
Figura 04 - Voto do ministro	47
Figura 05 - Voto do ministro	47

LISTA DE TABELAS

Tabela 01 - Quantidade de casos por ano	32
Tabela 02 - Grau de incidência- modalidade típica	33
Tabela 03 - Titularidade da defesa	34
Tabela 04 - Resultado dos acórdãos	36
Tabela 05 - Entendimento dos ministros	37
Tabela 06 - Divergências nos votos	39
Tabela 07 – Argumentos utilizados	41

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AEEARESP	Agravo Regimental nos Embargos de Declaração nos Embargos Declaratórios no Agravo em Recurso Especial
ADRESP	Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios em Recurso Especial
AgInt	Agravo Interno
AGRESPE	Agravo Regimental em Recurso Especial
AgRg	Agravo Regimental
AGRHC-	Agravo regimental no Habeas Corpus
EDcl	Embargos de Declaração
HC	<i>Habeas Corpus</i>
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	16
1.1 Do escorço estrutural	21
1.2 Das Justificativas e Objetivos.....	22
1.3 Da Tomada de posição metodológica.....	24
2. RELATÓRIO DOS DADOS COLETADOS	29
2.1 Da Metodologia aplicada à pesquisa	29
2.2 Do Resultado da Pesquisa	31
2.2.1 Da quantidade de casos por ano	31
2.2.2 Da modalidade de crime	33
2.2.3 Titularidade da defesa.....	34
2.2.4 Resultado das votações	35
2.2.5 Compatibilidade	37
2.2.6 Discordâncias argumentativas	39
2.2.7 Argumentação utilizada.....	40
3. DO CONTEÚDO DECISIONAL	44
3.1 Dolo eventual.....	45
3.2 Dos precedentes judiciais	51
3.3 In Dúbio Pro Societate.....	53
4. PROBLEMAS E POSSÍVEIS CRÍTICAS À IMPUTAÇÃO DA TENTATIVA EM DOLO EVENTUAL	55
4.1 A dependência da tentativa face à consumação e o sofismo; <i>a maiori ad minus</i>	56
4.2 Entre Dogmas e paradoxos	59
4.2.1 O dolo genérico e tentativa.....	59

4.2.2 A impossibilidade de imputação de um fato não conformado pelo agente	61
4.3 A ocultação do “ <i>In malam partem</i> ” no posicionamento da referida turma.....	64
4.4 Sistema probatório e tentativa na modalidade de dolo eventual	67
4.4.1 Breves apontamentos sobre a posição da Corte Chilena	71
4.5 Outros elementos que comprometem a construção e afetação do dolo eventual – breves apontamentos.....	73
4.5.1 O desprezo pela observação dos fatores emocionais nas condutas delituosas	74
4.5.2 O papel da sorte e o injusto como resultado.....	76
4.5.3 O Dolo eventual e sua legitimidade como elemento da imputação subjetiva	78
4.6 Direito Penal simbólico e a fundamentação subjetiva da tentativa pelo dolo eventual.....	80
4.7 Da Crença insustentável da prevenção geral negativa como fator dissipador.....	82
Conforme explica Feuerbach, ao ser citado pelo professor Salo de Carvalho:	83
5. CONCLUSÃO.....	85
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	87

INTRODUÇÃO

Há dez anos, mais especificamente no dia 27 de janeiro de 2013, a cidade de Santa Maria foi objeto de atenção de todo país devido ao incêndio em uma boate de Shows noturnos. A tragédia, que ficou conhecida como o 'Caso da Boate Kiss', vitimou 242 (duzentas e quarenta e duas) pessoas e feriu 636 (seiscentas e trinta e seis) outras¹. Números esses que acabaram virando uma espécie de mantra nas plataformas de jornalismo, os meios midiáticos faziam questão de procurar e publicitar os perpetuadores dos injustos. Conforme explicado pelo professor Juan Bustos Ramirez, “as mídias de massa confirmam sua adequação para reafirmar comportamentos e linhas de ação de desenvolvimento, o que acaba por ratificar a sua adequação para o status quo²”.

O caminho da seara jurídica já permeado pela excessiva publicidade se fez presente durante todo julgamento até a presente data. Sua influência se iniciou já no processo do rito do Tribunal do Júri, além de ser constatada nos diversos desdobramentos porvindouros.

O Ministério Público, em sua busca para aplacar o anseio popular, requereu a imputação dos réus Elissandro Callegaro Spohr e Mauro Londero Hoffmann, Marcelo de Jesus dos Santos e Luciano Bonilha Leão pela tentativa de dolo eventual no tipo penal homicídio. Nas palavras do Parquet:

Nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução descritas acima, os denunciados ELISSANDRO, MAURO, MARCELO e LUCIANO AUGUSTO deram início ao ato de matar as vítimas relacionadas no ANEXO I (nos 242 a 877, no mínimo), o que não se consumou por circunstâncias alheias aos atos voluntários que praticaram, pois, as vítimas sobreviventes conseguiram sair ou foram retiradas com vida da boate, sendo submetidas, outras tantas, a tratamento médico eficaz.³

¹ Caso Boate Kiss, Direção de Tecnologia da Informação e Comunicação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2022. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/novo/caso-kiss/>>. Acesso em: 30 abr. 2023.

² BERGALLI, Roberto. O pensamento criminológico II: estado e controle/Roberto Bergalli, et. al.; tradução Roberta Duboc Pedrinha, Sergio Chastinet Duarte Guimarães. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Revan, 2015, p.74.

³ BRASIL, Promotorias de Justiça de Santa Maria. Oferecimento da Denúncia - inquérito policial nº 027/2.13.0000696-7, p.04.

Após embates quanta a possibilidade dessa construção jurídica, a sustentação do órgão acusador foi agraciada com a pronúncia dos acusados. Já em sede do Recurso em Sentido Estrito (0384117-79.2016.8.21.7000), os réus novamente não conseguiram desconstruir a tese da modalidade tentada. Restando, por fim, os embargos infringentes nº 70075120428, com base no voto do Relator Des. Manuel Martins de Lucas, o único a entender pela impossibilidade da construção jurídica. Por sua vez, devido ao empate dos votos, optaram por favorecer os réus, desta forma, afastando a modalidade de tentativa e a própria exclusão do dolo indireto.

Entretanto, já em sede do Recurso Especial nº 1.790.039 - RS, a 6ª Turma do Superior tribunal admitiu pela viabilidade da tese da acusação, isto é, referendou as teses de que as condutas praticadas pelos réus indicaram atuação com dolo eventual e ainda a afirmação de que havia compatibilidade entre a forma tentada do delito de homicídio e o dolo eventual.

A questão foi – e ainda é - de tanta repercussão jurídica que alcançou até mesmo o Supremo Tribunal Federal através do Agravo regimental no recurso extraordinário 1.278.892 RIO GRANDE DO SUL, que não foi provido, pois houve a incidência da Súmula nº 287 do STF.

Contradizendo aquilo que Romagnosi advertia sobre o consenso que a sociedade esperava da punição, “Como é desejável aquele acordo com a ordem social, em que o ofensor no ato de sofrer o castigo diz a si mesmo: eu mereci, e o espectador declara que é justa”⁴, os que se sentaram no banco dos réus não fizeram de suas palavras a mera aceitação do flagelo, não havia vozes de penitência, mas sim de inconformismo. Enunciaram as teses defensivas: como seriam os réus imputados por crimes dolosos que não tiveram a intenção? Como condenar por tentativa se há inexistência de previsão do resultado como provável?

⁴ Quanto è desiderabile all'ordine sociale quell'accordo, in cui il reo nell'atto di subire la pena dice a se stesso: io me la sono meritata, e lo spettatore pronunzia ch'ella è giusta!" (ROMAGNOSI, Gian Domenico. *Genesi del diritto penale*, Settima Edizione, Prato: Tipografia Guasti, 1837, p. 11. Ademais, o texto também foi retirado, indiretamente, do artigo de opinião do advogado Nadir Mazloum: MAZLOUM, Nadir. *Caso da boate Kiss e a quimérica tentativa de dolo eventual*. Opinião, Consultor Jurídico, 2022. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2022-set-05/nadir-mazloum-boate-kiss-quimerica-tentativa-dolo-eventual2/> >.

Assim, devido aos fatos ocorridos em Santa Maria e as teses arguidas pela defesa, há uma (re)discussão não só acadêmica, mas também frente às jurisprudências dos tribunais, centralizando-se os holofotes sobre a possibilidade - ou não - de admitir a tentativa na modalidade de dolo eventual. Se autores como Nucci, Francisco Muñoz Conde, Julio Fabbrini Mirabete, César Roberto Bitencourt e Damásio de Jesus vislumbram essa modalidade de dolo nos crimes inconsumados. Nas palavras do último:

O dolo direto é equiparado ao dolo eventual, equiparação advinda de longo debate doutrinário. No CP, o dolo direto está contido na expressão “quis o resultado” (art. 18, I, 1.^a parte); o dolo eventual se encontra na expressão “assumiu o risco de produzi-lo” (art. 18, I, 2.^a parte). O dolo alternativo também se encontra na expressão “quis o resultado”: se ele quis um ou outro resultado, e produziu um deles, não deixou de querê-lo.⁵

Por outro lado, autores como José Faria Costa, Alexandre Araripe Marinho, Bustos Ramírez e Hormazábal Malarée compreendem pela impossibilidade dessa. Advertindo ainda Ramírez que “Não é possível a tentativa com dolo eventual, pois [...] o dolo eventual tem a estrutura de uma imprudência a que, por razões político-criminais, se aplica a pena do delito doloso⁶”. Considerado atualmente a tese minoritária no Brasil.

O direito penal é objeto de questionamento acerca de sua estrutura, plasticidade e seus efeitos simbólicos; o que não deve ser compreendido como um assunto permeado de simplismos e por superficialidades manualísticas.

Se por um lado o Princípio da Fragmentariedade penal funciona (ou deveria) como fator impeditivo para que determinados grupos sociais se utilizem da esfera penal para conformar, ou não, certas condutas. Assim, evitando o fenômeno da perversão da norma ou ainda a ideia de um sistema funcionalista em que a validade normativa substitui o bem jurídico, já que esse último, segundo o professor Juarez Tavares, deve ser entendido como uma função de limitadora do poder punitivo do Estado frente a sua seletividade e escolha dos clientes penais. Em outras palavras, ser um sistema funcional jurídico – redutor.

⁵JESUS, Damásio de. Direito Penal: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 201.

⁶MALHEIROS, Vitor da Costa. A (in)compatibilidade da tentativa de homicídio na condução de veículo automotor na modalidade de dolo eventual. Santa Catarina, 2015, p. 52 Apud GRECO, 2011, p. 261.

Por outro lado, conceitos como dolo eventual que atribui à imprudência um desvalor penal equiparado ao dolo, sendo a teoria volitiva (do consentimento) a dominante no Brasil, isto é, o sujeito não deveria apenas ter o elemento cognitivo (conhecimento das circunstâncias) presente, mas também acarear, no caso concreto, a presença da conformação e aceitação do resultado.

Ou ainda a tentativa que busca punir os atos inconsumados pelo fato de pôr em perigo o bem jurídico tutelado, tendo como a teoria mais aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro a objetiva – formal que apresentaria os seguintes requisitos: dolo em praticar todos os elementos do tipo do crime consumado (elemento subjetivo), ação de execução específica do tipo ou estreitamente ligada a ele e, por fim, a ausência de consumação (elemento negativo).

Ambos os institutos acima podem ser considerados como manifestações da expansão penal. Todavia, há de se observar que essas dilatações são vistas, enquanto compreensão global, como um próprio alargamento essencial da consumação e da esfera do dolo. Em outras palavras, tanto o instituto do *conatus* como a do dolo eventual são elementos que fazem parte da teoria do injusto penal que adotamos em nosso ordenamento jurídico.

De forma diferente, os limites de aplicação desses institutos e eventuais conjunções deles dentro da lógica sistêmica penalista apresenta férteis discussões, com inúmeras linhas teóricas divergentes entre si; como é o caso da Boate Kiss que é a reinserção da discussão da aplicação da tentativa em casos de dolo eventual.

Imergindo-se, portanto, nesse sistema fragmentário e, paradoxalmente, expansivo, o questionamento sobre a legitimidade dessa construção; da tentativa em dolo eventual numa sistemática penal de viés redutor e como forma de tentar responder essa pergunta, surge o abjeto – problema dessa pesquisa;

Quais são os possíveis impactos e críticas que podem ser tecidas ao Superior Tribunal de Justiça em relação as decisões que admitem tal paralelismo?⁷

⁷ De antemão ressalto que eventuais críticas em relação ao objeto, isto é, de que a pesquisa por se direcionar há um tema já extensamente discutido e com um entendimento quase unânime pela cosmovisão do direito não deva ser mais cotejada pelo caráter genérica, não se deve prosperar. A ciência, como conhecimento dialético, deve

Como ressalva, é de fundamental importância traçar as linhas teóricas quanto a definição de injusto adotado, pois, como bem explica o professor Juarez Tavares, a concepção deste passou por uma exclusão da própria noção do sujeito para, assim, produzir um caráter de legitimidade e neutralidade. Criando uma distorção em que se busca a estabilidade normativa e camufla a seletividade penal e seus clientes. Como a pretensão do trabalho é analisar duas categorias do injusto, na presente obra será cotejado de maneira indireta a (i)legitimidade desse injusto por meio de um recorte em que se observará justamente as possíveis incongruências dessa formação. Nas palavras do professor:

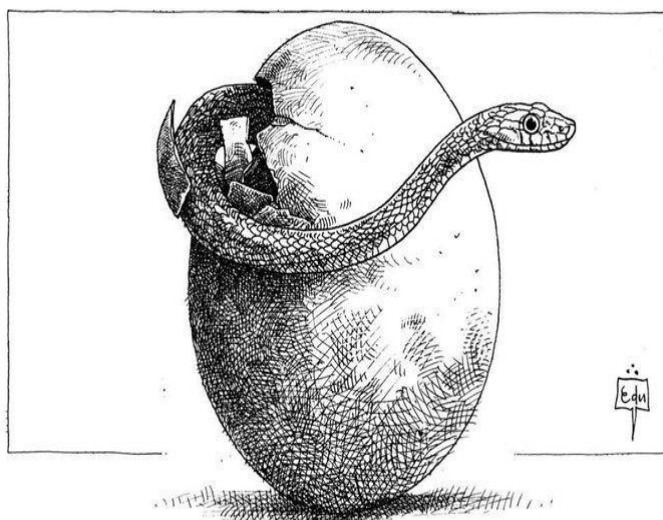
O Injusto não é um produto de uma elaboração puramente formal da norma criminalizadora, mas sim [deve ser] o conjunto de caracteres que se destinam conforme os indicadores do saber penal, a delimitar o âmbito de incidência da intervenção penal sobre a liberdade individual.⁸

Ainda como breve reflexão antes de adentrar à pesquisa e os pilares teóricos, Shakespeare ao escrever a peça “Júlio César”, descreve o personagem Brutos como um homem preocupado com a fragilidade do senado e da República Romana frente à influência de Júlio César. Atribui-se ao mesmo a fala de que “Consideremo-lo ovo de serpente que, chocado, por sua natureza, se tornará nocivo. Assim, matemo-lo, enquanto está na casca”. Logo, deveria se neutralizar o agente causador de distorções devastadoras antes que eclodisse e fomentasse imensuráveis destruições ao sistema até então vigente em Roma.

Figura 01 - O ovo da serpente

transpassar qualquer forma de gnose cristalizada sobre teses, o meio acadêmico não pode e nem deve viver de entendimentos standardizados como tabus que jamais podem ser confrontados.

⁸ TAVARES, Juarez Teoria do injusto penal. Imprensa: São Paulo, Tirant lo Blanch, 2019, p. 20.



Fonte: NETO, 2018⁹

Em analogia ao fenômeno aqui abordado, se a gravidade daquele ovo era devido à ruptura sistêmica de fora para dentro, ou seja, de um general frente ao prestígio popular e influências do sistema político romano. No objeto aqui discutido, quais serão as consequências da proteção desse ovo pelos atores do próprio sistema, isto é, do judiciário?

Esses, por vezes, oferecem não só a temperatura e o conforto para que se choquem “saudáveis”, mas também como não percebem que ao acolher no seio tais teses arbitrárias, a serpente cresce e se alimenta das suas estruturas.

Portanto, sendo não só direito, mas dever dos operadores do campo jurídico, mesmo que na ingrata condição de pregadores no deserto, anunciar não o nascimento da serpente, mas que essa já respira entre nós e que precisamos extirpá-la.

1.1 Do escorço estrutural

⁹NETO, Marcos. O Blog do Sistema Prisional. Blog Marcos Neto, 22 fev. 2018. Disponível em: <<https://blogdosagentes.blogspot.com/2015/11/o-ovo-da-serpente-juiz-de-direito-edmar.html>>. Acesso em: 30 mai. 2024.

No segundo se versará, na primeira parte, sobre a metodologia aplicada para selecionar os dados jurisprudenciais analisados como recorte do objeto. Ainda dentro desse, também será demonstrado o relatório da pesquisa, fornecendo os dados brutos encontrados, as incidências argumentativas e eventuais divergências.

O capítulo terceiro destrinchará analiticamente os dados obtidos na mineração jurisprudencial, explicando de maneira detalhada a razão de decidir do colegiado sobre a possibilidade da tentativa na modalidade de dolo eventual no caso de homicídio aqui já mencionado.

A quarta parte do trabalho será a realização da análise das decisões prolatadas pela 5ª turma (nos parâmetros aqui mencionados), conforme o referencial teórico adotado. Assim, se debruçara em perspectivas que respondam a pergunta partida, isto é, discussões sobre as possíveis críticas feitas aos acórdãos, levando em conta a própria estrutura do injusto penal redutor adotado, como os efeitos latentes e manifestos das decisões.

Em conclusão, foi através desse conjunto de *ratio decidendi* selecionado que se evidenciou o ranço inquisitorial na teoria do injusto penal brasileiro advindo da constatação de que é uníssono a possibilidade da tese aqui questionada. Em outras palavras, a própria legitimação e aceitação de um dolo sem vontade em nosso sistema, cumulado com teorias de inconsumação se tornará o afastamento ainda mais daquilo que é entendido como um direito penal funcionalista redutor.

1.2 Das Justificativas e Objetivos

A produção da presente pesquisa é de suma importância para ampliar as formulações sobre o problema descrito, pois a partir da concepção de incongruência dessa formulação jurídica se produzirá reflexões sobre seu impacto na própria legitimidade do discurso jurídico-penal. Assim, a justificativa será a de produzir literatura para responder um assunto tão discutido não só pela doutrina, mas pelos entendimentos do poder judiciário.

Ademais, o resultado da monografia poderá ser utilizado como objeto de análise e reflexões sobre a política criminal e seus eventuais efeitos caso seja aceito a manipulação desses elementos dentro do injusto penal.

E guardando a devida pretensão do trabalho, esse ajudará a compreender os mecanismos da fiscalização formal. Isto é, os controles realizados pelo Estado com o intuito de conformar ou desincentivar determinadas condutas vistas como danosas ao tecido social e que, por isso, devem ser reprimidas.

A pesquisa em questão contribuirá para o ramo da instância judicial (controle jurídico-penal estrito) como descrito por Ramirez¹⁰. Outrossim, dependendo da constatação da possibilidade da tentativa em dolo eventual, poderá cotejar se esse modelo tem contribuído para maior efetivação dos objetivos de prevenção penal negativa.

Portanto, contribuirá para a seguinte reflexão: os crimes que emergem embrionariamente do fator imprudência e que são levados à título de dolo e ao investi-los como tentativa, o Estado terá uma eficácia maior no controle dessas condutas? Alcançará um verdadeiro desestímulo delas?

Por fim, a presente pesquisa tem como objetivo geral buscar responder à pergunta de partida, isto é, quais são as possíveis críticas que podem ser tecidas ao judiciário em relação ao aceite do paralelismo jurídico entre a figura do *conatus* e o do dolo eventual. Ou seja, a análise do conteúdo das decisões importará para descobrir se essa aceitação deve ser tolerada em nosso ordenamento jurídico como forma de punição ao bem posto em perigo.

Com o intuito de atingir o objetivo geral acima descrito, serão traçados estrategicamente passos para que não se perca o objeto principal da pesquisa. 1º - será feita uma coleta da totalidade das decisões (determinado tribunal) que tratam sobre o assunto já mencionado na pesquisa; 2º - após a realização da coleta desses dados, se dividirá entre aqueles em que foram favoráveis ou não ao tema aqui tratado; 3º - haverá uma análise desses dados para cotejar a

¹⁰ RAMIREZ, Juan Bustos. Manual de derecho penal español: parte general. Barcelona: Ariel, 1984.

argumentação utilizada para denegar ou prover essa construção jurídica da tentativa em dolo eventual.

1.3 Da Tomada de posição metodológica

Com o intuito de definir as lentes teóricas dos dados analisados em capítulo posterior, optou-se por reservar esse para delimitar de forma a não deixar oculto as premissas adotadas e aplicadas ao objeto da pesquisa.

No centro da discussão sobre a possibilidade da tentativa na modalidade de dolo eventual, o professor Tamarit Sumulla apresenta uma grande contribuição acadêmica em seu artigo “La Tentativa con dolo eventual”. Nesta obra o autor traz como posicionamentos doutrinários que podem se dividir em 3 modalidades distintas.

A primeira modalidade, e a dominante no Brasil, seria as “teses afirmativas” em que o autor demonstra a postura favorável de doutrinadores face ao referido paralelismo jurídico, conforme descrito por ele:

La citada autora, sobre la base de la concepción del injusto propiciada por Mir Puig (6), fundamenta el com tenido material del tipo de injusto de la tentativa de modo unilateral em la peligrosidad objetiva para el bien jurídico determinada o ex ante» . asumiendo además la teoría dominante en to que respecta a la consideración del dolo eventual como una forma mas de dolo en cuanto a su estructura, todo to cual le lleva a concluir que no corresponderá dar a la tentativa con dolo eventual un tratamiento distinto a aquella en la que concurren otras formas de dolo¹¹.

¹¹ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. In: Anuario de derecho penal y ciencias penales, tomo XLV, 1992, página 516- 517. Em tradução livre: O referido autor, com base na concepção de injusto promovida por Mir Puig, baseia o conteúdo material do tipo de injusto do tentativa unilateral na periculosidade objetiva para o bem jurídico determinada ex ante. Assumindo também a teoria dominante quanto à consideração do dolo eventual como mais uma forma de dolo em termos da sua estrutura, o que o leva a concluir que não seria adequado dar à tentativa com dolo eventual um tratamento diferente daquele em que outras ocorrem formas de dolo.

Assim, para os adeptos dessa corrente - apesar das especificidades e razões de fundamentações de cada autor - haveria de se impor um tratamento igualitário entre a forma tentada e forma consumada, já que ambos partilhariam dos mesmos elementos estruturais da tipicidade subjetiva.

Seguindo a divisão dos posicionamentos doutrinários, o professor ainda elenca os partidários daquilo que ele classifica como “tesis diferenciadoras”, na medida em que advogam pela incompatibilidade do mesmo como regra geral, mas que a depender de determinadas situações, pode o agente delituoso responder em tal modalidade. A visão geral dessa doutrina seria a fundamentação que a exceção deveria ser aplicada quando houver um “resultado conmovedor del Derecho”¹², termo utilizado por um dos fundadores dessa teoria Salm que promove um olhar manifestamente objetivo ao fenômeno, uma restrição, como afirma Sumulla, ao viés subjetivo da estrutura do *conatus*.

Por fim, como última postura adotada pelo campo acadêmico, e como já adiantado na introdução, a minoritária em relação à discussão travada, os teóricos das “tesis negativas”, negam a possibilidade sistemática da teoria do injusto penal comportar teses de aplicabilidade da modalidade de dolo indireta nos tipos inconsumados, pois, na verdade, não haveria uma relação de dominante e dominador nos elementos da consumação e tentativa. Entendimento esse inclusive adotado pelo professor espanhol:

la equiparación entre el delito consumado y el delito intentado no se compadece con la autonomía típica de la tentativa, y su consiguientes particularidades estructurales, entre las que destaca que la voluntad de consumación desempeña la función de un elemento subjetivo del injusto de intención transcendente.¹³

E é justamente essa última posição estandardizada como premissa para eventuais questionamentos jurisprudenciais sobre os posicionamentos dogmáticos manifestados. De prima face, trabalha-se com as ideias desenvolvidas pelo professor português José Faria Costa

¹² Tradução livre: Resultado comovedor do direito

¹³ TAMARIT, 1992, p. 516- 517 . Em tradução livre: equiparação entre o crime consumado e o crime tentado não é compatível com a autonomia típica da tentativa, e suas consequentes particularidades estruturais, entre as quais se destaca que a vontade de consumir desempenha a função de elemento subjetivo do injusto de transcendente intenção.

que em seu livro intitulado “Tentativa e dolo eventual ou Da Relevância da negação em direito penal”. De maneira complementar, outros autores que discutem o tema também terão seus pensamentos destrinchados, guardando a simetria e a lógica argumentativa com vislumbre a não perversão normativa.

Ademais, com o olhar voltado para a política criminal, foi realizado, assim, um prognóstico sobre a efetividade das políticas criminais conforme as teses prolatadas. Ressalvando-se que não é intenção do presente autor reproduzir o pensamento positivista de que há uma separação clara entre essa e dogmática, já que não devem ser tratadas de forma distintas, muito pelo contrário, demonstrou-se uma complementação e, por vezes, uma sobreposição dos referidos campos.

Em complemento, como segundo pilar teórico utilizado, a pesquisa também trabalhará com o problema mediante o papel do discurso legitimador da aplicação desse fenômeno na visão da expansão do direito penal simbólico¹⁴. Conceito esse desenvolvido pelo pesquisador Rodrigo Jose Fuziger em sua obra “As faces de Jano: Simbolismo no Direito Penal”. Esse define o direito penal simbólico como:

O Direito penal simbólico esconde, sob seu sentido manifesto, uma intenção subliminar de ação sobre a percepção da população. Trata-se, portanto, de uma intencionalidade que não está explícita na norma, sentença, procedimento ou qualquer ação que esteja inserida dentro do universo penal.¹⁵

Desta forma, a intenção manifesta (isto é, a intenção instrumentalizadora, de meio- fim que o autor do conteúdo normativo expõe como fonte para atingir o fim útil, a proteção dos bens jurídicos) do Direito Penal é vista como um arcabouço que resguarda também os desdobramentos latentes (intenção oculta que ultrapassa o sentido supostamente almejado por

¹⁴ A título de explicação, a observação que o autor faz ao diferenciar simbolismo no direito penal do direito penal simbólico, nas palavras dele - “Simbolismo no Direito penal” e “Direito penal simbólico”, sendo que a primeira diz respeito a todas as formas (intrínsecas, legítimas ou ilegítimas) de utilização de símbolos no Direito penal. Já a segunda categoria corresponde a uma parcela deturpada do uso de símbolos dentro do Direito penal, prejudicial a sua função e ilegítima perante seus princípios, o que acaba por gerar dois efeitos intoleráveis à dinâmica do Direito penal: sua inefetividade e sua seletividade.

¹⁵ FUZIGER, Rodrigo José. **As faces de Jano: o simbolismo no direito**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 213.

quem a emitiu), isto é, consequências adversas daquela esperada pelo que foi justificado pela intenção manifesta. Assim, age-se pelo engano, pois¹⁶ “assegura a expectativa social sobre a efetividade daquela norma, sem que ela possua condições instrumentais de modificar a realidade (diminuição da violência) ou, mais especificamente, modificar os comportamentos que ocorrem na realidade”.

Quanto maior for o desvirtuamento dos efeitos até então desnudados pelo emissor, maior será a inefetividade da norma penal. Entretanto, essa vulgarização normativa não pode ser entendida como uma ineficácia da norma, pois, na verdade, há uma efetividade daquilo que foi proposto como política criminal pelo engano para apaziguamento social frente as mazelas existentes, uma reação social fantasiosa. Produzindo-se a falsa sensação de efetividade e mudanças fáticas aos receptores dessa manifestação legal.

Tendo como funções principais a já descrita reafirmação de valores e anseios populares, a autoafirmação da capacidade estatal para solucionar o fenômeno do crime e, por fim, como norma que visa adiar a resolução de conflitos sociais.

Seguindo com seu entendimento, Fuziger explica a formação desse fenômeno não só na criminalização primária (Legislativo), mas também dentro da lógica do próprio judiciário (criminalização secundária).

Há que se ter em conta que o fenômeno do “Direito penal simbólico” exorbita o plano Legislativo e permeia os poderes Executivo e Judiciário [...] A verificação do “Direito penal simbólico” numa decisão judiciária ou administrativa dependerá do mesmo exame contextualizado aplicado a uma norma.¹⁷

Ao se centralizar no campo da aplicação da norma jurídica, esse referencial teórico será de suma relevância para compreender as justificativas manifestas utilizadas pelo poder judiciário ao se fazer uso de um determinado discurso penal em suas decisões para suprir determinadas razões e escolhas.

¹⁶ Ibid, p. 276.

¹⁷ TAMARIT, 1992, p. 289.

Focando, sobretudo, na percepção de que ao dizer o direito e ao impor um sentido linguístico ao fenômeno utilizado, essa valida a norma (com seu conteúdo latente desvirtuado) através da já extensamente discutida argumentação silogística. Estruturando sentidos a partir desse consenso, ou seja, do acordo comunicativo – significativo já estabelecido anteriormente por esse mesmo sistema. Sendo o direito penal simbólico, portanto, a estrutura e o estruturando do seu fenômeno.

Encontra-se os lastros desse fenômeno nas justificativas das proteções dos bens jurídicos e do fim último da pena como função preventiva geral negativa e sua efetividade/ legitimidade em si, isto é, a contestação da própria legitimação de elevar o dolo sem vontade como forma mais rígida de aplicar uma pena às ações que são, na verdade, fruto da imprudência humana.

2. RELATÓRIO DOS DADOS COLETADOS

2.1 Da Metodologia aplicada à pesquisa

Como forma de analisar o fenômeno da tentativa e dolo eventual e sua possibilidade em nosso sistema judiciário, optou -se por fazer uma delimitação de jurisprudência da seguinte forma; do ponto de vista de escolha da figura típica, o crime de homicídio foi o contemplado. Já no sentido institucional, o órgão escolhido para ajudar a responder o problema aqui já discorrido foi a 5ª Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça¹⁸. O recorte temporal, por sua vez, são as decisões proferidas entre 1 de janeiro de 1997 até 31 de dezembro de 2022.

Devido à grande quantidade das decisões proferidas entre esses 26 anos, optou se por fazer também um recorte processual levando em conta apenas as decisões ocorridas no colegiado (acórdãos), descartando-se aquelas proferidas monocraticamente pelos ministros.

Entretanto, não se fez nenhum tipo de diferenciação quanto a natureza do processo, isto é, não há relevância para fins de distinção se o caso se trata de um agravo regimental, um Recurso em *Habeas Corpus* e outros. A questão pertinente será somente o conteúdo e as argumentações construídas.

¹⁸ Atualmente, o Superior Tribunal Federal é composto por 33 ministros, os quais são divididos em 3 seções e seis turmas, dentre essa divisão, a pesquisa situa-se na, 5ª Turma que é composta por 5 integrantes. Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Para mais informações acesse: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>>.

Art. 2º O Tribunal funciona:

I - em Plenário e pelo seu órgão especial (Constituição, art. 93, XI), denominado Corte Especial; II - em Seções especializadas;

III - em Turmas especializadas.

§ 1º O Plenário, constituído da totalidade dos Ministros, é presidido pelo Presidente do Tribunal.

§ 2º A Corte Especial será integrada pelos quinze Ministros mais antigos e presidida pelo Presidente do Tribunal

§ 3º Há no Tribunal três Seções, integradas pelos componentes das Turmas da respectiva área de especialização. As Seções são presididas pelo Ministro mais antigo, por um período de dois anos, vedada a recondução, até que todos os componentes da Seção hajam exercido a presidência.

§ 4º As Seções compreendem seis Turmas, constituídas de cinco Ministros cada uma. A Primeira e a Segunda Turmas compõem a Primeira Seção; a Terceira e a Quarta Turmas, a Segunda Seção; e a Quinta e a Sexta Turmas, a Terceira Seção. O Ministro mais antigo integrante da Turma é o seu presidente, observada a disposição do parágrafo anterior quanto à periodicidade.

§ 5º Na composição das Turmas, observar-se-á a opção feita pelo Ministro, atendendo-se à ordem de antiguidade.

§ 6º Para os fins dos §§ 3º e 4º deste artigo, considerar-se-á a antiguidade dos Ministros no respectivo órgão fracionário

Os termos utilizados para encontrar o recorte já acima descrito (levantamento), foi a utilização dos seguintes verbetes no espaço de pesquisa do próprio site do STJ: Tentativa e Dolo Eventual e Homicídio. O sistema registrou 39 (trinta e nove) acórdãos com essa busca. Ao verificar sua compatibilidade com a estrutura de significado e sentido vislumbrados pela presente monografia, restaram apenas 17 (dezesete) processos. Devendo-se fazer a ressalva de que casos em que foi arguida a soberania do júri que afastou tal modalidade e que por isso não cabia ao Ministério Público questionar ou casos ainda que mencionem a mesma indiretamente ao longo do processo, mas que não tangenciam a questão aqui abordada foram desconsideradas (como os casos de prisão preventiva em que o tribunal nem sequer chegou a conhecer dos processos por não ser aquela a via correta para tal). Ou seja, esses foram desconsiderados dentre os 17 filtrados ao final.

Desta forma, a pesquisa em sua essência foi empírica, isto é, o objeto foi coletado através da análise das decisões prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça, uma pesquisa claramente voltada para práxis.

Esses 17 (dezesete) casos analisados representam 100% das decisões da Turma no período supramencionado em votos não monocráticos, ou seja, abarca a totalidade do universo em que a pesquisa se debruça. Já as manifestações monocráticas representam, em quantidade bruta (sem uma análise detida dos casos e suas relações de sentido), 2.709 (dois mil e setecentos e nove). Desta forma, tais números servem para ressaltar que a dinâmica decisória só representa o nível na colegialidade. Pode haver distorções e diferenças de resultados caso seja feita a análise somente de um ministro quanto ao tema pesquisado.

Por sua vez, pretendeu-se responder à pergunta de partida formulada através do método descritivo, ou seja, pormenorizou-se as linhas argumentativas das decisões que entenderam pela admissibilidade, descrevendo o fenômeno não apenas unitariamente, mas em uma visão geral, observando o consenso e dissenso nos julgamentos.

Ademais, a pesquisa tem como viés secundário o qualitativo, ao passo que buscou coletar, a priori, os dados gerais do levantamento feito em sede do STJ para responder pergunta já citada. Sendo esse método importante para decompor os dados levantados, os quais serão classificados em conjuntos já estabelecidos, além dos cálculos para encontrar os números e

intensidade do produto, isto é, o resultado da pesquisa. Como forma de sintetizar os dados encontrados, utilizou-se como ferramenta auxiliar para evidenciá-los o programa Excel que trabalha com a construção de planilhas e gráficos.

Por sua vez, o foco principal será o cunho qualitativo, pois buscou-se entender as causas e consequências do conteúdo das decisões. Isto é, apesar do detalhamento estatístico dos julgados, esse resultado é apenas um meio para entender as características, a subjetividade dos julgamentos construídos. Formulando-se os seguintes questionamentos: Qual foi a modalidade do crime de homicídio cometida? Qual a incidência dos julgamentos ao longo dos anos analisados? De quem é a titularidade dos que postulavam pelos recorrentes (advogados ou defensores públicos)? Qual foi o resultado do julgamento? Houve compatibilidade segundo as decisões prolatadas? Se sim, quais foram os argumentos utilizados para fundamentar esse entendimento? Houve discordâncias entre os ministros? Como foram desenvolvidas?

Assim, a primeira parte da pesquisa foi tabular os dados encontrados nos acórdãos da Quinta Turma, o que foi de suma importância para a criação de conjuntos de dados que, em uma análise estrutural – semântica, permitiu responder justamente às perguntas acima propostas.

O método indutivo é o ponto de partida do presente trabalho. Ou seja, foram analisados os casos concretos (jurisprudência) para, em seguida, formular as conclusões dessa pesquisa. Assim, não teve como ponto nevrálgico a formulação de uma hipótese a ser colocada em prova, pelo contrário, a “conclusão” das críticas ao paralelismo jurídico em questão serão construídas ao longo do trabalho. Por fim, cabe lembrar que por terem sido extraídas de catalogação das jurisprudências da 5ª Turma do STJ, as documentações levantadas são de natureza primária

2.2 Do Resultado da Pesquisa

2.2.1 Da quantidade de casos por ano

Ao comparar as decisões que analisaram a possibilidade da tentativa em dolo eventual nos crimes de homicídio, percebe-se quase que uma completa ausência de questionamentos dessa tese até a entrada da segunda década do século XXI. Tendo a constante de pelo menos um caso por ano a partir de 2015.

O modal de incidência demonstra que a contestação foi 0% nos primeiros dez anos do século XXI para uma variação de 100% a partir da primeira década (2011). Por consequência, extrai-se dos dados em tela uma tendência de questionamentos sobre essa. E assim continuará, pois trata-se de um desafio intrínseco ao sistema judicial e que reflete as complexidades e ambiguidades do sistema penal. Até que seja de fato pacificado (diferente de jurisprudência consolidada, pois essa se remete a uma estabilidade frágil, já que a qualquer momento pode ser reinterpretada pela referida Turma; votações paradigmáticas) pelo 3ª Seção ou sumulado, não tardará questionamentos hermenêuticos.

Tabela 01 - Quantidade de casos por ano

Ano	Quantidade
1997	1
2012	2
2015	1
2016	2
2017	1
2018	2
2019	3
2020	1
2021	2

2022	1
------	---

Fonte: Aatoria própria, 2023.

2.2.2 Da modalidade de crime

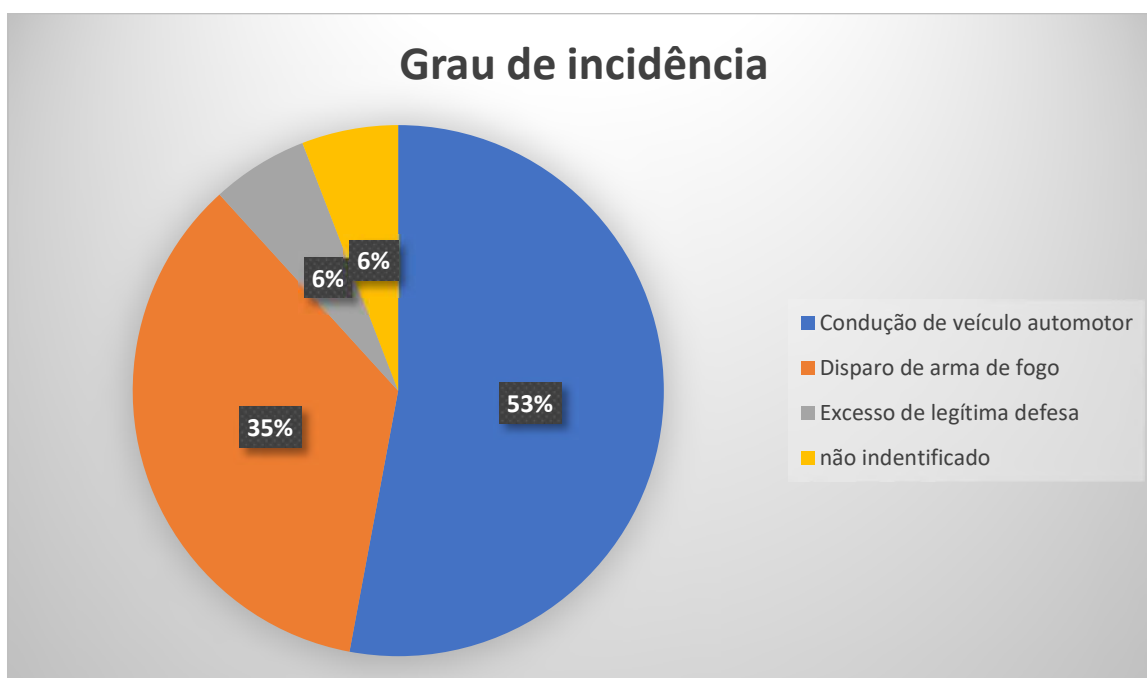
Ao catalogar as principais formas das modalidades da tentativa de homicídio identificadas através dos autos processuais, observou-se uma grande incidência de, sobretudo, duas modalidades desse crime contra a vida; como primeira modal aparece o crime praticado em condução de veículo automotor e logo atrás o disparo de armas de fogo contra outrem específico ou determinado grupo. Crimes que pelo seu alto grau de impacto potencial (do poderia acontecer) e letalidade contra o bem jurídico se tornam mais corriqueiros nos tribunais. Por fim, ainda se observou a incidência de um único caso envolvendo o excesso de legítima defesa e a imputação do indivíduo na tentativa de dolo eventual, que, em adiantamento ao resultado, foi reconhecida a compatibilidade no AGRHC-678195-2021-09-20, como relator o ministro Reynaldo Soares da Fonseca, o que demonstra a importância da jurisprudência na interpretação e aplicação da lei e o alto conteúdo discricionário ao imputar essa e não outra tese.

Tabela 02 - Grau de incidência- modalidade típica

Modalidade	Grau de incidência
Condução de veículo automotor	09
Disparo de arma de fogo	06
Desferimento de objeto cortante; excesso de legítima defesa	01
Não identificada	01

Fonte: Aatoria própria, 2023.

Figura 02 - Grau de Incidência



Fonte: Autorial própria, 2023.

2.2.3 Titularidade da defesa

Em relação à titularidade do patrono instituído para a defesa do acusado, observou também uma grande diferença numérica entre os advogados privados e a defensoria pública. O que pode condizer com a disparidade econômica somada ao alto número de demandas comportadas pelas defensorias dos Estados. Ou seja, em torno de 85% dos casos, os patronos dos defendentes eram advogados privados, enquanto apenas 15% tinham como titularidade os advogados públicos.

Tabela 03 - Titularidade da defesa

Titularidade	Grau de incidência
Advogado	14
Defensor Público Estadual	03

Fonte: autoria própria.

A desigualdade entre ter um advogado privado e depender da Defensoria Pública revela, por si só, disparidades significativas no acesso à justiça e na garantia de direitos legais.

A Defensoria Pública é uma instituição fundamental para garantir o acesso à justiça para aqueles que não têm condições financeiras de contratar um advogado privado. No entanto, essa opção muitas vezes se depara com recursos limitados, resultando em uma carga de trabalho elevada para defensores públicos, o que pode impactar a qualidade da assistência legal fornecida. Os prazos podem ser mais longos, a comunicação menos ágil e, em alguns casos, a expertise na área do direito necessária para casos complexos pode ser insuficiente.

Essa desigualdade se traduz em um sistema de justiça que muitas vezes beneficia os mais ricos, que podem se dar ao luxo de pagar por uma representação legal de alta qualidade, enquanto os mais pobres muitas vezes têm que se contentar com uma assistência jurídica limitada.

Apesar dessa disparidade mostrada nos números acima, como se verá logo abaixo, essa desigualdade financeira não conseguiu transpassar os entendimentos dos julgadores sobre a tese contestada. O que foi, para o pesquisador, surpreendente, na medida em que o poder financeiro – especializado por meio de advogados não influenciaram, ao menos no recorte da pesquisa, o conteúdo das decisões.

2.2.4 Resultado das votações

Conforme será mais bem exposto no tópico 2.2.5, houve uma uníssona uniformidade do Tribunal quanto ao entendimento do cabimento dos recursos e ações autônomas. Utilizando-se da própria nomenclatura dos desembargadores ao decidirem pelo acolhimento ao não das argumentações alegadas na petição cotejada, temos o seguinte:

Tabela 04 - Resultado dos acórdãos

Nº PROCESSO	RESULTADO
RHC-6797	Conheço o recurso, mas nego provimento
HABEAS CORPUS Nº 147.729	Denega-se a ordem
AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.947	NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental
AgRg no Recurso Especial Nº 693.045	NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental
AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.176.324	NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental
HC 308180	Não conheço do mandamus
AgRg Recurso Especial no Nº 745.442	NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental
AgInt no REsp 1668615	NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental
AEEARESP-1058456	Nega-se provimento ao recurso
ADRESP-1711927	NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental
AGRESP-1786201	NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental
HABEAS CORPUS Nº 503.796	Não conheço do habeas corpus.
AgRg nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.810.607	NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental
AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1845152	NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental

AGRHC-656689	NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental
AGRHC-678195	NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental
AGRESP-2001594	NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental

Fonte: Autoria própria, 2023.

2.2.5 Compatibilidade

Conforme o que a tabela acima já denunciava com a denegação de todos os pedidos feitos pelas defesas ao tratar do objeto aqui discutido, ao passar da questão técnica para o que de fato foi decidido ao se manifestar pelas denegações, observou os seguintes dados:

Tabela 05 - Entendimento dos ministros

Nº PROCESSO	ANO	Entendimento
RHC-6797	1997	Compatível
HABEAS CORPUS Nº 147.729	2012	Compatível
AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.947	2012	Compatível
AgRg no Recurso Especial Nº 693.045	2015	Compatível
AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.176.324	2016	Compatível
HC 308180	2016	Compatível
AgRg Recurso Especial no Nº 745.442	2017	Compatível
AgInt no REsp 1668615	2018	Compatível
AEEARESP-1058456	2018	Compatível

ADRESP-1711927-2018-08-15	2018	Compatível
AGRESP-1786201-2019-08-05	2019	Compatível
HABEAS CORPUS Nº 503.796	2019	Compatível
AgRg nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.810.607	2019	Compatível
AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1845152	2020	Compatível
AGRHC-656689	2021	Compatível
AGRHC-678195	2021	Compatível
AGRESP-2001594	2022	Compatível

Fonte: Autoria própria, 2023.

Esses dados, por sua vez, evidenciam o fenômeno dos fatores externos a decisão judicial, como a ideologia dominante no campo jurídico, em outras palavras, o que os agentes do direito costumam denominar “Jurisprudência consolidada”. Sendo de suma importância a reflexão feita pelo professor Bergalli ao notar que o significado dado a lei penal dependerá de fatores além do formalismo jurídico legal, em suas palavras:

O conceito de interpretação tem um significado muito mais amplo do que aquele que pode restringi-lo ao quadro estrito da decisão jurisdicional porque, tendo em conta o campo do direito positivo, entende-se que a norma é mais o resultado do que o pressuposto da sua interpretação. Naturalmente, implícito nesta afirmação está o debate em torno da crença de que um sistema normativo tem uma realidade própria que é diferente daquilo que constitui o processo de interpretação e aplicação das normas que o constituem, o que certamente reflete a antiga contradição entre as abordagens formalistas que estão fechados a qualquer fator que não seja normativista para a aplicação do direito e aqueles que sejam meta-normativos e abertos a critérios psicológicos culturais que intervenham na decisão de jurisdição.¹⁹

¹⁹ BERGALLI, Roberto. Control social punitivo sistema penal e instancias de aplicación : (policía, jurisdicción y cárcel) 1996, p. 77. Tradução livre, original: El concepto de interpretación tiene una significación mucho más amplia que aquella que la pueda restringir al marco estricto de la decisión jurisdiccional porque, atendiendo al terreno del derecho positivo, se entiende que la norma es más el resultado que el presupuesto de su interpretación. Naturalmente que en esa afirmación vá implícito el debate em torno de la creencia que un sistema normativo posee una realidad propia y distinta de lo que constituye el proceso de interpretación y aplicación de las normas que lo constituyen, lo cual refleja, ciertamente, la vieja contradicción entre enfoques formalistas y cerrados a cualquier factor que no sea normativista para la aplicación del derecho y aquellos otros meta-normativos y abiertos a criterios psicológicos culturales que intervienen en la decisión de la jurisdicción.

Portanto, a tabela acima afirma justamente a questão da uniformização jurisprudencial com o resultado do levantamento feito, pois, de fato, há uma estabilidade do colegiado em relação ao assunto, isto é, 100% dos acórdãos proferidos pela turma foram reconhecendo a compatibilidade da tentativa com a figura do dolo eventual.

2.2.6 Discordâncias argumentativas

Em relação às discordâncias processuais ao longo da coleta e mineração, 100% das manifestações foram apreciadas por unanimidade, isto é, nenhum dos ministros se opuseram a posição de compatibilidade desse paralelismo. Não existe se quer uma complementação aos votos dos relatores. Em nenhum momento houve dissonâncias sobre os entendimentos dos relatores e seus votos. Independentemente da forma argumentativa traçada, essas eram referendadas. Não houve sequer uma decisão ao longo desses 27 anos em que se contrariou a decisão de compatibilidade estandardizada pela turma.

Tabela 06 - Divergências nos votos

Nº PROCESSO	Ano	Divergências de votos ou complementações
RHC-6797	1997	Não houve
HABEAS CORPUS Nº 147.729	2012	Não houve
AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.947	2012	Não houve
AgRg no Recurso Especial Nº 693.045	2015	Não houve
AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.176.324	2016	Não houve
HC 308180	2016	Não houve
AgRg Recurso Especial no Nº 745.442	2017	Não houve
AgInt no REsp 1668615	2018	Não houve

AEEARESP-1058456	2018	Não houve
ADRESP-1711927	2018	Não houve
AGRESP-1786201	2019	Não houve
HABEAS CORPUS Nº 503.796	2019	Não houve
AgRg nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.810.607	2019	Não houve
AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1845152	2020	Não houve
AGRHC-656689	2021	Não houve
AGRHC-678195	2021	Não houve
AGRESP-2001594	2022	Não houve

Fonte: Aatoria própria, 2023.

É importante mencionar que se de maneira individual cada ato decisório não teve nenhum tipo de manifestação dos ministros, a não ser acompanhar o relator, em um vislumbramento global dos casos julgados, observa-se uma complementação em sua imensa maioria, ainda que de base estrutural argumentativa frágil e autoafirmativa. A única divergência encontrada foi entre a fundamentação da equiparação ao dolo direto – como será visto mais detalhadamente abaixo - entre o entendimento que enxerga um querer no dolo eventual e o outro pensamento puramente de suposta “literalidade” do legislador ao querer comparar os dolos.

2.2.7 Argumentação utilizada

Ao direcionar-se para as principais estruturas argumentativas e análises de narrativas expostas pela 5ª Turma ao reconhecer a figura do *conatus* na modalidade do dolo sem culpa, observou-se o seguinte:

Tabela 07 – Argumentos utilizados

Nº PROCESSO	Ano	Argumentação
RHC-6797	1997	Equiparação ao dolo direto; enxerga um querer no dolo eventual
HABEAS CORPUS Nº 147.729	2012	Equiparação ao dolo direto e citação de Precedentes.
AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.947	2012	Cita Precedentes
AgRg no Recurso Especial Nº 693.045	2015	Equiparação ao dolo direto
AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.176.324	2016	Cita Precedentes
HC 308180	2016	Cita Precedentes
AgRg Recurso Especial no Nº 745.442	2017	Equiparação ao dolo direito e cita o princípio in dubio pro societate
AgInt no REsp 1668615	2018	Cita Precedentes
AEEARESP-1058456	2018	Cita Precedentes
ADRESP-1711927	2018	Equiparação ao dolo direto
AGRESP-1786201-2019-08-05	2019	Cita Precedentes
HABEAS CORPUS Nº 503.796	2019	Cita Precedentes
AgRg nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.810.607	2019	Cita Precedentes
AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1845152	2020	Equiparação ao dolo direto
AGRHC-656689	2021	Cita Precedentes
AGRHC-678195	2021	Equiparação ao dolo direto
AGRESP-2001594	2022	Cita Precedentes

Fonte: Autoria própria, 2023.

Assim, encontrou-se as fundamentações basicamente em 3 raciocínios; como maior incidência, a linha de fundamentação foi o “histórico de decisões anteriores” (jurisprudência consolidada) que já admitiam essa possibilidade, representando em torno de 59% dos casos cotejados.

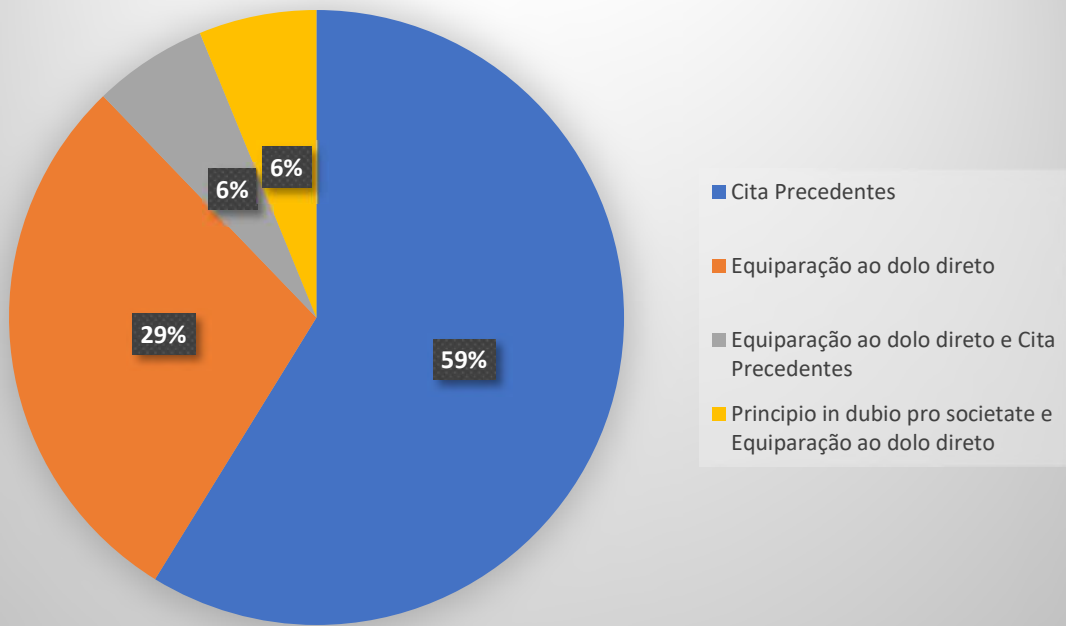
Em segundo lugar, o entendimento doutrinário de equiparação entre o desvalor do dolo direto com o do dolo eventual (sem vontade) e que por isso, caberia modalidade tentada, representando em torno de 29% das manifestações em colegiado.

Restando ainda os casos em que o relator em seu voto referiu se ao pseudoprincípio do *in dubio pro societate* como forma de complementar a jurisprudência majoritária apresentada sobre o caso, o que representa a incidência de 6% do arranjo coletado. E por fim, também em torno de 6%, foi feito além da citação dos precedentes, bem como uma argumentação de equiparação ao dolo direto, o que por si só deveria ser, em um tipo ideal de judiciário, a modalidade de maior incidência.

Por sua vez, dos casos em que em houve comparação entre o dolo direto e o dolo indireto segundo os julgadores, apenas no primeiro caso em 1997, o ministro relator Edison Vidigal no RHC-6797, foi o único a assumir uma posição *sui generis* em relação aos demais casos, apontando não só a equiparação feita pelo legislador, mas também a própria natureza do dolo eventual que em sua visão comportaria um querer também. Os dados gerais do levantamento podem ser vistos no gráfico abaixo disponibilizado.

Figura 03 - Incidências argumentativas

Incidências argumentativas



Fonte: Autoria própria, 2023

3. DO CONTEÚDO DECISIONAL

O respeito ao contraditório e a ampla defesa perpassam direta e indiretamente pelas manifestações do poder judiciário ao cotejar os processos criminais a ele incumbidos. E nesse mesmo raciocínio ainda devem essas deliberações judiciais serem regidas pelo crivo do controle de racionalidade hermenêutico, com o fim de verificar se suas razões são dotadas dos pilares de validade normativa e Cognoscibilidade. Essa hermenêutica não é simplesmente uma acareação do Código Penal como único vetor a ser rearranjado no nosso sistema criminal, afinal, esse está abaixo da Constituição, assim, o filtro citado é o que perpassa por uma visão centralizada no conteúdo da constitucionalidade, em que o sentido da norma se autodelimita nos princípios fundamentais que são irradiadas da carta magna. Como preleciona o professor Aury Lopes Junior ao explicar o papel do controle de decisões do juiz e a sua limitação constitucional, adverte que:

A eleição e atribuição de significados devem obedecer a certos limites, que vão dos limites da Constituição aos próprios limites semânticos e da reserva legal [...] o que se delimita ao Poder Judiciário é a verificação da adequação possível, ou seja, se a norma criada pelo intérprete não escapa da regra e, assim, do raio de alcance da estrutura linguística do enunciado, das palavras.²⁰

Buscando-se, assim, uma hermenêutica constitucional capaz de domar o poder decisório, já que, como explica ainda o autor, seria infantil não acreditar que o magistrado escolhe a versão e sentido da norma que entende mais justa ao caso concreto²¹, o que de forma alguma deve ser entendido como um aceno ao puro decisionismo, e sim pragmatismo ao atribuir ao juiz um caráter de não neutralidade utópica. Concluindo, deve-se haver um sistema que busque o equilíbrio entre a constitucionalidade normativa e o princípio da legalidade.

²⁰ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 992 -993.

²¹ Como já advertia o professor Antônio Manuel Hespanha “[...] O direito não foi feito para elaborar uma teoria, mas foi feito para resolver problemas questões da vida prática. A teoria do direito [penal] só se justifica se ela ajudar a resolver problemas práticos.” HESPANHA, Antônio Manuel. As escolas de Direito têm que ensinar mais vida e menos teorias sobre a vida. Entrevista publicada na Revista Direitos dos Humanos, da FEMPAR-Fundação Escola do Ministério Público do Paraná. Curitiba: FEMPAR, out, 2009, p. 15.

E é por esse filtro que deve -se avaliar as interpretações e argumentações dos ministros ao entenderem pela possibilidade da cumulação do dolo sem vontade com a tentativa, trilhando os entendimentos e razões de decidir no primeiro momento, para, no capítulo seguinte, analisar os impactos das teses adotadas.

Assim, fez se um acordo com o interlocutor dos enunciados (ministros), para que se tomasse, a princípio, as premissas das argumentações como verdadeiras, após, no papel de auditório, houve uma avaliação crítica sobre o juízo de valor sobre as decisões. Afinal, é necessário entender o sentido e contexto dos argumentos e, somente após, proferir o juízo de valor necessário. Sigamos.

Dito isso, consoante às minúcias analisadas no capítulo precedente, constata-se que as argumentações empregadas pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça podem ser categorizadas, de maneira substancial, em três linhas argumentativas principais. Estas consistem na analogia do dolo indireto em relação ao dolo direto sob a égide do nosso Código Penal, na fundamentação alicerçada em precedentes jurisprudenciais e, por derradeiro, no argumento *in dubio pro societate*. Com o propósito de evidenciar as matizes argumentativas, as análises partiram da seleção de um processo representativo que se presume refletir os demais, dada a identificação de um padrão técnico de redação semelhante em todos eles.

3.1 Dolo eventual

Ao colacionar os argumentos erguidos para sustentar a compatibilidade do *conatus* com o dolo sem vontade, evidenciou-se duas correntes que ao longo das decisões se entrelaçam por vezes dentro do mesmo discurso, havendo em não poucos processos analisados uma zona de penumbra em que houve uma dificuldade de distinção. De toda forma, a primeira corrente perpassa por uma visão sistemática do nosso Código Penal e a segunda tem como pedra basilar o arranjo teológico normativo, assim, enquanto essa busca evidenciar a suposta intenção do

legislador na época na produção das leis, aquela apresenta o sistema hermenêutico em que o artigo 14, II e 18, I²², estão inseridos.

No RHC-6797-1998-02-1, o primeiro processo do universo a ser analisado, revela-se uma diferenciação marcante em relação aos demais casos. O então Ministro Edson Vidigal, de forma singular, transcende a comparação dos dolos em um viés meramente focado na vontade do legislador, sua abordagem diverge ao considerar os significados do verbete querer que destoam daqueles normalmente atribuídos a ele por convenções dentro do campo jurídico.

Partindo de uma premissa ancorada na teoria do consentimento do dolo eventual, isto é, o sujeito e sua percepção face ao resultado é o fator determinante para considerar o dolo eventual. Vidigal não se limita simplesmente a equiparar o dolo indireto com o dolo direto. Sua visão *sui generis* propõe uma interpretação ousada, sustentando que o dolo indireto, longe de ser uma categoria inerte, traz também um querer na ação do agente. Nesse contexto, a análise do dolo eventual, em sua concepção, vai além de uma manifestação de apatia, de tolerância, de consentimento, de inação face ao resultado que irá se desdobrar por parte do sujeito que perpetrará o delito. Ou seja, tal visão peculiar postula que esse querer abrange significados que transcendem a identificação do senso comum do direito conforme já ressaltado.

Examinemos sua exposição de forma integral, desvelando as nuances e os entrelaçamentos que permeiam seu discurso²³:

Figura 04 - Voto do ministro

²² Art. 14 - Diz-se o crime: [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#) II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. [\(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#) e Art. 18 - Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) Crime doloso (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

²³. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RHC 6.797/RJ, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/1997, DJ 16/02/1998 - Imagens (prints) abaixo correspondentes às páginas 5 e 6.

A primeira, aqui invocada pela defesa, considera tal incompatibilidade baseada especificamente na norma que prevê a figura da tentativa. Segundo a mesma o crime é tentado quando, iniciada a execução, o delito não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Logo, deve haver o elemento subjetivo "vontade", e o crime cometido apenas com dolo eventual não possui, dentre os seus elementos formadores, a vontade de praticar a conduta delituosa, mas apenas a assunção do risco.

Não é esse o meu entendimento.

A conjugação da consciência e da vontade representa o cerne do dolo, e esses dois momentos definidores não são estranhos ao dolo eventual. Por ser dolo "lato sensu", deve exigir os dois momentos, não podendo ser conceituado com o desprezo de um deles,

Figura 05 - Voto do ministro

como fazem os adeptos da Teoria da Probabilidade, que se desinteressam, por completo, do momento volitivo.

Assim, não basta para que haja dolo eventual, que o agente considere sumamente provável que, mediante seu comparecimento, se realize o tipo, nem que atue consciente da possibilidade concreta de produzir o resultado, e nem mesmo que tome a sério o perigo de produzir possível consequência acessória. Daí a posição pela qual me filio, a dos defensores da Teoria do Consentimento, que se preocupa em identificar uma manifestação de vontade do agente em relação ao resultado. Tolerar o resultado, consentir em sua provocação, assumir o risco de produzi-lo não passam de formas diversas de expressar o momento de aprovar o resultado alcançado, enfim, o de querê-lo.

Assim já se manifestou o TJSP, por ocasião do julgamento de uma Apelação Criminal, relator Cardoso Perpétuo:

"HOMICÍDIO DOLOSO - DOLO EVENTUAL - "Dolo eventual é plenamente equiparado ao dolo direto. É inegável que arriscar-se conscientemente a produzir um evento equivale tanto quanto querê-lo; ainda que sem interesse nele, o agente o ratifica "ex ante", presta anuência ao seu advento." (RT 720/412)

Levado por esse entendimento, é de se reconhecer a possibilidade da tentativa nos crimes cometidos com dolo eventual. Se é possível sua consumação, e seu agente responderá como se fosse dolo direto, mas ainda se aparenta possível sua tentativa, pois dentro do "iter criminis", essa se apresenta em fase anterior à própria consumação, como também acontece nos crimes cometidos com dolo direto.

Por consequência desta percepção interpretativa dos verbetes, o então ministro parte de uma visão expansiva dos significados contidos na norma penal, ultrapassando os conceitos do quadro de molduras interpretativas ao vislumbrar outros significados a verbete “querer”²⁴. Assim, seu argumento sequer abriria margens para discussão sobre a questão do dolo eventual, já que para na eventualidade da ação, o agente já estaria demonstrando, de certa forma, uma vontade de praticar o ato delituoso mesmo que de forma desprezíveis.

Tangenciando o mesmo entendimento majoritário da Corte alemã ao aplicar o Princípio do Limite da Inibição (Hemmschwellentheorie), na medida em que o perpetrador do injusto penal enxerga o resultado como algo atrativo, aliciante, conforme explica o professor Juarez Tavares, em que salienta o dolo eventual pode ser observado “quando o resultado se integrar no motivo do agente”.²⁵

Ademais, o interlocutor ainda fundamenta a possibilidade dessa aplicação através de uma demonstração centralizada no instituto da tentativa, na medida em que observa a aplicação do iter criminis do agente em ambos os dolos, reproduzindo o raciocínio “o que vale para um, vale para outro, já que suas naturezas são equiparadas”, ou seja, a tentativa também seria plenamente viável no dolo indireto, na medida que ambas comportariam todos os elementos necessários para ocorrer uma tentativa idônea.

Ultrapassando esse entendimento, todos os outros ministros ao relacionarem e equipararem ambos os dolos, partiram de uma concepção mais centrada na vontade do poder legiferante, ou seja, buscaram a finalidade social da possibilidade da cumulação das normas aqui discutidas, fazendo um exercício interpretativo para verificar o real objetivo do texto que os congressistas davam ao mesmo.

²⁴ Apesar do Professor Fuziger explicar que “as palavras costumeiramente sofrem uma expansão de seu conteúdo semântico. A palavra obviamente não é um ente apriorístico apreendida pela humanidade em um processo de epifania. Sua construção é um metódico e incessante processo que as modelam, diminuindo ou, geralmente, aumentando seu significado”, FUZIGER, Rodrigo José. **As faces de Jano: o simbolismo no direito**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 28. Ressalta-se que esse aumento da expansão semântica deve ser enfrentado com cautela, na medida em que a verbete pode adquirir tantos sentidos que podem produzir paradoxos e contradições em si mesma.

²⁵ TAVARES, 2019, p. 396.

Em todos os votos analisados em que foi feita a equiparação, fez -se essa interpretação; de que o legislador não se manifestou normativamente sobre qualquer entrave ou impedimento de ocorrer o dolo eventual na modalidade tentada, já que expressamente equiparou o dolo direto ao dolo eventual. logo, não haveria o porquê fazer uma interpretação distintiva dos atos consumados para os inconsumados.

O voto vencedor do ministro Jorge Mussi no HABEAS CORPUS Nº 147.729 evidencia de forma clara o entendimento majoritário na referida corte sobre o tema:

Entretanto, o legislador ordinário, um dos poucos a conceituar o dolo na prática da conduta delituosa, equiparou o agente que atua com a intenção de produzir determinado resultado àquele que, embora não o deseje, assume o risco de produzi-lo. A propósito, transcreve-se o disposto no artigo 18, inciso I, do Código Pena:

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo." De acordo com a lição de Luiz Regis Prado, "O Código Penal brasileiro (...) deu tratamento equiparador às duas espécies de dolo, devendo a distinção ser operada na fase de aplicação da pena. (Curso de direito penal brasileiro, v.1. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 371).²⁶

A percepção de que a tentativa caberia no dolo eventual passa por um raciocínio de que ao definir tentativa, o legislador não havia optado supostamente por especificar a não incidência aos crimes com o dolo sem vontade, logo, cabendo a figura do *conatus* independente da natureza do dolo. Argumento esse majoritário inclusive na dogmática penal. O ministro ainda vai além, filiando-se a percepção do professor Regis Prado, que advoga pela concepção de que o tratamento valorativo entre os dolos até existe, mas esse já seria abalizada na aplicação da pena do agente, na medida em que o juízo de reprovabilidade do dolo eventual seria menor do que aquele que pratica na modalidade direta.

Seguindo o mesmo entendimento, o ministro Reynaldo Fonseca no AgRg no HABEAS CORPUS Nº 678.195, que discutia a possibilidade do dolo eventual em um crime de trânsito, o referido faz questão de ressaltar o entendimento aqui já extensamente discorrido; a equiparação dos dolos por parte do legislador, o que é facilmente extraído da ementa de seu voto:

²⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC 147.727, Rel, Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2012, p. 13.

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. ART. 121, § 2º, I E IV, NA FORMA DO ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL – CP. VIOLAÇÃO AO ART. 476 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CPP. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE RECONHECE NULIDADE POR EXCESSO DE ACUSAÇÃO. NULIDADE INEXISTENTE. MINISTÉRIO PÚBLICO QUE NOS DEBATES ARGUMENTA PELA CONDENAÇÃO POR DOLO EVENTUAL. DENÚNCIA E PRONÚNCIA QUE NÃO ESPECIFICAM A MODALIDADE DE DOLO QUE ANIMOU A CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Consoante o art. 476 do CPP, nos debates em plenário após encerrada a instrução, o Ministério Público fará a acusação nos limites da pronúncia.

1.1. No caso concreto, o Ministério Público argumentou também pela condenação por dolo eventual, haja vista que os jurados decidem por íntima convicção. Compulsando a denúncia e a sentença de pronúncia, verifica-se que a tentativa de homicídio doloso foi imputada sem especificação da modalidade do elemento subjetivo. Considerando que o tipo legal abrange o dolo direto e o dolo eventual, não ficou caracterizado o excesso de acusação.

1.2. Não se pode descurar, ademais, que a imputação de conduta dolosa engloba tanto o dolo direto quanto o eventual, não se verificando, dessarte, ofensa ao princípio da congruência. Aliás, a equiparação entre o dolo direto e o dolo eventual decorre do próprio texto legal, não se revelando indispensável apontar se a conduta foi praticada com dolo direto ou com dolo eventual, "tendo em vista que o legislador ordinário equiparou as duas figuras para a caracterização do tipo de ação dolosa"

2. Agravo regimental desprovido.²⁷

É inegável que do ponto de vista dogmático todas as posições analisadas ainda nutrem, implicitamente, a mesma posição embrionária do direito penal desenvolvidas por Beling, que, usando as palavras de Stephan Doering, que a figura do delito frustrado seria um “delito dependente que embora se revista de tipicidade (typizität), não constitui um tipo legal, caracterizando-se antes pela sua relação de dependência com o tipo penal (tatbestandsbezogenheit)”²⁸, assim, figurando-se a estrutura da tentativa como um meio acessório para o crime consumado.

Por fim, extrai-se que ambos os argumentos acima utilizados demonstram de forma clara qual é o entendimento do 5ª Turma sobre o referido assunto. Sendo, inclusive, acima da

²⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1658858/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/6/2019.

²⁸ DARCIE, Stephan Doering. O Fundamento da tentativa em direito penal. Rio de Janeiro, Lumis Juris, 2014, p. 30.

média a referida argumentação, já que comparado ao total do universo analisado, os ministros ao menos se puseram na condição de verdadeiramente convencer a plateia com argumentos baseados em seu raciocínio e não na mera apresentação de outros processos que também entenderam pela compatibilidade.

3.2 Dos precedentes judiciais

A argumentação fundamentada na jurisprudência do tribunal, como previamente delineada, revelou-se uma ferramenta recorrente em mais da metade dos processos que exploravam a compatibilidade dos institutos. Nesses casos, deparamo-nos com decisões concisas, ancoradas unicamente em precedentes judiciais já apreciados pela mencionada turma. Decisões essas com um grau mínimo de contextualização e análise doutrinária sobre o que verdadeiramente quiseram os ministros argumentarem ao usar o discurso que jurisprudências defendem.

Apesar da omissão das principais jurisprudências associadas, bem como de sua origem, uma escolha estratégica para evitar a dispersão do foco nesta análise, não se pode deixar de destacar a natureza quase autocíclica desse emprego argumentativo. Uma jurisprudência serve como alicerce para as demais, estabelecendo uma regressão processual que se desdobra à medida que cada decisão subsequente se apoia nas anteriores.

Essa dinâmica revela não apenas uma intertextualidade, mas também uma espécie de circularidade que caracteriza a lógica argumentativa no âmbito jurídico, conforme observado nesta esfera específica de deliberação.

Como bem prelecionado pelo professor Fuziger, o símbolo é algo inerente ao direito e, por consequência, ao direito penal também, já que esse é tratado no plano da abstração, sendo seu significado uma convencionalidade humana, em que o ser humano cria as próprias teias de sentido, sendo uma norma que associa ideias gerais.

Como a estrutura do símbolo promove uma expansão dos significados, transmitindo-se uma dupla intenção, a manifesta e a latente, o autor entende que o conceito de norma como uma forma de símbolo e que seu significado não estaria na literalidade, mas sim em um plano enigmático, que só seria atingido pelo pensar daquele que interpreta o símbolo.

E é justamente através desse raciocínio que os efeitos simbólicos da utilização das jurisprudências pretendem proporcionar ao receptores da decisão; isto é, de que a decisão de admissibilidade da tentativa cumulada com o dolo eventual embasada de intertextualidades seria uma forma de discurso político criminal em que o judiciário, detentor da violência simbólica, transmite manifestamente que essa posição seria compatível com a sistemática penal e que pela “bondade dos bons” emanadas dos ministros, estariam mesma assim apreciando os pedidos feitos e, formalmente, argumentando pela sua não apreciação. Por sua vez, o conteúdo latente demonstra que essa posição não deveria ser questionada novamente, já que a política criminal adotada pelo tribunal estaria orientada para determinadas formas de lidar com o conflito dogmático aqui exposto, sendo a mera citação das jurisprudências uma forma de dizer que não se rediscutirá o tema.

Fato intrigante também é que os magistrados ao fundamentar sua razão de decidir através de um *Argumentum a pari*²⁹ (argumento de justiça), isto é, por semelhança, acabam transferindo seu poder decisório aos outros como forma de conferir legitimidade às suas decisões, pois, no final de contas, transfere ao conteúdo do todo (outras decisões) para a sua parte (seu caso cotejado). Nota-se essa técnica argumentativa, a título de exemplificação, na manifestação do ministro Ribeiro Dantas em que seu voto vencedor no AgRg nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.711.927, expressa a compatibilidade do dolo sem vontade com a tentativa,

Em relação à ofensa ao art. 18, I, c/c o art. 14, II, do CP e 593, III, d, do CPP, a iterativa jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que se

²⁹ A regra de justiça requer a aplicação de um tratamento idêntico a seres e situações que são integrados numa mesma categoria. A racionalidade dessa regra e a validade que lhe reconhecem se reportam ao princípio da inercia do qual resulta, notadamente, a importância conferida ao precedente.

afigura compatível com o dolo eventual a modalidade tentada, mesmo no âmbito do delito de homicídio.³⁰

Ou ainda a decisão no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2.001.594, em que de maneira sucinta citou em seu voto vencedor de haveria compatibilidade entre o dolo eventual e tentativa, já que o tribunal apresenta inúmeros entendimentos no mesmo sentido, segue trechos do acórdão do processo:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. PRONÚNCIA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 315, § 2º, E 619 DO CPP. INÉPCIA DA DENÚNCIA. QUESTÃO PREJUDICADA. DOLO EVENTUAL. SÚMULA 7/STJ. TENTATIVA E QUALIFICADORAS DO PERIGO COMUM E DO MEIO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. COMPATIBILIDADE COM O ELEMENTO SUBJETIVO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

4. A tentativa e as qualificadoras do perigo comum e do meio que dificultou a defesa da vítima são compatíveis com o dolo eventual. Precedentes.

5. Agravo regimental desprovido.³¹

3.3 In Dúbio Pro Societate

Por fim, como forma de enfrentar a disputa dogmática em discussão, o ministro Felix Fischer no AgRg Recurso Especial no Nº 745.442 optou por encerrar o assunto ao dizer que esse deveria ser discutido pelos jurados leigos (segunda fase do júri), já que seriam dotados do juízo natural e, por consequência, competente para julgar a referida demanda.

Desta maneira, a análise do juiz singular na primeira etapa do procedimento se restringiria a acarear se consta ou não as fundadas suspeitas de materialidade e autoria e que, se ao final fosse positivo, deve ser pronunciado, já que nesta fase, supostamente, a dúvida serve

³⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.711.927, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2018, p. 5.

³¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2.001.594, Rel. Ministro. Ministro Ribeiro Dantas, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2022, p. 1.

como elemento que beneficia a sociedade e não o acusado, isto é, o famigerado *In Dúbio Pro Societate*, no qual o interesse social deve prevalecer nesta primeira fase do Júri.

Releva anotar, por fim, que o entendimento jurisprudencial que predomina nesta Corte é no sentido de admitir a exclusão de elementos da decisão de pronúncia apenas quando estes se mostrarem manifestamente improcedentes. O juízo emitido pelo Magistrado ao determinar a apresentação do acusado perante o Conselho de Sentença é preliminar, e deve ser feito dentro dos limites impostos pela legislação de regência, que desautoriza que, nesta etapa, o juiz emita juízos de valor mais aprofundados. Vigora, nesta etapa, o princípio *in dubio pro societate*.³²

Ou seja, a centralidade argumentativa se baseia na não apreciação da questão divergente, já que não caberia à 5ª Turma fazer essa distinção (uma questão supostamente de competência de jurisdicional de outrem). Assim, a não apreciação é uma argumentação que nega a possibilidade de avaliá-la e que, indiretamente, o enunciador do juízo não vê como algo impossível a cumulação de ambos os institutos, pois se assim não o fosse, não iria admitir que o réu fosse levado ao júri para ser julgado por essa dogmática contestada pelo patrono da parte ré. Detalhes que não devem passar despercebido sobre um crivo mais crítico, afinal, a omissão também um argumento poderoso.

³² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg Recurso Especial no N° 745.442, Rel. Ministro Felix Fischer, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2017, p. 18.

4. PROBLEMAS E POSSÍVEIS CRÍTICAS À IMPUTAÇÃO DA TENTATIVA EM DOLO EVENTUAL

Depois de todos os dados quantitativos e qualitativos aqui dissecados, cabe agora entrarmos numa posição avaliativa sobre as discussões, as informações extraídas e as razões de decidir dos ministros da 5ª turma do STJ. Em síntese, buscou-se um compilado das possíveis problemáticas envolvendo essas decisões do ponto de vista de uma política criminal com grau mínimo de efetividade no tecido social e as imperfeições dogmáticas extraídas desse paralelismo jurídico.

O Estado e sua relação com o direito Penal, como bem descrito pelo professor Fuziger, transpassa pela detenção dessa entidade pelo monopólio da violência simbólica, em que goza de uma suposta legitimidade para punir. Tal fenômeno, ainda explica o autor, é devido à forma operante, buscando-se enraizar e normalizar (e normatizar) através da ideologia, que tem como significado a falsa percepção da realidade.

Portanto, como as críticas tecidas perpassam no fundamento apriorístico da visualização de uma estrutura dogmática penal comungada no prisma ortodoxo positivista. Entende-se que os presentes apontamentos como uma ferramenta da criminologia crítica, mais especificamente, a funcionalidade da agenda negativa, que devem ecoar na estrutura do direito penal material. Nas palavras do Professor Salo³³:

(primeiro) Crítica aos fundamentos e aos pressupostos da criminologia ortodoxa (microcriminologia positivista): (a) negação dos modelos consensuais de sociedade; (b) invalidação do postulado causal-determinista do delito e do caráter patológico do delinquente; (c) rejeição do caráter científico do saber criminológico e da neutralidade do criminólogo; (d) demonstração da parcialidade dos critérios metodológicos de medição da criminalidade (estatísticas criminais).

(segundo) Crítica aos fundamentos e aos pressupostos do direito penal dogmático: (a) rejeição dos discursos de igualdade e de imparcialidade na eleição dos bens jurídicos (criminalização primária); (b) negação do caráter positivo atribuído à sanção penal (pena útil).

³³ CARVALHO, Salo. Curso de Criminologia Crítica Brasileira, Rio de Janeiro, Editora Revan, 2023, p.117.

(terceiro) Crítica às diretrizes operacionais (funcionamento) das agências e das instituições do sistema punitivo: (a) demonstração do caráter seletivo do controle penal (criminalização secundária); (b) apresentação das 3 contradições existentes entre as funções reais exercidas pelo sistema penal e as funções declaradas pelo direito penal e pela criminologia (discursos oficiais e científicos de legitimação).

Assim, o trabalho conversa com os dados empíricos, mas a partir de uma visão nas reflexões teóricas críticas, isto é, os questionamentos e problemáticas realizadas através do cotejo das decisões prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça será uma forma de questionar as fissuras deixadas pela superestrutura estatal face às teses adotadas³⁴.

4.1 A dependência da tentativa face à consumação e o sofismo; *a maiori ad minus*

Conforme os dados elencados, 29% dos ministros argumentaram pela não distinção entre dolo direto e dolo eventual³⁵ sobre a ótica de que o poder legislativo assim desejava ou ainda na visão hermenêutica sistemática que permitisse a viabilidade dessa construção no Código Penal. Ademais, indiretamente, nos outros 71% dos acórdãos também reforçaram essa viabilidade pela estruturação de jurisprudências que equiparavam ambos os dolos. Ou seja, 100% nutrem a posição de convergência de ambos os institutos da teoria do injusto penal.

Todavia, essa interpretação é dotada de falhas, já que além de incorrer em uma espécie de “originalismo à brasileira”³⁶, os argumentos desenvolvidos se centralizam apenas na

³⁴ Apesar da posição não Marxista do Professor Faria Costa, nas mesmas palavras, esse adverte que “o repropor novas leituras jurídicas, suscitando a abertura de outras soluções é tarefa inalienável e dever de probidade intelectual.” COSTA, José de Faria. *Tentativa e Dolo Eventual, ou, da Relevância da Negação em Direito Penal*. Coimbra, Almedina, 1996, p. 35.

³⁵ Para mais informações vide o capítulo 04, p. 34-36.

³⁶ O que já seria por si só um grande problema. Afinal, como adverte Lenio Streck “A rigor, o que os textualistas oferecem para substituir os complexos critérios hermenêuticos é muito mais uma escolha arbitrária de quando o sentido foi atingido — nem tão arbitrária assim, já que os textualistas costumam parar de interpretar coincidentemente quando seus interesses pessoais foram satisfeitos. Isso é fazer hermenêutica, mas sem os ônus epistemológicos de lidar com a linguagem”, por STRECK, Lenio Luiz. O que é isto — textualismo e originalismo? O que é, afinal, interpretar? *Redação ConJur*, 2022. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2022-jun-30/senso-incomum-isto-textualismo-originalismo-afinal-interpretar/> >.

distinção entre a natureza do dolo eventual e dolo direto, deixando a discussão da tentativa como algo complementar, um apêndice.

Antecipando eventuais objeções sobre a equiparação do dolo direto e eventual, com o questionamento de que exposição de motivos do já supracitado artigo do código penal realizado pelo então Ministro Francisco Campos era nítido quanto a equiparação, nas palavras do mesmo “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 nele, o agente o ratifica *ex ante*, presta anuência ao seu advento”³⁷. A fala do ministro em nada corrobora para uma ampliação dessa equiparação ao conteúdo do *conatus*, uma exposição de motivos, diga-se de passagem, incompleta, ao não expor os limites da equiparação e sua incidência ou não dos institutos penais, uma coisa é dizer que tem o mesmo efeito, outro é dizer em qual objeto recaí esse efeito.

Para evitar essa distorção hermenêutica com uma ampliação e equiparação não expressa, há de ser desnudada a construção dos elementos da teoria da tentativa, já que essa seria a forma correta de viabilizar um discurso em que se proponha a avaliar a possibilidade doutrinária.

Como bem exposto pelo professor Stephan Doering, a tentativa há de ter uma natureza totalmente distinta da consumação de um resultado com dolo, sendo um elemento autônomo e não um apêndice da primeira, explica ainda que a não reprodução dos tipos de tentativa nos crimes da parte especial é apenas uma técnica legislativa plenamente compreensível “a economia dos meios”³⁸, em nada afetaria a natureza da tentativa por essa ser um evento que ocorre naturalisticamente anterior ao evento da consumação. Nas Palavras do Professor Faria Costa “o facto de haver uma Parte Geral não mexe com a natureza [...] possibilita ou facilita o jogo conceitual para se atingir a correta solução”³⁹, desta forma, o *conatus* teria

³⁷Conforme citado pelo professor Bitencourt. BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 29ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 351.

³⁸ DARCIE, 2014, p.31 apud FARIA COSTA, José de. A análise das formas (ou a análise das "formas do crime": em especial a tentativa). Revista de Legislação e de Jurisprudência, 139, nº 3692. Coimbra: Maio-Junho de 2010, p. 297.

³⁹ Ibid.

elementos específicos em sua construção; a transposição dos atos internos para um agir (executar o delito pretendido), a não consumação do crime e, por fim, um dolo de agir.

E é exatamente a partir desse ponto que ocorre a primeira problemática; considerar justamente os elementos da consumação e tentativa como elemento dominante e elemento subsidiário, numa completa redução dogmática, já que partindo dessa visão e que, indiretamente pode se extrair das decisões, por uma construção da lógica formal conclamam; se cabe o crime de homicídio na modalidade de dolo eventual, também deverá caber para o crime tentado na mesma modalidade, pois há uma relação de dependência.

Acontece que, utilizando-se como referencial o professor Faria Costa, haveria uma argumentação por parte dos ministros que reproduzem o velho silogismo, e sofismo, do “o que vale para menos, vale para mais (a maiori ad minus)⁴⁰”, na medida em que, como já discorrido exaustivamente, os elementos de ambos são comparados e hierarquizados. Um equívoco por justamente ser um discurso reducionista e que não avalia as peculiaridades das construções do injusto penal⁴¹. Em crítica ferrenha a esse posicionamento, Faria Costa ainda adverte que:

Era preciso, pois, que o círculo de coincidência entre o conjunto referente à tentativa e o que se refere à consumação abarcasse o dolo eventual. Ora, isso não está demonstrado. E não o estando, injustificada fica também a validade lógica da asserção axiomática donde partimos. O que ficou provado, julgamos, foi a impossibilidade de se fundamentar um juízo jurídico (repare-se que nos cingimos ao mero juízo que não à compreensão) em parâmetros que se apoiem, sequer predominantemente, nas *regulae logicae*.⁴²

Portanto, essa seria a primeira assertiva e questionamento feito face às razões de decidir da corte; qual seria o pilar de sustentação que realmente prova que essa intersecção, de que essa mesma identidade entre os dolos de ambas as estruturas são similares e comportam o do dolo

⁴⁰ Também conhecido como argumento *a fortiori*.

⁴¹ Como explica o professor Argentino Soler “quando se imputa uma tentativa não se imputa um fragmento da figura principal, mas sim outro fato típico e completo, porém completo não no sentido da figura do delito, mas sim na figura da tentativa”. SOLER, Sebastián. Derecho penal argentino. Tomo II. 5. ed. Buenos Aires: Tipo- grafica Editora Argentina, 1992, p. 260.

⁴²COSTA, 1996, p. 106.

eventual indireto? Aliás, qual método aplicado para que se chegue a essa conclusão *a fortiori*? já que o elemento precedente deve ser sistematizado e explicado, afim que seja imposto ao subsequente de mesma natureza.

4.2 Entre Dogmas e paradoxos

4.2.1 O dolo genérico e tentativa

Ao adentrar no arranjo da imputabilidade subjetiva que compõem a estrutura típica da tentativa, mais especificamente, nos tecidos que definem a categoria dolo, o professor português José Faria Costa que em seu livro intitulado “Tentativa e dolo eventual ou Da Relevância da negação em direito penal”, descreve de maneira estruturada os argumentos que conduzem a uma visão da impossibilidade da cumulação de ambas as modalidades.

Como ressalva, descarta-se a visão de tentativa adotada por Faria Costa, sendo essa incompatível com o conceito de injusto de perigo concreto, o restante de seu raciocínio é preciso. A estrutura típica da tentativa, mais especificamente nos tecidos que definem a categoria dolo, deve ter como norte, conforme adverte o professor Tiago Joffily, um plano de afetação na qual o agente põe em perigo um bem jurídico de maneira concreta, mas que por circunstâncias alheias a da vontade do mesmo, o referido delito não se consuma. Ou seja,

se o crime tentado é uma das maneiras pelas quais se manifesta o injusto penal, então também nesse caso o bem jurídico tem que ter sido exposto a algum perigo concreto, o que só pode ser aferido a partir de um juízo *ex post factum*⁴³.

Seguindo esse entendimento do ato falho de ameaça de um bem tutelado, surge o elemento central argumentativo contra o paralelismo. Como bem explicado pelo autor português, o colocar em perigo é muito diferente da situação em que se alcança o resultado

⁴³ JOFFILY, Tiago. O Resultado como fundamento do Injusto Penal. Florianópolis, Empório do direito, 2016, p. 323.

pretendido. Assim, o *conatus* não poderia, como aqui já discorrido, ser entendido levianamente como uma estrutura idêntica ou até mesmo conexas da consumação quando se viola uma norma. Aquele é um elemento autônomo frente à figura do binômio violação/exaurimento. Assim, apresenta um arranjo próprio, com um dolo específico, uma intenção manifesta que não foi exaurida, isto é, uma decisão direcionada a um fim que não foi consumado.

Ora, quando o agente vislumbra a empreitada delituosa, ele tem uma intenção específica, isto é, um querer, desejando-se alcançá-los, independente se a via é dotada de idoneidade ou não. A questão toda transpassa em definir qual era o dolo específico do agente, afinal, não poderíamos condenar um condutor por tentativa de homicídio e, ao mesmo tempo imputá-lo o crime consumado, afinal, deve-se haver uma consciência segura do fato delituoso. Nas palavras de Marle, professor francês citado por Faria Costa:

l'intention qui est ici prise en considération n'est pas nécessairement l'élément moral requis par le texte incriminateur de l'infraction tentée. Ce qui est recherché par le juge c'est la volonté de parvenir à la consommation, donc un dol spécial, même si celui-ci n'est pas exigé par le texte incriminateur.⁴⁴

Assim, o primeiro ponto a se destacar para o autor seria o fato de que a impossibilidade da cumulação de ambos os institutos se daria devido à autonomia típica e as especificidades da *conatus*, e que, por consequência, esse não poderia comportar o dolo eventual na medida que na tentativa há de haver um querer em realizar uma conduta específica, isto é, “tem de haver uma irrecusável e inequívoca decisão de querer praticar o crime.”⁴⁵

O que provoca uma distorção sistemática a partir da adoção das “tesis positivas”, pois como poderia um agente tentar cometer um delito se não está certo, em sua esfera psicológica, se realmente deseja fazê-lo? Um homem que supostamente tentasse matar na modalidade de dolo eventual seu amigo, seria, na verdade, um homem que age sem um querer específico face

⁴⁴ Em tradução livre: a intenção aqui levada em consideração não é necessariamente o elemento moral exigido pelo texto que incrimina a tentativa de delito. O que o juiz busca é o desejo de alcançar a consumação, portanto um dolo especial, mesmo que isso não seja exigido pelo texto incriminatório.

⁴⁵COSTA, 1996, p 102.

um resultado que talvez nem se quer almeja. Logo, seria uma extensão dos elementos que provoca justamente uma expansão da punição penal sem que haja uma correta aplicação.

Nas decisões em que partiam da equiparação do dolo eventual ao direto ou ainda as de fundamentação através de jurisprudências baseados numa mínima contextualização ao caso concreto cotejado, geram uma espécie de fetichismo doutrinário, isto é, apegando-se rigidamente a essa escola de pensamento, impedindo o diálogo e a troca de ideias enriquecedoras. Não percebe ao menos a possibilidade de que podem estar, na verdade, estandardizando um oximoro; já que a definição de intenção eventual de um crime não consumado levaria a contradição de realidades psicológicas que são patentemente exclusivas.

O resultado não pode ser outro do que ambiente de decisões empobrecido, onde a diversidade de pensamento é subjugada em prol de uma adesão rígida a pseudoprincípios supostamente já estabelecidos por uma “regra do jogo”.

4.2.2 A impossibilidade de imputação de um fato não conformado pelo agente

Ainda com o objetivo de tentar responder se o “o dolo eventual pode ser elemento que estruture subjetivamente a tentativa punível”⁴⁶, o referido autor salienta que o dolo eventual oferece, sobretudo, um estado de dúvida, já que não se pode identificar um animus direcionado ao objetivo (bem jurídico atacado), o que, como também abordado na introdução, trata-se de uma ampliação da punição na estrutura do dolo por questões de política criminais, assim, elevando a estrutura da indiferença como uma negação dos valores estandardizados pelo legislador.

Seguindo ainda nessa estrutura, adverte o mesmo que o comportamento volitivo do agente frente ao resultado não deve ser entendido como a aceitação, e sim conformação (o que mais se aproxima do entendimento do nosso Código Penal em seu artigo 17, I) do resultado,

⁴⁶ COSTA, 1996, p. 74.

pois são estruturas com cargas simbólicas de entendimento distintas, uma coisa é “etwas in Kauf nehmen”⁴⁷ e outra é “sich mit etwas abfinden”.⁴⁸

Assim, a conformação é o que exprime de forma mais razoável a postura passiva frente aos desdobramentos, uma relação do sujeito com o bem infringido. Portanto, parte-se da ideia de que o elo volitivo que o dolo eventual busca refletir apenas se revela na inércia de não acionar os mecanismos deliberativos que poderiam prevenir os desdobramentos da ação principal, isto é, claramente desejada e intencional e que busca os resultados propostos.

Ora, como a definição desse transpassa por uma visão de que há uma possibilidade do fato delituoso acontecer e, a partir disso, o mesmo se conforma com a realização. Um dos elementos, segundo o autor, seria sua natureza vinculativa ao desvalor do resultado, na medida que esse é ferramenta necessária para descobrir se o ato foi ou não com dolo eventual.

E é a partir da premissa acima se conclui que no dolo eventual há uma junção do elemento conformação e previsibilidade, o agente ao iniciar a empreitada delituosa se conforma com a realização, isto é, com a consumação do crime e não com a possibilidade de incosumação dele. Ora, se um condutor alcoolizado dirigindo a 100 km/h em uma via movimentada prevê a possibilidade de matar alguém e se conforma com isso e atinge uma pessoa, não seria viável imputá-lo por tentativa de homicídio, como foi em 53% dos casos analisados pela 5ª Turma do STJ. O desfecho correto seria a imputação ao crime de lesão Corporal (leve, grave ou gravíssima a depender do resultado valorado), na medida, que o supracitado haveria se conformado com o homicídio e não com a tentativa de realizá-lo. Nas palavras do doutrinador português:

Querer a realização de um facto mas, isso sim, no conformar-se com aquela realização. Se o agente quer de modo directo ou necessário a realização do facto típico, decidiu também cometê-lo, mas já se não pode asseverar, pelos motivos apontados, que aquele que representa facto típico como possível e só se conforma com o resultado que decidiu do mesmo modo, praticá-lo. O agente conforma-se com a produção do facto; nada há, nem pode haver, para que a partir deste ponto nevrálgico da postura da consciência ético-jurídica do agente se possa normativamente inferir que o agente, com igual intensidade, também se conformava com a inconsumação, isto é, com a tentativa. Bem pode suceder, porque o dolo eventual representa sempre uma forma

⁴⁷ Em tradução livre: aceitar algo.

⁴⁸ Em tradução livre: conformar-se.

derivada, periférica, dependente face à finalidade primordial que o agente se conforme com a produção do facto mas rejeite em absoluto a conformação com o modo de realização inconsumada. É uma extrapolação inadmissível pensar que aquele que se conforma.⁴⁹

Sendo esse o pilar central para o autor, de que a conformação com o resultado não deveria ser entendida como conformação da tentativa, isto é, o pôr em perigo, na medida que isso faz com que o elemento da tentativa seja aplicado a casos em que sequer passou pelo carácter volitivo do agente.

Á título de exemplificação, se uma pessoa Y – um excelente atirador, com o animus de resistência a uma prisão ilegal, por exemplo, resguardando-se em sua casa, atira contra os policiais X e Z para resistir ao ato, conformando-se com a morte de ambos (dolo eventual), mas nenhuma bala ou estilhaços atingem os mesmos, segundo o que se pode depreender dos julgados da 5ª Turma pelo fato de pôr em perigo o bem jurídico vida, a imputação aplicada deveria ser a de tentativa de homicídio na modalidade do dolo eventual, todavia, essa não parece ser a solução adequada, já que se apesar da violação de um norma ao pôr em perigo o bem jurídico vida, esse não se conformou com a tentativa, um desvalor de um resultado não consumado por mera imposição intelectual. O desfecho adequado, ao seguir o entendimento do professor Costa é de que o agente deve responder pelo que de fato ocorreu, a saber, o crime do art. 15 da Lei nº 10.826/03⁵⁰, isto é, do disparo de arma de fogo.

Ou seja, a percepção de que o ato imputado ao agente deva ser minimamente adequada⁵¹ e além desse antecedente, deve se ter a compreensão que o próprio elemento inidoneidade (inadequação para a consumação do delito) extrapola a condição do possível, isto é, “ como seria possível o agente querer um fim principal e lateralmente, de modo acessório, representar um resultado como possível, sustentado por atos de idoneidade?”⁵² ora, como o professor

⁴⁹COSTA, 1996, p. 112.

⁵⁰Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

⁵¹ Não confundir com a teoria da causalidade adequada, pois, a palavra acima foi usada de maneira genérica.

⁵² COSTA, 1996, p. 95.

responde ao final do texto, não existe um ato eventual idóneo, isto é, a convicção segura do evento.

Portanto, são três os eixos argumentativos descritos aqui e que são críticas às posturas argumentativas adotadas pelos ministros: (1) a falta de um dolo específico da modalidade eventual, o que impede a tentativa, (2) a impossibilidade de imputação de um fato não conformado pelo agente e, por consequência, a (3) a aplicação de uma interpretação extensiva dos elementos da tentativa.

4.3 A ocultação do “*In malam partem*” no posicionamento da referida turma

O direito penal dogmático brasileiro tem como valor standardizado o respeito ao princípio da legalidade, isto é, de que a única via legitimada para criar tipos penais e suas respectivas penas é o poder legislativo, desta forma deve haver uma produção legal, positiva dos tipos penais e suas especificidades. Toda conduta delituosa deve estar presente na lei.

Por sua vez, as fontes indiretas do direito penal têm importância complementar nos casos em que há penumbra, uma dificuldade de se moldar e decidir sobre a punição ou não do sujeito no caso concreto. E é dentro dessas fontes que surge o papel da analogia no direito penal, podendo defini-la como uma forma argumentativa em que se faz uma comparação entre dois objetos (fenômeno criminal do caso concreto), para que a referida lei não se aplique somente ao caso y que está previsto na norma, bem como também para o caso x que apresenta uma zona de interseção com o caso y. Ora, devido ao princípio da reserva legal, essa analogia no direito penal feita pelos aplicadores das normas devem ser apenas para uma interpretação extensiva que beneficie o acusado, o que a doutrina chama de uma aplicação “*in bonam partem*”, na medida que limita a sanha de punição pelos entes estatais.

Por sua vez, o oposto de uma visão limitadora do poder punitivo estatal, seria aquela que tende a extensioná-la para alcançar casos supostamente aparentes, a essa forma de raciocínio, que é vedada em tese pelo nosso ordenamento, chama-se “*in malam partem*”, que

conforme alerta o professor Zaffaroni, ao se debruçar no assunto e sua proibição, traz um conceito técnico sobre esse:

Se por analogia em Direito penal se entende completar o texto legal na forma de entendê-lo como proibindo o que a lei não proíbe, considerando antijurídico o que a lei justifica, ou reprovável o que não reprova, ou em geral punível o que não pune, baseando a conclusão em que proíbe, não justifica ou reprova condutas similares, este procedimento de interpretação queda absolutamente vedado no campo da elaboração científico-jurídica do Direito penal.⁵³

E é justamente essa interpretação em desfavor dos recorrentes que é feita pela 5ª Turma Criminal do STJ, sem qualquer exceção, ao se utilizar do raciocínio de que o legislador supostamente equiparou os dolos e que por isso seria viável aplicar não só no crime consumado, bem como na tentativa. Essa linha de raciocínio levaria a uma extensão das características da estrutura subjetiva do *conatus*, o que, por sua vez, acarretaria o acréscimo do poder punitivo estatal. Não há no ordenamento a previsão da referida imputação, ou seja, um claro desrespeito à reserva legal de competência do legislador.

Fato é que, paradoxalmente, em 100% dos casos analisados, isto é, retirando apenas o argumento que delegou ao júri o poder de definição da compatibilidade ou não, nos casos de equiparação e citação de jurisprudência, de forma direta a primeira e indireta a segunda, utilizou com um dos argumentos aquilo que o congressista supostamente almejava no tempo da produção legislativa. Todavia, para fazer esse raciocínio se extrai um pensamento que sequer foi expresso minuciosamente pelo congresso, não passando de um jogo de interpretações que, na visão deste autor, não passa senão de interpretação que visa afagar uma reprovação maior do crime, assim, corroborar pela aplicação mais rígida, pois houve um ataque aos sentimentos do povo devido ao delito tentado cometido. Nessa mesma linha de raciocínio o professor Montivoni adverte sobre essa imprecisão argumentativa:

Chi mirando ad altro risultato (lecito o illecito), accetta il rischio che abbia a verificarsi anche un delitto, non si rappresenta e non vuole gli atti come diretti alla commissione di questo delitto. Il che vuol dire che *si ha delitto tentato solo se il soggetto agisce*

⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 168.

*con dolo intenzionale e che non è possibile punire il tentativo con dolo eventuale, senza violare il divieto di analogia in malam partem.*⁵⁴

Como já extensamente discorrido no presente capítulo, o agente se conforma com a consumação do crime e não com a possibilidade da tentativa. Assim, todos os argumentos utilizados nos tópicos anteriores desse capítulo desaguam justamente no raciocínio aqui elaborado; a imputação de homicídio com dolo indireto na modalidade tentada, algo que sequer é positivado, e se o fosse, não deixaria de ser uma distorção ao trabalhar os conceitos de tentativa e sua estrutura de imputação subjetiva.

Outrossim, o professor Aury Lopes adverte que não há mais como o meio jurídico conformar-se com juízes exegetas, isto é, que prolatam um pensamento comum (e por vezes deturpados) emanados de crenças sobre determinada visão ou posição quase que com fundamentação metafísica e inquestionável dentro do direito. Na verdade, esses atores com poder decisório devem ser canais que filtram a constitucionalidade e os arranjos construídos pelo poder judiciário face as normas infraconstitucionais, realizando as adequações necessárias para que não haja em distorções das aplicações do conteúdo legislativas.

No fenômeno-objeto aqui permeado, o tipo ideal descrito pelo processualista é longínquo em sua aplicabilidade, esses além de não terem uma posição combativa em relação distorção louvada, ainda promovem construções que exacerbam tais fissuras dentro do sistema; como é o caso do *in malum partem* entre a consumação e a inconsumação.

Nas palavras do professor ao citar Streck:

[Há um] conjunto de crenças e valores do discurso (manualístico) que impregna nossos tribunais. Valores e conceitos são repetidos ao longo de anos sem maior questionamento ou reflexão por parte dos operadores jurídicos, retratando um perigosíssimo conformismo. Exemplo típico dessa postura repetidora do "saber comum" é a paixão arrebatadora, por parte de alguns juízes, pelos repertórios de

⁵⁴ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*, 2ª ed., Padova, 1988, pág.380. Em tradução livre: Aquele que, visando a outro resultado (lícito ou ilícito), aceita o risco de que um crime possa ocorrer, não se representa e não deseja os atos como direcionados à prática desse crime. Isso significa que há tentativa de crime apenas se o sujeito age com dolo intencional, e não é possível punir a tentativa com dolo eventual, sem violar a proibição de analogia em prejuízo do réu.

jurisprudência. Invocar a "jurisprudência pacífica "reiteradas decisões de tal tribunal" etc., é considerado por eles como "fundamentação". Como explica STRECK, Lenio Luiz. (Tribunal do Júri. 3. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998. p. 51). "com esse tipo de procedimento, são ignorados o contexto histórico e social no qual estão inseridos os atores jurídicos (acusado, vítima, juiz, promotor, advogado etc.), bem como não se indaga (e tampouco se pesquisa) a circunstância da qual emergiu a ementa jurisprudencial utilizada. Afinal de contas, se a jurisprudência torrencialmente vem decidindo que..., ou a doutrina pacificamente entende que...**o que resta fazer? Consequência disso é que o processo de interpretação da lei passa a ser um jogo de cartas marcadas. Ainda se acredita na ficção da vontade do legislador, do espírito do legislador, da vontade da norma.**⁵⁵

É justamente essa percepção que os dados quantitativos demonstram sobre as decisões em que adotaram uma postura de 100% de admissibilidade da referida tese. Os relatórios emitidos pelos ministros se conformaram em fazer um breve resumo da causa, sem sequer uma análise do caso concreto, dos fatores envolvidos. Dado interessante é que nem a desigualdade de defesas - na medida que cada patrono tem um grau de expertise na área que atua maior ou menor - foi um vetor relevante para dissuadir os votos dos ministros. O mantra da jurisprudência consolidada servia como uma espécie de fé para que não caíssem em tentação de analisar os argumentos erguidos pelas defesas. E que aqueles que ousaram, repetiam os mesmos versos de sempre.

4.4 Sistema probatório e tentativa na modalidade de dolo eventual

Ao denegar a ordem no AgRg Recurso Especial no N° 745.442 de Relatoria do ministro Felix Fischer, esse utilizou de um suposto princípio criado pelos tribunais brasileiros – nossa verdadeira jabuticaba jurídica – o “in dubio Pro Societate”, tal conceito pode ser definido com um instrumento argumentativo utilizado pelos magistrados para que possam pronunciar à segunda fase do Júri o réu, na medida que a dúvida deveria perdurar os interesses do tecido social face à dúvida que beneficiasse o réu (in dubio pro réu).

⁵⁵ LOPES JUNIOR, 2022, p. 990 apud Streck, Lenio Luiz. Tribunal do Júri, 3. Ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998, p. 51.

Todavia, a ausência da necessidade de um veredicto de certeza quanto à autoria nessa etapa não implica endossar a aplicação da máxima "in dubio pro societate" – a qual carece de respaldo no ordenamento jurídico brasileiro – e aceitar que qualquer dúvida justifique uma Pronúncia.

Assim, as críticas centralizam-se, como se verá, na redução do estandarte probatório em casos que a análise do dolo eventual carece ainda mais de precisão, na medida que nas zonas de penumbras, pode-se pronunciar alguém que sequer empregou um dolo indireto e sim uma culpa consciente.

De prima, esse conceito utilizado pelo ministro não passaria de um “mero aforismo – não princípio de Direito”⁵⁶, isto é, um termo impreciso que “decorre apenas de mera praxe judicial e conta com certa conveniência, funcionando até como desculpa, pois é, inegavelmente, mais cômodo remeter a dúvida ao Júri do que ter de resolvê-la, penetrando mais profundamente no conjunto de provas existentes no Processo”⁵⁷. Assim, não é apropriado, como fez o ministro em sua decisão, afirmar que a recusa em aplicar o "in dubio pro societate" na Pronúncia implicaria em violação da soberania dos vereditos ou usurpação da competência dos jurados, que só se estabelece na segunda fase do procedimento bifásico.

O que se discute aqui é apenas a análise dos critérios para submeter o acusado ao Tribunal Popular, sob a ótica dos standards probatórios, os quais podem ser resumidos brevemente por Gustavo Badaró como “critérios que estabelecem o grau de confirmação probatória necessário para que o julgador considere um enunciado fático como provado, sendo aceito como verdadeiro”.⁵⁸

Portanto, é imperativo considerar a gravidade do equívoco que pode decorrer de cada tipo de decisão. Ser alvo da abertura de uma investigação é menos severo para o indivíduo do

⁵⁶ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Pronúncia e o in dubio pro societate. In: PIERANGELLI, José Henrique (coord.). Direito Criminal. V. 4. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 55).

⁵⁷ BARTÓLI, Márcio Orlando. O Princípio in dubio pro reo na Pronúncia, Revista Brasileira de Ciências Criminais, Edição especial de lançamento, dezembro/1992, p. 132).

⁵⁸ BADARÓ, Gustavo H. Epistemologia judiciária e prova penal. 2ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 241.

que ter uma denúncia recebida contra si, o que, por sua vez, é menos grave do que ser pronunciado e, finalmente, do que ser condenado. Dado que a pronúncia ocorre na penúltima etapa, imediatamente anterior à condenação, e representa uma medida consideravelmente prejudicial ao acusado – submetido a julgamento por jurados leigos, assim, esse estandarte deve ser estabelecido em um nível razoavelmente alto. O risco de erro deve ser assumido, principalmente, pela acusação, mesmo que não se exija um juízo de “certeza absoluta” para submeter o réu ao tribunal do júri.

Como novamente adverte o professor Badaró:

Não se exige, pois, que haja certeza de autoria. Bastará a existência de elementos de convicção que permitam ao juiz concluir, com bom grau de probabilidade, que foi o acusado o autor do delito. Isso não se confunde, obviamente, com o *in dubio pro societate*. Não se trata de uma regra de solução para o caso de dúvida, mas sim, de estabelecer requisitos que, do ponto de vista do convencimento judicial, não se identificam com a certeza, mas com a probabilidade. Quando a Lei exige para uma medida qualquer que existam ‘indícios de autoria’, não é preciso que haja certeza da autoria, mas é necessário que o juiz esteja convencido de que estes ‘indícios’ estão presentes. Se houver dúvida quanto à existência dos ‘indícios suficientes de autoria’, o juiz deve impronunciar o acusado, como consequência inafastável do *in dubio pro reo*.⁵⁹

É crucial fazer uma distinção entre a dúvida relacionada à autoria – a qual, se houver indícios suficientes contra o acusado, só será esclarecida pelos jurados ao final, já que é de responsabilidade deles o veredicto final dos fatos do caso – e a dúvida sobre a própria existência desses indícios suficientes de autoria (meta-dúvida, dúvida de segundo grau ou de segunda ordem). Esta última deve ser decidida a favor do réu pelo magistrado na fase de Pronúncia.

Com a premissa estabelecida de que, embora não seja necessário um julgamento com plena certeza quanto à autoria na Pronúncia, o “*in dubio pro societate*” não possui base no ordenamento jurídico brasileiro, torna-se essencial definir qual é o padrão probatório exigido para encaminhar o acusado ao julgamento pelo Júri em relação à autoria e à participação. Ou seja, é necessário determinar qual o grau necessário de confirmação da hipótese acusatória

⁵⁹ BADARÓ, Gustavo. Ônus da prova no processo penal, São Paulo: RT, 2004. p. 390-391.

representado pela expressão "indícios suficientes de autoria ou de participação", conforme estabelecido no artigo 413, caput e § 1º, do Código de Processo Penal⁶⁰.

É inegável que a utilização do referido brocardo resta como mais uma distorção dogmática- argumentativa enraizada pelo sistema judiciário. O rebaixamento desse estandarte representa uma baixa disposição dos julgadores em analisarem minimamente as provas produzidas nos autos e, por mais simples que a referida argumentação transpareça, adotar uma postura teológica voltada para que nas situações “dubium”, seja o réu absolvido ou sofra com a pena menos gravosa é a saída correta. Análise esse ausente no voto do ministro.

Ademais, as críticas do professor Juarez a fórmula de Franck - comum nas discussões que visam avaliar a posição de dolo eventual ou culpa consciente no conteúdo intelectual do agente – também incidente na imputação por tentativa, já que a referida fórmula seria, na verdade, um instrumento probatório e não do direito material para averiguar a posição do agente em relação aos desdobramentos ocorridos. E essa diferenciação fica exclusivamente na dependência do magistrado ao avaliar as provas através de um juízo “normalmente vinculado à personalidade do sujeito”⁶¹, o que provoca uma perversão do injusto penal e em última análise desagua no direito penal do autor do fato e não da ação provocada, uma centralidade em fatores psicológicos⁶² que para a busca da verdade processual e até mesma a real é inalcançável pelas ferramentas do direito. Ou seja, além do rebaixamento do estandarte probatório gerado pelo falso princípio já percorrido, a própria formulação de diferenciação entre o dolo e a culpa, com posterior imputação é impossível, pois gera um subjetivismo aquém da constatação; como

⁶⁰ Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008):
§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008).

⁶¹COSTA, 1996, p 108.

⁶²Ademais, as palavras da professora Maria Del Dias Pita, citada pelo professor Juarez são pontuais quanto à problemática coteja “se a conclusão do juiz é que o sujeito haveria atuado também como o fez, ainda que tivesse tido a certeza daquilo que lhe parecia provável, então faz com que o sujeito responda por uma aceitação do resultado que, na realidade, não assumiu, por uma vontade que não teve, por algo que definitivamente não fez”. TAVARES, 2019, p. 399 Apud DIAZ PITTA, Maria del Mar. El dolo eventual, p. 175.

provar que o agente quis dois resultados diversamente distintos e contraditório entre si? Ou se conforma pelo querer consumir ou pelo querer tentar consumir.

Fato é que a visão processualista penal por si só responde a problemática com a questão do brocardo utilizado. E após demonstrar sua inaplicabilidade em nosso ordenamento, urge salientar que, conforme explicado no capítulo 04, a omissão é uma forma argumentativa demasiadamente utilizada na medida que quem se ausenta sobre a manifestação de um assunto específico e o delega para outrem está, na verdade, ciente que pode haver uma imputabilidade pelo dolo eventual a um agente que não previu e nem quis o resultado gerado pela tentativa.

4.4.1 Breves apontamentos sobre a posição da Corte Chilena

Como possível contra - argumentação, pode-se vislumbrar que o referido ministro na verdade se utiliza da omissão face somente às qualificadoras e não ao dolo eventual como estrutura subjetiva da tentativa. Entretanto, não merece prosperar esse juízo, visto que ao citar os precedentes desta casa diz sobre sua real percepção sobre o assunto, trata-se apenas de um discurso vislumbrando uma padronização jurisprudencial, nem que isso custe uma distorção na construção dogmática e a criação de silogismos assistemáticos para promover a sanha punitivista.

Interessante, por fim, é a decisão da Suprema Corte Chilena sobre um caso ocorrido em 2019 durante os protestos que se alastraram pelo país⁶³. No dia 10 de novembro de 2019, um cidadão americano fez disparos de arma de fogo em direção a um grupo que se manifestava. Após os recursos impetrados pela defesa voltado a contestarem imputação de tentativa de homicídio com dolo eventual, o referido caso chegou a essa corte.

⁶³ Os próximos dados foram retirados, em origem, da obra *Tentativa y dolo eventual: una crítica de la jurisprudência reciente de la Corte Suprema Chilena*, escrita pelo professor Juan Pablo. Depois, migrou se para fonte originária; a Suprema Corte Chilena. Deve observar, ademais, que o referido advogada pelas “tesis positivas”, entretanto, como o referência metodológica da pesquisa são as “tesis negativas”, a construção de seus argumentos não serão apreciados de forma direta aqui. Na verdade, a obra desse será utilizada em sua totalidade na introdução, na medida em que cita os precedentes que levaram a Corte Chilena pelo não entendimento. Cabe salientar que não se descarta os apontamentos feitos por esse, que inclusive foram rebatidos ao longo do presente capítulo.

De forma técnica, a corte se deslumbrou em busca da comprovação desse dolo eventual. Houve a análise toda a produção probatória até então disponível, discorrendo sobre a natureza psíquica dos crimes imputados e sua eventual comprovação.

É o que pode se vislumbrar pelo trecho da decisão emitida pela Corte

Que la prueba del dolo -en cuanto se lo concibe como un conglomerado de hechos internos - es una de las cuestiones más problemáticas en la sede procesal penal, ya que su acreditación en un caso concreto pasa por la necesidad de que se averigüen determinados datos de naturaleza psicológica: se debe averiguar una realidad que, como afirma expresivamente Herzberg, se encuentra en la cabeza del autor o, como puntualiza Schewe, se basa en vivencias subjetivas del autor en el momento del hecho , unos fenómenos a los que puede y debe accederse en el momento posterior del proceso (Ragués i Vallés. El Dolo y su Prueba en el Proceso Penal. Universidad Externado de Colombia, J.M. Bosch Editor, 2002, p. 190). El medio probatorio por excelencia al que se recurre en la praxis para determinar la concurrencia de los procesos psíquicos sobre los que se asienta el dolo no son ni las ciencias empíricas, ni la confesión auto inculpatória del imputado, sino la llamada prueba indiciaria o circunstancial, plasmada en los denominados juicios de inferencia (Ragués i Vallés, cit., p. 238). Por su parte, el tratadista Pérez del Valle afirma que la prueba de la concurrencia en un delito de los elementos subjetivos necesarios para imponer una sanción se desenvuelve en la jurisprudencia en un ámbito necesariamente vinculado a la prueba indiciaria, ya que el objeto de la convicción del tribunal es un elemento que, en principio, permanece reservado al individuo en el que se produce, de modo que para su averiguación o para su confirmación, se requiere una inferencia a partir de datos exteriores (RDP, 1994, p. 413).

DÉCIMO OCTAVO: Que, en relación al reproche opuesto por el recurso en este asunto, a saber, la ausencia de dolo directo en el obrar del acusado, debe tenerse presente que según constante jurisprudencia de esta Corte Suprema, apoyada en sólidas opiniones doctrinarias, tanto el delito frustrado como la tentativa -grados de desarrollo alcanzados, según el fallo, por los ilícitos de homicidio atribuidos al acusado Cobin- requieren dolo directo en el agente, ya que la etapa de frustración del iter criminis no se diferencia en nada -en el plano subjetivo- de la tentativa, fase que, al exigir hechos directamente encaminados a la consumación, sólo se realiza con dolo directo, esto es, con intención o propósito de lograr la consumación del ilícito, mismo requisito que debe concurrir en la frustración (SSCS Rol N° 1.719-2007 de 24 de 24 de septiembre de 2007 y Rol N° 6.613-2012).⁶⁴

⁶⁴ Supremo Tribunal (Chile). JOHN MACAREWICH COBIN: 17-02-2021 (NULIDADE (CRIMINAL), Processo nº 134189-2020. Disponível em: <<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?du8f>>. Em tradução livre: Que a prova do dolo – por ser concebida como um conglomerado de factos internos – é uma das questões mais problemáticas na sede processual penal, uma vez que a sua acreditação num caso concreto depende da necessidade de apuração de determinados dados psicológicos. na natureza: deve-se apurar uma realidade que, como expressamente afirma Herzberg, se encontra na cabeça do autor ou, como aponta Schewe, se baseia em experiências subjetivas do autor no momento do acontecimento, fenômenos aos quais pode e deve acessado posteriormente no processo (Ragués i Vallés. El Delo y su Providenciando no Proceso Penal. Universidad Externado de Colombia, J.M. Bosch Editor, 2002, p. 190). O meio probatório por excelência a que se recorre na prática para determinar a coincidência dos processos psíquicos em que se baseia a fraude não é nem as ciências empíricas, nem a confissão autoincriminatória

Ora, uma argumentação, acima de tudo, técnica e coesa, diferente das decisões analisadas aqui, já que o voto tangencia os elementos da estrutura do dolo e sua comprovação, o que leva, no caso em tela a não aceitação da tentativa, visto ser impossível comprovar que o agente quis a não consumação, bem como ao mesmo tempo a consumação, o que revelaria, como já discorrido, uma precarização da sistemática probatória.

4.5 Outros elementos que comprometem a construção e afetação do dolo eventual – breves apontamentos

Se as primeiras críticas se desenvolveram sobretudo na estrutura subjetiva da tentativa e sua composição ou não pelo dolo eventual, agora, a reflexão será exclusivamente nas variáveis e fatores que complexificam a constituição e imputação da própria estrutura do dolo eventual em si como elemento subjetivo da tipicidade. Ou seja, as reflexões inframencionadas buscaram aprofundar a compreensão das nuances que podem influenciar a interpretação e aplicação desse componente, explorando os elementos que adicionam complexidade à sua caracterização e imputação. Macroproblemas que se reproduzem no ato decisional.

Essas reflexões se desdobram através de lentes direcionada a cotejar os fenômenos (1) da influência de variáveis emocionais que pode obscurecer ainda mais a identificação do dolo

do arguido, mas sim a chamada prova circunstancial ou circunstancial. , consubstanciados nos chamados julgamentos inferenciais (Ragués i Vallés, cit., p. 238). Por sua vez, o escritor Pérez del Valle afirma que a prova da presença em um crime dos elementos subjetivos necessários para impor uma sanção se desenvolve na jurisprudência em uma área necessariamente ligada à prova circunstancial, uma vez que o objeto da condenação do tribunal é um elemento que, em princípio, fica reservado ao indivíduo em que ocorre, de modo que para a sua investigação ou confirmação é necessária uma inferência a partir de dados externos (RDP, 1994, p. 413).

DÉCIMO OITAVO: Que, em relação à censura contestada pelo recurso nesta matéria, a saber, a ausência de dolo direto na atuação dos acusados, deve-se ter em mente que de acordo com a constante jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, apoiada em sólidos opiniões doutrinárias, tanto o crime frustrado como o crime tentado - graus de desenvolvimento alcançados, segundo a sentença, pelos crimes de homicídio atribuídos ao acusado Cobin - exigem dolo direto por parte do agente, desde o estágio de frustração do iter criminis não difere em nada - no nível subjetivo - da tentativa, fase que, por exigir fatos diretamente voltados à consumação, só é realizada com direto, ou seja, com a intenção ou finalidade de alcançar a consumação do crime. o ilícito, a mesma exigência que deve ocorrer na frustração SCS Rol N° 1.719-2007 de 24 de setembro 2007 e Rol N° 6.613-2012.

eventual, como pressão psicológica e instabilidade emocional. Ademais, (2) das condições ambientais também contribuem para a consumação do referido dolo indireto. Por fim, (3) a própria legitimidade que é questionada dentro da estrutura do injusto penal, assim, tornando as análises mais desafiadoras para os operadores do direito e que devem passar pelo crivo mais crítico face aos problemas criados e reproduzidos pelas decisões que envolvem o paralelismo de forma direta ou indireta.

4.5.1 O desprezo pela observação dos fatores emocionais nas condutas delituosas

O código penal em seu artigo 28, I⁶⁵, trata sobre a imputabilidade dos atos que são realizados em circunstâncias de emoção ou paixão, assim, não ocorrendo uma causa de exclusão de culpabilidade em casos que, por exemplo, ocorram uma injusta agressão da vítima antes do cometimento do fato delituoso.

Todavia, se a imputação do delito nessa condição não é discutível pelo autor, outra situação são os casos envolvendo o dolo eventual e seu estado psíquico no momento da realização da conduta, já que o estado emocional do agente é um fator importante e que deve ser analisado ao verificar se de fato houve dolo eventual ou um Estado psíquico que o faça sequer se conformar com o resultado desenvolvido por sua ação.

O principal autor que desenvolveu estudos sobre essa questão foi o professor Cornelius Prittwitz em sua obra “Dolus eventuais und Affekt”, citada pelo professor Juarez Tavares em sua clássica Obra “Teoria do Injusto Penal”. O último ao explicar o pensamento do primeiro, discorre que a emoção deveria ser objeto de análise central no dolo eventual, na medida que o estado psíquico pode constituir “um elevado grau de excitação psicológica que é traduzida até mesmo em sintomas de ordem física, reduz o domínio dos impulsos condicionantes da ação e faz regredir a moderação, as lembranças e as reflexões”. Desta forma, essa limitação do potencial de consciência deve excluir o próprio dolo eventual do agente.

⁶⁵ Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - a emoção ou a paixão; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Ora, se essas excluem o próprio dolo, não seria razoável – por tudo o que já foi discorrido – também não afastar o próprio elemento da tentativa. Afinal, quem tenta, tenta algo ou alguma coisa, uma ação direcionada, o agente em estado psíquico reduzido não se conformaria com a consumação e nem mesmo com o *conatus* dessa.

Se diante de um crime de homicídio em que o autor provoca a morte do estuprador de sua filha com chutes, depois desse chamá-la por palavras ofensivas e dizer que faria novamente a ação, seria necessário analisar no caso concreto qual era o estado psíquico do agente na hora de sua ação; esse realmente queria ou se conformou com a ação? Ou, na verdade, devida à injusta provocação por parte da vítima, desferiu chutes num estado emocional de frenesi em que somente pensava na dor e violação sofrida pela sua filha, não havia em querer a morte ou se conformar com essa, apenas descarregando todas suas emoções (uma redução de sua própria condição de agente pensante)? Se a conclusão fosse pela última assertiva, o sujeito ativo da ação de matar deveria responder pelo crime em sua modalidade culposa, a saber, pela culpa inconsciente.

A situação que leva o indivíduo a uma condição de vício de vontade vai além do mero conceito doutrinário denominado “perda dos freios inibitórios”, seria uma regressão do próprio pensar do agente e de seu deslocamento psíquico frente aos eventos que produz. Discussão essa espinhosa e que merece uma obra própria.

Um dos casos analisados pela referida corte de justiça, tratava-se de uma legítima defesa em que havia ocorrido excesso (AgRg no HABEAS CORPUS Nº 678.195 – SC), previsto pelo artigo 23, parágrafo único⁶⁶, do Código Penal, na modalidade dolosa. Ou seja, o agravante respondia por tentativa na modalidade de dolo eventual por excesso em uma causa de excludente de ilicitude. Entretanto, no acórdão - que foi negado o provimento - não houve a devida reflexão e cotejamento dos argumentos que ensejariam uma postura de digressão por parte do agente sobre a injusta agressão cometida. Em tempo, a monografia não reproduz

⁶⁶ Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

levianamente uma postura de defesa por parte do agente, muito menos a mera reprodução dos argumentos da defesa técnica desse, e sim ilustra a violação de duas observações não tecida pelo Tribunal no caso; (1) deveria ao menos cotejar os fatores emocionais do perpetuador do injusto já produzido nos autos e (2) caso afastado a primeira tese, a posição de imputar tentativa na modalidade de dolo eventual seria incabível por tudo que foi argumentado dos tópicos supracitados, a lesão corporal seria o desfecho menos distorcido dentro da sistemática penal.

Portanto, as decisões dos ministros deveriam sobrepesar as arguições que alegam possibilidade da afetação de fatores que provocam a própria diminuição das consequências dos atos dos agentes. Antecipando-se as objeções sobre a não possibilidade de não reexame probatório no STJ devido ao entendimento simulado pela mesma casa de número 07⁶⁷, ressalta-se que não seria um reexame probatório, e sim uma reavaliação do que já for a produzido no juízo de primeiro grau. Excetuando-se a não se aplicação da referida súmula em Habeas Corpus, embora haja debate sobre o grau de análise de matéria fática.

4.5.2 O papel da sorte e o injusto como resultado

Em seu livro “O resultado como fundamento do injusto penal”, o professor Tiago Joffily destaca um subcapítulo para tratar do papel da sorte e sua relação com a imputação do fato delituoso ao agente, por sua vez, de maneira homônima, esse tópico buscará relacionar justamente o que foi escrito pelo autor, tecendo eventuais pontos de conexão com a imputação por tentativa na modalidade do dolo eventual aplicada pela 5ª Turma.

Em uma crítica ao modelo purista do subjetivismo na avaliação da vontade do agente, o professor coloca outras variáveis que podem influir a consumação ou não do resultado na empreitada criminosa, na medida em que o papel da sorte - que pode ser definida como evento que ocorrem na nossa vida e que não temos controle – vai influenciar no resultado no mundo concreto, já que os atos praticados pelo ofensor “necessitam do concurso de muitas coisas, sobre

⁶⁷ Teor: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

os quais o agente não tem controle (além do fato de estar vivo, também não estar distraída, naquele momento exato, não estar sofrendo de um ataque cardíaco e etc.)”⁶⁸. Desta forma, considera uma falácia a percepção de que se teria o controle total daquilo que o mesmo chama de “objeto de reprovação”, o ser humano apenas teria o manejo parcial dessa.

Seguindo na argumentação, uma das modalidades dessa sorte no campo penal poderia ser descrita como aquela de cunho consequencial, isto é, eventos diferentes a da intencionalidade do autor interferem e o resultado por esse outrora idealizado não se desdobra como plenamente idealizado inicialmente.

Por esse raciocínio, se um assaltante entrasse numa casa de madrugada e ao perceber que a criança que chorava poderia impedir seus planos de subtração, joga a mesma pela janela, conformando-se com a morte, mas, na verdade, essa acaba por deslizar por uma lona e, apesar dos ferimentos, sobrevive. O agente não deveria responder por tentativa na modalidade de dolo eventual, pois além da não conformação com a tentativa, não haveria na sua esfera de controle fatores que não provocasse a consumação do delito, ou seja, além da previsão normativa, também uma previsão não causal dos desdobramentos (sorte). Negasse que a sorte possa contribuir para a equiparação do referido instituto, pela contrário, essas afastam a arbitrariedade de resultados não requeridos pelo sujeito. Ou seja, o agente deve responder somente pelo que estava em seu animus, o homicídio doloso indireto, como não ocorreu por fatores externos, não deve responder pela forma tentada, na medida que segundo Schleider, que é citado pelo professor Joffily, “a incontrolabilidade da sorte (...) o que autoriza a exigência de que apenas seja objeto de reprovação aquilo que está dentro da esfera de controle do agente.”⁶⁹

Ora, a tentativa na modalidade do dolo eventual, mesmo se fosse uma construção não distorcida da imputação subjetiva, ainda assim seria deveras inaplicada, na medida que fugiria do agente o potencial controle de uma tentativa que se quer cogitou. Logo, chegando-se a mesma conclusão de imputação não ficcional – normativa também ponderadas em outros exemplos.

⁶⁸ JOFFILY, 2016, p. 97.

⁶⁹ JOFFILY, 2016, p. 95 apud SCHLEIDER, Tobias. Acción y resultado: un análisis del papel de la suerte em la atribución de responsabilidad penal. Buenos Aires: Didot, 2011.p.136-143.

As decisões que referendam a tese aqui discutida fazem uma distorção semântica da teoria proposta pelo David Enoch e Andrei Marmor, ambos citados por Joffily, visto que aplicam aos casos um resultado que não estava incluído no processo de decisão do autor do fato, isto é, uma confusão entre aquilo que merece um juízo de “reprovabilidade” pelo poder judiciário e o juízo de “reprovação” que consiste nos juízos imanados pela opinião pública. Como a centralidade do direito penal deve ser fundamentado no resultado, as decisões do poder judiciário não se devem guiar pela ânsia do último, mas pelo primeiro, o que não ocorreu, já que as decisões que atribuem resultado diverso do pretendido pelo autor nada mais é que uma resposta do judiciário face ao clamor popular pela punição como forma de manutenção da paz social.

4.5.3 O Dolo eventual e sua legitimidade como elemento da imputação subjetiva

A legitimidade do dolo eventual é outra problemática a ser levantada na medida que sua construção fica aquém da própria noção do conteúdo volitivo dentro do injusto Penal. Na obra “Teoria do Injusto Penal”, já extensamente citada, o professor Juarez Tavares elucida de forma didática a questão sobre a ilegitimidade da construção da própria noção de um dolo sem vontade dentro da imputação subjetiva.

A base central para a conclusão da tese supramencionada seria a utilização da teoria do duplo efeito desenvolvido pelo filósofo São Tomas de Aquino, na medida que definindo os parâmetros do comportamento ético que o ser humano deveria ter, esse faz divisões e suas eventuais consequências. Para o filósofo o emprego de meios incorretos só deve sujeitar ao causador se esse tinha como plano primário o resultado pretendido. Ficaria fora dessa esfera o emprego de meios incorretos e que por consequência gerasse efeitos não requeridos pelo agente, conforme explica o professor, em suas palavras:

O emprego de meios incorretos, pelos quais se produz um resultado proibido, não implica considerar que esse resultado tenha sido incorporado na vontade do agente tão só para por causa do meio incorreto [...] assumir o risco ou conformar-se com o

resultado quando o agente não detém o domínio da causalidade não pode fundar em crime doloso.⁷⁰

Assim, seria outra forma de extrapolação - além da infracitada envolvendo a tentativa - na medida que imputa ao agente, por mera construção jurídica semântica uma roupagem de dolo, isto é, nada mais que um querer. Ora, se um condutor de automóvel dirigindo na velocidade permitida e com o telefone na mão, assumiu o risco de causar lesões num transeunte e isso de fato vem a acontecer, provocando lesões, a primeira reflexão a se fazer é se seria correto imputar ao agente o crime de lesão corporal, na medida que esse sequer teve o controle do domínio de sua causalidade. Como solução, o mesmo deveria ser imputado ao crime de culpa apesar de empregar os meios incorretos em sua ação⁷¹. O professor Juarez e o presente autor endossam a referida visão, de que o dolo eventual, na verdade, seria “uma modalidade mais grave de culpa consciente, em que o agente simplesmente não espera poder evitar o perigo”.⁷²

O elemento culpabilidade sofre uma fragilização com a aplicação do dolo indireto, na medida em que ninguém pode ser responsabilizado por um evento interpretado como crime sem que ao menos tenha agido com dolo ou culpa para que o mesmo ocorresse, ou seja, uma barreira que visa distanciar uma dogmática da imputação objetiva. Todavia, parece incoerente ao mesmo tempo atribuímos uma conduta volitiva, um querer, para um agente que não quis o resultado ocorrido, já que, por tudo que foi exposto, apenas se conformou com esse.

Restando-se uma lesão também ao princípio da proporcionalidade e adequação da culpa a ser atribuída ao agente, na medida que a pena computada é deveras desproporcional ao que o agente ambicionava. É um erro colocar nas mesmas penas um agente que verdadeiramente desejou matar e outro que por uma ficção jurídica descompassada assumiu um risco. Logo, uma clara violação daquilo que a doutrina alemã chama de uma vedação ao excesso punitivo, isto é, “*ubermassverbot*”.

⁷⁰ TAVARES, 2019, p. 412.

⁷¹ Há uma desproporcionalidade por parte do legislador na época da produção do Código Penal ao equiparar um dolo com vontade, de um dolo sem vontade com estrutura, na verdade, de um crime culposos.

⁷² TAVARES, 2019, p. 415.

Em tempo, há de se ressaltar que as críticas que entrelaçam as manifestações dos ministros também podem ser analisadas por esse viés da ilegitimidade, desde que seja resguardada a devida proporcionalidade, na medida que a argumentação justamente vai para uma interpretação desconstitutiva daquilo que o legislador supostamente queria. Aqui, é compreensível a aplicação do dolo eventual pelos mesmos, na medida que há previsão expressa de aplicação dessa modalidade de dolo indireto na nossa sistemática.

Entretanto, as reflexões das decisões prolatadas são desertas no sentido de ao menos questionar a legitimidade dessa modalidade, ainda que a tivesse aplicado por previsão legal, o que não ocorre. As decisões são plenamente manuais e curtas, sem o devido aprofundamento que o próprio elemento no caso concreto necessita. O poder judicante, como em outras ocasiões, deveria ao menos pôr em voga essa discussão no campo do direito, para que os questionamentos pudessem, de certa forma, influenciar na tomada de decisão do poder legiferante sobre essa questão, já que é plenamente constitucional e justificável que os poderes influenciem um ao outro, como forma também de aconselhamento e solicitações de ajustes na construção do saber normativo.

4.6 Direito Penal simbólico e a fundamentação subjetiva da tentativa pelo dolo eventual

Conforme o exposto no capítulo segundo da monografia, o direito penal simbólico em sua essência trabalha com percepção ilusória de enfrentamento da criminalidade e sua atenuação, as causas latentes dessa postura punitivista passam despercebidas nas análises menos minuciosas sobre sua relação com o poder judiciário, uma das esferas afetadas, além do próprio legislativo, bem como o executivo.

Em um primeiro momento, há se observar que os juízes não fazem a mera subsunção do conteúdo normativo, o que foi já discorrido durante todo esse capítulo, feito essa observação, o professor Fuziger deixa claro que o papel do juiz - que age sobre o efeito do simbolismo penal - seria uma espécie de vingador, na medida em que deveria punir, pois representaria o poder emanado da sociedade e concedido a ele para poder extirpar o mal praticado pelos agentes infratores.

Esse peso de decisão nos ombros do judiciário⁷³, que por vezes parece aceitar de bom grado, é efeito de uma sociedade pautada no medo constante de que a qualquer momento pode ocorrer a violação de bens jurídicos diversos, isto é:

O medo da criminalidade constitui o principal recurso simbólico para a legitimação das instituições em crise. O temor da violência que ameaça a ordem es redescoberto como uma experiência afetiva fundamental nas relações entre os cidadãos e as instituições: esta emoção constitui o terreno simbólico sobre o qual as instituições modernas, afetadas por uma espécie de ‘medo sagrado’ de perder a capacidade de criar ordem, intentam legitimar-se e sobre a qual, em todo caso, vão se construindo novas formas de cidadania.⁷⁴

O poder judicante tentaria controlar as diversas rupturas emanadas da sociedade através de aplicação de leis mais severas, de construções normativas que induzem a uma maior punição ao agente perpetrador do delito, flexibilizando garantias e direitos previstos em documentos internos e externos, tudo isso como forma de apaziguar a insegurança causada e mostrar para a sociedade que podem confiar no referido poder, pois esse está aplicando a lei e a ordem, por assim dizer.

Ainda nessa toada, observa-se que uma das características do direito penal simbólico é a hiperinflação legislativa, na medida que as normas penais são criadas à lotes como resposta social. Esse fenômeno, por sua vez, também afeta o poder judiciário e é claramente o que acontece nos embrolhos discutidos na presente obra. Ora, o legislador, como explicado, não optou por equiparar subjetivamente a imputação do *conatus* com a consumação, todavia, como o discurso de que apenas se faria uma interpretação extensiva, pois assim supostamente o poder legiferante o quis, o poder judiciário promove ainda mais uma punição através de uma construção que claramente não seria de sua competência, inclusive flexibilizando princípios caros à dogmática penal, como também a já discutida interpretação em benefício ao réu.

Acreditar que o direito penal seria a panaceia para todos os problemas sociais e construção de um novo mundo em que a segurança completa jaz entre o amago da civilização

⁷³ A verificação do Direito penal simbólico numa decisão judiciária ou administrativa dependerá do mesmo exame contextualizado aplicado a uma norma. Como afirmado, o que importa na caracterização de uma ação como de Direito penal simbólico não é sua categorização em um rol.

⁷⁴ FUZIGER, 2014, p. 95.

é extremamente autoritário, na medida que retira a visão desse como *ultima ratio*, para uma visão de *prima ratio*, em que todos os bens jurídicos merecem tutela do direito penal e uma tutela com punições vultuosas.

Um sistema total, em que a pena e a aflição são estandardizadas como garantia de bem-estar e segurança, quase sempre desaguam em um leito turvo e tortuoso, isto é, o totalitarismo e pêndulo estremado para a hiperpunição.

E aqui entra o ovo da serpente e a figura de César. Por mais que o judiciário, que se sabe que também sofre uma grande pressão das mídias e da opinião pública, aplique essas flexibilizações em prol de uma solução que o sistema penal o dá, esse se comporta como a população de Roma que acredita em César e o quer como imperador, assim é o judiciário ao evocar da tese da possibilidade da tentativa cumulada com o dolo eventual. César era uma ameaça para a república Romana, era um ovo que se chocasse iria concentrar o poder e destruí-la.

Ao abarcar teses arbitrárias e distorcidas como essas, promove-se as condições para que o ovo da serpente cresça e os engula inteiramente, a velha reminiscência de um passado ainda fresco nas memórias se tornarão o porvindouro, caso o poder Judiciário, mais especificamente aqui o STJ⁷⁵, não freie e seja, ainda que na injusta tarefa, o contrapeso do poder punitivo.

4.7 Da Crença insustentável da prevenção geral negativa como fator dissipador

Como efeito do direito penal simbólico, a forma mais rudimentar e arbitrária de prevenção ganha oxigênio nas sociedades do medo, isto é, a prevenção geral negativa como forma de justificar a pena imposta e neutralizar rugas porvindouras. Em poucas palavras, esse atua como forma de tornar o sujeito do delito uma espécie de exemplo para os demais, tornam-no uma mensagem direta para que ninguém se atreva a atacar bens jurídicos ou sofrerá sanções

⁷⁵ Como expostos no início deste capítulo, os apontamentos feitos são formas de não se tornar passivo frente ao avanço das sociedades totalizantes pós-modernas, entretanto, esse autor guarda uma visão de descrença no sistema penal burguês, na medida que, esse, paradoxalmente, vive de crises e arbítrios. Mesmo assim, como operador do direito, cabe ao menos fazer contenções, isto é, a promoção de uma agenda crítica negativa.

conforme o indivíduo ilustrado, uma instrumentalização do poder psicológico frente aos potenciais agentes que pretendam também delinquir.

Conforme explica Feuerbach, ao ser citado pelo professor Salo de Carvalho:

O objetivo da cominação legal da pena é a intimidação de todos como possíveis protagonistas de lesões jurídicas. A finalidade de sua aplicação é de dar fundamento efetivo à cominação legal, dado que sem sua aplicação haveria lacuna (seria ineficaz). Se a lei intimida todos os cidadãos e a execução deve dar efetividade à lei, o objetivo mediato (ou final) da pena é, em qualquer caso, a intimidação dos cidadãos através da lei.⁷⁶

Ainda nessa mesma linha de raciocínio, conforme explica o acadêmico, não há dados empíricos, além de todas as objeções teóricas, para que provem a eficácia desse modelo de justificação de pena, na medida que o aumento de quantum penal não reflete na diminuição de um determinado delito almejado, sem contar as cifras negras que sequer chegam ao conhecimento do poder judicante.

Se tomássemos como base a tese de haver compatibilidade entre o dolo eventual e tentativa, os dados quantitativos revelaram que o cometimento dessa suposta tipificação teve um crescimento de 100% a partir de 2011 e permanece estável na adentrada para a segunda década deste século, fora as cifras negras e as decisões monocráticas prolatadas que fogem ao escopo da presente pesquisa. Assim, a aplicação dessa tese pelo Superior Tribunal de Justiça também se revela infértil e sem qualquer afetação como fator desestimulador, afinal, as pessoas ainda continuam praticando esse dolo sem vontade. Restando uma posição mais equilibrada afastar essa tese, com a aplicação do crime da modalidade culposa.

O efeito simbólico da pena é traduzido pela ineficácia no seu discurso legitimador e eficácia na real intenção almejada. Assim, para os defensores, declarados ou não, se a pena no corpo dos agentes envolvidos não surte os efeitos desejados que a punição penal supostamente deveria resolver, então deve-se criar outros meios repressivos mais duros para se alcançar os resultados almejados. Uma falácia que nos empurra ainda mais para teses e construções

⁷⁶ CARVALHO, Salo. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro, São Paulo, Editora Saraiva, 2020, p. 85 apud FEUERBACH, Tratado de Derecho Penal, p. 61.

incompatíveis com um injusto penal redutor. Pequenos passos dados em direção a um sistema totalizante.

CONCLUSÃO

Ao descortinar os meandros da dogmática e da política criminal face à construção da tese de possibilidade ou não do dolo eventual como elemento pertencente a estrutura subjetiva da tentativa, pode -se constatar as seguintes conclusões:

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça ao analisar a referida construção, isto é, em 100% de todo o universo analisado, entendeu pela aplicabilidade dessa dentro do nosso sistema jurídico. Dentre suas decisões, mais da metade se embasaram em construções jurisprudenciais e outra parcela significativa na construção argumentativa da equiparação do dolo direto e indireto, argumentos esses baseados na manutenção sistemática do conteúdo legal e na visão teológica – normativa.

Essas formulações produzidas pelos ministros, por sua vez, são objetos de inúmeras discordâncias por parte da doutrina especializada, já que promove uma fuga de competência da Turma ao tentar dizer o que supostamente o legislador queria, não se tratando de uma mera interpretação extensiva. O que provoca uma quebra do princípio da legalidade e da vedação à analogia em malefício ao réu, além de acentuar a perversão da norma ao forçar a aplicação de um conceito supostamente já estático no judiciário.

A imputação de fato delituoso ao sujeito por uma conformação não desejada acentua ainda mais o papel simbólico e autoritário de aplicação da pena, pois a previsibilidade do resultado e aceitação da consumação é algo distinto da previsão da inconsumação por parte do agente.

Ademais, ainda há a incidência do rebaixamento no estandarte probatório, na medida em que não se avalia a possibilidade da não conformação para o resultado menos gravoso. Muito menos pondera as aferições sobre fatores os emocionais e externos que podem afastar a referida tese.

Outra linha destacada é de que a própria construção do dolo eventual é ilegítima, o que fere diametralmente princípios como o da culpabilidade e proporcionalidade.

O fundamento dessa perpassa por uma visão do direito penal simbólico em que a pena é instrumentalizada como forma de política criminal para apaziguar o medo da sociedade. Assim, utilizando-se, sobretudo, a prevenção geral negativa para alcançar os fins desejados. Uma alienação do poder judicante, pois a referida tomada de posição faz progredir ainda mais o pêndulo para a punição e uma visão total do direito penal solucionador de perigos.

Por fim, a utilização do direito penal com a aplicação de normas distorcidas se mostra, mais uma vez, incipiente para solucionar o problema do referido objeto, tanto é assim que mesmo com a adoção da tese de possibilidade, os casos se mantem em constante discussão e violação normativa. Acreditar que a justiça penal que promove o endurecimento e aplicação de teses simbólicas fomentam uma diminuição dos casos são ações que já nascem natimortas, no fim de contas, apenas promovem ainda mais a inefetividade do direito penal. Afinal, direito penal não é política pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo H. Epistemologia judiciária e prova penal. 2ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

BADARÓ, Gustavo. *Ônus da prova no processo penal*, São Paulo: RT, 2004.

BARTÓLI, Márcio Orlando. O Princípio in dubio pro reo na Pronúncia, Revista Brasileira de Ciências Criminais, Edição especial de lançamento, dezembro/1992.

BERGALLI, Roberto. Control social punitivo sistema penal e instancias de aplicación : (policía, jurisdicción y cárcel) 1996.

BERGALLI, Roberto. O pensamento criminológico II: estado e controle/Roberto Bergalli, et. al.; tradução Roberta Duboc Pedrinha, Sergio Chastinet Duarte Guimarães. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BRASIL, Promotorias de Justiça de Santa Maria. Oferecimento da Denúncia - inquérito policial nº 027/2.13.0000696-7.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC 147.727, Rel, Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1658858/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/6/2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RHC 6.797/RJ, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/1997, DJ 16/02/1998.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2.001.594, Rel. Ministro. Ministro Ribeiro Dantas, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.711.927, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg Recurso Especial no Nº 745.442, Rel. Ministro Felix Fischer, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2017.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 29ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.
- CARVALHO, Salo. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro, São Paulo, Editora Saraiva, 2020.
- CARVALHO, Salo. Curso de Criminologia Crítica Brasileira, Rio de Janeiro, Editora Revan, 2023.
- Caso Boate Kiss, Direção de Tecnologia da Informação e Comunicação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2022. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/novo/caso-kiss/>>. Acesso em: 30 abr. 2023.
- COSTA, José de Faria. Tentativa e Dolo Eventual, ou, da Relevância da Negação em Direito Penal. Coimbra, Almedina, 1996.
- DARCIE, Stephan Doering. O Fundamento da tentativa em direito penal. Rio de Janeiro, Lumis Juris, 2014.
- MANTOVANI, Ferrando. Diritto penale, 2ª ed., Padova, 1988.
- FUZIGER, Rodrigo José. As faces de Jano: o simbolismo no direito. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- HESPANHA, António Manuel. As escolas de Direito têm que ensinar mais vida e menos teorias sobre a vida. Entrevista publicada na Revista Direitos dos Humanos, da FEMPAR-Fundação Escola do Ministério Público do Paraná. Curitiba: FEMPAR, outubro, 2009.
- JESUS, Damásio de. Direito Penal: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.
- JOFFILY, Tiago. O Resultado como fundamento do Injusto Penal. Florianópolis, Empório do direito, 2016.
- LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 992 -993, 2022.
- MALHEIROS, Vitor da Costa. A (in)compatibilidade da tentativa de homicídio na condução de veículo automotor na modalidade de dolo eventual. Santa Catarina, 2015.

MAZLOUM, Nadir. Caso da boate Kiss e a quimérica tentativa de dolo eventual. Opinião, Consultor Jurídico, 2022. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2022-set-05/nadir-mazloum-boate-kiss-quimerica-tentativa-dolo-eventual2/> >.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, cit., v.1, t. 2.

Neto, Marcos. O Blog do Sistema Prisional. Disponível em: <https://blogdosagentes.blogspot.com/2015/11/o-ovo-da-serpente-juiz-de-direito-edmar.html>

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Pronúncia e o in dubio pro societate. In: PIERANGELLI, José Henrique (coord.). Direito Criminal. V. 4. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

RAMIREZ, Juan Bustos. **Manual de derecho penal español:** parte general. Barcelona: Ariel, 1984 Revista dos Tribunais, 2004.

ROMAGNOSI, Gian Domenico. Genesi del diritto penale, Settima Edizione, Prato: Tipografia Guasti, 1837

SSCS Rol N° 1.719-2007 de 24 de septiembre de 2007 y Rol N° 6.613-2012.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto — textualismo e originalismo? O que é, afinal, interpretar? Redação ConJur, 2022. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2022-jun-30/senso-incomum-isto-textualismo-originalismo-afinal-interpretar/> >.

Supremo Tribunal (Chile). JOHN MACAREWICH COBIN: 17-02-2021 (NULIDADE (CRIMINAL), Processo n° 134189-200. Disponível em: < <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?du8f> >.

SOLER, Sebastián. Derecho penal argentino. Tomo II. 5. ed. Buenos Aires: Tipo- grafica Editora Argentina, 1992.

TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. In: Anuario de derecho penal y ciencias penales, tomo XLV, 1992.

TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. mprensa: São Paulo, Tirant lo Blanch, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo, 2012.