

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

DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE E SUA INFLUÊNCIA NA
COMINAÇÃO DA PENA NO ÂMBITO DO DIREITO BRASILEIRO

MURIEL MENDES DE MENEZES

RIO DE JANEIRO

2008

MURIEL MENDES DE MENEZES

DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE E SUA INFLUÊNCIA NA
COMINAÇÃO DA PENA NO ÂMBITO DO DIREITO BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade do
Federal do Rio de Janeiro, como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Prof^ª. Fernanda Tórtima

RIO DE JANEIRO

2008

Menezes, Muriel Mendes de.

Dolo eventual e culpa consciente e sua influência na cominação da pena no âmbito do Direito Brasileiro. / Muriel Mendes de Menezes. – 2008.

65 f.

Orientadora: Fernanda Tórtima.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Econômicas e Jurídicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 63-64-65.

1. Culpa (Direito). 2. Pena (Direito). I. Tórtima, Fernanda. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Econômicas e Jurídicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.5222

MURIEL MENDES DE MENEZES

DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE E SUA INFLUÊNCIA NA COMINAÇÃO
DA PENA NO ÂMBITO DO DIREITO BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade do Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

1º Examinador

2º Examinador

3º Examinador

Dedico este trabalho aos meus pais, Sergio e Fátima, e ao meu namorado Marcos, pois sem seu apoio, compreensão e sacrifício das horas de convívio, eu não teria obtido êxito.

AGRADECIMENTOS

Às amigas de curso, que durante estes cinco anos compartilharam comigo parte de suas vidas, sonhos e desejos, em especial, Samylla Oliveira, Cristine Resende e Roberta Barcellos.

À Professora Fernanda Tórtima, pela atenção dispensada e pelos valiosos ensinamentos.

RESUMO

MENEZES, M. M. *Dolo eventual e culpa consciente e sua influência na cominação da pena no âmbito do Direito Brasileiro*. 2008. 64 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analisam-se questões importantes relacionadas ao Direito Penal, envolvendo a classificação e as espécies do dolo e da culpa, quais sejam elementos subjetivos do tipo penal e relacionando-as com a aplicação da pena. Para uma melhor abordagem do tema, a primeira fase atém-se ao estudo dos princípios constitucionais que regulam a sanção penal, adentrando de forma sucinta na finalidade da pena. Na segunda etapa, discute-se mais aprofundadamente sobre as classificações doutrinárias do dolo e da culpa, conceituando-as didaticamente, e expondo o entendimento de variados doutrinadores acerca do tema. Ademais, é feita relação entre o dolo e a culpa e a sanção penal, e ainda, questiona-se a existência de graus de intensidade na reprovabilidade da conduta, o que afetaria diretamente na fixação e aplicação da pena. Na terceira e última etapa aborda-se o entendimento dos nossos Tribunais a respeito da matéria, realizando-se pesquisa em jurisprudência e a exposição de trechos de sentenças e acórdãos relevantes para o esclarecimento do assunto. Ao final, dedicou-se o estudo à análise do entendimento jurisprudencial exposto, promovendo comentários e críticas.

Palavras-Chave: Dolo. Culpa. Dolo eventual. Culpa consciente. Cominação. Fixação. Pena.

ABSTRACT

MENEZES, M. M. *Dolo eventual e culpa consciente e sua influência na cominação da pena no âmbito do Direito Brasileiro*. 2008. 64 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

Important related questions to the Criminal law are analyzed by involving the classification and the species of the deceit and the guilt, which are subjective elements of the criminal type and how they relate with the application of the penalty. For a better approach of the subject, the first phase follows the study of the constitutional principles that regulate the penalties, briefly studying the purpose of the penalty. In the second stage, it is argued deeper on the doctrinal classifications of the deceit and the guilt, appraising them theoretically, and displaying the agreement of varied writers concerning the subject. Furthermore, connection is made between the deceit, the guilt, and the penalties while questioning the existence of degrees of intensity in the disapproval of the behavior, what it would directly affect in the setting and the application of the penalty. In the third and last stage, the agreement of our Courts regarding the substance is approached, performing research of jurisprudence and the presentation of parts of sentences and the judgements relevant for the clarification of the subject. The conclusion is devoted to studying the analysis of the displayed jurisprudential agreement, promoting commentaries and criticism.

Key-words: Deceit. Guilt. Eventual deceit. Conscientious guilt. Sanction. Setting. Penalty.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	09
2. DA PENA	11
2.1 Dos princípios constitucionais relativos à pena	13
2.1.1 <u>Princípio da legalidade</u>	13
2.1.2 <u>Princípio da personalidade da pena</u>	14
2.1.3 <u>Princípio da individualização da pena</u>	15
2.1.4 <u>Princípio da humanidade</u>	16
2.1.5 <u>Princípio da dignidade da pessoa humana</u>	17
2.1.6 <u>Princípio da proporcionalidade</u>	18
2.1.7 <u>Princípio da culpabilidade</u>	19
2.2 Da fundamentação da pena aplicada	21
3. DO DOLO E DA CULPA	23
3.1 Teoria Finalista da ação	23
3.2 Dolo	25
3.2.1 <u>Teorias sobre o dolo</u>	25
3.2.2 <u>Espécies de dolo</u>	26
3.2.3 <u>Dolo no Código Penal</u>	29
3.3 Culpa	32
3.3.1 <u>Espécies de culpa</u>	34
3.4 Dolo eventual e culpa consciente	36
3.4.1 <u>Teorias intelectivas</u>	37
3.4.2 <u>Teorias volitivas</u>	38
3.4.3 <u>Conceituação de dolo eventual e culpa consciente e suas dificuldades práticas</u>	39
3.5 Dolo e culpa versus pena	43
3.6 Graus de reprovabilidade da conduta	44
4. DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL	50
4.1 Análise de jurisprudência	50
4.2 Da função do juiz	56
5. CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	63

1. INTRODUÇÃO

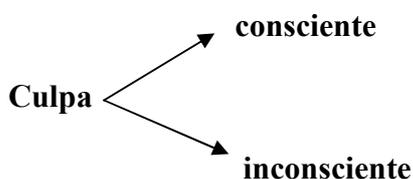
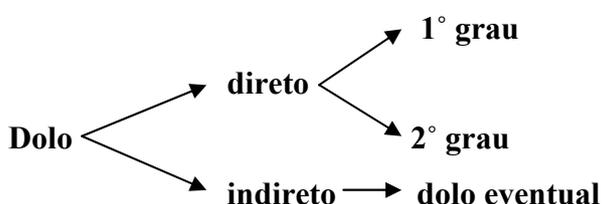
No âmbito do Direito Penal, há inúmeras discussões e estudos acerca da culpabilidade do agente em relação à prática do fato delituoso. Cumpre destacar que a culpabilidade, assim como a ilicitude e a antijuridicidade, é elemento do crime, sendo objeto da Teoria do Delito.

Insta salientar que há divergências doutrinárias a respeito do momento em que deve ser aferida tal culpabilidade, tendo surgido diferentes teorias, que serão abordadas posteriormente de forma sucinta, para ser possível uma elucidação geral sobre o histórico e desenvolvimento da definição de injusto penal.

Será realizada, em momento oportuno, uma análise a respeito da pena no direito brasileiro, objetivando extrair os princípios que norteiam a sua aplicação, para assim, relacioná-la com a influência da culpabilidade do agente na sua gradação.

Cumpre ressaltar que o escopo do presente trabalho não é adentrar na teoria da pena em si, discorrendo sobre a finalidade da sanção penal e seus fundamentos. O estudo será realizado partindo do princípio de que a pena é eficaz em sua essência e que cumpre seu papel de forma efetiva, e então, a partir de tal dado, relacionar sua aplicação aos elementos dolo e culpa, dando ênfase no dolo eventual e na culpa consciente.

Tenha-se presente que, o dolo e a culpa, que compõem o tipo penal de acordo com o nosso ordenamento jurídico, são gênero, decompondo-se em espécies, como demonstrado a seguir:



Tais espécies serão examinadas de forma mais aprofundada posteriormente, ressaltando-se que o enfoque principal será dado às modalidades dolo eventual e culpa consciente. O motivo de tal especificidade assenta-se no fato de que o presente estudo está pautado na influência de tais modalidades de dolo e culpa no momento da cominação da pena.

Importante mencionar que a classificação anteriormente descrita é respeitável objeto de estudo realizado pelos doutrinadores do Direito Penal. É um assunto de extrema relevância, e apesar de alguns doutrinadores diferenciarem-se de outros acerca das definições de tais elementos, é possível extrair conceitos comuns, aceitos de forma geral. Assim sendo, é indiscutível a particularidade de cada uma das espécies do dolo e da culpa, não podendo ser vistos cada um como uma categoria una e mantendo-se suas diferenças apenas no âmbito teórico e acadêmico.

Acredita-se que as diferenças existentes, tanto entre o dolo direto e o indireto como entre a culpa consciente e a inconsciente, devam ser observadas na prática jurídica, para que seja possível extrair uma correta gradação da sanção penal, devidamente adequada ao caso concreto, respeitando-se os princípios constitucionais relativos à pena. Mister observar que, tais princípios, os quais serão explicitados ao longo do trabalho, limitam o poder punitivo do Estado ao considerar a pessoa humana como centro do sistema penal.

Portanto, a reprovabilidade da conduta típica do agente, em seu aspecto subjetivo, é item imprescindível para se obter a pena apropriada, ou seja, na qual exista uma exata correspondência entre a sanção penal aplicada ao indivíduo e sua culpabilidade.

Destarte, será realizada uma reflexão a respeito da aplicação concreta pelos nossos tribunais, extraíndo o entendimento dos magistrados a respeito do assunto e, pautando-se em tais dados concretos, promover a discussão a respeito da necessidade de uma relação direta e indissociável entre os aludidos dados teóricos e a prática forense.

2. DA PENA

O principal meio de que dispõe o Estado como reação a um delito é a pena, visto que restringe os direitos do seu responsável, em virtude de uma decisão imposta de forma coativa pelos órgãos competentes pelo controle social.¹

O Estado, como titular único e exclusivo do poder de punir, buscando o bem-estar geral, impõe regras de conduta e prevê sanções àqueles que descumprem suas normas. As sanções penais aparecem como forma de prevenir e reprimir aqueles atos lesivos à existência e conservação da sociedade.

Para Luis Regis Prado, *“a pena é a mais importante das conseqüências jurídicas do delito. Consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal”*.²

Conforme entendimento do autor Cezar Bitencourt, *“a uma concepção de Estado corresponde uma de pena e a esta uma de culpabilidade”*.³ E segue suas lições, observando-se transcrição a seguir:

“Destaque-se a utilização que o Estado faz do Direito Penal, isto é, da pena, para facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade. A pesar de existirem outras formas de controle social - algumas mais sutis e difíceis de limitar que o próprio Direito Penal -, o Estado utiliza a pena para proteger eventuais lesões a determinados bens jurídicos, assim considerados, em uma organização sócio-econômica específica”.⁴

O Código Penal de 1940, com a reforma de 1984, atribuiu à pena uma natureza mista, definindo-a como retributiva e preventiva. Assim dispõe o art.59, *caput*, do referido Diploma legal.

¹ RIGHI, Esteban. *Teoría de la pena*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001, p. 17.

² PRADO, Luis R. Curso de Direito Penal Brasileiro. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, *Vol. 1 – Parte Geral*, p. 553.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, *Vol. 1 – Parte Geral*, p. 205-206.

⁴ Loc. cit.

Com efeito, dentre as teorias existentes a respeito da finalidade da pena, temos a de retribuição do mal praticado. Como ensina Claus Roxin, a pena deve ser justa e isso pressupõe que corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, para que o compense.⁵ Todavia, a prevenção apresenta-se como seu objetivo maior, mesmo porque, o Direito Penal manifesta-se como ciência voltada a seu fim último que é a convivência em paz na sociedade.

A Política Criminal, buscando atingir suas finalidades, atua tanto por meio da prevenção especial, como através da prevenção geral.

Insta observar que a prevenção especial subdivide-se em prevenção especial negativa e positiva. Conforme define o jurista Nicanor Sena Passos⁶, a prevenção especial negativa consiste em afastar o criminoso do convívio social, ou seja, sua pretensão é promover a intimidação do delinqüente através da aplicação da pena. Por outro lado, a prevenção especial positiva representa a necessidade de uma “reeducação” ou “readaptação” do indivíduo, visto que o fato de ter cometido o crime demonstra, por si só, sua periculosidade (maior ou menor). Daí a imposição da pena com a finalidade de readaptação do sujeito à vida em sociedade. Ou, em se tratando de insanos, ébrios e viciados, da aplicação de medida de segurança para tratamento.

Outrossim, a pena terá como finalidade a prevenção geral, também chamada de social ou indireta. Sobre o tema, ensina Damásio de Jesus:

*“Na prevenção geral o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da norma penal, visando a impedir que os membros da sociedade pratiquem crimes”.*⁷

Pode ser compreendida, como ilustra Roxin⁸, como uma forma de prevenção geral positiva, quando vislumbrada como a conservação e reforço da confiança na norma jurídica, na firmeza e poder de execução do ordenamento jurídico, e ainda, como prevenção geral

⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I*; tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Madri: Civitas, 1997, p. 82.

⁶ PASSOS, Nicanor Sena. *Prisões*. Revista Jurídica Consulex, ano I, nº 7. Brasília: Consulex, jul. 1997.

⁷ JESUS, Damásio E. *Direito Penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, Vol. 1 – Parte Geral, p. 517.

⁸ Op. cit., p. 91.

negativa, podendo ser descrita como o conceito de intimidação sobre a generalidade das pessoas, em outras palavras, a pena deve atemorizar os possíveis infratores a fim de que estes não cometam quaisquer delitos.

Mister salientar, entretanto, que o poder de punir do Estado não é absoluto, existindo limites para o seu exercício, e eles estão presentes, principalmente, na Constituição Federal, que determina os princípios que devem ser respeitados, desde a criação das normas incriminadoras até o momento executório da sanção penal.

2.1. Dos princípios constitucionais relativos à pena

Dentre os princípios previstos na Constituição Federal que regem o Direito Penal como um todo, será dado um enfoque àqueles que se atêm à sanção penal, destacando-se os principais.

2.1.1. Princípio da legalidade

Encontra previsão no artigo 5º da CF, que prescreve os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, em seu inciso XXXIX, determinando que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. O princípio da legalidade encontra previsão também na legislação infraconstitucional, sendo o assunto do artigo 1º do Código Penal.

Sendo tradução da máxima latina *nullum crimen, nulla poena sine praevia legem*, o aludido princípio consiste em uma garantia do indivíduo frente ao arbítrio do Estado, podendo-se dizer que sua função é essencialmente garantista.

Também conhecido como princípio da reserva legal, ele deve ser entendido como a necessidade de lei para criar tipos penais e impor penas, excluindo-se os costumes e os princípios gerais de Direito como fontes do Direito Penal, ao menos no que concerne às normas incriminadoras. Conclui-se, portanto, que a analogia também é vedada no que tange à integração das normas incriminadoras, salvo quando for utilizada em benefício do réu.

A exigência de lei, portanto, refere-se à previsão escrita, abstrata e genérica, aprovada pelo Poder Legislativo competente, ou seja, lei em sentido estrito. Assim sendo, a princípio, não é cabível a criação de crimes ou imposição de penas através de medida provisória, ou qualquer ato normativo que não seja lei, admitida apenas quando a norma for mais favorável ao réu.⁹

Por fim, há que se falar sobre o princípio da anterioridade ou da irretroatividade da norma penal incriminadora, ressaltando a possibilidade de aplicação retroativa da lei penal mais benéfica ao agente, estando prevista no artigo 5º, inciso XL, da CF e no artigo 2º, do CP. Trata-se de garantia ao cidadão de que apenas será punido pela lei que estiver em vigor na data da prática da conduta prevista como delituosa, bem como de que não poderá ser aplicada pena diferente ou mais severa que aquela cominada na mesma época. Vale ressaltar que a lei torna-se obrigatória após sua regular publicação, observando-se o período de *vacatio legis*. A irretroatividade das normas penais incriminadoras decorre diretamente do conceito de anterioridade, pois a lei posterior não pode servir para punir ou agravar a pena de um fato praticado anteriormente.¹⁰

2.1.2. Princípio da personalidade da pena

Expressamente previsto no artigo 5º, inciso XLV, da CF, determina que não há responsabilidade penal por fato de terceiros, diferentemente do que ocorre no âmbito das

⁹ DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*, 7. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 18.

¹⁰ JUNIOR, Alceu Corrêa, SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.78.

sanções civis. Nestas, a responsabilidade pode ser transmitida aos sucessores ou a terceiro alheio ao fato, porém, a responsabilidade penal está intimamente ligada à pessoa do agente, assim como o pressuposto da pena, isto é, a culpabilidade tem caráter estritamente pessoal.

O Código Penal, em seu artigo 19, corrobora tal entendimento ao dispor que, pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.

A culpabilidade é inerente ao princípio da personalidade da pena, e este deve ser observado em relação a todas as espécies de penas, sem exceção, em virtude de seu conteúdo garantista. Com efeito, não apenas a pena privativa de liberdade, mas também as penas pecuniárias devem produzir efeitos apenas contra o responsável pela conduta típica, e não contra terceiros, sob pena de total ineficácia e descaracterização do princípio constitucional da personalidade da sanção penal, segundo ensinamentos dos doutrinadores Sérgio Sheicara e Alceu Corrêa Junior.¹¹

Ratificando o princípio da personalidade, o Código Penal, em seu artigo 107, inciso I, determina que a morte do agente é uma das formas de extinção da punibilidade, não podendo a mesma ser transmitida a outrem.

2.1.3. Princípio da individualização da pena

A Carta Magna afirma que haverá a individualização da pena, em seu artigo 5º, inciso XLVI, o que em outras palavras significa dizer que a pena será mensurada de acordo com o caso concreto.

O Poder Legislativo ao estabelecer a sanção penal, o faz de forma que permita uma atuação de certa forma discricionária pelo juiz. O legislador deixa margem a adequações caso a caso, ao criar limites mínimos e máximos da pena, podendo o juiz estabelecer o quantum, dentro desses contornos, observando as particularidades do caso concreto.

¹¹ CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 80-81.

O próprio Código Penal, em seu artigo 59, *caput*, estabelece os critérios a serem observados no momento da cominação da pena, dentre eles a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social do agente, as circunstâncias e conseqüências do crime, de forma a individualizar a pena.

A individualização pode ser observada também na fase executiva da sanção penal, devendo cada condenado receber um tratamento diferenciado, de acordo com a natureza de seu crime, sua idade e sexo, como dispõe o artigo 5º, inciso XLVIII, da CF.

Conclui-se, portanto, que a finalidade do aludido princípio constitucional é a de buscar uma adequação da pena ao delito, garantindo também a eficácia da sanção penal aplicada, utilizando-se de um método individualizador para que o condenado não sofra mais do que o prescrito em lei e possa exercer os direitos que não foram atingidos pela pena.¹²

2.1.4. Princípio da humanidade

O princípio da humanização encontra-se expresso em diversos dispositivos da Constituição Federal, e não de forma sintetizada como os analisados anteriormente.

O artigo 5º, inciso III, da CF, por exemplo, estabelece que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, garantindo assim a dignidade da pessoa humana.

Além disso, o citado princípio encontra-se expresso em outros incisos do artigo 5º, como o inciso XLVII, o qual estabelece: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, inciso XIX, b) de caráter perpétuo, c) de trabalhos forçados, d) de banimento, e) cruéis; o inciso XLIX, assegurando aos presos o respeito à integridade física e moral; e inciso L, afirmando que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

¹² JUNIOR, Alceu Corrêa, SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p.85.

Salienta-se que este princípio deve ser observado não somente no momento da aplicação da pena, como também no momento de elaboração da própria norma instituidora da sanção penal.

2.1.5. Princípio da dignidade humana

O princípio constitucional da proteção e da promoção da dignidade, tem previsão expressa no art. 1º, III da CRFB, com fim de se alcançar um Estado Democrático de Direito.

O princípio constitucional da proteção da dignidade da pessoa humana deve influenciar o sistema penal, amplamente considerado, para que ele funcione com respeito aos direitos humanos fundamentais e para que baseie, no paradigma humanitário.

Consagrado como valor jurídico universal, principalmente após a Declaração da ONU de 1948, a dignidade da pessoa humana entendida como atributo imanente ao ser humano para exercício da liberdade e de direitos como garantia de uma existência plena e saudável passou a ter amparo como um objetivo e uma necessidade de toda humanidade, vinculando governos, instituições e indivíduos.¹³

A noção de dignidade da pessoa humana funde-se com a definição material de constituição, já que a preocupação com o ser humano consagrou-se como uma das finalidades constitucionais.

Após um período de instabilidade constitucional que antecedeu, a Carta de 1998, com uma opção notoriamente socializante, reafirmou os dispositivos de organização e limitação do poder político, além de votar pela garantia de Democracia e da cidadania, pela enunciação dos direitos fundamentais, pela promoção da justiça social, pelo controle do poder econômico e, sobretudo, pela preservação da dignidade da pessoa humana.

Por isso, sendo a dignidade da pessoa humana o principal valor constitucional, também somente seria possível a consolidação de um Estado Social e Democrático de Direito após a efetiva materialização de tal princípio humanitário.

¹³ COSTA, Nelson Nery. *Constituição federal anotada e explicada*. São Paulo: Forense, 2003, p.17.

2.1.6. Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade não se encontra expresso na Constituição Federal, mas pode ser extraído de diversas normas contidas em seu texto. Podemos citar o artigo 1º, inciso III, que trata da própria dignidade da pessoa humana, elemento supramencionado; o artigo 3º, inciso I, que menciona como um dos objetivos da Federação Brasileira, a construção de uma sociedade justa; e o artigo 5º, *caput*, e incisos II, XXXV e LIV, garantindo liberdades aos indivíduos.

É indubitável que a proporcionalidade integra um princípio genérico, aplicável a toda intervenção do poder público, denominado princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade em sentido amplo. O princípio da proibição do excesso possui, como conteúdo, os subprincípios da adequação (ou conformidade), da necessidade (ou exigibilidade) e da proporcionalidade em sentido estrito, conforme lições do Professor José Gomes Canotilho.¹⁴

Mas após a constatação de que o referido princípio consiste em uma limitação ao poder público, é importante questionar quais critérios que devem ser adotados para definir qual sanção, ou qual quantidade de pena, será proporcional a um determinado delito. É natural considerar que a pena deve ser proporcional ao bem jurídico tutelado pela normal penal, ou seja, a sanção deve corresponder de forma equivalente à lesão ao bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico, considerando sempre uma estreita relação de proporcionalidade também entre os meios utilizados e os fins obtidos, ou que se pretende obter.

Insta mencionar a importância da relação entre o princípio em comento com outros princípios constitucionais, como o princípio da igualdade e o da culpabilidade, para que, na prática, se possa verificar a efetivação da proporcionalidade da pena em concreto. Nesse sentido, Winfried Hassemer¹⁵ afirma que a igualdade apenas será atendida através do tratamento desigual dos desiguais, o que implica adequar proporcionalmente as conseqüências

¹⁴ Apud. Alceu Corrêa Junior, Sérgio Salomão Shecaira. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*, op. cit., p.89.

¹⁵ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 109.

jurídicas do delito segundo os diferentes graus de participação interna. Assim sendo, o princípio da culpabilidade possibilita com essas diferenciações no caso concreto, uma efetivação do princípio da proporcionalidade da pena.

2.1.7. Princípio da culpabilidade

Assim como o supracitado princípio, o princípio da culpabilidade não encontra expressa previsão constitucional, mas também pode ser extraído do artigo 1º da CF, que estabelece a dignidade da pessoa humana, além de constituir fundamento do qual derivam os princípios da responsabilidade subjetiva, da personalidade da pena e da individualização da pena, todos mencionados anteriormente. Ressalta-se que no Estado Democrático de Direito, ao Princípio da culpabilidade compete a missão de velar pela exata correspondência entre delito e pena.

Com precisão, García Pablos¹⁶ observa que o aludido princípio atua como limite do poder de punir do Estado, não apenas na determinação dos pressupostos da pena, mas também no âmbito da individualização desta. Isso significa que a pena não deve exceder o limite daquela que resulte adequada à gravidade da culpabilidade do autor, por mais que isso possa ser necessário no caso concreto por razões de prevenção geral ou especial.

Nivaldo Brunoni, por seu turno, explica que por meio do supracitado princípio, impõe-se que a pena não ultrapasse, nem em gravidade nem em duração, os limites da culpabilidade individual, evitando, assim, que os cidadãos sirvam de “instrumento” de defesa social por meio de penas intimidativas. Obsta-se, por conseguinte, que no interesse da prevenção geral se sacrifique a liberdade individual, como pode acontecer nos casos em que se aplica uma pena exacerbada a condutas imprudentes sob o argumento de intensa repetição.¹⁷ Tal entendimento se percebe mais explícito quando lê-se trecho de sua obra transcrito a seguir:

¹⁶ Apud. BRUNONI, Nivaldo. *Princípio de culpabilidade: considerações*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 112.

¹⁷ Loc. cit.

“Além disso, o Princípio da Culpabilidade impõe que a extensão da pena não seja extremada por considerações de prevenção especial, por mais que o autor tenha revelado em seu ato uma séria probabilidade de reiterar na prática delituosa, pois o excedente da sanção seria advertido pelo condenado como abuso, com o resultado de tornar incompreensível a mensagem normativa, agravando sua carga de rebelião ao ordenamento. A magnitude da pena deve pautar-se pela escassa ou pela significativa importância do delito. O próprio princípio da dignidade humana seria conspurcado caso alguém pudesse ser castigado por tempo superior ao que corresponde à sua culpabilidade. De maneira que na medição da pena aspectos que não possam ser interpretados à luz do Direito Penal do fato não devem ser considerados, assim como uma culpabilidade pela condução de vida não pode ser invocada para exacerbar a pena (...).”¹⁸

Zaffaroni e Pierangeli esclarecem que o princípio da culpabilidade deve produzir efeitos em dois níveis, ou seja, na tipicidade e na culpabilidade. Em se tratando de tipicidade, o princípio da culpabilidade *“implica na necessidade de que a conduta - para ser típica - deva ao menos ser culposa”*, enquanto na estrutura da culpabilidade *“implica que não há delito se o injusto não é reprovável ao autor”*.¹⁹

Para Cezar Bitencourt, o conceito de culpabilidade possui um triplo sentido. Em primeiro lugar, como fundamento da pena, ou seja, objetivando compatibilizar a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico. Necessita de requisitos, quais sejam a capacidade de culpabilidade, a consciência da ilicitude e a exigibilidade da conduta, e na falta de qualquer um destes, ocorre impedimento para aplicação de uma sanção penal. Em segundo lugar, como elemento de medição da pena, funcionando como limite desta e não como seu fundamento. Desta forma, impedindo que a pena seja imposta aquém ou além da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade. Por fim, em terceiro lugar, como conceito contrário à responsabilidade objetiva. Nessa acepção, ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível, salvo se tiver atuado com dolo ou culpa.²⁰

Em suma, constata-se que a culpabilidade, em sua essência, é um juízo individualizador. Ao contrário da ilicitude, que vincula abstratamente a ação ao indivíduo que a praticou, aquela trata de pontos de vista eminentemente pessoais entre o autor e a ação.

¹⁸ BRUNONI, Nivaldo. Op. cit., p. 112.

¹⁹ Apud. JUNIOR, Alceu Corrêa; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*, op. cit., p. 91.

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 273.

2.2. Da fundamentação da pena aplicada

É indiscutível que o juiz, ao fixar a pena na sentença condenatória, atua de forma discricionária, visto que ele possui uma margem de atuação que lhe é permitida pelo próprio legislador.

Entretanto, como afirma Jescheck²¹, esta discricionariedade não é, sem embargo, livre, como a discricionariedade das autoridades administrativas que elegem entre várias decisões juridicamente equivalentes somente conforme critérios de utilidade, senão que se trata, sem exceção, de uma “*discricionariedade juridicamente vinculada*”.

A Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX, determina que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário deverão ter fundamentadas todas as suas decisões, sob pena de nulidade. O juiz, portanto, deve fundamentar sua decisão de forma concreta, dizendo não somente por que razão está condenando, mas também porque está aplicando determinada pena, e não outra, principalmente no que diz respeito à sua quantidade. Como afirmou Lothar Schmidt, “*o acusado tem não apenas o direito de saber por que é punido, como também o direito de saber por que recebe esta pena*”.²²

O Código Penal estabelece diretrizes que devem ser observadas no que tange à fixação da pena-base, conforme estabelece o seu artigo 68, *caput*, “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

Portanto, para a fixação da pena-base, o Magistrado tem que atender aos critérios: culpabilidade do agente, seus antecedentes, sua conduta social, sua personalidade, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, comportamento da vítima e necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime.

A propósito, observam Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt que “*os elementos constantes do artigo 59 do CP não são efetivas ‘circunstâncias do crime’, mas*

²¹ Apud. NETO, Inacio de Carvalho. *Aplicação da pena*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 21.

²² Apud. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994 p. 321.

*critérios limitadores da discricionabilidade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base”.*²³

Cumprе ressaltar que, a citada determinação de fundamentar a aplicação da pena, prima pela observância de todos os princípios constitucionais analisados no item anterior, visto que garante que o acusado seja submetido a uma sanção penal individualizada, respeitando os caracteres do caso concreto, proporcional à sua conduta delituosa, e especialmente, preservando a dignidade da pessoa humana.

²³ Apud. NETO, Inacio de Carvalho. Op. cit., p. 24.

3. DO DOLO E DA CULPA

3.1. Teoria Finalista da ação

Primeiramente, antes de adentrar especificamente no estudo do dolo e da culpa, cabe mencionar sucintamente a Teoria Finalista, uma das teorias da ação, responsável por trazer grandes inovações ao Direito Penal.

Cabe salientar que, a doutrina da primeira metade do século XX reconhecia apenas o desvalor do resultado. Por isso, reduzia o tipo à mera causalidade: o tipo nada mais era do que a causação de uma lesão a um bem jurídico. Não havia lugar algum nessa concepção de injusto para um desvalor da ação.²⁴

A vontade, nesta concepção dita tradicional, entraria na definição de ação, somente como força motriz; quer dizer, não haveria a necessidade de se analisar o aspecto da finalidade a que se dirigia essa intenção: o agente atuaria ou se omitiria, através de um movimento corpóreo. Não interessava ao conceito de ação, segundo os clássicos, o motivo da conduta. Não se estaria, destarte, frente à matéria de tipicidade, mas em nível de culpabilidade. Nesse caso, se o núcleo da vontade do agente fosse o de obter determinado resultado típico, seria culpado a título de dolo. Sendo este, entretanto, atípico, e o bem jurídico tutelado atingido por imprudência, imperícia ou negligência, seria imputado a título de culpa.²⁵

O conteúdo da vontade não integrava o conceito de ação e nem de fato típico. Para que houvesse ação e que fosse ela adaptada ao fato típico, bastaria o seu impulso. Sob este enfoque, seria suficiente para a configuração da tipicidade que este ato tivesse sido dominado pela vontade: o núcleo não interessava, seria matéria de culpabilidade.²⁶

²⁴ GRECO, Luís. *Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 11.

²⁵ PERES, César. *A teoria finalista da ação*. Jus Navigandi. 4 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6797>>. Acesso em: 28 out. 2008.

²⁶ Loc. cit.

A concepção clássica recebeu inúmeras críticas no que diz respeito ao conceito de ação por ela proposto, puramente natural, uma vez que, embora conseguisse explicar a ação em sentido estrito, não conseguia solucionar o problema da omissão.²⁷

Já o *finalismo*, com a sua tônica no conceito de ação, complementou a abordagem anterior, exigindo o reconhecimento de um desvalor da ação, ao lado do desvalor do resultado (causação de uma lesão a um bem jurídico).²⁸

Aponta-se como maior expoente da Teoria Finalista o doutrinador Hanz Welzel. Destaca-se que esta teoria surgiu rechaçando a idéia de que a conduta era um mero acontecimento causal e trouxe para a ciência penal algo que era inatingível para os naturalistas, o fato de que a conduta é a ação humana, voluntária e consciente, dirigida a um fim.²⁹

Com o finalismo de Welzel, a ação passou a ser concebida como *o exercício de uma atividade final*. É a ação, portanto, um comportamento humano voluntário, dirigido a uma finalidade qualquer. O homem, quando atua, seja fazendo ou deixando de fazer alguma coisa a que estava obrigado, dirige a sua conduta sempre a determinada finalidade, que pode ser *ilícita* (quando atua com dolo, por exemplo, querendo praticar qualquer conduta proibida pela lei penal) ou *lícita* (quando não quer cometer delito algum, mas que, por negligência, imprudência ou imperícia, causa um resultado lesivo, previsto pela lei penal).³⁰

Assim, pode-se dizer que, segundo o finalismo, o fato natural é a ação finalisticamente direcionada a uma vontade (típica ou atípica). A finalidade da ação, o conteúdo do querer, nada tem a ver com a culpabilidade, eles integram a própria ação. Por isso que nessa concepção, o dolo e a culpa não têm a ver com culpabilidade, localizam-se no fato típico, na ação típica.

Importante dentro desta linha de pensamento é asseverar que não se pode desmembrar a ação da vontade do agente, vale dizer, sempre que o homem pratica um determinado comportamento é porque antes refletiu e seu raciocínio lógico levou a praticá-lo.

²⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, Vol. 1 – Parte Geral, p. 390.

²⁸ GRECO, Luís. Op. cit., p. 11.

²⁹ MESSIAS, Frederico dos Santos. *As teorias da conduta em matéria penal*. Revista Jus Vigilantibus. 30 dez 2002. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/1322>>. Acesso em 26/10/2008.

³⁰ GRECO, Rogério. Op. cit., p. 391.

Em suma, para os finalistas, há o deslocamento do dolo e da culpa, que antes integravam a culpabilidade, para o tipo. Portanto, para os que se filiam a teoria finalista da ação, o crime é um fato típico e antijurídico e o dolo, que antes era normativo, passa a ser natural, i.e., prescinde da potencial consciência da ilicitude.³¹

Por fim, destaca-se que o posicionamento do dolo e da culpa no tipo está claro no nosso Código Penal. Ao descrever delitos culposos como, por exemplo, no artigo 121, §3º, há uma referência expressa à culpa, tornando indiscutível a conclusão de a mesma faz parte do tipo.

3.2. Dolo

3.2.1. Teorias sobre o dolo

A doutrina criou teorias objetivando explicar o conteúdo do dolo, e que serão apontadas a seguir. São elas: a teoria da vontade, a da representação e a do assentimento.

A teoria da vontade consiste em definir o dolo como a prática da ação consciente e voluntariamente. É necessário para sua existência, portanto, a consciência da conduta e do resultado e que o agente a pratique voluntariamente.

Para essa teoria, dolo é a vontade dirigida ao resultado, como aponta Cezar Bitencourt.³² A essência do dolo deve estar na vontade, não de violar a lei, mas de realizar ação e obter o resultado.

A teoria da representação define que o dolo é a simples previsão do resultado. Salienta-se que não exclui a vontade na ação, mas o relevante para essa posição é a

³¹ MESSIAS, Frederico dos Santos. Op. cit.

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, Vol. 1 – Parte Geral, p. 205-206.

consciência de que a conduta provocará o resultado. Julio Fabbrini Mirabete, no entanto, argumenta que a simples previsão do resultado, sem a vontade efetivamente exercida na ação, nada representa e que, além disso, quem tem vontade de causar o resultado evidentemente tem a representação deste. Nestes termos, a representação já está prevista na teoria da vontade.³³

O autor Cezar Bitencourt também a critica, afirmando que somente a representação do resultado é insuficiente para exaurir a noção de dolo, sendo necessário um momento de mais intensa ou íntima relação psíquica entre o agente e o resultado.³⁴

Já para a teoria do assentimento faz parte do dolo a previsão do resultado a que o agente adere, não sendo necessário que ele o quisesse. Dolo é, ao mesmo, tempo, representação e vontade.

Para essa teoria, também é dolo a vontade que, embora não dirigida diretamente ao resultado previsto como provável ou possível, *consente* em sua ocorrência ou, o que dá no mesmo, *assume o risco* de produzi-lo. A representação é necessária, mas não suficiente à existência do dolo, e *consentir* na ocorrência do resultado é uma forma de *querê-lo*.³⁵

Ressalta-se que o Código Penal Brasileiro, como anota Mirabete³⁶, adotou a teoria da vontade quanto ao dolo direto e a teoria do assentimento ao conceituar dolo eventual.

3.2.2 Espécies de dolo

Como mencionado no início do presente trabalho, o dolo divide-se em dolo direto e dolo indireto. No primeiro, o agente quer determinado resultado, como a morte da vítima, por exemplo. O sujeito visa a certo e determinado resultado. A vontade do agente é dirigida à

³³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005, *Vol. 1 – Parte Geral*, p. 139.

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 206.

³⁵ *Ibid.*, p. 207.

³⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 139.

realização do fato típico. O objeto do dolo direto é o *fim proposto*, os *meios escolhidos* e os *efeitos colaterais* representados como necessários à realização do fim pretendido.

Nesta seara, cumpre ressaltar que o dolo direto também admite uma subdivisão, em dolo direto de 1º grau e dolo direto de 2º grau. O dolo direto em relação ao *fim proposto* e aos *meios escolhidos* consiste na primeira classificação, enquanto em relação aos *efeitos colaterais*, representados como *necessários*, abrange a segunda classificação.

Como nos ensina Cezar Bitencourt, quando se trata do *fim* diretamente desejado pelo agente, denomina-se *dolo direto de primeiro grau*, e, quando o resultado é desejado como conseqüência necessária do meio escolhido ou da natureza do fim proposto, denomina-se *dolo direto de segundo grau* ou *dolo de conseqüências necessárias*. As duas modalidades de dolo direto são compreendidas pela definição do Código Penal Brasileiro, em seu artigo 18, inciso I, primeira parte.³⁷

Juarez Cirino dos Santos³⁸, por sua vez, citando Claus Roxin³⁹, elucida que o dolo direto de primeiro grau tem por conteúdo o fim proposto pelo autor, que pode ser entendido como pretensão dirigida ao fim ou ao resultado típico, ou como pretensão de realizar a ação ou o resultado típico.

O aludido doutrinador continua afirmando que o fim constituído pela ação ou resultado típico pode ser representado pelo autor como certo ou como possível (acontecimentos futuros são, geralmente, somente possíveis), desde que o autor se atribua uma chance mínima de produzi-lo, de modo que constitua risco juridicamente relevante, excluídos resultados meramente acidentais. Exemplificando a questão, afirma-se que existe dolo em disparo de arma de fogo a grande distância com intenção de homicídio, mas não existe dolo em convencer alguém a passear na tempestade na esperança de vir a ser fulminado por um raio.⁴⁰

A definição do dolo direto de segundo grau, segundo Juarez Cirino, é de que são os efeitos secundários (conseqüências, circunstâncias ou resultados típicos) da ação reconhecidos como certos ou necessários pelo autor, independentemente de serem esses efeitos ou

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 209-210.

³⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 3. ed. Curitiba: Fórum, 2004, p. 67.

³⁹ Apud. Loc. cit.

⁴⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 67-68.

resultados desejados ou indesejados pelo autor, como demonstram muitos exemplos, como o famoso caso Thomas, ocorrido na Alemanha, em 1875, em que Alexander Keith decidiu explodir o próprio navio com o objetivo de fraudar o seguro, apesar de representar como certa a morte da tripulação e de passageiros.⁴¹

Cabe citar outro exemplo para esclarecer em definitivo a distinção entre dolo direto de primeiro e de segundo grau: o indivíduo que, ao querer matar seu desafeto, e sabendo que o mesmo embarcará em um voo, implanta uma bomba no avião, que explode, matando assim, não apenas o seu inimigo, como todos os outros passageiros do voo. É inegável que o agente tinha como certa a morte de todos, visto que era consequência necessária do meio escolhido. Portanto, nesse caso, o agente atuou com dolo direto de primeiro grau em relação ao seu desafeto, e dolo direto de segundo grau em relação aos demais passageiros.

Por outro lado, tratando-se do dolo indireto, este se refere ao dolo eventual. Explicitando, haverá dolo eventual quando o agente não quiser diretamente a realização do tipo, mas a aceitar como possível ou até provável, assumindo o risco da produção do resultado.

É possível frisar que, para o autor Cezar Bitencourt, o dolo eventual não se confunde com a mera esperança ou simples desejo de que determinado resultado ocorra. Segue seu entendimento afirmando:

“A consciência e a vontade, que representam a essência do dolo, também devem estar presentes no dolo eventual. Para que este se configure é insuficiente a mera ciência da probabilidade do resultado ou a atuação consciente da possibilidade concreta da produção desse resultado, como sustentam os defensores da teoria da probabilidade. É indispensável uma determinada relação de vontade entre o resultado e o agente e é exatamente esse elemento volitivo que distingue o dolo da culpa”.⁴²

De acordo com as lições de Damásio de Jesus⁴³, ocorre dolo eventual quando o sujeito assume o risco de produzir o resultado, isto é, admite e aceita o risco de produzi-lo. Ele não

⁴¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 69.

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 211.

⁴³ JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. 291.

quer o resultado, pois se assim fosse haveria dolo direto. Ele antevê o resultado e age. A vontade não se dirige ao resultado (o agente não quer o evento), mas sim à conduta, prevendo que esta pode produzir aquele. Percebe que é possível causar o resultado e, não obstante, realiza o comportamento.

Ainda seguindo o entendimento do supracitado doutrinador, o juiz, na investigação do dolo eventual, deve apreciar as circunstâncias do fato concreto e não buscá-lo na mente do autor, uma vez que nenhum réu vai confessar a previsão do resultado, a consciência da possibilidade ou probabilidade de sua causação e a consciência do consentimento. Daí valer-se dos chamados “indicadores objetivos”, dentre os quais, incluem-se quatro de maior relevância:

- 1°) risco de perigo para o bem jurídico implícito na conduta como, por exemplo, a vida;
- 2°) poder de evitar eventual resultado pela abstenção da ação;
- 3°) meios de execução empregados; e
- 4°) desconsideração, falta de respeito ou indiferença para com o bem jurídico.

Por fim, cabe acrescentar que Cezar Bitencourt sintetiza de forma exata a distinção entre dolo direto e dolo eventual, afirmando que “o primeiro é a vontade por *causa* do resultado; e o segundo é a vontade *apesar* do resultado”⁴⁴

3.2.3 Dolo no Código Penal

O artigo 18 do referido instituto, em seu inciso I, define o crime doloso, com a seguinte redação: “*Diz-se o crime: doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo*”.

Oportuno observar que o legislador, na primeira parte do dispositivo legal, cuidou do dolo direto, ao referir-se em “ao agente que quer o resultado”, ou seja, o agente realiza a conduta com o fim de obter o resultado.

⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 212

Na segunda parte do dispositivo em comento, ao dizer “ou assumiu o risco de produzi-lo”, verifica-se estar tratando de dolo eventual. Nesta hipótese, a vontade do agente não está dirigida para a obtenção do resultado. O que ele quer é algo diverso, mas, prevendo que o evento possa ocorrer, assume assim mesmo o risco de causá-lo. Essa possibilidade de ocorrência do resultado não o detém e ele pratica a conduta, consentindo no resultado. Há dolo eventual, portanto, quando o autor tem seriamente como possível a realização do tipo legal se praticar a conduta e se conforma com isso.⁴⁵

Há na jurisprudência alguns casos de homicídio com dolo eventual, como, por exemplo, o caso de disputa automobilística, denominado “racha”, conforme ementa de acórdão transcrito a seguir:

“**Ementa:** Vistos, relatados e discutidos estes autos de RECURSO EM SENTIDO ESTRITO nº 263.711-3/5, da Comarca de MATÃO, em que são recorrentes a JUSTIÇA PÚBLICA, JORGE TEODORO DA COSTA e EMÍLIA DA SILVA COSTA, sendo recorridos VALDECI PINOTTI e GUSTAVO PINOTTI SENTOMO: ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, negar provimento ao recurso. Segundo a denúncia, os réus GUSTAVO PINOTTI SENTOMO, de 19 anos de idade, ao volante de um automóvel "Gol", e VALDECI PINOTTI, de 29 anos, que dirigia um veículo "Opala", teriam participado de uma corrida de automóvel, popularmente conhecida como "racha", na Avenida Baldan, na cidade de Matão. Imprimindo alta velocidade a seus veículos, acabaram por provocar uma colisão com o Volkswagen-sedan, dirigido pela vítima Andreia da Silva Costa, de 19 anos de idade, quando esta ingressou na avenida, vindo de uma via secundária. Como consequência da colisão, Andreia faleceu e Débora Renata Vieira, de 19 anos, passageira do Volkswagen, e Luiz Fernando Silveira Pinotti, de 15 anos, passageiro do "Gol", receberam ferimentos graves. Foram, por isso, denunciados como incurso nos arts. 121, capuí, uma vez, e 129, § 1o, incisos I e III (duas vezes), c.c. o art. 70, caput e 29, caput, todos do Código Penal. A r. sentença de fls. desclassificou os delitos para os de homicídio culposo e lesões corporais culposas e contra essa desclassificação insurgiu-se a JUSTIÇA PÚBLICA, pedindo a pronúncia dos réus, nos termos da denúncia, sustentando que eles agiram com **dolo eventual** e em co-autoria”.⁴⁶

(grifos nossos)

⁴⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini, Op. cit. p. 141.

⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso em Sentido Estrito 2637113500. Recorrentes: Justiça Pública, Jorge Teodoro da Costa e Emília da Silva. Recorridos: Valdeci Pinotti e Gustavo Pinotti Sentomo. Relator: Machado de Andrade. Órgão julgador: 1.ª Câmara Criminal Extraordinária. Data de registro: 15/02/2001

Outro acórdão abordando o mesmo assunto, qual seja competição automobilística, corroborando o entendimento de verificação do dolo eventual, tem sua ementa transcrita como se segue:

“Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIOS DOLOSOS. PRONÚNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE. QUAESTIO FACTI E QUAESTIO IURIS. REEXAME E REVALORAÇÃO DA PROVA.

I – É de ser reconhecido o prequestionamento quando a questão, objeto da irresignação rara, foi debatida no acórdão recorrido.

II – É de ser admitido o dissídio pretoriano se, em caso semelhante, no pactum saliens, há divergência de entendimento no plano da valoração jurídica.

III – **Não se pode generalizar a exclusão do dolo eventual** em delitos praticados no trânsito, na hipótese de "racha", em se tratando de pronúncia, **a desclassificação da modalidade dolosa de homicídio para a culposa deve ser calcada em prova por demais sólida.** No iudicium accusationis, inclusive, **a eventual dúvida não favorece os acusados**, incidindo, aí, a regra exposta na velha parêmia *in dubio pro societate*.

IV – **O dolo eventual, na prática, não é extraído da mente do autor, mas, isto sim, das circunstâncias. Nele, não se exige que resultado seja aceito como tal, o que seria adequado ao dolo direto, mas isto sim, que a aceitação se mostre no plano do possível, provável.**

V – O tráfego é atividade própria de risco permitido. O "racha", no entanto, é – em princípio – anomalia que escapa dos limites próprios da atividade regulamentada.

VI – A reavaliação do material cognitivo admitido e delineado no acórdão reprovado não se identifica com o vedado reexame da prova na instância incomum. Faz parte da reavaliação, inclusive, a reapreciação de generalização que se considera, de per si, inadequada para o iudicium accusationis.

Recurso provido, restabelecendo-se a pronúncia de primeiro grau”.⁴⁷

(grifos nossos)

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial 247263/MG. Órgão julgador: Quinta Turma. Relator Min. Félix Fisher. Data de registro: 20/08/2001. Página: 515.

3.3 Culpa

Nota-se que o Código Penal não conceitua culpa, apenas define o que seja crime culposo. A lei limita-se, portanto, a prever as modalidades da culpa, declarando no artigo 18, inciso II, que o crime é culposo “*quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia*”.

Julio Fabbrini Mirabete⁴⁸ conceitua o crime culposo como a conduta voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado.

Adverte-se que a estrutura do tipo de injusto culposo é diferente do tipo de injusto doloso: neste, é punida a conduta dirigida a um fim ilícito, enquanto no injusto culposo pune-se a conduta mal dirigida, normalmente destinada a um fim penalmente irrelevante, quase sempre lícito. O núcleo do tipo de injusto nos delitos culposos consiste na divergência entre a ação efetivamente praticada e a que devia realmente ter sido realizada, em virtude da observância do dever objetivo de cuidado.⁴⁹

Trata-se de inobservância do dever de diligência. Elucidando tal questão, diz-se que toda sociedade é determinada a obrigação de realizar condutas de forma a não produzir danos a terceiros. É o denominado *cuidado objetivo*. Segundo Welzel⁵⁰, a conduta torna-se típica “a partir do instante em que não se tenha manifestado o cuidado necessário nas relações com outrem, ou seja, a partir do instante em que não corresponda ao comportamento que teria adotado uma pessoa dotada de discernimento e prudência, colocada nas mesmas circunstâncias que o agente”.

Ainda seguindo os ensinamentos de Welzel, o doutrinador explica que toda ação que, com um resultado suscetível de constituir o fato delituoso, não apresenta características do ‘cuidado a observar-se nas relações com os demais’, é ação típica do crime culposo. Para saber se o sujeito deixou de observar o cuidado objetivo necessário, é preciso comparar a sua

⁴⁸ Op. cit. p. 145.

⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 219

⁵⁰ Apud. Damásio E. de Jesus. *Direito Penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, *Vol. 1 – Parte Geral*, p. 297.

conduta com o comportamento que teria uma pessoa dotada de discernimento e de prudência colocada na mesma situação do agente.⁵¹

A análise do comportamento baseado na previsibilidade do homem comum aborda a denominada *previsibilidade objetiva*. Entretanto, há também a *previsibilidade subjetiva*, que leva em conta não um terceiro, mas o próprio agente, analisando-se nas circunstâncias em que o mesmo se encontrava e de acordo com suas aptidões pessoais, se era possível a previsão.

A culpabilidade no delito culposo decorre da citada *previsibilidade subjetiva*, tratando-se de um poder individual do sujeito de impedir o resultado. Assim, acrescenta-se que, a observância do *dever genérico de cuidado* exclui a *tipicidade* do fato, enquanto a observância do *dever pessoal de cuidado* tem o condão de excluir a *culpabilidade*.⁵²

Para Luiz Regis Prado, a culpa tem estrutura complexa, que compreende a inobservância do cuidado objetivamente devido (elemento do tipo de injusto culposos), e também a previsão ou a capacidade do agente prever o resultado (culpa consciente e inconsciente). Ressalta ele que em regra, o cuidado objetivamente devido está fixado em normas administrativas ou disciplinares. Em outros casos, não regulados, devem imperar as circunstâncias próprias da realidade concreta do agente vazadas no sentido de atender à finalidade de proteção normatizada.⁵³

Objetivando ilustrar o que foi dito, cabe enumerar os elementos do fato típico culposos:

- 1°) conduta humana voluntária, de fazer ou não fazer;
- 2°) inobservância do cuidado objetivo manifestada na imprudência, negligência ou imperícia;
- 3°) previsibilidade objetiva;
- 4°) ausência de previsão;
- 5°) resultado involuntário;
- 6°) nexos de causalidade; e
- 7°) tipicidade.

⁵¹ Welzel. *Culpa e delitos de circulação*. Apud. Damásio E. de Jesus. Op. cit., p. 298.

⁵² JESUS, Damásio E. de. Op. cit. p. 299.

⁵³ PRADO, Luís R. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, Vol. 1 – Parte Geral, p. 380-381.

3.3.1 Espécies de culpa

Assim como o elemento dolo, a culpa também é gênero que se divide em espécies. A doutrina faz referência à culpa inconsciente e à culpa consciente.

A culpa inconsciente existe quando o agente não prevê o resultado que é previsível. Não tem o agente conhecimento efetivo do perigo que sua conduta provoca ao bem jurídico alheio. É a culpa comum, que se manifesta pela imprudência, negligência ou imperícia.

Constitui a ação sem previsão do resultado previsível. Apesar da presença da previsibilidade, não há a previsão por descuido, desatenção ou simples desinteresse. A culpa inconsciente caracteriza-se pela ausência absoluta de nexó psicológico entre o autor e o resultado de sua ação, conforme assevera Cezar Bitencourt.⁵⁴

Juarez Tavares, por sua vez, denominando-a de negligência inconsciente, afirma que o agente não pensa poder realizar o tipo mediante a lesão ao dever de cuidado, pois isto lhe é desconhecido concretamente, apesar de conhecível. A característica básica dessa forma de negligência reside exatamente no fato de que o agente atua sem saber que sua atividade desatende ao cuidado objetivamente necessário a evitar o perigo ou a lesão ao bem jurídico.⁵⁵

Por outro lado, a culpa consciente ocorre quando o agente prevê o resultado, mas espera, sinceramente, que o mesmo não ocorrerá, ou seja, o resultado é previsto pelo sujeito, que espera levianamente que o mesmo não ocorra ou que possa evitá-lo. Atenta-se para o fato de que a previsão é elemento do dolo, mas excepcionalmente, pode integrar a culpa. A exceção encontra-se justamente na culpa consciente.⁵⁶

Ainda esposando as idéias do supramencionado autor, a respeito da negligência consciente, o mesmo alega que esta se dá não só quando o agente prevê o resultado e espera que ele não ocorra, mas, sobretudo e basicamente, quando o agente está ciente de que com sua atividade lesa um dever de cuidado. Transcrevendo trecho de sua obra, vemos o entendimento a seguir:

⁵⁴ Op. cit., p. 228.

⁵⁵ TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 381.

⁵⁶ JESUS, Damásio E. de. Op. cit. p. 303.

*“A previsão do resultado, por si só, não teria condições de caracterizar essa forma de negligência, isto porque, no processo de imputação, o resultado não vale por si mesmo, mas unicamente como concreção de uma atividade que tenha violado a norma de cuidado. A simples previsão do resultado não significa, assim, haver o agente atuado com negligência consciente. Em razão dessa estrutura da negligência consciente, referente à realização do tipo de injusto com base na lesão ao dever de cuidado, torna-se criticável a denominação negligência com previsão, porque esta expressão não retrata fielmente o fato. Mais do que a previsão, o que caracteriza efetivamente a negligência consciente é o conhecimento acerca da lesão ao dever de cuidado”.*⁵⁷

Welzel⁵⁸ afirma que, quando o agente realizou efetivamente o juízo de causalidade adequada, ao empreender a ação, agiu, com referência ao resultado possível, com *culpa consciente*, e, se ele tinha podido realizar esse juízo sem tê-lo efetivamente realizado, agiu com *culpa inconsciente*.

Conforme denominação de Juarez Cirino dos Santos⁵⁹, a imprudência inconsciente se verifica pela ausência de representação da lesão do dever de cuidado ou do risco permitido (o autor não representa a possibilidade de realização do tipo); já a imprudência consciente se configura pela representação da possibilidade de lesão do risco permitido ou do cuidado objetivo e pela confiança na evitação do resultado (o autor representa a possibilidade de realização do tipo, mas confia na ausência do resultado lesivo, ou porque subestima o perigo, ou porque superestima a capacidade pessoal, ou porque acredita na sorte).

O autor ainda afirma que a imprudência inconsciente constitui a modalidade menos grave de imprudência: a lesão do risco permitido ou do dever de cuidado é objetivamente idêntica, mas a representação da possível lesão do risco permitido ou do dever de cuidado na imprudência consciente pode determinar outra atitude do autor, o que não ocorre na imprudência inconsciente. Ressalva, entretanto, que excepcionalmente, a imprudência inconsciente pode ser mais grave, no caso de grosseira desatenção do autor, enquanto a imprudência consciente pode revelar extremo cuidado para evitar lesão de bem jurídico representada como possível.⁶⁰

⁵⁷ TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 380.

⁵⁸ Apud. Cezar Roberto Bitencourt. Op. cit., p. 221.

⁵⁹ Op. cit. p. 117-118-119.

⁶⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit. p. 117.

Entendimento defendido pela autora alemã, Ingeborg Puppe, é de que há pouca ou quase nenhuma diferença real entre a culpa consciente e a inconsciente, de acordo com fragmento extraído de sua obra, *in verbis*:

“A diferença entre aquele que age com culpa consciente e inconsciente está unicamente em que o primeiro, ao menos, cumpre parte de seu dever de cuidado, somente num segundo momento vindo a deixar de levar em conta a função de apelo da situação, enquanto o segundo desde o início ignora esse apelo. Não se pode afirmar de modo genérico, portanto, que a culpa consciente demonstre maior grau de indiferença em relação à integridade alheia. (...) A distinção entre culpa consciente e inconsciente tem, assim, significado meramente teórico e classificatório, mas de maneira alguma normativo”.⁶¹

Data maxima venia, no presente trabalho será encarado posicionamento diverso do supramencionado, defendendo-se a existência de uma distância entre a culpa consciente e a inconsciente, subsistindo a idéia de que a indiferença, em relação ao bem jurídico, dá-se em maior ou menor grau em cada um dos casos. Ademais, não é necessário aprofundamento, visto que a escala de reprovabilidade da culpa, como também do dolo, será objeto de estudo mais à frente.

Vale apenas ressaltar que, segundo anotação do doutrinador Cezar Bitencourt⁶², na culpa consciente, segundo a doutrina dominante, a censurabilidade da conduta é maior do que na culpa inconsciente, visto que esta é produto de mera desatenção. Mas admite-se que há controvérsia, portanto, a respeito do tema.

3.4 Dolo eventual e culpa consciente

⁶¹ PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa; tradução, introdução e notas: Luís Greco*. São Paulo: Manole, 2004, p. 19.

⁶² Op. cit., p. 228.

A doutrina elaborou teorias objetivando aclarar a distinção entre dolo eventual e culpa consciente. É possível classificar as citadas teorias em dois grupos, conforme a divisão dos elementos que compõem o dolo e a estrutura do tipo: as teorias intelectivas e as teorias volitivas.

3.4.1 Teorias intelectivas

As teorias intelectivas defendem que os limites do dolo devem ser determinados com base no conhecimento do agente acerca dos elementos do tipo objetivo. Dentre essas teorias, serão destacadas as principais.

A teoria da representação afirma, preliminarmente, que não existe culpa consciente, mas apenas a modalidade de culpa inconsciente, isto porque acredita que aquela hipótese seja meramente fictícia, impraticável na realidade. A teoria, então, estabelece que a diferenciação entre dolo eventual e culpa deve se efetivar exclusivamente no plano da possibilidade.

Assim, desde que o agente tenha conscientemente admitido a possibilidade da ocorrência do resultado, haverá dolo eventual. A diferença entre dolo e culpa, portanto, reside no conhecimento ou desconhecimento do agente quanto aos elementos do tipo objetivo: se houver conhecimento, há dolo; se não houve conhecimento, há culpa. Juarez Tavares a critica, afirmando que a mesma não deve ser acolhida, haja vista que, primeiramente, estende o âmbito do dolo eventual até o interior da culpa consciente, e, além disso, trabalha com a ficção de que a confiança em que o resultado não ocorra implica na eliminação da possibilidade de seu conhecimento.⁶³

A teoria da probabilidade define que ocorrerá dolo eventual quando o autor tenha adotado como provável a lesão do bem jurídico. Esta teoria, assim como sua antecessora, não delimita claramente os setores do dolo e da culpa e deixa de atentar para o fato de que a probabilidade da lesão do bem jurídico é apenas um indício de que o agente assume o risco de produzi-la.

⁶³ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Minas Gerais: Del Rey, 2002. p. 335.

A teoria da evitabilidade explica que se o agente representar como possível o resultado, o dolo eventual só será excluído se a sua vontade dirigente do fato estiver orientada no sentido de evitar o resultado, por conseguinte, haverá culpa consciente quando o agente, juntamente com a prática de sua ação, assentar contrafatores com a ajuda dos quais possa conduzir essa atividade, de modo a não produzir as conseqüências que havia previsto como possíveis.

A teoria do risco afirma que o dolo só pode ser identificado pelo seu elemento intelectual quanto ao risco indevido em face da prática de uma conduta e não pelo seu elemento volitivo, que na prática seria absolutamente dispensável de sua estrutura. Portanto, para o dolo eventual basta que o agente tenha conhecimento desse risco, que não é qualquer risco, mas o risco tipificado como ação proibida⁶⁴. Haverá culpa consciente quando o autor, diante da representação de um perigo concreto, diga a si mesmo: por esse ou outro motivo, nada passará. Isto significa que o autor, nesta situação, se decide subjetivamente por uma conduta não perigosa e, pois, não atua dolosamente.⁶⁵

A teoria do perigo a descoberto estabelece a diferença entre dolo e culpa exclusivamente com base no tipo objetivo. Entende-se que *perigo a descoberto* é a situação em que a sorte ou o acaso são os elementos decisivos para a produção do resultado lesivo, o que acarretaria o dolo eventual. Já a culpa consciente estaria presente na hipótese do *perigo resguardado*, ou seja, quando o próprio autor, a vítima ou um terceiro, tendo em vista cuidadosa observação do resultado, pudesse evitá-lo. Assim sendo, para essa concepção, o dolo eventual se dará quando o resultado estiver fora do poder de ser evitado.

3.4.2 Teorias volitivas

Em contraste com as supramencionadas teorias, as chamadas teorias volitivas determinam que a diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente deve ser feita com

⁶⁴ FRISCH, Wolfgang. Apud. Juarez Tavares. *Teoria do Injusto Penal*. Minas Gerais: Del Rey, 2002. p. 339.

⁶⁵ Juarez Tavares. Loc. cit.

base no elemento volitivo e não apenas no elemento intelectual. Entre elas, destacam-se duas, a serem estudadas a seguir.

A teoria do consentimento tem por base uma vinculação emocional do agente para com o resultado. Vale dizer, exige não apenas o conhecimento ou a previsão de que a conduta e o resultado típicos podem realizar-se, como também que o agente se ponha de acordo com isso, ou na forma de conformar-se ou de aceitar, ou de assumir o risco de sua produção.

Juarez Tavares comenta que esta teoria admite duas variantes. A primeira determinando a ocorrência do dolo eventual somente nos casos em que o resultado se apresenta como agradável ao agente e que, em caso contrário, haverá culpa consciente. A segunda variante fixa na idéia de que pode haver dolo eventual, mesmo quando o resultado é desagradável ao agente e até mesmo por ele não desejado. O que vale é a relação entre o agente e suas reais pretensões.⁶⁶

A teoria da indiferença distingue o dolo eventual da culpa consciente por meio do alto grau de indiferença por parte do agente para com o bem jurídico ou a sua lesão.⁶⁷ Desta forma, se maior o grau de indiferença em relação ao bem jurídico, poderia se caracterizar o dolo eventual, e se menor o grau, estaria caracterizada a culpa consciente.

Em suma, após análise sucinta das teorias desenvolvidas, é importante comentar que a *teoria do consentimento* é a dominante na doutrina e na nossa jurisprudência.

3.4.3 Conceituação de dolo eventual e culpa consciente e suas dificuldades práticas

Cabe mencionar que ambos os institutos são bem similares, mas não se confundem. Na culpa consciente, o agente, embora prevendo o resultado não o aceita como possível. Já no dolo eventual, o agente prevê o resultado, não se importando caso ele venha a ocorrer.

⁶⁶ Juarez Tavares. *Teoria do Injusto Penal*. Minas Gerais: Del Rey, 2002. p, 342.

⁶⁷ ENGISCH, Karl. Apud. Ibid.

O douto doutrinador Damásio de Jesus diferencia as aludidas modalidades, seguindo o mesmo entendimento, conforme transcrição a seguir:

“No dolo eventual o agente tolera a produção do resultado, o evento lhe é indiferente, tanto faz que ocorra ou não. Ele assume o risco de produzi-lo. Na culpa consciente, ao contrário, o agente não quer o resultado, não assume o risco nem ele lhe é tolerável ou indiferente. O evento lhe é representado (previsto), mas confia em sua não-produção”.⁶⁸

Juarez Cirino, conceituando os institutos, ensina que de modo geral, o dolo eventual constitui decisão pela possível lesão do bem jurídico protegido no tipo, e a imprudência consciente representa leviana confiança na exclusão do resultado de lesão.⁶⁹ De forma mais aprofundada, informa que o dolo eventual se caracteriza, no nível intelectual, por levar a sério a possível produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, por conformar-se com a eventual produção desse resultado – às vezes, com variação para as situações respectivas de contar com o resultado típico possível, cuja eventual produção o autor aceita; enquanto a imprudência consciente se caracteriza, no nível intelectual, pela leviandade em relação à possível produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, por confiar na ausência ou evitação desse resultado, por força da habilidade, atenção ou cuidado na realização concreta da ação.⁷⁰

Cezar Bitencourt afirma que há entre os dois institutos um traço comum, sendo este a previsão do resultado proibido. Mas as difere, dizendo que, enquanto no dolo eventual o agente assente com o resultado, assumindo o risco de sua produção, em vez de renunciar à ação, na culpa consciente, ao contrário, o agente repele a hipótese de superveniência do resultado, na esperança convicta de que este não ocorrerá.⁷¹

Continua o autor mencionando que, na hipótese de dolo eventual, é possível verificar que a importância negativa da previsão do resultado é, para o agente, menos importante do que o valor positivo que atribui à prática da ação, ou seja, o mesmo não está disposto a abrir

⁶⁸ JESUS, Damásio E. de. Op. cit. p. 303.

⁶⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit. p. 119.

⁷⁰ _____. *Direito Penal. Parte Geral*. 2. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 140-141.

⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 229.

mão de praticá-la. Por isso, entre desistir da ação ou praticá-la, mesmo correndo o risco da produção do resultado, opta pela segunda alternativa. Já na culpa consciente, o valor negativo do resultado possível é, para o agente, mais forte do que o valor positivo que atribui à prática da ação. Por isso, se estivesse convencido de que o resultado poderia ocorrer, sem dúvida, desistiria da ação. Não estando convencido dessa possibilidade, calcula mal e age.⁷²

Claus Roxin, por sua vez, faz a diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente, como é possível extrair de um segmento de uma de suas obras, *in verbis*:

*“Se puede decir que hay que afirmar el dolo eventual, cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna así – sea de buena o de mala gana – a la eventual realización de un delito, se conforma con ella. En cambio, actúa con imprudencia consciente quien advierte la posibilidad de producción del resultado, pero no se la toma en serio y en consecuencia tampoco se resigna a ella en caso necesario, sino que negligentemente confía en la no realización del tipo. Al respecto debe distinguirse entre la “confianza” y una mera “esperanza”. Quien confía – a menudo por una sobrevaloración de la propia capacidad de dominar la situación – en un desenlace airoso no toma seriamente en cuenta el resultado delictivo y por tanto no actúa dolosamente. Sin embargo, quien toma en serio la posibilidad de un resultado delictivo y no confía en que todo saldrá bien puede en cualquier caso seguir teniendo la esperanza de que la suerte esté de su lado y no pase nada. Esta esperanza no excluye el dolo cuando simultáneamente el sujeto “deja que las cosas sigan su curso”.*⁷³

Ademais, Roxin alega que a delimitação entre o dolo e a culpa não expressa apenas uma diferença de injusto, mas também uma diferença importante de culpabilidade, que justifica a punição distinta em cada forma de conduta, pois quem se coloca contra um bem jurídico protegido, ainda que na forma de dolo eventual, denota uma atitude mais hostil ao Direito do que quem confia, ainda que negligentemente, na não produção do resultado.⁷⁴

Contudo, na realidade, verifica-se uma grande controvérsia para se aplicar um ou outro em casos concretos. O motivo disto é que as penas previstas para cada caso são bastante diversas, considerando-se condições muito semelhantes.

⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 229-230.

⁷³ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 427.

⁷⁴ Loc. cit.

Exemplificando, a pena no caso de homicídio, ao caracterizar o tipo como culposo (visto que a lei abrange nele a culpa como gênero) é de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos (CP, art. 121, § 3º). Por outro lado, caracterizado o homicídio doloso (da mesma forma, considerando-se o gênero) a pena será de no mínimo 6 (seis) a 20 (vinte) anos (CP, art. 121, caput).

É necessário, para efetiva distinção, verificar se o agente quis assumir o risco do resultado, se entre a previsão do próprio resultado e a sua aceitação por parte do mesmo subsistia ou não uma relação de contradição. Se o agente atua numa situação de indiferença em relação à produção do resultado típico, assumindo o risco, esperando que ele se concretize, o dolo eventual deve ser admitido, entretanto, se o agente atua esperando que o resultado não ocorra, mesmo possuindo em certo grau a previsão deste, o dolo deve ser excluído e a culpa consciente admitida.

Sem dúvida, na prática é complicado obter provas para determinar em qual circunstância o caso concreto deve se encaixar. Mas o que interessa é que a prova não deve se basear somente no momento intelectual, mas em todo o complexo de circunstâncias que giram em torno do fato em si.

Juarez Tavares⁷⁵, discorrendo sobre os termos empregados pela doutrina e pela legislação ao conceituar o dolo eventual e diferenciá-lo da culpa consciente, tais como *assumir o risco*, *conformar-se com o resultado*, *confiar na sua não-produção*, *contar com a ocorrência do resultado* e outros, os critica, afirmando que os mesmos não apresentam uma unidade nem correspondem a uma exata interpretação normativa quanto à equiparação entre a atividade volitiva e a aceitação do resultado. O autor continua, defendendo que:

“em face da equivocidade de seus termos, a fórmula do código é evidentemente incompatível com um direito penal de garantia, o que está a exigir uma precisa tomada de posição da doutrina para delimitá-la no seu verdadeiro sentido”.⁷⁶

A jurisprudência brasileira, como também aponta Juarez Tavares, não tem se comportado de modo estável e segue, pelo menos, três caminhos na identificação do dolo

⁷⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Minas Gerais: Del Rey, 2002. p. 349-350.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 350.

eventual e na sua diferenciação da culpa consciente. O primeiro, que representa a maioria, é de exigir que além de haver o agente realizado uma atividade perigosa ou arriscada, tenha aceitado o resultado ou nele consentido. O segundo acolhendo a teoria da indiferença e o terceiro com o entendimento lastreado no âmbito da teoria da probabilidade.

A respeito da dificuldade de constatação no caso concreto, Cezar Bitencourt defende que *“persistindo a dúvida entre dolo eventual e culpa consciente, dever-se-á concluir pela solução menos grave: pela culpa consciente”*.⁷⁷

3.5 Dolo e Culpa versus Pena

A quantidade da pena não varia segundo a espécie de dolo como previsto no artigo 18, inciso I. Assim, em homicídio simples, a pena será cominada abstratamente para o crime (reclusão de 6 a 20 anos), quer ocorra o dolo direto quer tenha o agente atuado com dolo eventual. Na aplicação da pena, porém, o juiz poderá levar em consideração a espécie de dolo. Na lei anterior fazia-se referência expressa à intensidade do dolo como uma das circunstâncias judiciais destinadas a orientar o julgador. A vigente apenas refere-se à culpabilidade.

Segundo Damásio de Jesus⁷⁸, o dolo, no CP de 1940, fazia parte da culpabilidade. Por isso, sua maior ou menor intensidade era considerada na dosagem concreta da pena (art. 42). Na reforma penal de 1984, porém, deslocado da culpabilidade para o tipo, nenhuma influência tem na aplicação da pena concreta. Daí a razão por que o artigo 59 não faz nenhuma referência a esse elemento subjetivo do tipo.

A Exposição de Motivos do Código Penal, advindo da aludida reforma, em seu item 50, assim determina, conforme trechos transcritos a seguir:

“As diretrizes para fixação da pena estão relacionadas no art. 59, segundo o critério da legislação em vigor, tecnicamente aprimorado e necessariamente adaptado ao novo elenco de penas. Preferiu o Projeto a expressão “culpabilidade” em lugar de “intensidade do dolo ou grau de culpa”, visto

⁷⁷ Op. cit., p. 230.

⁷⁸ Op. cit., p. 296.

*que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena. (...) A finalidade da individualização está esclarecida na parte final do preceito: **importa em optar, dentre as penas cominadas, pela que for aplicável, com a respectiva quantidade, à vista de sua necessidade e eficácia para “reprovação e prevenção do crime”**. Nesse conceito se define a Política Criminal preconizada no Projeto, da qual se deverão extrair todas as suas lógicas conseqüências. (...)”⁷⁹*

(grifos nossos)

Segundo Mirabete, justifica-se a equiparação do dolo direto ao dolo eventual na legislação penal porque arriscar-se conscientemente a produzir um resultado vale tanto quanto querê-lo.

Quanto ao dolo eventual, este se integra por estes dois componentes – representação da possibilidade do resultado e anuência a que ele ocorra, assumindo o agente o risco de produzi-lo. Igualmente, a lei não distingue do dolo direto ou eventual, punindo o autor por crime doloso.

O doutrinador em comento afirma também que, pela lei penal estão equiparadas a culpa inconsciente e a culpa com previsão, *“pois tanto vale não ter consciência da anormalidade da própria conduta, quanto estar consciente dela, mas confiando, sinceramente, em que o resultado lesivo não sobrevirá”*.

A punição mais severa para o indivíduo que atua possuindo uma maior previsão de produção do resultado típico é defendida por Claus Roxin, conforme se depreende do trecho que se segue:

“Quien se toma en serio la posibilidad por él conocida de producción del resultado está en una posición ventajosa frente a quien no lo hace, porque ve claramente las razones que le exigen desistir de su actuación. ¡Lo que fundamenta el mayor merecimiento de pena en relación com el que actúa negligentemente no es el que se consideren todas las posibilidades, sino el seguir actuando pese al cálculo sereno de las consecuencias!”⁸⁰

3.6 Graus de reprovabilidade da conduta

⁷⁹ Vade Mecum. Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do CP. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 530

⁸⁰ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 429-430.

Após a análise de todas as espécies de dolo e de culpa, seus conceitos, elementos e conseqüências, é possível constatar que há diferenças na vontade do agente ao praticar a conduta em cada um dos casos. Mesmo tratando-se de elemento psíquico, intrínseco ao agente, é indubitável a existência de graus de reprovabilidade na ação do indivíduo.

Entretanto, data máxima vênia, ao contrário do entendimento doutrinário exposto no item supra, esses graus, embora não distinguidos expressamente na lei, têm interesse na aplicação da pena e devem ser levados em consideração. Precipualemente porque objetiva assegurar aos sujeitos a garantia indispensável quanto à qualificação exata de suas condutas.

Embora o Código Penal após sua reforma não se referir ao grau de culpa como uma das circunstâncias que devem ser aferidas pelo juiz para a fixação da pena, ele deve ser levado em consideração, pelo menos, como uma das circunstâncias do fato, previsto em seu artigo 59.⁸¹

Ressalta-se que é possível observar a existência de uma escala crescente do grau de reprovação da conduta do agente iniciando no dolo eventual e partindo para o dolo direto. O mesmo ocorrendo com a culpa inconsciente e a culpa consciente.

Por tal motivo, o presente estudo tem o escopo de defender a diferenciação na prática forense em relação à aplicação da pena quando se tratar das espécies de dolo e de culpa, visto que essa individualização concreta da pena caso a caso, é uma forma de observância dos princípios constitucionais analisados no capítulo anterior, posto que irracional os mesmo existirem para deixar de serem aplicados.

As garantias individuais previstas na Carta Magna configuram a base de todo o ordenamento jurídico, por isso aquelas devem estar vinculadas diretamente a toda e qualquer norma que venha a ser instituída.

Levando-se em consideração garantias do indivíduo como a liberdade, o direito a um processo justo, e igualmente uma sanção equivalente a sua conduta, não há como negar que a imprecisão em relação à fixação da sanção penal, decorrente de uma desconsideração de diferenças entre níveis de reprovabilidade da conduta, acarreta em um abuso do *ius puniendi* do Estado. Neste diapasão, Juarez Tavares discorre sobre uma possível limitação ao poder de intervenção do Estado, *in verbis*:

⁸¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit. p. 151.

“Se estabelecemos anteriormente que o que importa é como e em que extensão se verifica a lesão ao bem jurídico, é possível proceder a uma delimitação do poder de intervenção segundo campos de intensidade dessa lesão. Isto quer significar que, ao fixar as zonas do lícito e do ilícito, o poder de intervenção deve ser limitado num sentido máximo e num sentido mínimo, conforme o processo de produção da lesão de bem jurídico seja mais ou menos intenso. Portanto, independentemente da estrutura da conduta, é possível fixar com precisão os limites da intervenção estatal, segundo a dinâmica e a gravidade dos acontecimentos e não de acordo com uma estrutura conceitual da conduta. Com isso, é possível desvincular a norma penal de qualquer conteúdo ético predeterminado e igualmente exigir, na sua interpretação, que a decisão se deva orientar pelos princípios da segurança jurídica e da correção, sob o pressuposto do respeito e da proteção da dignidade da pessoa humana. O que vale, assim, é a intensidade da lesão ao bem jurídico, esclarecida mediante um procedimento redutor, que vai desde a máxima até a mínima intensidade, a partir da qual se torna abusiva qualquer incriminação”.⁸²

Importante mencionar que a intensidade da lesão ao bem jurídico, suscitada pelo ilustre autor, diz respeito ao tipo objetivo. Todavia, considerando a existência da aludida gradação, pautada na intensidade da lesão, no que tange ao tipo objetivo, entende-se que não subsistem razões para que não seja dado o mesmo tratamento no âmbito do tipo subjetivo, aplicando-se a este igual gradação.

Esclarecendo a idéia supraquestionada, cabe indagar se dois resultados típicos, produzidos por condutas semelhantes, ou seja, possuindo igual desvalor do resultado, também possuem igual desvalor do ânimo, considerando-se que, no primeiro caso, hipoteticamente, o agente não pretendia de forma direta violar, atingir o bem jurídico (atuando com dolo eventual, por exemplo), enquanto no outro caso, o agente tinha essa intenção concretamente, visava violar a norma penal com sua conduta (atuando com dolo direto).

Dessa forma, constata-se ser passível de defesa o conceito de que deve haver uma gradação na esfera do tipo subjetivo, como ocorre em relação à intensidade da lesão ao bem jurídico no tipo objetivo, e que, portanto, no primeiro caso a reprovabilidade é menor do que a verificada no segundo, podendo-se concluir que, deve ser levada em consideração a intenção do agente ao ferir o bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico para, deste modo, extrair a pena correspondente.

Cabe transcrever fragmento da obra de Nivaldo Brunoni, seguindo pensamento semelhante ao aqui proposto, *in verbis*:

⁸² TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Minas Gerais: Del Rey, 2002. p. 332.

*“A despeito do entendimento contrário de alguns, é **perfeitamente defensável dogmáticamente que o elemento subjetivo seja apreciado como fator de graduação da culpabilidade**, vale dizer, seja analisada a intensidade do dolo ou o grau de culpa (maior ou menor gravidade da violação do dever de cuidado), sem que isso implique ‘retrocesso da teoria finalista’. É que **embora não interesse a intensidade do dolo ou a gravidade da culpa para a configuração do fato típico, tal aspecto tem sim relevância para aferir a maior ou menor reprovabilidade da conduta.** (...) Isso não implica posicionar o dolo tanto no tipo quanto na culpabilidade, mas simplesmente valorá-lo duplamente, conforme recomenda a própria teoria finalista. Nessa linha, observa Flávio Gomes⁸³ que **não é que o dolo e a culpa ocupem dupla posição na teoria do fato punível (não se trata de afirmar que a mesma realidade assuma duas posições); o que ocorre é que ambos são valorados duplamente ‘na sua completa modelação’.** O dolo e a culpa, muito mais que consciência e vontade de realizar os requisitos objetivos do tipo ou mesmo inobservância do cuidado objetivo necessário, **revelam a posição ou a atitude interior do agente diante do resultado jurídico decorrente da sua conduta.** E isso é que é importante para o juízo de reprovação da culpabilidade”.*⁸⁴

(grifos nossos)

Veja-se que o consagrado autor alemão Johannes Wessels, defensor da teoria social da ação, mencionava que o dolo, apesar de pertencente ao tipo de injusto, possui função também na análise da culpabilidade, conforme se depreende de trecho transcrito a seguir:

“A sua classificação no tipo de injusto subjetivo não tem necessariamente por consequência, que o dolo perca todo o significado de ora em diante no setor da culpabilidade. Pelo contrário, deve-se partir de que ele, como forma de conduta e como forma de culpabilidade, tem que preencher uma dupla função no sistema do delito (como fora já reconhecido há muito pela opinião dominante para o conceito de “negligência”)”⁸⁵

E o mesmo prossegue, afirmando que pelo princípio da culpabilidade, culpa e pena devem se corresponder mutuamente. Ademais, como as cominações legais de pena são essencialmente menores nos fatos negligentes do que nos dolosos, a representação do legislador se expressa em que entre fatos puníveis dolosos e negligentes não subsiste uma diferença só no injusto da conduta, mas que também há uma diferença de culpabilidade, que

⁸³ Apud. BRUNONI, Nivaldo. Op. cit., p. 335.

⁸⁴ Ibid., p. 334-335.

⁸⁵ WESSELS, Johannes. *Direito Penal. Parte Geral (aspectos fundamentais)*. Tradução e notas por Juarez Tavares. 2 ed. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 36.

afeta a graduação da pena.⁸⁶ Além disso, ilustrando de forma brilhante os graus de reprovabilidade, corroborando, assim, a tese defendida na presente, o citado autor continua sua defesa, *in verbis*:

*“Disso segue que com os condeitos de ‘dolo’ e ‘negligência’ contidos na lei não se devem indicar somente duas formas diferenciadas de conduta, mas igualmente duas formas diversas de culpabilidade (= tipo de culpa), nas quais o ‘dolo’, no sentido de culpabilidade dolosa, represente o degrau mais elevado e a ‘negligência’, no sentido de culpabilidade negligente, o mais diminuto. Assim como o conceito de negligência incorpora reconhecidamente elementos do injusto e da culpabilidade, cabe também ao conceito de dolo uma dupla função (...)”*⁸⁷

Ainda nessa esfera, Wessels esclarece a dupla função do dolo, informando que em uma delas, considerando-o no tipo de injusto, *“o dolo é, como forma de conduta, o portador do sentido jurídico social da ação, que compreende as relações psíquicas do autor para o acontecimento fático exterior”*⁸⁸, sendo dolo do tipo em sentido estrito. Em relação à segunda função, qual seja na esfera da culpabilidade, *“o dolo é, como forma de culpa, o portador do desvalor do ânimo, que expressa o deficiente ânimo jurídico especificamente ligado à realização dolosa do tipo (= posição dolosa e defeituosa para com a ordem jurídica)”*.⁸⁹

Nesse aspecto, menciona ainda Welzel⁹⁰ que, só quando se adverte que não é o dolo como tal, mas é a reprovabilidade do dolo que suscita o problema decisivo da culpabilidade, é possível delimitar corretamente e compreender quão grande é o número dos critérios decisivos para a culpabilidade.

Assim sendo, do mesmo modo que em relação à aplicação da pena do indivíduo, no momento de sua aferição, são analisados: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, e o comportamento da vítima (artigo 59, CP), deve ser item de análise também, não menos

⁸⁶ WESSELS, Johannes. *Direito Penal. Parte Geral (aspectos fundamentais). Tradução e notas por Juarez Tavares*. 2 ed. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 37.

⁸⁷ Loc. cit.

⁸⁸ Loc. cit.

⁸⁹ Loc. cit.

⁹⁰ Apud. BRUNONI, Nivaldo. Op. cit., p. 334.

importante, a medida de reprovação da conduta do agente, pautada nas claras diferenças entre as espécies do dolo e da culpa.

4. DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Após análise didática dos elementos do dolo e da culpa, abordando entendimento de inúmeros conceituados doutrinadores a respeito da matéria, cabe adentrar no entendimento dos nossos Tribunais a respeito do assunto em comento.

Como já explicitado no capítulo anterior, a própria lei, ou seja, o Código Penal Brasileiro, não faz distinção no tocante aos tipos de dolo e aos tipos de culpa, englobando suas espécies em uma única denominação.

A cominação da pena para crimes dolosos e crimes culposos é única em cada tipo penal, respeitando-se essa diferença, não sendo estabelecido um quantum máximo e mínimo em caso de dolo eventual ou culpa consciente, por exemplo.

A individualização desses casos é feita concretamente pelo juiz, na fase de fixação da pena, ao prolatar a sentença. Entretanto, por ser um poder discricionário do juiz, nem sempre isso ocorre, ou pelo menos da maneira como deveria, visto que não há regulação alguma a respeito da correta equivalência entre reprovabilidade da conduta típica e a pena em si.

4.1 Análise de jurisprudência

Serão expostos acórdãos e sentenças dos Tribunais para que possa ser realizada uma apreciação acerca do entendimento dos Magistrados sobre o assunto.

1) “**Ementa:** No caso em exame, o crime ocorreu quando a vítima encontrava-se sentada no meio fio, tomando cervejas, em companhia de sua companheira, Joicy e outras duas pessoas, de costas para a rua, momento em que o Apelante aproximou-se com uma arma de fogo e desferiu vários disparos contra a mesma, pelas costas, sem lhe dar qualquer chance de defesa. Pleiteia a defesa, a reforma parcial da r. sentença, no que diz respeito a dosimetria da pena, afirmando que ocorreu bis in idem, porquanto os inúmeros disparos efetuados pelo réu contra a vítima já tinham sido sopesados como qualificadoras, não podendo, simultaneamente, ser

considerados para exacerbar a pena-base. Tal afirmação não merece acolhida, eis que, a qualificadora constante da denúncia e do libelo, aceita pelos jurados, consubstancia-se, tão-somente, no fato de a vítima ter sido atacada pelas costas, sem ter tido qualquer chance de defesa. O douto magistrado bem analisou a dosimetria penal e corretamente aplicou as circunstâncias dos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal, de forma fundamentada. **A fixação da pena-base acima do mínimo legal restou justificada pela intensidade do dolo do réu que efetuou oito ou nove disparos da arma de fogo contra a vítima;** as conseqüências do crime, a vítima deixou um filho ainda criança, e a família ficou abalada psicologicamente; os péssimos antecedentes, o réu já condenado em outros processos; a personalidade voltada à prática de crimes contra a vida e o patrimônio; o comportamento da vítima em nada concorreu para o crime. (...).⁹¹

(grifos nossos)

2) **“Ementa:** Adotado pela nossa sistemática processual penal o sistema do livre convencimento, **o Juiz firma sua convicção pela livre apreciação da prova carreada aos autos, sendo livre na valoração ou eleição dela, devendo ser considerada a sua experiência e lógica.** Assim, pode a decisão se basear em indícios existentes, não havendo dúvida que indício também é prova eis que previsto no capítulo a ela referente. Confirmada a ocorrência do latrocínio e havendo indícios de que os apelantes foram os seus autores, **correta a manutenção da sentença condenatória, inclusive na parte referente à dosimetria da pena, devidamente justificado o acréscimo operado pela intensa culpabilidade dos agentes e circunstância da infração, sem desconsiderar a intensidade do dolo,** bem como o aumento na fase intermediária por ter a vítima 80 anos quando do fato”.⁹²

(grifos nossos)

Cabe observar que, apesar dos acórdãos transcritos não fazerem nenhuma menção à espécie de dolo que seria adequada ao caso objeto de julgamento, os Relatores fizeram alusão à “intensidade do dolo” do autor do crime para declarar o aumento na fixação da pena-base. Indubitável, portanto, que nestes casos foi levado em consideração o exposto no capítulo

⁹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Penal. Homicídio Qualificado. Artigo 121, § 2º, IV, do Código Penal. Fixação da pena-base ao mínimo legal. Apelação 2008.050.03382. Apelante: Marcelo Rangel da Costa. Apelado: Ministério Público. Relatora: Maria Raimunda T. Azevedo. Órgão julgador: 8.ª Câmara Criminal. Data de julgamento: 19/06/2008.

⁹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Penal. Latrocínio. Prova. Indícios. Apelação 2007.050.06784. Apelantes: Rogerio Rodrigues Silva de Souza e Rodrigo da Silva Lima. Apelado: Ministério Público. Relator: Marcus Basilio. Órgão julgador: 1.ª Câmara Criminal. Data de julgamento: 01/04/2008.

anterior, ou seja, a existência de níveis de intensidade do dolo, e que estes devem variar proporcionalmente com a quantidade da pena a ser fixada.

As decisões expostas a seguir, corroboram o que foi analisado em momento anterior, apontando as diferenças entre o dolo e a simples imprudência, tratando também do dolo eventual e da culpa consciente, e os elementos necessários para a sua caracterização:

3) “A atitude de quem dispara o seu revólver, após apontá-lo em direção à vítima, põe em destaque que agiu indiferentemente ao resultado, **na tradicional fórmula 'seja como for, aconteça isto ou não, em todo caso, agirei'. Foi além da simples imprudência, adentrando o âmbito do dolo, pois assumiu o risco de um resultado lesivo que veio a suceder** (RT 541/384)”.⁹³

(grifos nossos)

4) “Necessária também a distinção entre o **dolo eventual e a culpa consciente**; é sensível a diferença, apesar de, entre eles, **existir um traço comum, qual seja, a previsão de um resultado antijurídico**. No entanto, a diferença fundamental é que enquanto “**no dolo eventual o agente presta anuência ao advento desse resultado, preferindo arriscar-se a produzi-lo, ao invés de renunciar à ação, na culpa consciente, ao contrário, o agente repele, embora inconsideradamente, a hipótese de superveniência do resultado e empreende a ação na esperança ou persuasão de que este não ocorrerá**” (TJSP, Relator Desembargador Djalma Lofrano, RT 589/317).”⁹⁴

(grifos nossos)

5) “Na hipótese de **dolo eventual, não é suficiente que o agente tenha se conduzido de maneira a assumir o risco de produzir o resultado: exige-se, mais, que ele tenha consentido no resultado**” (Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Hélio Arruda, RT, 380:302).⁹⁵

(grifos nossos)

⁹³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Penal. Homicídio Simples. Dolo eventual X Culpa consciente. Recurso Criminal: 1997.004831-9. Recorrente: Nelson Coelho Borges. Recorrido: Ministério Público. Relator: Nilton Macedo Machado. Órgão julgador: 1.ª Câmara Criminal. Data de julgamento: 17/06/1997.

⁹⁴ Loc. cit.

⁹⁵ Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Hélio Arruda, RT 380/302. Apud. FILHO, Ralph Tórtima Settinger. *O Dolo Eventual e a Culpa Consciente nos Delitos de Trânsito*. Disponível em: <www.doutrina.linear.nom.br/cientifico/Direito>. Acesso em: 01 nov. 2008.

6) “Nos casos em que não se revele inequívoca a atitude psíquica do agente, ou se há **irreduzível dúvida em face dos coligidos elementos de informação, sobre se houve, ou não, aceitação do risco** (consentimento, aprovação, anuência, ratificação *ex ante* do resultado), **a solução de acordo com *in dubio pro reo*, deve ser no sentido de reconhecimento da culpa consciente**, isto é, da hipótese mais favorável.”⁹⁶

(grifos nossos)

7) “Ementa oficial: Procede com insigne **culpa, na modalidade de imprudência**, e responde pelo crime do art. 302 do Código de Trânsito, **o motorista que, faltando ao dever de cuidado objetivo, entra na contramão de direção** e intercepta a trajetória regular de veículo, provocando acidente fatal”.⁹⁷

(grifos nossos)

8) “**Caracteriza imprudência a ultrapassagem de veículo, sem as condições que a permitam**, de modo a levar um terceiro veículo, vindo em sentido contrário, à manobra que normalmente não estaria obrigado, ocasionando a colisão do que ultrapassa com o terceiro, apesar daquelas manobras”.⁹⁸

(grifos nossos)

9) “DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. “RACHA” AUTOMOBILÍSTICO. **HOMICÍDIO DOLOSO. DOLO EVENTUAL. NOVA VALORAÇÃO DE ELEMENTOS FÁTICO-JURÍDICOS, E NÃO REAPRECIÇÃO DE MATERIAL PROBATÓRIO. DENEGAÇÃO.** 1. A questão de direito, objeto de controvérsia neste writ, consiste na eventual análise de material fático-probatório pelo Superior Tribunal de Justiça, o que eventualmente repercutirá na **configuração do dolo eventual ou da culpa consciente** relacionada à conduta do paciente no evento fatal relacionado à infração de trânsito que gerou a morte dos cinco ocupantes do veículo atingido. 2. O Superior Tribunal de Justiça, ao dar provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, atribuiu nova valoração dos elementos fático-jurídicos existentes nos autos, qualificando-os como homicídio doloso, razão pela qual não procedeu ao revolvimento de material probatório para divergir da conclusão alcançada pelo Tribunal de Justiça. 3. **O dolo eventual compreende a hipótese em que o sujeito não quer diretamente a realização do tipo penal, mas a aceita como possível ou provável (assume o risco da produção do resultado, na redação do art. 18, I, in fine, do CP).** 4. **Das várias teorias que buscam justificar o dolo eventual, sobressai a teoria do**

⁹⁶ RJTJSP 89/385. Apud. FILHO, Ralph Tórtima Settinger. Op. cit.

⁹⁷ RT 779/592. Apud. Ibid.

⁹⁸ Ac. unan., 4ª Câmara. do TACrim, na Apelação. nº 62.885, da Comarca de Bragança Paulista, Rel. Juiz Azevedo Junior – Julgados do TAC, Vol.3/59. Apud. FILHO, Ralph Tórtima Settinger. Op. cit.

consentimento (ou da assunção), consoante a qual o dolo exige que o agente consinta em causar o resultado, além de considerá-lo como possível. 5. A questão central diz respeito à distinção entre dolo eventual e culpa consciente que, como se sabe, apresentam aspecto comum: a previsão do resultado ilícito. No caso concreto, a narração contida na denúncia dá conta de que o paciente e o co-réu conduziam seus respectivos veículos, realizando aquilo que coloquialmente se denominou "pega" ou "racha", em alta velocidade, em plena rodovia, atingindo um terceiro veículo (onde estavam as vítimas). 6. **Para configuração do dolo eventual não é necessário o consentimento explícito do agente, nem sua consciência reflexiva em relação às circunstâncias do evento. Faz-se imprescindível que o dolo eventual se extraia das circunstâncias do evento, e não da mente do autor, eis que não se exige uma declaração expressa do agente.** 7. **O dolo eventual não poderia ser descartado ou julgado inadmissível na fase do iudicium accusationis.** Não houve julgamento contrário à orientação contida na Súmula 07, do STJ, eis que apenas se procedeu à reavaliação dos elementos admitidos pelo acórdão da Corte local, tratando-se de quaestio juris, e não de quaestio facti. 8. Habeas corpus denegado”.⁹⁹

(grifos nossos)

10) “Age com culpa evidentíssima, resvalando para a culpa consciente, o motorista que, dirigindo um caminhão tipo carreta, e procedendo de forma temerária e desnecessária, mas por espírito de emulação, força a ultrapassagem de outro veículo, passando a trafegar pela contramão de direção em condições que sabia ser de alto risco, considerando tratar-se de rodovia com duplo sentido de direção, dando causa à colisão frontal com automóvel que vinha em sentido contrário, em condições normais de trânsito e causa a morte de seus ocupantes”.¹⁰⁰

(grifos nossos)

11) “Ementa 131844. PENA – ART. 302 DA LEI Nº 9.503/97. RÉU QUE AGIU COM GRAVE IMPRUDÊNCIA, BEIRANDO O DOLO EVENTUAL - AUMENTO DE UM SEXTO (1/6) SOBRE O MÍNIMO LEGAL – POSSIBILIDADE: É possível aumentar em um sexto (1/6) a pena-base de condenado pelo crime do art. 302 da Lei nº 9.503/97 que agiu com grave imprudência, beirando o dolo eventual, ainda que seja primário e sem antecedentes.”¹⁰¹

(grifos nossos)

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus. “Racha” automobilístico. Dolo eventual. Habeas Corpus: 91159 / MG. Paciente: Ismael Keller Loth. Impetrante: Aluisio Lundgren Corrêa Regis e Outros (as). Relatora: Ellen Gracie. Órgão julgador: 2.ª Turma. Data de julgamento: 02/09/2008. DJ 24/10/2008.

¹⁰⁰ RJTACrim, Apelação. nº 542.701/1, 2ª Câmara do TACRIMSP. Apud. FILHO, Ralph Tórtima Settinger. Op. cit.

¹⁰¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo – Seção Criminal. Penal. Pena. Artigo 302 da Lei nº 9.503/97. Apelação: 1328295/5. Relator: Ricardo Dip. Órgão julgador: 11.ª Câmara Criminal. Data de julgamento: 03/02/2003.

É possível extrair dos trechos das últimas ementas transcritos anteriormente que há um entendimento no sentido de que a pena deve ser aumentada de acordo com o aumento da reprovabilidade da conduta do agente. A partir da análise de todos os trechos de jurisprudência transcritos, é possível identificar que ao mencionar “*intensidade do dolo*” ou “*culpa evidentíssima*”, os Magistrados estão considerando a culpabilidade em maior ou menor grau do agente, apesar de não fazerem referência explícita ao dolo direto, dolo eventual ou à culpa consciente.

É possível observar também posicionamento na jurisprudência de forma contrária, não aceitando a “intensidade do dolo ou da culpa” como motivos concretos para o aumento da pena-base, como pode ser visto nas transcrições de acórdãos a seguir:

12) “Ementa: CRIMINAL. HC. JÚRI. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO. CONTINUIDADE DELITIVA. CONCURSO MATERIAL RECONHECIDO NA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. QUESITOS FORMULADOS NOS TERMOS DA TÍPICIFICAÇÃO CONTIDA NA PRONÚNCIA. PROTESTO POR NOVO JÚRI. PENAS CONSIDERADAS ISOLADAMENTE. REPRIMENDA COMINADA A CADA DELITO INFERIOR A VINTE ANOS. **DOSIMETRIA. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE.**

DOLO INTENSO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

VI. É indispensável, para a majoração da pena-base, a sua fundamentação, com base em dados concretos e em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal.

VII Julgador monocrático que valorou negativamente o *dolo intenso* do acusado, caracterizado pelo propósito de matar as vítimas movido por motivação torpe e mediante o emprego de recurso que dificultou a defesa das vítimas, tendo sido reconhecido pelo Conselho de Sentença ocorrência de homicídio duplamente qualificado, o que justificaria a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

VIII. Considerando o delito imputado ao paciente – homicídio duplamente qualificado –, o apontado *dolo intenso* revela-se inerente ao próprio tipo penal, não configurando quaisquer das circunstâncias

judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

IX. Deve ser reformado o acórdão recorrido e a sentença condenatória no tocante à dosimetria da pena-base, a fim de que outra sentença seja proferida com nova e motivada fixação da pena, em observância ao sistema trifásico, mantida a condenação do paciente.

X. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator”.¹⁰²

(grifos nossos)

13) “Ementa: CRIMINAL. HC. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE. *DOLO INTENSO*. INVESTIGAÇÃO DOS HÁBITOS DA VÍTIMA. CAPTURA. CIRCUNSTÂNCIAS SUBSUMIDAS NO PRÓPRIO TIPO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

(...)

A fixação da pena-base acima do mínimo legal não está devidamente fundamentada, tendo em vista que as demais circunstâncias judiciais não foram valoradas negativamente.

Deve ser reformada a sentença monocrática, apenas na parte referente à dosimetria da pena, a fim de que, sem prejuízo da condenação, outra seja elaborada, afastado o aumento da pena-base pela motivação utilizada.

Ordem concedida, nos termos do voto do Relator”.¹⁰³

(grifos nossos)

4.2 Da função do juiz

Resta claro que o legislador incumbiu ao juiz criminal a função de analisar os critérios da culpabilidade do agente, dentre outros, para promover a aplicação da pena. Entretanto, o encargo imposto pelo legislador de formular sentenças exemplares, com vistas à defesa do ordenamento jurídico, é ilegítimo. O legislador pátrio agiu dessa forma ao prever no artigo 59 do Código Penal que na fixação da pena se tenha em conta a prevenção geral, com o que se poderia ampliar o efeito da intimidação prescindindo-se da limitação da pena pela culpabilidade. Conforme ensinamentos do autor Nivaldo Brunoni, *in verbis*:

¹⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Criminal. HC. Júri. HC 54205/RJ. Habeas Corpus 2006/0028509-2. Relator: Gilson Dipp. Órgão julgador: 5.^a Turma. Data de julgamento: 12/12/2006. DJ 05/02/2007, p. 272.

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Criminal. HC. Extorsão mediante seqüestro. HC 45634 / RJ. Habeas Corpus 2005/0112827-7. Relator: Gilson Dipp. Órgão julgador: 5.^a Turma. Data de julgamento: 06/12/2005. DJ 19/12/2005, p. 456.

*“Tal incumbência tem dois inconvenientes. Primeiro corresponderia a um processo ‘estigmatizador’, contrário ao valor da dignidade humana: o princípio da culpabilidade, baseado nos direitos fundamentais da pessoa e corolário positivo da idéia de que o Direito Penal não deve ser desumano, desempenha a tarefa de se interpor a desmedida finalidade penal. Segundo, como ensina Hassemer¹⁰⁴, o legislador estaria impondo ao juiz penal uma missão que este não pode dominar, uma vez que como, quando, e contra quem é defendido o ordenamento jurídico é questão que ele próprio legislador deve decidir e tomar como referência. No Estado de Direito, observa o referido penalista, ‘o juiz não tem competência nem possibilidade de informação que lhe permitam julgar, com conhecimento na matéria, sobre o alcance e a extensão de uma defesa do ordenamento jurídico’”.*¹⁰⁵

Seguindo o mesmo pensamento, podemos citar as lições de Juarez Cirino dos Santos, que defende que o conceito de culpabilidade constitui, em conjunto com o conceito de tipo de injusto, o conceito de fato punível, e, por essa razão, não é redutível a simples *circunstância judicial*, equivalente a outros elementos informadores da pena-base, como, por exemplo, os antecedentes e a conduta social.¹⁰⁶

Observa-se que para o aludido doutrinador a culpabilidade do autor pela realização do tipo de injusto “não é mero elemento informador do juízo de reprovação, mas o próprio juízo de reprovação pela realização do tipo de injusto”.¹⁰⁷ E o mesmo, ao citar Gilberto Ferreira, prossegue afirmando que:

*“A definição da culpabilidade como circunstância judicial de formulação do juízo de reprovação constitui impropriedade metodológica, porque o juízo de culpabilidade, como elemento do conceito de crime, não pode ser, ao mesmo tempo, simples circunstância judicial de informação do juízo de culpabilidade”.*¹⁰⁸

Mas a transformação da culpabilidade, ainda existente como qualidade do fato punível, isto é, como reprovação do autor pela realização do tipo de injusto, em culpabilidade como quantidade de reprovação, isto é, como medida da pena criminal, pressupõe as

¹⁰⁴ Apud. BRUNONI, Nivaldo. Op. cit., p. 114.

¹⁰⁵ Loc. Cit.

¹⁰⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena, Fundamentos políticos e Aplicação Judicial*. 21. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2005, p. 111.

¹⁰⁷ Ibid., p. 109.

¹⁰⁸ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Apud. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena, Fundamentos políticos e Aplicação Judicial*. 21. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2005, p. 111.

determinações psíquicas e emocionais do cérebro do juiz, conforme os seguintes parâmetros:¹⁰⁹

a) o nível de consciência do injusto no psiquismo do autor varia numa escala graduável entre o pólo de pleno conhecimento do injusto (que define plena reprovabilidade) e o pólo de erro de proibição inevitável (que define ausência de reprovabilidade), passando pelos níveis intermediários de todas as gradações;¹¹⁰

b) o grau de exigibilidade de comportamento diverso de autor consciente do tipo de injusto, varia numa escala graduável entre o pólo de plena normalidade das circunstâncias do tipo de injusto (que define a plena dirigibilidade normativa), como máximo poder pessoal de não fazer o que faz e o pólo de plena anormalidade das circunstâncias do tipo de injusto (que define ausência de dirigibilidade normativa).¹¹¹

Outrossim, cabe transcrever entendimento do doutrinador Nilo Batista, a respeito da função do legislador na fase de cominação da sanção penal e sua fixação em instância judicial, *in verbis*:

“Não é permitido, igualmente, tratando-se de penas graduáveis, que o legislador não estabeleça uma escala de merecimento penal, com pólos mínimo e máximo, ou a estabeleça com extensão tão ampla que instaure na prática a insegurança jurídica, diante de soluções radicalmente diferentes para fatos pelo menos tipicamente assimiláveis, favorecendo um perigoso arbítrio judicial. A individualização legal da pena, através da criteriosa cominação – o que supõe uma distribuição ponderada de penas mantendo correspondência com a maior ou menor gravidade dos crimes), limites (mínimo e máximo) claramente fixados para cada crime, e um nítido sistema de atenuação/agravação –, abre perspectivas para a fértil mobilidade da individualização judicial, com a consideração daquela conduta humana na aplicação da pena, e garante em tese os limites e o sentido da individualização administrativa, quando deveria ocorrer, na execução da pena, a mais próxima e frutuosa consideração daquele homem. A individualização da pena tem, no Brasil, o status de garantia individual expressamente contemplada (art. 5º, inc. XLVI CR). A clareza na cominação da pena, desse modo, expande os efeitos do princípio da legalidade, impedindo sua violação no nível da aplicação e da execução, sem negar – antes, reafirmando, pela positividade jurídica – a idéia de individualização”.¹¹²

¹⁰⁹ TRÖNDLE, Herbert; FISCHER, Thomas. Apud. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena, Fundamentos políticos e Aplicação Judicial*. 21. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2005, p. 110.

¹¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 3. ed. Curitiba: Fórum, 2004, p. 227-229.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 202-204.

¹¹² BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 80-81.

Destarte, é levando em consideração os aspectos relevantes acerca da culpabilidade aqui suscitados que o juiz criminal será capaz de fixar uma pena que mais se aproxime do ideal de justiça, respeitando todos os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, não os ignorando com o fim de estabelecer uma sanção penal que não esteja plenamente de acordo com a conduta do agente, ou como mencionado anteriormente, com o grau de sua culpabilidade. Por fim, salienta-se que este grau de culpabilidade do autor do fato, ou de reprovabilidade de sua conduta típica (sendo apenas denominações diferentes para um mesmo fenômeno), apesar de comprovadas divergências doutrinárias, há também evidenciado entendimento nesse sentido, o que não deve ser ignorado pelos magistrados ao cumprirem sua função jurisdicional.

5. CONCLUSÃO

Com o advento da reforma da Parte Geral do Código Penal, em 1984, dentre outras alterações, alterou-se o artigo 59, que trata das circunstâncias a serem analisadas no momento da fixação da pena-base. Antes da mencionada reforma, o referido artigo mencionava em “intensidade do dolo e grau de culpa”, elementos que foram suprimidos, restando desta forma:

“Fixação da pena

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (...).¹¹³

Atualmente, o juiz está encarregado de observar os elementos expostos no artigo, não mais considerando os graus de reprovabilidade da conduta do agente, podendo ser concebido na antiga denominação “intensidade do dolo ou grau de culpa”.

O Código Penal, ao estabelecer os crimes dolosos, englobam nestes todas as suas espécies, considerando apenas o seu gênero. Da mesma forma procede com os crimes culposos, não diferenciando, o legislador, a culpa inconsciente da consciente no momento da cominação da pena.

Em decorrência dessa unificação, adquire o juiz um poder discricionário de analisar o caso concreto e de acordo com o seu entendimento e provas contidas nos autos, fixar a pena-base, considerando os elementos necessários para tanto. Convém ressaltar que tal poder discricionário do juiz não pode tornar-se arbitrário, sendo necessária uma justificação do por que estabeleceu a pena em determinada quantidade e não em outra. Insta mencionar que a imperiosidade de justificação dos atos do juiz é garantia constitucional, de acordo com o disposto no inciso IX, do artigo 93 da CRFB, *in verbis*:

¹¹³ DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*, 7. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 184.

“IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”¹¹⁴

(grifos nossos)

Salienta-se que foram abordados os princípios constitucionais que regulamentam a sanção penal, de forma a esboçar o sistema de garantias que o Direito Penal possui, principalmente em relação à pena. Em decorrência dessa conjectura não é possível suprimir qualquer garantia do indivíduo que esteja protegida sumariamente pela Carta Magna, e esse fato está diretamente ligado ao estabelecimento da pena do acusado, que não pode ser além ou aquém do quantum exato proporcional à sua conduta delituosa e o nível de culpabilidade inerente à mesma.

Apesar do entendimento, inclusive demonstrados nos capítulos do presente trabalho, de que não há diferença entre o dolo direto e o dolo eventual, bem como ela não existe entre a culpa inconsciente e a consciente, pelo menos na cominação da pena, o juízo aqui defendido é de que há uma escala progressiva entre eles, no que tange ao grau de reprovabilidade da conduta do agente, e de que tal dado deve ser levado em consideração, em virtude de sua relevância.

Não podemos comparar atitudes e tratá-las da mesma forma, aplicando penas iguais, sendo que em uma situação, por exemplo, há um descaso total por parte do agente com o bem jurídico, possuindo aquele vontade de realmente atingi-lo, e em outra o agente não queria em seu íntimo feri-lo, se o fez foi de forma secundária, decorrente de imprevisibilidade ou descuido.

A jurisprudência, através de pesquisa realizada, demonstra que considera haver apenas dolo ou apenas culpa, mas em algumas decisões pode ser visto que os Magistrados tendem a enxergar uma diferença, considerando a existência de um dolo mais intenso em alguns casos, ou uma culpa manifesta, o que não deixa de ser na realidade a consideração dos mencionados graus de reprovabilidade da conduta.

¹¹⁴ BRASIL. Constituição Federal (1988). Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 78.

Por fim, podemos afirmar que o indivíduo deve ter seus direitos preservados, entre eles, o abordado no presente estudo, qual seja o direito a uma sanção penal justa, equilibrada, equivalente de forma exata à conduta que foi praticada por ele, e que seja suficiente para atender somente “às necessidades de reprovação e prevenção do crime”, conforme aduz o artigo 59 do Código Penal.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar R. *Manual de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, *Vol. 1 – Parte Geral*.

BURONI, Nivaldo. *Princípio de culpabilidade: considerações*. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil : promulgada em 5 de outubro de 1988*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUNIOR, Alceu Corrêa; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COSTA. Nelson Nery. *Constituição federal anotada e explicada*. São Paulo: Forense, 2003.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*, 7. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GRECO, Luís. *Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, *Vol. 1 – Parte Geral*.

FILHO, Ralph Tórtima Settinger. *O Dolo Eventual e a Culpa Consciente nos Delitos de Trânsito*. Disponível em: <www.doutrina.linear.nom.br/cientifico/Direito>. Acesso em: 01 nov. 2008.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoria de la imputación en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, *Vol. 1 – Parte Geral*.

MESSIAS, Frederico dos Santos. *As teorias da conduta em matéria penal*. 30 dez. 2002. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/1322>>. Acesso em: 26 out. 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005, *Vol. 1 – Parte Geral*.

NETO, Inacio de Carvalho. *Aplicação da pena*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PASSOS, Nicanor Sena. *Prisões*. Revista Jurídica Consulex, ano I, nº 7. Brasília: Consulex, jul. 1997.

PERES, César. *A teoria finalista da ação*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 699, 4 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6797>>. Acesso em: 28 out. 2008.

PRADO, Luís R. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, *Vol. 1 – Parte Geral*.

PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa; tradução, introdução e notas: Luís Greco*. São Paulo: Manole, 2004.

RIGHI, Esteban. *Teoría de la pena*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I; tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal*. 1. ed. Madri: Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena, Fundamentos políticos e Aplicação Judicial*. 21. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2005.

_____. *Direito Penal. Parte Geral*. 2. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007.

_____. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 3. ed. Curitiba: Fórum, 2004.

TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Teoria do Injusto Penal*. Minas Gerais: Del Rey, 2002.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal. Parte Geral (aspectos fundamentais). Tradução e notas por Juarez Tavares*. 2 ed. Porto Alegre: Fabris, 1976.

