

DOLO E CULPA NO DIREITO PENAL*

Paulo Antonio Lüdke de OLIVEIRA

Especialização em Direito Penal

CULPA E DOLO NO DIREITO PENAL

Com os estudos iniciados a partir da criação da teoria finalista da ação, verificou-se que é imprescindível distinguir os crimes dolosos dos crimes culposos, já que são estruturalmente distintos.

Como bem assinala Manoel Pedro Pimentel: "Segundo os ensinamentos da teoria da ação finalista, dolo e culpa são elementos psicológicos que animam a conduta, ligando o agente ao seu fato. Esses elementos, portanto, não são a causa da reprovabilidade da conduta, situando-se no terreno da tipicidade e não da culpabilidade" (In O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal. Sérgio Antonio Fabris Editor - 1987. p. 73) .

Em razão disso passaremos a analisar em primeiro lugar os tipos culposos, cuja estrutura é bem diversa daquela dos crimes dolosos. Em regra, no tipo culposos somente está descrito o resultado, ou seja, a lesão ou perigo de lesão do bem jurídico, constituindo-se assim num "tipo aberto". A ação proibida deve ser estabelecida pelo juiz de acordo com o entendimento da posição do garantidor e dos cuidados objetivos devidos pelo sujeito ativo para evitar um resultado lesivo.

(*) Trabalho final apresentado pelo aluno Paulo Antonio Lüdke de oliveira no curso de Especialização em Direito Penal - PUC-Campinas.

Em seguida, serão estudados os tipos dolosos, que se compõem de duas partes: tipo objetivo e tipo subjetivo. O tipo objetivo (descrição abstrata de um comportamento) compreende a ação delituosa descrita com todas as suas características descritivas e, às vezes, de elementos normativos e subjetivos. Compõem o tipo, assim, o verbo, o objeto material, o resultado, circunstâncias de tempo, lugar, modo e meios executivos, finalidades da ação, etc. O tipo subjetivo compreende necessariamente o dolo, como elemento intencional e genérico, e, eventualmente, outros elementos subjetivos especiais da conduta, chamados elementos subjetivos do tipo (injusto).

PASSEMOS À ANÁLISE DO CONCEITO DE CULPA

Apesar de longa elaboração doutrinária, não se chegou ainda a um conceito perfeito de culpa em sentido estrito, e, assim, do crime culposos.

Por essa razão, mesmo com a reforma da Parte Geral, a lei limita-se a prever as modalidades da culpa, declarando o artigo 18, inciso II, que o crime é culposos "quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia".

Prevê o artigo 26 do Código Penal Tipo para a América Latina que "age com culpa quem realiza o fato legalmente descrito por inobservância do dever de cuidado que lhe incumbe, de acordo com as circunstâncias e suas condições pessoais, e, no caso de representá-lo como possível, se conduz na confiança de poder evitá-lo".

Na doutrina o crime culposos tem sido conceituado como a conduta (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado.

Compõem-se, então, o crime culposos dos seguintes elementos: a) a conduta; b) a inobservância do dever de cuidado objetivo; c) o resultado lesivo involuntário; d) a previsibilidade; e e) a tipicidade.

Antes de nos manifestarmos acerca de cada um destes elementos importa mencionar que a jurisprudência freqüentemente faz expressa referência aos mesmos, bem como ao fato de o tipo culposo se tratar de um "tipo aberto", o que se denota na transcrição das seguintes ementas:

"Nos crimes culposos o tipo é aberto; porque cabe ao Juiz identificar a conduta proibida contrária ao cuidado objetivo, causadora do resultado. Neste tipo de crime não há vontade dirigida ao resultado, a ação dirigida a outros fins deve ser praticada com negligência, imprudência ou imperícia. É proibida e, pois, típica, a ação que, desatendendo ao cuidado ou a perícia exigíveis nas circunstâncias, em que o fato ocorreu, provoca o resultado. A inobservância do cuidado objetivo exigível conduz à antijuridicidade. É exigível o cuidado objetivo quando o resultado era previsível para uma pessoa razoável e prudente"

TACRIM-SP AC Rel. Sidnei Beneti RJD 6/86

"O fato culposo pode ser decomposto nos seguintes elementos: a) um ato inicial voluntário, praticado com imprudência, negligência ou imperícia; b) um resultado de dano ou de perigo, definido na lei como crime; c) a ausência de vontade e mesmo de previsão desse resultado; d) possibilidade de prevê-lo" (Aníbal Bruno, ob cit., vol II/85 - In Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial - Alberto Silva Franco e outros O - Ed. RT, p. 208)

PASSEMOS À ANÁLISE DOS ELEMENTOS ACIMA REFERIDOS

Enquanto nos crimes dolosos a vontade está dirigida à realização de resultados objetivos ilícitos, os tipos culposos ocupam-se não com o fim da conduta, mas com as consequências

an-ti-sociais que a conduta vai produzir. No crime culposos, não importa o fim do agente, mas o modo e a forma imprópria com que atua.

No crime doloso, o resultado ilícito não é só desejado como também previsto e perseguido pelo agente. No culposos, ao contrário, esse resultado, salvo hipóteses raras, acontece por azar, isto é, não está na previsão do agente (cupa inconsciente) ou, estando, não é por ele pretendido (culpa consciente).

Note-se, contudo, que o fim da conduta não é penalmente irrelevante, conforme tem-se afirmado.

O fim da conduta é inerente à própria ação e pode influir na modalidade de culpa com que atua o sujeito. Supondo-se o fato de alguém sair de uma garagem dirigindo o veículo em marcha-ré e atropelando um pedestre, a modalidade da ação culposa pode ser determinada pelo fim da ação. Se o motorista não observou as cautelas necessárias porque desejava sair rapidamente da casa, haverá imprudência; se, entretanto, o veículo foi posto em marcha-ré pelo agente que, desconhecendo a posição da alavanca do câmbio porque era inábil, desejava experimentar o seu funcionamento, haverá imperícia.

Com relação ao dever de cuidado objetivo, podemos afirmar que sua inobservância é que torna a conduta antijurídica.

Consiste tal dever em preocupar-se o agente com as possíveis conseqüências perigosas de sua conduta facilmente reveladas pela experiência da vida cotidiana, tê-las sempre presente na consciência e orientar-se no sentido de evitar tais conseqüências, abstando-se de realizar o comportamento que possa ser causa do efeito lesivo, ou somente realizá-lo sob especiais e suficientes condições de segurança.

Para Wessels, "o conteúdo do dever de cuidado consiste, antes de tudo, em reconhecer o perigo para o bem jurídico protegido, resultante da conduta concreta, e em orientar-se correspondentemente de acordo com isto; em, portanto, se omitir inteiramente da ação

perigosa ou efetua-la somente sob suficientes precauções de segurança" (In Direito Penal , p. 153).

A este respeito, convém lembrar que a cada homem, no meio social, incumbe o dever de praticar os atos da vida com as cautelas necessárias para que do seu atuar não resulte dano a bens jurídicos alheios. Quem vive em sociedade não deve, com uma ação irrefletida, causar dano a terceiro, sendo-lhe exigido o dever de cuidado indispensável a evitar tais lesões.

Assim, tendo ocorrido um determinado fato lesivo a um bem jurídico, deverá ser verificada a possibilidade de reconhecimento do risco de causar a lesão e a forma como o agente se colocou diante dessa possibilidade. Deve-se confrontar a conduta do agente que causou o resultado lesivo com aquela que teria um homem razoável e prudente em lugar do autor. Se o agente não cumpriu com o dever de diligência que aquele teria observado, a conduta é típica, e o causador do resultado terá atuado com imprudência, negligência ou imperícia.

Como se vê, a violação ao dever de cuidado surge quando as circunstâncias apontarem ao agente, segundo dados apreensíveis da experiência cotidiana, alguma razão para suspeitar da possibilidade de conseqüências danosas para sua conduta, ou, ao menos, quando haja dúvidas a respeito dessas possíveis conseqüências.

Note-se que, na dúvida, impõe-se o dever de abstenção da conduta, pois quem, nesta área se arrisca a se transformar em causador imputável de danos previsíveis age com imprudência e se torna, por isso mesmo, agente de um crime culposos, caso concretize a realização do tipo.

Observo que o conceito desse dever objetivo de cuidado pode coincidir com o comando de normas legais ou regulamentares, como ocorre, por exemplo, com o dever de obediência aos regulamentos de trânsito de veículos motorizados ou com o dever de obediência a certas regras técnicas, no desempenho de profissões ou atividades regulamentadas.

Em tais casos, a inobservância das normas legais e regulamentares, que especificam e impõem determinadas regras ao agente, cria em desfavor deste uma presunção de ter agido culpavelmente, incumbindo-lhe o difícil ônus da prova em contrário.

Assim, quem desobedece sinal de trânsito e, por isso, provoca acidente com vítimas, age culposamente (imprudência) e tem contra si a presunção de ter atuado culpavelmente (com previsibilidade do fato, portanto com consciência potencial da ilicitude, infringindo um dever objetivo de cuidado). Se provar, contudo, que o veículo apresentara repentino defeito no sistema de freios e que isso não lhe poderia ser imputado, a título de negligência, porque acabava de retirar o automóvel de uma oficina idônea, onde fora submetido a revisão global, o fato, embora danoso, não será culpável.

Onde não houver normas legais ou regulamentares específicas, o conteúdo do dever objetivo de cuidado só pode ser determinado por intermédio do princípio metodológico já referido (comparação do fato concreto com o comportamento que teria adotado, no lugar do agente, um homem comum inteligente e imprudente). Em tal hipótese o artifício apresenta-se inevitável.

Embora a inobservância do cuidado objetivo exigível conduza à antijuridicidade, não constitui a mesma, por si só, conduta típica porque se faz necessário outro elemento do tipo culposo: o resultado.

Só haverá ilícito penal culposos se da ação contrária ao cuidado resultar lesão a um bem jurídico. Se, apesar da ação descuidada do agente, não houver resultado lesivo, não há que se falar em crime culposos.

Evidente que deverá haver a relação de causalidade entre a ação e o resultado, como em todo fato típico. Sobre este assunto nos vem a lume a v. acórdão do E. Tribunal de Açada Criminal:

"A conduta culposa (stricto sensu) do agente e o evento danoso (resultado) só podem compor o fato típico desde que unidos pelos laços do nexos causal. Não há

responsabilidade por culpa (através de imprudência, negligência ou imperícia) sem que esta atue como causa do resultado lesivo"

TACRIM-SP Rel. Toledo de Assunção RT 393/351

Conforme já frisado, o tipo doloso difere do culposo. Neste há na conduta não uma vontade dirigida à realização do tipo, mas apenas um conhecimento potencial de sua concretização, ou seja uma possibilidade de conhecimento de que o resultado lesivo pode ocorrer.

Esse aspecto subjetivo da culpa é a possibilidade de conhecer o perigo que a conduta descuidada do sujeito cria para os bens jurídicos alheios e a possibilidade de prever o resultado conforme o conhecimento do agente. A essa possibilidade de conhecimento e previsão dá-se o nome de previsibilidade.

A previsibilidade consiste na possibilidade de ser antevisto o resultado, nas condições em que o sujeito se encontrava.

Exige-se, então, que o agente nas circunstâncias em que se encontrava, pudesse prever o resultado de seu ato.

A previsibilidade é, pois, a condição mínima da culpa em sentido estrito. Se o resultado vai além da previsão ela não existe.

Diz-se, então, que estão fora do tipo penal dos delitos culposos os resultados que estão fora da previsibilidade objetiva de um homem razoável, não sendo culposo o ato quando o resultado só teria sido evitado por pessoa extremamente prudente.

Deste modo, só é típica a conduta culposa quando se puder estabelecer que o fato era possível de ser previsto pela perspicácia comum, normal dos homens.

Convém notar, todavia, que os homens são distintos no que concerne à inteligência, sagacidade, instrução, conhecimentos técnicos, etc., variando a condição de prever os fatos em cada um. Assim, a previsibilidade, segundo a doutrina, deve ser estabelecida também conforme a capacidade de previsão de cada indivíduo. A essa condição dá-se o nome de previsibilidade subjetiva.

Conclui-se que, após a verificação de que o fato é típico diante da previsibilidade objetiva (do homem razoável), deve-se atentar para a reprovabilidade da conduta se o sujeito pudesse prevê-la (previsibilidade subjetiva).

Embora esta colocação seja aceita pela maioria da doutrina, não nos parece a melhor formulação para a matéria. A crítica que se faz a tal postura baseia-se em dois aspectos: Em primeiro lugar, a colocação não é perfeita por se fundar a previsibilidade objetiva em uma abstração (homem médio, homem padrão, etc.) que não se consegue caracterizar suficientemente. Em segundo lugar, porque fica excluída a tipicidade do fato praticado por alguém que, por suas qualificações, tem maiores possibilidades de prever o resultado que o homem comum (ex. : um eletricista, no que diz respeito aos perigos de máquinas movidas a energia elétrica; o químico, quanto às substâncias tóxicas, etc). Adotando-se esta teoria, não haverá fato típico se praticado pela pessoa mais qualificada, embora pelas suas condições pudesse prever o resultado e operar com maiores cuidados do que os exigidos do homem comum.

Para Eugênio Raul Zaffaroni, a questão se soluciona tomando-se a previsibilidade conforme a capacidade de previsão de cada indivíduo, sem que para isso se tenha de recorrer a qualquer "termo médio" ou "critério de normalidade". Assim, poderá haver ou não tipicidade conforme a capacidade de prever do sujeito ativo.

Resta-nos, neste passo, apreciar a tipicidade nos tipos culposos.

Diversamente do que ocorre nos tipos dolosos, a ação não vem descrita nos tipos culposos. São normalmente tipos abertos que necessitam de complementação de uma norma de caráter geral, que se encontra fora do tipo, e mesmo de elementos do tipo doloso correspondente. Assim, a lei brasileira prevê no artigo 129 § 6º: "Se a lesão é culposa: Pena-detenção, de dois meses a um ano", exigindo para a adequação do fato a esse tipo penal a complementação prevista no artigo 18, inciso II (conceito legal para o entendimento do crime

culposo) e no artigo 129, caput (que prevê a lesão corporal como ofensa à integridade corporal ou à saúde de outrem).

A tipicidade nos crimes culposos determina-se através da comparação entre a conduta do agente e o comportamento presumível que, nas circunstâncias, teria uma pessoa de discernimento e prudência ordinários. É, pois, típica a ação que provocou o resultado quando se observa que não atendeu o agente ao cuidado e à atenção adequados às circunstâncias.

Três são as modalidades de culpa: imprudência, negligência e imperícia.

Como observa Néllson Hungria, com apoio em Vannini, nas três hipóteses, está-se diante de uma "situação culposa substancialmente idêntica, isto é, omissão, insuficiência, inaptidão grosseira no avaliar as conseqüências lesivas do próprio ato".

Em breves palavras, pode-se afirmar que a imprudência exprime um comportamento comissivo, ao passo que a negligência dá idéia de uma conduta omissiva. Na imprudência há "culpa in faciendo", "na negligência", "in non faciendo", "in omittendo". Já a imperícia, nada mais é do que um espécie de imprudência, pois, em geral, com essa palavra se exprime a prática de certa atividade técnica ou profissional, sem o preparo necessário ou sem a experiência exigível para a sua eficiente realização.

Alongando-nos um pouco mais no tema podemos afirmar que a imprudência é uma atitude em que o agente atua com precipitação, inconsideração, com afoiteza, sem cautelas. Exemplo: dirigir sem óculos quando possuidor de defeito de visão.

A negligência seria a inércia psíquica, a indiferença do agente que, podendo tomar as cautelas exigíveis, não o faz por displicência. Exemplo: não deixar freiado automóvel quando estacionado.

Já a imperícia se constituiria na incapacidade, na falta de conhecimentos técnicos no exercício de arte ou profissão, não tomando

o agente em consideração o que sabe ou deve saber. Exemplo: não estar habilitado para uma cirurgia que exija conhecimentos apurados. A imperícia pressupõe sempre a qualidade de habilitação legal para a arte ou profissão. Havendo inabilidade para o desempenho da atividade fora da profissão, a culpa é imputada ao agente por imprudência ou negligência, conforme o caso.

Alguns julgados de nossos tribunais poderão ilustrar de forma mais clara diferenciação existente entre cada uma das modalidades de culpa.

IMPRUDÊNCIA

"Consiste a imprudência em proceder o agente, sem a necessária cantela, deixando de empregar as precauções indicadas pela experiência como capazes de prevenir possíveis resultados lesivos. Assim, ao forçar a vítima a nadar em local especialmente perigoso, seria necessário conhecimento seguro de que ela nadasse com experiência e muito bem. Nessas condições, arriscar era também agir imprudentemente"

JUTACRIM 87/253

"Constitui manifesta imprudência e não caso fortuito, a ação de réu que municia arma de fogo com bala de verdade, supondo tratar-se de bala de festim, e efetua disparo em direção a um amigo, atingindo-o com o projétil e causando-lhe a morte"

TACRIM-SP Rel. Hélio de Freitas - JUTACRIM 88/ 274

NEGLIGÊNCIA

"Considera-se negligência o fato de ter o acusado, encarregado da turma de reparação de rede de energia

elétrica, mandado a vítima trabalhar em certo trecho da linha de alta tensão, sem obter certeza e confirmação de que a corrente elétrica tivesse sido cortada"

TACRIM-SP Rel. Clineu Ferreira - JUTACRIM 89/ 271

"Atua culposamente o agente que infringe um dever de cuidado que pessoalmente lhe incumbe. Assim, responde pelas conseqüências o responsável por obra civil que, sabendo de perigo contra a vida dos operários, deixa de paralisar o serviço, até completa remoção daquele"

TACRIM-SP Rel. Rolim Loureiro - Juricrim - n. 1.309-A

IMPERÍCIA

"Incorre nas penas previstas para o crime de lesão corporal culposa médico que, agindo com imperícia e sem observação de regra técnica de profissão, produziu lesões gravíssimas na vítima, ocasionadas por falta de higiene na sala de cirurgia e deficiência de cuidados pós-operatórios. Há impossibilidade de aceitação da alegação que "complicações façam parte de rotina das cirurgias"

TACRIM-SP AC 512.015-9 Rel. Sidnei Beneti

"Se o agente é incapaz de realizar certa atividade, segundo o grau e o desenvolvimento exigidos pela ordem jurídica, já é reprovável que ele a pratique, ante a previsibilidade de um dano. Logo, age imperitamente e responde pelas conseqüências o empregado de empresa especializada de manutenção que executa serviços do ramo sem possuir a capacitação técnica a tanto exigida e, por isso, não constatou a existência de defeito em perigosa porta sanfonada interna de elevador antigo, assim contribuindo à morte de menor de três anos quando o carro se movimentou sem fechar-se completamente a referida porta"

TACRIM-SP Rel. Haroldo Luz RTJE 90/262

Importa ressaltar que, no sistema adotado pelo Código Penal, não existe um "crimen culpae", mas sim "um numerus clausus de crimina culposae". Vale dizer: os crimes culposos são na totalidade apenas aqueles expressamente previstos em lei. Onde não houver inequívoca previsão legal, ter-se-á que concluir pela inexistência do tipo culposos, em obediência ao que dispões o art. 18, parágrafo único, do Código Penal: "Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente".

Para a tipificação dos crimes culposos, quando os julga excepcionalmente necessários, utiliza-se o legislador de uma técnica simplificadora. Como as modalidades culposas se revestem de caráter extraordinário, pois a regra é a dolosa, vale-se o legislador penal, salvo raras exceções, dos elementos comuns contidos na descrição dolosa, agregando-lhes, logo em seguida, a expressão previsão da culpa *stricto sensu*, com a pena respectiva.

Assim, por exemplo, no homicídio "Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão de seis a vinte anos... § 3º Se o homicídio é culposo: Pena - detenção, de um a três anos". Tal metodologia põe em destaque a mencionada excepcionalidade do crime culposos e revela que o direito penal positivo está, realmente, construído "a serviço do dolo".

A fim de podermos fechar esta resumida análise do tipo culposos devemos fazer referência à culpa consciente e ao dolo eventual.

Duas são as modalidades da culpa *stricto sensu*: a culpa consciente e a inconsciente.

Na primeira, o agente prevê o resultado típico, tem-no como possível, mas confia em que poderá evitá-lo. Não quer o resultado, mas, por erro ou excesso de confiança (imprudência); por não empregar a diligência necessária (negligência) ou por não estar suficientemente preparado para um empreendimento cheio de riscos (imperícia), fracassa e vem a ocasioná-lo.

Exemplo de culpa consciente encontramos no seguinte caso trazido à apreciação do Judiciário:

"Age com culpa consciente, e não com dolo , aquele que coloca fio elétrico de baixa tensão em torno de sua residência; para impedir sua inasão, ocorrendo o evento morte da vítima, excepcionalmente, em decorrência da associação daquele fato com o piso molhado por ela tocado"

RT 549/363

Na segunda - culpa inconsciente - o agente não prevê o resultado, comporta-se com desatenção, desleixo, descuido (negligência), afoiteza (imprudência), ou arrisca-se a práticas para as quais não está devidamente habilitado ou preparado (imperícia) , transformando-se, assim, em causa cega do evento danoso.

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" (Exposição de motivos do CP de 1940).

A culpa consciente limita-se com o dolo eventual (CP, art. 18, I, in fine). A diferença é que, na culpa consciente, o agente não quer o resultado nem assume deliberadamente o risco de produzi-lo. Apesar de sabê-lo possível, acredita sinceramente poder evitá-lo, o que só não acontece por erro de cálculo ou por erro na execução.

No dolo eventual, o agente não só prevê o resultado danoso como também o aceita como uma das alternativas possíveis. É como se pensasse: vejo o perigo, sei de sua possibilidade, mas, apesar disso, dé no que der, vou praticar o ato arriscado.

A lei também não distingue o dolo direto do eventual, punindo o autor por crime doloso.

Feitas tais ponderações encerra-se o exame do tipo culposo, passando-se, incontinenter, à análise do tipo doloso.

De plano, devemos destacar que três são as teorias que procuram estabelecer o conteúdo do dolo: a da vontade, a da representação e a do assentimento.

Para a teoria da vontade, que foi exposta de forma orgânica na obra de Carrara, "dolo é intenção mais ou menos perfeita de praticar um fato que se conhece contrário à lei" (In Puscoli di diritto criminale, Prato, 1.885, t. 1, p. 293, apud Fontán Balestra, El elemento subjetivo del delito, Buenos Aires, Depalma, 1.957, p. 102). Age dolosamente, então, quem pratica a ação consciente e voluntariamente. É necessário para a sua existência, portanto, a consciência da conduta e do resultado e que o agente a pratique voluntariamente.

Segundo a teoria da representação, o dolo é a simples previsão do resultado. É suficiente que o resultado seja previsto pelo sujeito. Embora não se negue a existência da vontade na ação, o que importa para essa posição é a consciência de que a conduta provocará o resultado. Argumenta-se, contudo, que a simples previsão do resultado, sem a vontade efetivamente exercida na ação, nada representa e que, além disto, quem tem vontade de causar o resultado evidentemente tem a representação deste. Nesses termos, a representação já está prevista na teoria da vontade.

Para a teoria do assentimento (ou do consentimento), faz parte do dolo a previsão do resultado a que o agente adere, não sendo necessário que ele o queira. Para a teoria em apreço, portanto, existe dolo simplesmente quando o agente consente em causar o resultado ao praticar a conduta.

Requer a previsão ou representação do resultado como certo, provável ou possível, não exigindo que o sujeito queira produzi-lo. É suficiente seu assentimento.

O Código Penal adotou a teoria da vontade quanto ao dolo direto e a teoria do assentimento ao conceituar o dolo eventual.

Prevê o artigo 18, inciso I, do CP: "Diz-se o crime: doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo".

Na primeira parte do dispositivo a lei refere-se ao agente que quer o resultado. É o que se denomina dolo direto. O agente realiza a conduta com o fim de obter o resultado.

Na segunda parte do inciso, a lei trata do dolo eventual. Nessa 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. 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. Exemplos disto podem se facilmente lembrados: dirigir caminhão em alta velocidade, na contramão, embriagado, batendo em automóvel que trafegava regularmente e matando várias pessoas; praticar o militar a chamada "roleta russa", acionando por vezes o revólver carregado com um cartucho só e apontando-o sucessivamente a cada um de seus subordinados, para experimentar a sorte deles; atropelar ciclista e, em vez de deter a marcha do veículo, acelerá-lo, visando arremessar ao solo a vítima que caíra sobre o carro; avançar com o automóvel contra uma multidão, por estar com pressa de chegar ao destino, aceitando o risco da morte de um dos pedestres; ministrar, o médico, medicamento que sabe poder conduzir a morte o paciente, apenas para testar o produto, etc.

Age também com dolo eventual o agente que, na dúvida a respeito de um dos elementos do tipo, se arrisca em concretizá-lo. Atua com dolo eventual, por exemplo, aquele que pratica ato libidinoso com jovem na dúvida de que tenha a mulher mais dec 18 anos, cometendo o crime de corrupção de menores (art 218).

MAS, EM QUE CONSISTE PROPRIAMENTE O DOLO?

Como se sabe, toda ação consciente é dirigida pela consciência do que se quer e pela decisão de querer realizá-la, ou seja, pela vontade. A vontade é querer alguma coisa e o dolo é a vontade dirigida à realização do tipo penal. Assim, pode-se definir o dolo como

a consciência e a vontade na realização da conduta típica, ou a vontade da ação orientada para a realização do tipo.

Para Enrique Bacigalupo, "dolo é o conhecimento e a vontade de realização do tipo. Em outras palavras, é a atitude subjetiva de decidir-se pela execução de uma ação lesiva a um bem jurídico, quer dizer, de uma ação que realiza um tipo penal" (In Manual de Derecho Penal, 1984, p.103).

Sobre o assunto o E. Tribunal de Alçada Criminal se pronunciou da seguinte forma :

"Dolo, perante o Direito pátrio, é a vontade dirigida ao resultado bem como a vontade que, embora não dirigida diretamente ao resultado previsto como provável, consente no advento deste ou assume o risco de produzi-lo"

TACRIM-SP Rel. Galvão Coelho JUTACRIM 43/297

São elementos do dolo, portanto, a consciência (conhecimento do fato - que constitui a ação típica) e a vontade (elemento volitivo de realizar esse fato) .

A consciência do autor deve referir-se a todos os elementos do tipo, prevendo ele os dados essenciais dos elementos típicos futuros, em especial o resultado e o nexo causal.

A vontade consiste em resolver executar a ação típica, estendendo-a a todos os elementos objetivos conhecidos pelo autor que servem de base à sua decisão em praticá-la.

Numa concepção psicodinâmica, inspirada na psicanálise de Sigmund Freud, também se tem definido o dolo como "a atitude interior de adesão aos próprios impulsos intrapsíquicos anti-sociais", em que predomina a idéia do animus, ou seja, a má-fé criminosa.

O dolo inclui não só o objetivo que o agente pretende alcançar, mas também os meios empregados e as conseqüências secundárias de sua atuação. Há duas fases na conduta: uma interna e outra externa. A interna opera-se no pensamento do autor (e se não passa disso é penalmente indiferente) e a segunda consiste em exteriorizar a conduta.

Na primeira fase, o agente propõe-se a um fim, seleciona os meios para realizar essa atividade e considera os efeitos concomitantes que se unem ao fim pretendido.

Na segunda fase, utilizam-se os meios selecionados, exteriorizando-se a conduta.

O dolo deve abranger os elementos da figura típica. Assim, para que se possa dizer que o sujeito agiu dolosamente, é necessário que seu elemento subjetivo tenha se estendido às elementares e às circunstâncias do delito. Toda figura típica contém uma série de elementos que, relacionados com a conduta culpável do agente, ensejam a aplicação da pena. Assim, no caso do crime de furto, é imprescindível que o sujeito saiba que a coisa móvel é "alheia". Se não conhece a qualidade da coisa ou tem uma falsa apreciação sobre ela, fica afastado o dolo e, por consequência, o próprio fato típico.

Embora o dolo conceitualmente seja o mesmo em todos os crimes, a sua forma de expressão varia de acordo com os elementos da figura típica. Deste modo, o dolo do homicídio não é igual ao do furto, uma vez que as elementares dos tipos são diferentes e se exige que esse elemento subjetivo abranja todos os componentes da figura típica. Em face disso, e por força do disposto no art.18, I, do CP, que trata da forma dolosa, a doutrina costuma apresentar várias espécies de dolo, conforme passo a expor.

A doutrina distingue o dolo direto ou determinado do dolo indireto ou indeterminado.

No dolo direto, o sujeito visa a certo e determinado resultado. Ex.: o agente desfere golpes de faca na vítima com a intenção de matá-la. O dolo se projeta de forma direta no resultado morte.

Como se vê, há dolo direto quando o resultado no mundo exterior corresponde perfeitamente à intenção e vontade do agente. O objetivo por ele representado e a direção da vontade se coadunam com o resultado do fato praticado"

Na hipótese de dolo indireto a vontade do sujeito não se dirige a certo e determinado resultado. No dolo indireto ou indeterminado o querer do agente se degrada, não é tão definido em relação ao resultado como no determinado ou direto propriamente dito. Não há, então, uma direção segura da vontade. O agente prevê e admite a ocorrência eventual de um resultado, ou quer um ou outro entre os vários resultados previstos.

Possui duas formas: a) dolo alternativo; e b) dolo eventual.

Há dolo alternativo quando a vontade do sujeito se dirige a um ou outro resultado. Ex.: o agente desfere golpes de faca na vítima com intenção alternativa; ferir ou matar.

Ocorre o dolo eventual, conforme já exposto, quando o sujeito assume o risco de produzir o resultado, isto é, admite e aceita o risco de produzi-lo.

A doutrina tradicional separa as espécies de dolo em dolo genérico e dolo específico. Dolo genérico é a vontade de realizar o fato descrito na lei, em seu núcleo (vontade de matar, de subtrair, de raptar, etc). Dolo específico é a vontade de realizar o fato com um fim especial (fim libidinoso, de obter vantagem indevida, etc.).

A distinção que os autores fazem a respeito deve ser apreciada em face do "fato material" (conduta, resultado e nexo de causalidade). Quando a intenção do sujeito se esgota na produção do fato material, fala-se em dolo genérico. Ex.: o crime de aborto é composto da conduta de provocar e da interrupção da gravidez com a morte do feto (resultado naturalístico), ligados pelo nexo de causalidade objetiva. O dolo é genérico, uma vez que a vontade do agente não vai além do fato material. O crime de rapto é composto do fato material (raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude). Aí se encontra a conduta e o resultado. O agente, porém pretende outro resultado: "para fim libidinoso". Então, de acordo com a doutrina, o crime exige dolo específico, que pressupõe o genérico.

Para Damásio Evangelista de Jesus a distinção não tem razão de ser: "Entendemos, seguindo a orientação de Asúa, que não

existem dolo específico e dolo genérico. O dolo é um só, variando de acordo com a figuração típica. Nos termos da orientação, o chamado dolo com intenção ulterior (dolo específico), que em si expressa um fim (o rapto é a subtração da mulher para casar-se com ela ou para corrompê-la), assim como o animus que certos delitos exigem, não são propriamente dolos com intenção ulterior, e sim elementos subjetivos do tipo. Vimos que o dolo exige os seguintes elementos: a) consciência da conduta e do resultado; b) consciência da relação de causalidade; c) vontade de realizar o comportamento e de produzir o resultado. Assim, na própria noção do dolo já existe a vontade de produzir o resultado. Se na própria noção de dolo já existe a exigência de o agente ter a vontade de produzir o resultado, tanto faz que este se encontre no fato material ou fora dele. A vontade é a mesma; o dolo é o mesmo." (In Direito Penal - 1º Volume - Parte Geral - Editora Saraiva - 1.997, p. 287).

Tema afeto à matéria consiste no chamado dolo geral. Existe este nos casos em que o agente, supondo ter conseguido o resultado pretendido, pratica nova ação que, esta sim, vem a resultar no evento. É o exemplo da vítima de golpes de faca em tentativa de homicídio que é atirada ao mar pelo agente, na suposição de já tê-lo eliminado, causando-lhe a morte por afogamento. Responderá ele por homicídio doloso consumado em decorrência do denominado dolo geral quando, tecnicamente, haveria tentativa de homicídio seguida de homicídio culposo.

Antes de encerrarmos a presente análise devemos fazer referência à questão dolo e pena.

A quantidade da pena não varia segundo a espécie de dolo como previsto no artigo 18, inciso I do CP. Assim, em homicídio simples, a pena será a 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.

Contra esta posição se insurge Damásio E. de Jesus: "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 tenna aplicação da pena concreta. Daí a razão por que o art. 59 nenhuma referência faz a esse elemento subjetivo do tipo" (In Direito Penal - 1^o Volume - Editora Saraiva - 1997 - p. 288).

Estas as breves linhas que se podem traçar acerca do dolo e da culpa no direito penal.