

PARECER — DOLO EVENTUAL E MEDIDA DA CULPABILIDADE: CONTEÚDO JUDICIALMENTE VALORADO E LIMITES DA APLICAÇÃO DA PENA NO CASO DA BOATE KISS

*OPINION — DOLUS EVENTUALIS AND CRIMINAL CULPABILITY: A ASSESSMENT OF THE
JUDICIAL CONTENT AND THE LIMITS OF SENTENCING IN THE KISS NIGHTCLUB CASE*

SALO DE CARVALHO

Doutor (UFPR) e Mestre (UFSC) em Direito. Professor adjunto de direito penal da Faculdade Nacional de
Direito (UFRJ) e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unilasalle (RS).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4997752549394373>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2006-9916>

salo@salodecarvalho.com.br

<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v192i192.304>

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O artigo explora os critérios de valoração da culpabilidade na primeira etapa de determinação da pena (pena-base), sobretudo a permanência, na prática judicial brasileira, da ponderação da intensidade do dolo, apesar dos parâmetros impostos na reforma de 1984 (teoria normativa da culpabilidade). Enfrenta, ainda, os efeitos da adoção da tese do "dolo sem vontade" na quantificação da responsabilidade penal.

PALAVRAS-CHAVE: Dolo eventual – Culpabilidade – Aplicação da pena – Boate Kiss.

ABSTRACT: The article explores the criteria for assessing culpability in the first stage of sentencing, especially the continuing judicial practice of weighting the intensity of intent despite the parameters adopted in the 1984 reform (normative theory of criminal culpability) in the judicial process in Brazil. The article also faces the impact of adopting the thesis of "unintentional dolus" when quantifying criminal liability.

KEYWORDS: Dolus eventualis – Culpability – Sentencing – Kiss Nightclub.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Consulta. 3. Contexto. 4. Dolo eventual e aplicação da pena: parâmetros legais e dogmáticos. (a) É possível valorar dolo na pena-base? (b) O que se deve valorar a título de culpabilidade normativa? (c) No caso concreto, o que poderia e deveria ter sido valorado na culpabilidade? É possível ignorar o conjunto probatório? (d) Se possível valorar dolo na culpabilidade, quais os elementos a serem valorados? Sobre a exclusão do

elemento volitivo ("dolo sem vontade") para justificar maior reprovabilidade ao dolo eventual. (e) É razoável e lógico, em um sistema diferenciador, impor ao dolo eventual carga punitiva superior àquela atribuível ao dolo direto?. 5. Respostas aos quesitos. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

1.1. O parecer apresentado no processo que condenou, por homicídio doloso, proprietários, administrador, músico e assistente de palco pelo incêndio da Boate Kiss, em Santa Maria, sofreu importantes alterações para publicação, em razão das limitações de espaço da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim).

Em realidade, publica-se apenas a consulta, a resposta aos quesitos e o item 2 do parecer original, intitulado "Dolo Eventual e Aplicação da Pena: parâmetros legais e dogmáticos". Foram excluídos os seguintes itens:

"3. Valoração dos Motivos e das Circunstâncias (em sentido estrito): é possível ignorar as decisões do TJRS e do STJ?"; "4. Comportamento das Vítimas: *bis in idem* e fundamentação deficiente"; "5. Cálculo da Pena-Base: inobservância do critério do 'termo médio' e desproporcionalidade na graduação das circunstâncias"; "6. Pena Provisória: confissão (atenuante nominada); dolo eventual e 'falha estatal em proteger os custodiados e assegurar a segurança do local' (precedente) (atenuantes inominadas): (a) Confissão; e (b) Dolo Eventual e Corresponsabilidade do Estado: atenuantes inominadas (art. 66 do Código Penal)".

Ademais, foram excluídas algumas citações doutrinárias e notas explicativas e alguns depoimentos, sempre com a indicação no texto.

Mantive os nomes dos acusados e das testemunhas em razão da ampla exploração do caso na mídia. Lembro, inclusive, que o julgamento em plenário foi transmitido ao vivo pelo TJRS e os vídeos encontram-se ainda disponíveis no site da corte no youtube [www.youtube.com/c/tjrsnoticias/videos].

1.2. Restringi o conteúdo desta publicação na forma como o juiz valorou a culpabilidade na pena-base, sobretudo os argumentos que tentaram justificar a sobrecarga punitiva pelo "dolo eventual intenso". A questão do dolo na determinação da pena é controversa e pouco explorada, motivo pelo qual espero que as reflexões possam auxiliar na compreensão do tema, não apenas no campo da dosimetria, mas também na analítica do delito.

Sugiro, ainda, a leitura conjunta deste parecer com o apresentado pelos profs. Alexandre Wunderlich e Marcelo Ruivo (2019), igualmente publicado na RBCCrim (v. 161). O texto de Wunderlich/Ruivo demonstra tratar-se o caso de crime culposos. Concordo com as premissas teóricas que orientaram a análise do processo e com as conclusões dos colegas. Mas, neste parecer, parto da inevitável decisão do Conselho de Sentença

(condenação por homicídio doloso) e concentro o estudo nos argumentos judiciais que conduziram a imposição da pena para Elissandro Callegaro Spohr.

2. CONSULTA

2.1. O advogado Dr. Jader Marques formula consulta sobre a *dosimetria da pena* nos crimes de homicídio (consumados e tentados) em razão de sentença penal imposta ao seu constituinte, Sr. Elissandro Callegaro Spohr, no processo criminal 027/2.13.0000696-7, que tramitou na 1ª Vara Criminal de Santa Maria, posteriormente desafortado para Porto Alegre. O caso ganhou notoriedade em razão do número de pessoas que perderam a vida no incêndio na Boate Kiss, em 27 de janeiro de 2013.

No julgamento ocorrido na capital do Estado, após a condenação pelo Conselho de Sentença, o magistrado fixou pena de 22 (vinte e dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão ao réu, decorrente da imputação de 242 homicídios simples consumados (art. 121, *caput*, Código Penal) e, no mínimo, 636 homicídios simples tentados (art. 121, *caput* c/c art. 14, Código Penal), todos na forma do art. 29, *caput* e 70, primeira parte, do Código Penal.

Embora o réu tivesse sido denunciado e pronunciado por homicídios consumados e tentados qualificados pelo “meio cruel” (emprego de fogo e a produção de asfixia nas vítimas) e pelo “motivo torpe” (ganância: economia na espuma adequada para revestimento acústico; falta de investimento em segurança contra fogo; e lucro com a superlotação do estabelecimento), o 1º Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Embargos Infringentes 70075120428 (CNJ 0276157-30.2017.8.21.7000) e, posteriormente, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial 1.790.039/RS (2018/0345779-2) afastaram a incidência do § 2º do art. 121 do Código Penal.

Indaga o consultante sobre (primeiro) a validade dos critérios de análise das circunstâncias de aplicação da pena-base (*culpabilidade, motivos, circunstâncias e comportamento das vítimas*); (segundo) a não observância de circunstâncias atenuantes; e (terceiro) a razoabilidade da quantidade (cálculo) de pena privativa de liberdade aplicada.

2.2. Ao delimitar o tema e o objeto da consulta, apresenta os seguintes quesitos:

1. A valoração do conteúdo das circunstâncias judiciais do art. 59 (pena-base) segue os parâmetros dogmáticos e as diretrizes legais e constitucionais de fundamentação e proibição da dupla valoração (ne bis in idem)?
2. O cálculo da pena-base respeita as diretrizes jurisprudenciais consolidadas, sobretudo as fixadas pelo TJRS, e observa o princípio da proibição de excesso?
3. Da análise dos autos, é possível verificar a incidência de circunstâncias atenuantes não valoradas na sentença?
4. Os fundamentos da tese do erro de proibição apresentados em plenário podem ser valorados na dosimetria da pena?

Examinadas as questões e os documentos (peças processuais) que acompanham a consulta, encaminho o estudo do caso, especialmente em relação à validade dos critérios qualitativos e quantitativos de fixação das referidas penas.

Destaco, ainda, que em razão da relevância da matéria e dos efeitos da decisão condenatória, mas, sobretudo, em decorrência das *condições econômicas enfrentadas pelo acusado e pela sua família* – o réu encontra-se preso e, mesmo antes disso, por força do processo, não desempenhou qualquer atividade profissional desde o incêndio –, realizo o presente estudo *pro bono*.

2.3. Sublinho, também, que o objetivo do parecer é o de apresentar um panorama dos critérios de aplicação da pena no Brasil, ou seja, das posições que preponderam na doutrina e na jurisprudência, *independente da minha posição sobre o tema*. Discordo teoricamente de algumas construções que se tornaram entendimento majoritário, mas, *diferente de uma pesquisa acadêmica*, o central nesta análise é *verificar a adequação da decisão aos parâmetros constitucionais, legais e dogmáticos (doutrina e jurisprudência consolidadas)*.

Agradeço à equipe do escritório, em especial às advogadas Lilian Reolon, Shaiane Tassi e Amanda Guimarães, aos advogados Breno Zanotelli e Pedro Caús, e à estagiária Juliana Jesus pelo apoio na pesquisa jurisprudencial e na análise do amplo acervo probatório.

Passo, pois, ao parecer.

3. CONTEXTO

3.1. A consulta realizada objetiva, de forma geral, verificar a adequação dos critérios de determinação da pena apresentados na sentença condenatória do “caso da Boate Kiss”. O julgamento, ao longo do mês de dezembro de 2021, ganhou a opinião pública nacional, não apenas em razão do impacto do incidente, mas também pelo fato de ter sido transmitido ao vivo pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS).

A ampla divulgação pelos meios de comunicação proporcionou que algumas categorias dogmáticas como “dolo eventual” e “culpa consciente” fossem discutidas pelo público leigo, para além do debate nos canais próprios da área do Direito. Entendo, inclusive, que essa popularização da linguagem jurídica é importante, sobretudo, nos julgamentos pelo Tribunal do Júri onde o mérito é de responsabilidade de jurados sem formação técnica.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), revisando em parte a decisão do Tribunal gaúcho, entendeu por delegar o juízo sobre a imputação (homicídio doloso ou culposo) ao Conselho de Sentença. Embora questionável a opção da Corte, coube aos juízes leigos determinar a tipicidade dolosa ou culposa dos homicídios consumados e tentados e, em consequência, os seus efeitos – leia-se, os limites mínimos e máximos de pena a serem fixados pelo juiz togado em caso de condenação: 01 (um) a 3 (três) ou 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

Com o perdão da obviedade, é fundamental ter sempre presente que a opção dos jurados pelo dolo, na modalidade do dolo eventual, por si só operou um expressivo aumento da carga punitiva: aumento de 06 (seis) vezes a pena mínima (de 1 para 6) e de mais de 06 (seis) vezes a pena máxima (de 3 para 20). Esse – e não outro – o pano de fundo que deve emoldurar o debate: a exclusão da negligência produziu substancial elevação da pena, alterando radicalmente a situação jurídica dos réus, não apenas no valor punitivo final (quantidade), mas também nas dimensões qualitativas da sanção penal (espécie e regime).

Início pelo óbvio porque é a *(re)avaliação do dolo (eventual) pelo julgador togado a coluna vertebral da aplicação da pena no caso*. O magistrado, ao determinar a pena após a decisão do Conselho de Sentença, estrutura o seu raciocínio (*primeiro*) para justificar a possibilidade de inserir o dolo (eventual) como conteúdo da circunstância judicial culpabilidade do art. 59, *caput*, do Código Penal; e (*segundo*) para argumentar que a excepcionalidade do dolo eventual implica, no caso, responsabilização mais elevada do que aquela que seria compatível com o dolo direto. As demais variáveis são relevantes, em especial pelo impacto final na sanção, mas os equívocos relacionados à carência de motivação, ao *bis in idem* e ao excesso são mais evidentes neste tema.

Assim, o núcleo do debate proposto pode ser expresso em forma de indagação: *é possível o juiz ignorar os parâmetros legais (lei penal) e dogmáticos (ciência penal) para justificar a avaliação do dolo eventual na dosimetria da pena-base?* O questionamento se justifica não apenas em razão do peso imposto à circunstância no cálculo da primeira etapa, mas, sobretudo, pela *explícita refutação que o julgador faz das diretrizes normativas e técnicas vigentes*, tudo em nome da adesão a um modelo doutrinário no qual o ser humano deixa de ocupar o centro de referência da ordem jurídica e é substituído pelas “expectativas normativas da comunidade” e pela “confiança no sistema de Justiça”.¹

Os excessos que serão indicados, não somente (mas, sobretudo) decorrentes da avaliação do dolo eventual na culpabilidade, resultam dessa *funcionalização* das categorias jurídico-penais; da instrumentalização do Direito Penal para finalidades político-criminais abstratas, indemonstráveis e incompatíveis com os parâmetros constitucionais (como “evitar frustrações sociais” e “preservar a confiança nas instituições”). Argumentos que, historicamente, serviram como alibis político-ideológicos para reduzir o sujeito (réu) a um mero objeto de intervenção punitiva, incapacitar os mecanismos de garantia e controle do arbítrio, e enfraquecer os direitos fundamentais da pessoa humana.

3.2. O problema, logicamente, não é o magistrado aderir a uma ou outra corrente filosófica ou doutrinária, algo inerente a qualquer campo científico e muito comum nas ciências criminais. A questão toma dimensões preocupantes quando determinadas filiações

1. “O Direito, e sobretudo o Direito Penal, não há de voltar os olhos apenas àquele que delinuiu, senão que lhe cabe a finalidade de ajustar as expectativas normativas da comunidade, evitando frustrações e descréditos que afetam a confiança no sistema de Justiça” (TJRS, 1º Juizado da 1ª Vara do Júri de Porto Alegre, Processo 001/2.20.0047171-0, Sentença, fl. 04).

dogmáticas servem como escusas retóricas e/ou ideológicas, conscientes ou inconscientes, para burlar o Direito positivado e impor cargas punitivas excessivas às pessoas submetidas a julgamento.

Apresento, no parecer, brevíssima revisão do estado da arte da teoria do delito, mais especificamente das distintas posições sobre a culpabilidade e as variações dogmáticas sobre o dolo. O objetivo não é simplesmente o de invalidar modelos que, desde o meu ponto de vista, confrontam com os direitos fundamentais. De igual forma, não se está, direta ou indiretamente, sustentando que o desenvolvimento técnico-científico não possa ser incorporado pela jurisprudência, o que representaria a obstrução de novas ideias sobre os fundamentos e as funções do Direito Penal.

Todo avanço normativo é precedido de necessárias tensões dogmáticas.

O problema surge quando perspectivas aparentemente inovadoras, em julgamentos específicos de pessoas concretas de carne e osso, operam como falácias argumentativas para a suspensão da legalidade, parâmetro primeiro da interpretação jurídico-penal, e para a anulação da pessoa humana, limite (de intervenção) e objeto (de tutela) da ordem constitucional.

Ademais, o que procuro evidenciar é que o resultado (pena aplicada) obtido pelas aparentes “inovações dogmáticas” realizadas é altamente temerário porque (*primeiro*) desrespeita a legalidade; e (*segundo*) ignora critérios fixados pela doutrina e pela jurisprudência, sobretudo, entendimentos históricos e consolidados pelo TJRS.

4. DOLO EVENTUAL E APLICAÇÃO DA PENA: PARÂMETROS LEGAIS E DOGMÁTICOS

(a) *É possível valorar dolo na pena-base?*

4.1. Antes de ingressar na forma como o dolo eventual foi dimensionado na sentença (“dolo sem vontade”; “dolo eventual intenso”), é necessária uma discussão preliminar acerca da própria possibilidade de valoração dos elementos subjetivos do tipo na circunstância judicial culpabilidade. A questão que condiciona a conclusão sobre a “intensidade do dolo eventual” é tratada de forma bastante breve na sentença:

“(…) na doutrina brasileira, tem-se produzido o equivocado alvitre segundo o qual, se está a culpabilidade alijada de elementos de ordem subjetiva, transportados ao tipo penal como consectário da abordagem finalista, a sua avaliação, isto é, a avaliação da culpabilidade no ensejo da fixação da pena, afigurar-se-á meramente cosmética.

E não é inusual, deveras, que, em algumas decisões, no momento de estabelecimento das sanções e apreciação acerca das diretrizes do artigo 59 do Código Penal, leiamos, quando se vai tratar da culpabilidade, meramente a fórmula de que o agente era imputável, tinha consciência da ilicitude e poderia comportar-se de outra maneira.

O que se pretende demonstrar agora é que, ao contrário disso, no conceito de culpabilidade tendente à fixação da pena incluem-se elementos de ordem subjetiva, os quais, numa linguagem simplificada, e observada a dinâmica do presente caso concreto, poderíamos tomar como a avaliação acerca da intensidade do dolo, desimportando, para o efeito – o que também será exposto –, se se está a falar de dolo direto ou de dolo eventual.” (TJRS, 1º Juizado da 1ª Vara do Júri de Porto Alegre, Processo 001/2.20.0047171-0, Sentença, fl. 04).

Os problemas de ordem técnica são vários no argumento apresentado: (*primeiro*) o sistema proposto na Reforma do Código não secundariza a culpabilidade, tornando-a “meramente cosmética” (pelo contrário); (*segundo*) a enunciação dos elementos da culpabilidade normativa (imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta) nunca eximiu o julgador da análise do seu conteúdo – o vício da falta de fundamentação na experiência judicial não pode ser tomado como regra ou motivo para desconsiderar os critérios legais; e (*terceiro*) o Código reformado substitui as circunstâncias judiciais “intensidade do dolo e grau de culpa”, elementos da culpabilidade psicológica (sistema causal e neoclássico), pela categoria “culpabilidade”, impondo consequências que devem ser observadas.

Para compreender o sistema de aplicação da pena adotado pelo Código Penal brasileiro, é fundamental, antes de tudo, ter presentes as orientações dos autores da reforma. Lógico que, desde 1984, inúmeras inovações foram incorporadas à metodologia original, sobretudo, em razão do impacto do texto constitucional em 1988. Todavia, os seus princípios cardeais, devidamente filtrados e harmonizados à Constituição – veja-se, por exemplo, os limites impostos aos antecedentes criminais e a revisão das circunstâncias personalidade do réu e conduta social a partir da afirmação do Direito Penal do fato e dos seus princípios sustentadores (secularização, intimidade e presunção de inocência) –, mantêm-se como inevitáveis pontos de partida da atividade jurisdicional.

Nessa perspectiva, imprescindível conhecer minimamente o sistema e a sua construção, inclusive para que as críticas que lhe possam ser dirigidas façam sentido – sob pena de se problematizar algo distinto daquilo que se pretende objetar ou de se reduzir a crítica apenas àquilo que o crítico gostaria que fosse o objeto criticado.

4.2. A Comissão para elaborar o anteprojeto de reforma do Código Penal foi instaurada pela Portaria 1.034, de 27/11/1980, do Ministério da Justiça, e era composta pelos seguintes juristas: Francisco de Assis Toledo (presidente), Francisco Serrano Neves, Rogério Lauria Tucci, Hélio Fonseca, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Júnior e René Ariel Dotti. Posteriormente, a revisão do texto coube à nova comissão, integrada por Francisco de Assis Toledo (presidente), Dínio de Santis Garcia, Jair Leonardo Lopes e Miguel Reale Júnior, nomeada pela Portaria 371, de 24 de junho de 1981, Ministério da Justiça. No ponto que nos interessa (sistema de penas), Nilo Batista, sempre crítico aos desvios dogmáticos impostos pela contingência político-criminal, conclui que “o sistema de penas foi objeto de primorosa reforma”, “que enaltece a criatividade, a erudição

e a sensibilidade dos juristas que colaboraram na reforma (...)” (ZAFFARONI/BATISTA, 2003, p. 483).

Vejamos, portanto, como os reformadores moldaram o sistema de aplicação das penas e qual o papel e o conteúdo atribuído à culpabilidade na nova configuração.

A redação original da parte geral do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/40), inspirada pelo causalismo e pela teoria psicológica da culpabilidade, ao tratar da determinação da pena no art. 42 (atual art. 59), referia que

“compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à *intensidade do dolo ou grau da culpa*, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime: I – determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente; II – fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.” (grifei).

A presença de dolo e culpa *stricto sensu* no *caput* do art. 42 se justificava em razão da sua posição no sistema da teoria do delito. No modelo causal, a conduta se vinculava ao resultado em duas dimensões: causalidade material (objetiva); causalidade psíquica (subjética) – “culpabilidade é uma ligação de natureza anímica, psíquica, entre o agente e o fato criminoso” (TOLEDO, 2015, p. 219). A possibilidade de medição do dolo (intensidade) e da culpa (grau) decorre diretamente dessa opção metodológica, pois ambos (dolo e culpa) são considerados expressões psicológicas da culpabilidade. Nos extremos: dolo direto, forma mais grave de culpabilidade; e culpa inconsciente, forma mais branda que pode chegar às fronteiras do caso fortuito (HUNGRIA, 1978, p. 114; HUNGRIA, 1958, p. 227). Entre os opostos,

“as formas intermediárias do dolo eventual (dolo sem vontade e culpa com representação) manifestam, em função do motivo, um defeito, embora menor, quer do sentimento moral, quer da inteligência, segundo se tenha previsto como provável ou não o evento e se verifique este como esperado ou não. (...) Na aplicação da pena, porém, o juiz atenderá à *intensidade* da atuação da vontade e da consciência.” (HUNGRIA, 1958, p. 229).

A conversão da culpabilidade em juízo de censura (reprovabilidade²) e a compreensão da conduta como atividade ontologicamente final determinam uma mudança, em nada “cosmética”, na localização dos componentes subjetivos. Se a conduta é por natureza

2. Entendo importante destacar que, particularmente, discordo da compreensão da culpabilidade como juízo de censura ou reprovabilidade, tema ao qual dediquei espaço significativo nas minhas pesquisas acadêmicas (nesse sentido, especialmente Carvalho, 2020, p. 169-266).

Todavia, reitero que diferente de uma investigação teórica, o objetivo do parecer é o de apresentar um panorama geral dos critérios de aplicação da pena no Brasil, sendo possível antecipar que a ideia de culpabilidade como juízo de censura e reprovabilidade, com algumas variações, prepondera na doutrina e na jurisprudência.

CARVALHO, Salo de. Parecer – dolo eventual e medida da culpabilidade: conteúdo judicialmente valorado e limites da aplicação da pena no caso da Boate Kiss.
Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 192, ano 30, p. 345-394. São Paulo: Ed. RT, setembro – outubro/2022.

direcionada (WELZEL, 2004, p. 42-47)³, lhe é inseparável o seu elemento direcional (dolo), “sob pena de fraturar a realidade”.⁴

Nesse cenário,

“como os finalistas observaram, com toda a razão, as ações dos tipos de crimes dolosos não podem ser compreendidas sem que se considere a direção da vontade que as conduz e anima. O tipo subjetivo dos crimes dolosos compõe-se do dolo e, eventualmente, de outros elementos subjetivos de que depende a ilicitude”, leciona Fragoso (1978, p. 542).

A culpabilidade pressupõe a imputabilidade e se caracteriza como juízo de reprovação pela prática do injusto típico. Ilógico, portanto, um dos elementos a ser valorado (dolo) integrar o juízo de valoração (culpabilidade), o que redundaria, em outras palavras, em confundir a valoração do objeto com o objeto de valoração. Na imputação subjetiva, o dolo, como *consciência* e *vontade* de realizar os elementos objetivos do tipo penal⁵, é um dado psicológico-descritivo verificado (ou reconhecido) para afirmar ou negar a tipicidade da conduta. Se no modelo causal era possível *graduar* o dolo (intensidade), com o finalismo a culpabilidade será eminentemente um *juízo de censura*. E, mesmo no modelo anterior, parece não ser correto se falar em um “dolo eventual intenso”, nos termos da decisão sob análise.

3. Welzel reproduz, ao narrar as etapas da ação humana, a descrição fenomenológica da conduta de Hartmann, embora negue explicitamente a influência e aponte como referência Hönigswald (WELZEL, 2004, p. 28). Sobre as etapas da conduta final no modelo de Hartmann, conferir Adeodato, 1996, p. 149-150.
4. “Welzel está, em princípio, de acordo com todos esses elementos, mas os considera muito mal distribuídos na estrutura do crime. Não compreende o ilustre penalista como se pôde situar o dolo dentro do juízo de culpabilidade e, com isso, deixar a ação humana sem o seu elemento característico, fundamental, a intencionalidade, isto é, o seu finalismo. Isso vai contra a estrutura ontológica da ação, pois esta, como se sabe, não pode ser desligada de seu finalismo direcional, sob pena de se fraturar a realidade. Toda ação humana é essencialmente finalista, é dirigida a um fim. Esse finalismo, o elemento intencional, inseparável da ação, é o seu elemento direcional, é, em resumo, o dolo” (TOLEDO, 2015, p. 226).
5. Ensina Tavares, que embora o conceito de dolo, como “consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo”, derivado do finalismo e uma definição ainda válida, seria incompleto, pois reduzido a uma relação meramente instrumental. Assim, “o dolo deve compreender todos os elementos que lhe dão suporte, precisamente em face da lesão ou perigo concreto de lesão do bem jurídico. Neste sentido, o dolo será a consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo, tendo como objetivo final a lesão ou o perigo concreto de lesão do bem jurídico” (TAVARES, 2018, p. 249). O autor igualmente questiona a doutrina tradicional que vê o procedimento de imputação subjetiva apenas como afirmação da vinculação subjetiva da conduta ao bem jurídico. Propõe, de forma coerente com o modelo crítico, que a relação dialética entre conduta e afetação do bem jurídico deve ser efetuada sob aspecto negativo.

Nota-se, pois, que a redação original do art. 42, *caput*, do Código Penal, obedece a uma estrutura metodológica que reflete o estado da arte da época: teoria causal da ação, teoria psicológica ou psicológico-normativa da culpabilidade.

4.3. A reforma de 84 opera um giro paradigmático ao incorporar, na nova parte geral, premissas finalistas. Não por outra razão, na nova sistemática de aplicação da pena (art. 59, *caput*), os termos *intensidade do dolo* e *grau de culpa* são substituídos pela categoria (normativizada) *culpabilidade*. A opção fica evidenciada na Exposição de Motivos da Lei 7.209/84 (nova parte geral):

“as diretrizes para a 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 que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade de pena.” (Código Penal, Exposição de Motivos da Nova Parte Geral, § 50, grifei).

Em outros termos: o *dolo* e a *culpabilidade*, como categorias do delito, são reconhecidos (ou não) para confirmar a existência do crime (dimensão qualitativa); em caso positivo (verificado o injusto culpável), a *culpabilidade* individualiza a pena (dimensão quantitativa).

A reorientação do sistema e os seus efeitos necessários são explicados pelo Min. Toledo (2015, p. 154, grifei):

“em um sistema como o nosso, marcado por tipos dolosos e por tipos culposos, o que distingue os primeiros dos segundos é a presença do *dolo* nos tipos dolosos e da *negligência*, *imprudência* ou *imperícia* nos tipos culposos, já que são esses os únicos elementos internos ao tipo que lhe dão essa especial fisionomia. Os que ainda teimam em situar o *dolo* e a *culpa stricto sensu* na *culpabilidade* não podem, por dever de coerência, falar em tipos dolosos e em tipos culposos, mas apenas em ‘tipos’, que não seriam tipos legais de crime, mas tipos vazios (...).”

Toledo, com base no Código de Processo Penal vigente na época, refere que deixar o exame do dolo e da culpa para a culpabilidade implicaria, no plano processual, que o reconhecimento da inexistência de um crime culposo, por ausência de previsão legal, só poderia ser proclamado pelo juiz na resolução de mérito (absolvição do réu). Segundo esses critérios, uma denúncia que descrevesse um *furto culposo* deveria ser recebida e o caso processado. Ocorre que, em termos lógicos, é o juízo de (a)tipicidade que impõe a rejeição da acusação (decisão correta) –

“não fora assim, ter-se-ia que admitir o monstro de uma ação penal por fato culposos, não previsto em lei como crime, para, após cumprido extenso e penoso ritual, só

então, absolver-se o réu por ausência da culpabilidade (...). Sem mais comentários.” (TOLEDO, 2015, p. 155).

Na atualidade, o problema é resolvido pela rejeição (art. 395, Código de Processo Penal) ou pela absolvição sumária (art. 397, III, Código de Processo Penal), nos termos da Lei 11.719/08. Mas a impropriedade apontada pelo autor nos dá uma dimensão dos equívocos causalistas na prática judicial.

A orientação imposta na reforma é, segundo Toledo (2015, p. 155), confirmada no parágrafo único do art. 18 do Código Penal: “(...) ‘salvo os casos expressos em lei’ (= salvo previsão legal de um tipo culposos), todos os tipos legais de crime são dolosos (= contêm o dolo).”

As mudanças realizadas na teoria do delito impactam necessariamente os critérios de aplicação da pena. Significa dizer, no caso em exame, que não se pode simplesmente ignorar a arquitetura legal em nome de posições pessoais ou preferências doutrinárias ou convicções ideológicas. Em Direito Penal, a referência primeira é a legalidade, barreira de intervenção punitiva, o que significa, na aplicação judicial do Direito, *limite interpretativo*.

Parece evidente que, se houve a exclusão da expressão “intensidade do dolo ou grau de culpa” dos critérios de aplicação da pena, não é lícito ao julgador analisar a “intensidade do dolo (eventual)” – com perdão pela redundância. O que não significa, conforme erroneamente sustenta o magistrado, que o deslocamento dos elementos subjetivos ao tipo penal tenha “esvaziado a culpabilidade”, que passaria a figurar de forma “meramente cosmética”. Inclusive porque, no modelo proposto em 1984, a culpabilidade *passou a ser* o elemento central *da determinação da pena*. Não nos termos em que o julgador gostaria e muito menos como aplicou no caso, quando ressuscitou a estrutura psicológica da teoria causal a partir de uma retórica funcionalista, criando um sincretismo teórico de difícil sustentação.

As diretrizes sobre a função e o conteúdo da culpabilidade na aplicação da pena estão explicitadas na Exposição de Motivos da reforma e, sobretudo, nos textos explicativos produzidos pelos seus autores. E a questão, repita-se, não é a de concordar com os parâmetros doutrinários ou deles discordar – atividade própria e exigível de uma *academia séria* –, *mas respeitar minimamente* os comandos legais e constitucionais.

Reale Júnior/Dotti/Andreucci/Pitombo (1985, p. 160), ao explicar o sistema de penas no Novo Código, referem que “a culpabilidade, como *critério básico e principal na fixação da pena*, vem mencionada em primeiro lugar” Toledo (2015, p. 71, grifei) reitera que “com a reforma em exame, *não se admitirá a aplicação da pena sem que se verifique a culpabilidade* do agente por fato doloso ou pelo menos por fato culposos.” Dotti (2020, p. 758, grifei) ensina que “a culpabilidade é a *primeira e mais importante* das circunstâncias judiciais.” Reale (2003, p. 84) reproduz a orientação da Comissão: “a culpabilidade, como *critério básico e principal na fixação da pena*, vem mencionada em primeiro lugar”.

4.4. Marcada a centralidade da culpabilidade dentre as circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, do Código Penal, retomo a questão sobre a valoração da intensidade do dolo e do grau da culpa. Desde sua perspectiva *normativa*, a imputabilidade é o pressuposto da culpabilidade, cujos elementos constituintes são a (potencial) *consciência da ilicitude* e a *exigibilidade de conduta diversa*. Em seu conjunto, operam em duas dimensões: (*primeira: qualitativa*) na confirmação da existência do crime (teoria do delito); e (*segunda: quantitativa*) na determinação da pena (teoria da pena).

Novamente, com o perdão da obviedade, sublinho que não existem duas culpabilidades distintas, uma na configuração do delito e outra na aplicação da pena.⁶ A categoria analítica, seu pressuposto e os seus componentes são os mesmos, alterando-se apenas o tipo de valoração. Na síntese de Tavares (2011, p. 151), após verificar, na dimensão qualitativa, como elemento do crime, a existência de um injusto praticado por sujeito culpável (“com capacidade de motivação”), o julgador passa à individualização da pena, em termos quantitativos, e valora o “grau” da culpabilidade de acordo com as características desse injusto.

Nas palavras de Toledo (2015, p. 71, grifei; idem TOLEDO, 1958, p. 16), a síntese da configuração da culpabilidade no Direito Penal brasileiro:

“O resultado dessa tomada de posição aponta em duas direções com importantes consequências: a primeira delas revela a dupla função limitadora do princípio da culpabilidade: uma com poder de despenalização, ou seja, excluindo de pena os fatos típicos não censuráveis ao agente [teoria do delito]; outra, com *renovado poder sobre a dosimetria da pena*, estabelecendo que o limite máximo daquela não pode ultrapassar o *grau de culpabilidade do agente* [teoria da pena]. (...) A segunda direção, de maior importância, envolve-se com as três colunas de sustentação de um direito penal de ordem democrática, que nos referimos em outra ocasião, *in verbis*: ‘na culpabilidade pelo fato é o fato que dará os concretos e definitivos limites para a atuação do Estado na esfera penal (...) O direito penal moderno está moldado segundo princípios liberais, elaborados, lenta e penosamente, através dos séculos. E, até hoje, não se conseguiu encontrar algo melhor para substituí-los. Tentativas e experiências neste sentido têm sido desastrosas. Dentro desse quadro, o *nullum crimen nulla poena sine lege*, o direito penal do fato e a culpabilidade do fato alinham-se imponentemente, numa perfeita sequência e implicação lógicas, como colunas de sustentação de um sistema indissolivelmente ligado ao direito penal de índole democrática. Por isso merecem ser preservados’.”

6. “O termo *culpabilidade* que aparece no texto do art. 59 não é, portanto, *outra* culpabilidade senão a já reconhecida, que na parte dispositiva da sentença deve ser *graduada* para poder projetar a *quantidade de pena-base*. Não há, então, ‘duas’ culpabilidades, uma para legitimar a condenação (reprovação pelo fato) e a outra para militar a quantificação objetiva dessa reprovação (pena)” (BOSCHI, 2011, p. 190). Grifos do original.

No ponto, novamente necessário retomar os parâmetros expressos na reforma: “a culpabilidade é entendida em termos de *culpabilidade normativa*, ou seja, importante tanto no exame da reprovabilidade do ato como na do seu autor (...). A culpabilidade normativa, contudo, não se limita às hipóteses de ‘reprovação’ e ‘não reprovação’ [teoria do delito], pois se culpável a ação é imprescindível saber *em que medida merece censura, reprovação* [teoria da pena]” (REALE JR./DOTTI/ANDREUCCI/PITOMBO, 1985, p. 160) (grifos do original).

Alteradas as funções e o conteúdo da culpabilidade, é excluída a possibilidade de (re)apreciar dolo e culpa, elementos da tipicidade subjetiva, sob pena de violação da proibição da dupla incriminação (*bis in idem*). Assim como é vedada a reanálise dos elementos objetivos da tipicidade na aplicação da pena, igualmente o serão os da tipicidade subjetiva, pois igualmente constitutivos do delito. Aliás, esta é a regra geral indicada pelo Código Penal e que se expande para todo o sistema de dosimetria, não apenas para a pena provisória, como amplamente consolidado na dogmática nacional – “são circunstâncias que sempre agravam a pena, *quando não constituem ou qualificam o crime*” (art. 61, *caput*, Código Penal) (grifos meus).

Apesar de relevantes os argumentos que *ainda* admitem a análise do dolo e da negligência na dosagem da pena – conforme será explorado na sequência –, a reforma tornou logicamente inviável sua apreciação como conteúdo da circunstância judicial culpabilidade. [Exclusão das citações diretas]. Nesse sentido, Mestieri (1999, p. 281), Luciano Anderson de Souza (2017, p. 196, grifei), Paulo Queiroz (2016, p. 468, grifei) e Rodrigo Duque Estrada Roig (2013, p. 142) entre outros. Note-se que mesmo autores com orientações teóricas e político-criminais mais tradicionais, como Guilherme Nucci (2015, p. 427, grifei), igualmente consideram equivocada a repristinação do modelo causal.

Lembra, ainda, Paulo Queiroz (2016, p. 468), que a culpabilidade é analisada em todo o processo de individualização da pena, não apenas na pena-base, como seria possível verificar nas hipóteses de *participação de menor importância*, de *erro de proibição evitável* e de *semi-imputabilidade* – acréscimo, ainda, os casos de *menoridade relativa* (atenuante). As hipóteses elencadas constituem importantes indicativos para responder a seguinte formulação: *se incabível avaliar a intensidade do dolo e o grau de culpa, o que seria possível valorar a título de culpabilidade normativa na pena-base?*

Se *dolo* e *culpa* não integram a culpabilidade normativa, sua valoração redundaria, ainda, em uma ampliação ilegal das circunstâncias previstas no art. 59, *caput*, do Código Penal. Implicaria a criação de categorias autônomas *praeter legem*, hipótese vedada pelo princípio da legalidade, em sua dimensão taxatividade – situação que, em sentido inverso, se altera, visto a expressa previsão, no art. 66 do Código, das atenuantes inominadas.

(b) *O que se deve valorar a título de culpabilidade normativa?*

4.5. Estabelecidos os critérios negativos (“o juiz não pode valorar”) para a culpabilidade na pena-base (*intensidade do dolo*)⁷, cabe verificar quais manifestações da experiência humana seriam referências para dimensionar (medir) a *culpabilidade* (normativa).

Esse debate não pode se iniciar sem referir algo de fundamental importância: a culpabilidade, no art. 59, *caput*, foi construída como uma categoria ampla que deveria integrar as demais circunstâncias judiciais subjetivas. Assim, conglobaria os motivos do crime, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, dados que forneceria ao julgador um índice de responsabilidade pessoal pelo injusto. Nas palavras de Reale Jr./Dotti/Andreucci/Pitombo (1985, p. 160; Idem REALE JR., 2003, p. 84, grifei):

“O agente é tanto mais culpado quanto tenha proporcionado pelo modo de vida, pelos padrões de comportamento, pela formação de sua personalidade (na medida em que se sujeita à sua livre opção) a facilitação à prática do delito. São, portanto, especificações do termo genérico ‘culpabilidade’, as indicações dos critérios: *antecedentes, conduta social, personalidade, motivos*. O agente será merecedor da maior reprovação se o fato praticado revelar-se consequência esperada dos seus antecedentes, de sua conduta social bem como de seu modo de ser, da sua escolha de valores e das tendências que preferiu desenvolver em detrimento de outras potencialidades positivas.”

Decorrência lógica do texto constitucional de 1988, foi agudizado o procedimento de filtragem e exclusão de resquícios de direito penal de autor presentes nas circunstâncias judiciais, sobretudo as subjetivas, desde a formulação original do Código, em 1940. Um dos esforços, ao longo da década de 1990, foi depurar categorias dúbias ou especificar termos abertos com capacidade de converter a culpabilidade de fato em culpabilidade de autor. Por essas razões, os Tribunais limitaram a extensão dos antecedentes (Súmula 444 do STJ, p. ex.) e, gradualmente, a doutrina e a jurisprudência passaram a questionar a forma judicial de interpretação de categorias como “personalidade do réu”, em vários aspectos: da real capacidade de o juiz realizar sua análise; da necessidade de perícia técnica para dar suporte probatório idôneo; da legitimidade de o magistrado julgar a interioridade e as escolhas pessoais do réu. Não por outra razão, como veremos mais adiante, estes “critérios indicativos da culpabilidade” foram sendo gradualmente substituídos por outros dados concretos que permitem um juízo de censura sem incorrer em culpabilidade de autor.

Assim, para compreender a culpabilidade como critério geral de dosimetria da pena – não apenas da pena-base, mas também com importantes desdobramentos na quantificação das penas provisória e definitiva –, alguns autores sugerem que o seu conteúdo englobe igualmente os elementos objetivos, como Zaffaroni/Pierangelli (2019, p. 737):

7. Em realidade, são inúmeros os elementos que não podem ser valorados, mas esse debate extrapola os limites do parecer. Sobre o tema, conferir Carvalho, 2020, p. 384-388.

CARVALHO, Salo de. Parecer – dolo eventual e medida da culpabilidade: conteúdo judicialmente valorado e limites da aplicação da pena no caso da Boate Kiss. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 192, ano 30, p. 345-394. São Paulo: Ed. RT, setembro – outubro/2022.

“(...) a culpabilidade abará tanto os motivos (é inquestionável que a motivação é problema da culpabilidade), como as circunstâncias e consequências do delito (que podem compor também o grau do injusto que, necessariamente, reflete-se no grau de culpabilidade). O comportamento da vítima pode aumentar ou diminuir o injusto, e, por reflexo, ou mesmo diretamente, a culpabilidade. A personalidade do agente cumpre uma dupla função: com relação à culpabilidade, serve para indicar – como elemento indispensável – o âmbito de autodeterminação do agente. Insistimos aqui ser inaceitável a culpabilidade de autor. A maior ou menor ‘adequação’ da conduta ao autor, ou ‘correspondência’ com a personalidade deste, em nenhum caso pode fundamentar uma maior culpabilidade, e, no máximo, deve servir para não baixar a pena do máximo que a culpabilidade de ato permite, que é algo diferente.”

Para Boschi (2011, p. 191),

“(...) os antecedentes, a conduta, a personalidade, os motivos, as circunstâncias do crime, as consequências e o comportamento da vítima, como importantes ferramentas, estão, isto sim, a serviço da culpabilidade, e não em concurso com ela.”

Brandão (2010, p. 333) sustenta que “a culpabilidade é o único elemento do delito que mensura a pena, sendo o satélite central das circunstâncias judiciais; todas as demais circunstâncias gravitam em torno dela.” Mesmo Nucci (2015, p. 428) afirma que

“(...) a culpabilidade, prevista no art. 59, é o conjunto de todos os demais fatores unidos: antecedentes + conduta social + personalidade do agente + motivos do crime + circunstâncias do delito + consequências do crime + comportamento da vítima = culpabilidade maior ou menor, conforme o caso.”

O papel central que ocupa a culpabilidade aparece, porém, menos no art. 59, *caput*, do que no art. 29, *caput*, do Código Penal, na regulação do concurso de pessoas. A redação, se por um lado, é bastante problemática, porque equipara todos que “de qualquer modo” concorrem para o crime nas penas cominadas; por outro lado, impõe seja a sanção graduada “na medida da culpabilidade”. Stoco (2020, p. 29) e Teixeira (2015, p. 131) concordam com a tese de que se a culpabilidade não fosse o critério central da quantificação da pena, o Código teria elencado todas as demais circunstâncias judiciais no art. 29, *caput*, inclusive as de natureza objetiva.

Ocorre que a redação imprecisa do *caput* do art. 59 do Código Penal induziu, sobretudo os Tribunais, à autonomização da culpabilidade, transformando a circunstância geral em especial, convertendo uma categoria que seria conglobante das demais variáveis em mais um elemento judicial subjetivo (CARVALHO, 2020, p. 380). Cirino dos Santos (2017, p. 523) considera uma “impropriedade metodológica” e Ferreira (1998, p. 238) chega a afirmar que “a culpabilidade como critério aferidor da pena-base está mal colocada no art. 59, já que não é uma circunstância e sim um juízo de reprovação.”

Todavia, o fato de a dogmática penal brasileira subsequente à reforma de 1984 compreender a culpabilidade como mais uma entre as circunstâncias judiciais, não desnatura o seu conteúdo. Inclusive porque outros elementos importantes, indicativos da autonomia do sujeito, da sua capacidade de motivação, do nível de compreensão do ilícito e, em consequência, da possibilidade de atuar conforme as normas, podem ser avaliados – nos termos inclusive de importantes precedentes dos Tribunais nacionais.

Ressalto esses pontos porque as intercorrências na aplicação da pena no Brasil igualmente induzem os julgadores, no cotidiano forense, no momento de discorrer sobre a culpabilidade na individualização da pena, a simplesmente repetir os seus elementos constitutivos: imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de comportamento [exclusão de nota com referências doutrinárias]. Mas para quem conhece a trajetória que percorreu a dogmática nacional sobre a culpabilidade, essa “fórmula”, nos termos em que aborda a sentença, apesar de insuficiente, não causa espanto. No contexto acima apresentado (culpabilidade como categoria conglobante das demais circunstâncias judiciais), a “fórmula” reforça a existência do delito e *introduz* a análise dos componentes do juízo de censura.

Fundamental repetir, portanto, que a culpabilidade normativa não esvazia a determinação da pena. E não exclui, como sustenta o julgador, a possibilidade de análise de “elementos de ordem subjetiva” – notadamente porque preponderam, como integrantes dessa culpabilidade conglobante, as demais circunstâncias judiciais subjetivas. O que a diretriz da reforma impede é a análise da “intensidade do dolo” como *elemento* da culpabilidade. E mesmo sendo contrário a esse entendimento, pois autores importantes seguem afirmando ser necessário abordar o dolo na pena-base, as conclusões postas na decisão não são tecnicamente satisfatórias.

Se a Reforma conferiu um importante peso à personalidade do réu e à conduta social, o procedimento dogmático de filtragem constitucional de alguma forma vem limitando o seu impacto, sob o preciso argumento de que reeditam modelos penais de autor ou, especialmente no caso da valoração da personalidade, de que o julgador necessitaria de elementos técnicos específicos para análise (prova pericial, p. ex.). No ponto, é de se saudar a posição do julgador que, embora manifestando-se contrário às teses que sustentam ser “indecifrável” (termos usados na decisão) a personalidade, entendeu não ser a sentença “a sede adequada para desenvolver argumentos tendentes a refutar entendimento predominante” (Sentença, fl. 30), valorando, portanto, a circunstância como neutra. Talvez a mesma posição devesse ter sido adotada em relação ao “dolo eventual intenso”.

Não cabe, no parecer, retomar a importante crítica que a dogmática penal brasileira direcionou às formas judiciais de valoração dos antecedentes, da personalidade do réu e da conduta social. Essas circunstâncias foram neutralizadas e a sentença considerou, como desfavoráveis, culpabilidade, motivos, consequências, circunstâncias e comportamento

das vítimas.⁸ Permanecerei limitado, pois, aos conteúdos atribuídos às circunstâncias que desempenharam acréscimos sancionatórios. No entanto é fundamental lembrar que os princípios republicanos positivados na Constituição, orientados, sobretudo, pela ideia de secularização do Direito, vedam quaisquer tipos de juízo de natureza moral sobre os réus, independente da circunstância avaliada.

4.6. Nesse cenário, a questão que passa a ser central é: que dados da realidade, que elementos da experiência humana poderiam ser objeto de análise na culpabilidade? Deixar de enfrentar esse problema tornaria a dogmática asséptica e descolada da realidade, sem cumprir a sua função científica que é a de orientar a concretização do Direito.

Sem recair em subjetivismos ou em valorações morais, a doutrina e a jurisprudência nacionais há tempos estabelecem algumas diretrizes sobre o que seria lícito indagar na culpabilidade (normativa). Os critérios mais importantes, desde o meu ponto de vista, são aqueles que se materializam em dados empíricos concretos, isto porque mesmo as circunstâncias subjetivas precisam (em realidade devem) ser objetivadas em conteúdo probatório refutável. Cabe a uma dogmática consciente do seu papel crítico fornecer critérios de *objetivação* de circunstâncias abertas/subjetivas para o efetivo controle de decisões arbitrárias.

Pierangelli (1985, p. 79; Idem PIERANGELLI, 1992, p. 112-122), ao comentar a reforma, em evento organizado pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, em 1984, expunha:

“Dentro do critério da culpabilidade do ato, entram como objeto de verificação, a idade, o grau de instrução e de educação, bem assim a vida pregressa do autor, que servirão de orientação que permitirá concluir se o agente dispõe de uma maior ou de uma menor determinação. Conquanto se possa afirmar que tais caracteres ingressem no âmbito da personalidade e que a esta se refere expressamente o artigo 59, do novo Código, é de se considerar que esses aspectos irão determinar o grau de reprovação a incidir sobre a conduta do agente.”

Se o juízo de censura é realizado sobre os dados que possibilitam verificar concretamente a maior ou menor consciência da antijuridicidade do réu e, assim, graduar o quanto lhe era exigido comportamento conforme o Direito, é necessário compreender sob quais condições esse sujeito concreto se formou. Consciência da ilicitude é, antes de tudo, consciência, capacidade do sujeito de interpretar o mundo ao seu redor e de direcionar o seu agir. O parâmetro, pois, é a *construção intelectual do homem concreto*, porque são o nível de escolaridade, o grau de instrução, a situação econômico-financeira, o histórico profissional, a inserção no meio sociocultural, a condição etária, o estado psíquico, a constituição das relações familiares e empregatícias, determinadas situações de

8. “Acusados sem antecedentes, com conduta social abonada, exsurgindo sem análise a personalidade” (Sentença, fl. 31).

CARVALHO, Salo de. Parecer – dolo eventual e medida da culpabilidade: conteúdo judicialmente valorado e limites da aplicação da pena no caso da Boate Kiss.

Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 192, ano 30, p. 345-394. São Paulo: Ed. RT, setembro – outubro/2022.

vulnerabilidade e as demais experiências de vida que informam e nivelam a capacidade de uma pessoa interpretar os códigos sociais de conduta frente a uma situação excepcional como a do delito.

Nessa perspectiva, Dotti (2020) ensina que a culpabilidade se refere a essas condições específicas que vinculam o fato à pessoa e que tornam o réu mais ou menos censurável. Exemplifica referindo situações profissionais, como certos delitos praticados por policiais (excetua os crimes funcionais porque a condição de servidor é inerente ao tipo) e por advogados, pois são ofícios cuja experiência possibilita aos seus autores maior consciência do ilícito, sendo, em consequência, exigido comportamento oposto ao delitivo.

De igual forma, Tavares (2011, p. 144) refere condições externas que, se não excluem a culpabilidade, devem ser apreciadas na pena-base porque influenciam diretamente a autonomia do sujeito:

“Também devem ser avaliadas, aqui, as condições externas que dificultam o exercício da autonomia, como a coação individual ou social, a relação de dependência do autor em relação a outrem, quer como funcionário, empregado ou simplesmente companheiro, ou a falta de outro meio institucional que lhe possibilitasse a realização de um resultado juridicamente adequado (...). Em se tratando de crime culposos, (...) um engenheiro terá, pessoalmente, maior autonomia para avaliar a possibilidade concreta de um desabamento do que um leigo; um médico, terá maior autonomia de prever ou mesmo evitar que a ingestão de certo medicamento produza efeitos colaterais no paciente do que um enfermeiro; um motorista profissional terá maior autonomia de prever que, em certas condições adversas da pista, era mais difícil evitar o acidente do que ocorreria com um motorista amador. Todas essas condições devem influir na determinação do grau de culpabilidade (...).”

Tatiana Stoco (2020, p. 32), ao levantar decisões do STJ, demonstra como a jurisprudência respalda essa compreensão da culpabilidade, indicando que

“a posição ocupada pelo agente ou predicados ligados à profissão exercida também são considerados como elementos capazes de agravar a reprovabilidade, embora não se trate de uma questão uniforme (...).”

Apresenta casos em que houve incremento da pena-base por considerar negativa a culpabilidade de réus ocupantes de cargos públicos, como funcionários de autarquias acusados de apropriação indébita e membros do Poder Executivo denunciados por crimes de responsabilidade. A variável profissional indicaria o “acentuado conhecimento do ilícito” (Idem).

Exatamente porque o juízo de censura deve ter como referência o *homem concreto*, em meio às circunstâncias de vida que facilitam ou dificultam o exercício da sua autonomia (liberdade de ação e consciência do ilícito), critérios como o do “homem médio”, elaborados originalmente sob o neokantismo (Goldshmidt), ou do “homem prudente”

(Welzel) (LUISI, 1987, p. 81), tornam-se inaplicáveis e obsoletos. Na linha de Reale Júnior (2002, p. 182), seria uma operação “abstracionista” que “desfigura o real” [exclusão de nota com citação direta]. Nas palavras de Toledo (2015, p. 232), trata-se “de uma culpabilidade *concreta* do aqui e agora. De uma culpabilidade deste homem nesta situação, não do *homo medius*, abstrato, inexistente, de triste memória.” São as experiências reais de vida que promovem a formação do sujeito e que permitem avaliar o seu grau de responsabilidade penal ou, nos termos da dogmática tradicional, determinar o nível de reprovabilidade do autor pela conduta.

(c) *No caso concreto, o que poderia e deveria ter sido valorado na culpabilidade? É possível ignorar o conjunto probatório?*

4.7. A decisão proferida no 1º Juizado da 1ª Vara do Júri de Porto Alegre, ao ignorar a culpabilidade normativa, deixou de apreciar elementos fáticos, todos ampla e solidamente amparados na prova produzida ao longo da instrução e em plenário, que resultariam em um *distinto juízo de censura*. Ao fixar-se (a) na dimensão cognitiva do dolo e (b) nos resultados produzidos pelos delitos, foram *suprimidos importantes fatos* acerca da formação intelectual, da expertise profissional, das dificuldades financeiras, das relações afetivas e dos vínculos familiares de Elissandro Callegaro Spohr. Dados que se vinculam, como antecipei, à autonomia do autor e, especificamente, *afetam a capacidade de interpretar a (ir)regularidade do estabelecimento pelo qual era responsável*.

Se o julgador tivesse enfrentado as informações que são exigidas que sejam valoradas na culpabilidade normativa (em termos teóricos) e se tivesse se ocupado da prova dos autos (em termos processuais), a conclusão seria diametralmente oposta: culpabilidade (normativa) favorável ou, no mínimo, neutra. Repito: são elementos fáticos evidentes, que constam no caderno processual, e que sequer foram confrontados e desqualificados pela acusação.

A primeira informação relevante diz respeito à configuração familiar: Elissandro é filho de mãe solteira, pobre, de baixa escolaridade e que alternava tarefas de faxineira, empregada doméstica e funcionária em uma fábrica de sapatos. Na boate, em razão da escassa escolaridade, ficou encarregada da chapelaria. Mãe e filho residentes, durante a infância de Elissandro, em uma pequena cidade do interior do Estado (Parobé) [citação do interrogatório excluída].

Ausência que foi sentida profundamente pelo acusado, sobretudo na escola, espaço no qual a maternidade, pelo olhar externo dos professores, colegas, pais de colegas e funcionários, não consegue apresentar-se como um real substitutivo paterno [citação do interrogatório excluída].

Relação de afastamento que permaneceu até os dias atuais [trecho excluído].

O abandono paterno tem implicações radicais na formação da subjetividade, como se sabe. Mas para além das consequências psicológicas, também gera pesados ônus financeiros. Exatamente por isso, Elissandro *começou a trabalhar aos dez anos de idade*,

situação que impactou de forma relevante a sua formação intelectual (instrução), visto a pressão para conciliar estudo e trabalho e, em determinado momento, até mesmo a necessidade de abandonar a escolarização – “eu basicamente sempre vivi do meu trabalho. *Eu trabalho desde os dez anos de idade. Então, não é... Quem me conheceu e me conhece, enfim, de anos atrás, sabe, eu não tive essa...*” (Idem), conclui referindo-se às facilidades que poderiam advir se o pai fosse presente e desse suporte financeiro.

A partir da adolescência, o trabalho com transporte de cargas era dividido com sua paixão: a música. Em Santa Rosa e, posteriormente, Santa Maria, o que era uma atividade lúdica de adolescente (“tocar em garagem”) passou a ganhar uma dimensão mais profissional (“músico de bar”). [citação do interrogatório excluída].

Mas em razão da necessidade financeira, a atividade musical sempre foi desenvolvida “na noite” e nos finais de semana, em paralelo com outras funções durante a jornada regular de trabalho – “morei em Santa Maria e depois voltei pra Santa Rosa. Voltei pra Santa Maria. Seguiu trabalhando com transporte, pneus e conseqüentemente tocava né, eu era músico; e no meio do caminho vim a ser proprietário da boate Kiss” (Idem, fl. 20.116v). *O próprio trabalho na Kiss ocorreu de forma acidental:*

“Juiz: E a ideia de entrar nesse âmbito de casa noturna surge quando? Réu: Na verdade, não foi uma ideia, sabe, foi uma sequência assim, sabe? Porque eu tocava em várias casas. Estava tocando fora da cidade, né. Trabalhava e final de semana tocava (...) [trecho excluído]. E nesse meio tempo inaugurou a Kiss lá, eu fui na inauguração e tal (...) aí até na época eles pediram uma data minha eu não tinha aí eu chamei uma banda de uns amigos meus de Santa Rosa pra tocar, e aí o próprio eu acho, se não me engano não sei se foi o Alexandre ou se foi o Mutti, alguém me disse: ‘Cara, já que tu faz isso tu não pode me ajudar a cuidar da agenda e tal?’ e eu de novo me deu um start, digo: ‘Posso, só que *eu quero montar a produtora Kiss que seria o que, cuidar a agenda e vender os shows* então tipo quem fosse tocar na Kiss ou fosse (...) eu intermediaria, eu ganharia uma comissão da banda (...) Só que a Kiss ela sabe, inaugurou o primeiro mês assim ela andou, segundo mês ela foi pior ainda, o terceiro pior ainda (...) (...) Passou acho que mais uns 3 meses o Elton veio pra mim e disse assim: Bah, o cara, lá não tem como, tá complicado lá, os caras não passam nada, nada com nada, não se acertam e tal (...) *passou mais eu sei lá quanto tempo o Mutti veio e me ofereceu a boate* (...) Ele me ofereceu e eu digo: ‘Bah! Velho, eu acho que...’ *ele tinha me pedido um valor até que na época eu não tinha*, e eu falei pra ele até ‘Olha, eu tenho um carro’ ele falou 10 mil, mas era 15, ‘Eu tenho um carro e 15 mil’. *Vou resumir, eu comprei dele por esse carro e 15 mil reais*”. (Idem, fl. 20.118, grifei).

4.8. O dado de que Elissandro passou a se dedicar à música e que assumiu a Boate Kiss *sem qualquer experiência na administração de casas noturnas* é fundamental para que se dimensione a reprovabilidade pelo injusto. Vejamos: *um jovem, sem instrução, de baixa escolaridade, envolvido com a sua banda e com o agendamento de outros grupos musicais, assume, de uma hora para outra, de forma totalmente inesperada e não programada,*

o gerenciamento de uma casa noturna. Casa noturna que não é outra coisa senão uma empresa, com todas as dificuldades administrativas inerentes – setor financeiro (capital de giro, relação com bancos); fiscal (contabilidade, pagamento de tributos); institucional (licenças com órgãos públicos); publicitário (propaganda e relação com público); recursos humanos (gerenciamento de pessoal, contratação de terceirizados); compras (relação com fornecedores, controle de estoque) etc.

“Eu não participei de trâmite nenhum de documentação, isso já vou me adiantar porque depois eu vou explicar, mas eu ingresso de certa forma né, já me familiarizando, porque eu não entendia nada. O Alexandre [proprietário anterior] que tocava tudo, ele que fazia as coisas com a rádio, ele que encomendava a bebida, ele tinha o pessoal para repor a bebida.” (Idem, fl. 20.119, grifei).

A inexperiência era evidente e o aprendizado era mediante erros e acertos na própria atividade gerencial:

“A minha primeira festa Kiko tá, foi assim, sozinho, que eu lembre, porque assim oh, eu fiquei fechado um tempo, eu realmente eu não sabia mandar a agenda para rádio, eu não sabia quantas bebidas iam no freezer. Eu lembro que o Alexandre me deixou um caderno com coisas tudo anotado pra mim ir fazendo (...) eu fiz uma renovação de alvará em 2011, aonde como é que faz uma renovação, tu vai lá, paga as guias, solicita a vistoria, vieram, fizeram a vistoria, os bombeiros me pediam na época até para trocar... as portas abriam de dentro para fora, aqueles negócios de empurrar, troquei aqueles negócios, fui tentando melhorar, fui tentando melhorar a casa.” (Idem, fl. 20.119v, grifei).

“(...) [exclusão parcial do depoimento] E eu fui organizando isso com o tempo, porque, no começo, era só eu e ela, fazendo meio que tudo (...) E as coisas foram acontecendo. Eu fui aprendendo (...).” (Idem).

Em razão de não dominar vários procedimentos e tarefas exigidas no gerenciamento da boate, Elissandro *buscou pessoas com expertise para resolver os problemas que surgiam*: os que diziam respeito à vedação acústica e as distintas demandas do Corpo de Bombeiros, Prefeitura e Ministério Público. Mas é importante que se diga que mesmo os técnicos, contratados ou integrantes do Poder Público, tinham dúvida sobre a proibição/autorização do uso de alguns produtos.

“(...) era uma vizinha o problema, eu tentei de tudo para resolver, tentei de tudo, eu cheguei a oferecer pra ela pra que ela ficasse num apartamento, eu pagaria o apartamento atual que ela morava e faria um estoque lá (...) E pagaria o outro apartamento pra ela (...) porque incomodava mesmo, eu fui na casa dela de noite, os vidros, as janelas tremiam (...) Na época, eu liguei pro Mutti, digo: ‘Mutti, tu sabe desse negócio, desse barulho aí que tem e tal? O que que eu posso fazer né?’, aí ele disse: ‘Cara, o Samir é um engenheiro acústico, e ele fez pra nós lá o pub, com gesso, com não sei o que e tal, entra

em contato com ele!’, eu entrei em contato, fui lá na empresa do Samir digo: ‘Oh, tá acontecendo isso, isso e isso’ ele me disse: ‘Olha, eu já tinha avisado o Mutti, já tinha avisado o Alexandre, tem que fazer um tratamento acústico nessa casa’ eu digo: ‘Tá. E o que que se trata isso?’ ‘Vamos fazer uma parede nesse lado da vizinha, que tá incomodando e vamos botar espuma’ eu digo: ‘Vamos’ nem questionei em momento nenhum. A gente fez a parede e fez a aplicação de espuma.” (Idem, fl. 20.120, grifei).

Especialistas que o acompanharam no Ministério Público quando da elaboração do Termo de Ajustamento de Conduta:

“Aí eu fui chamado um dia pra ir na Promotoria (...) aí o promotor que tava aqui inclusive me disse: ‘O Marcelo acabou de sair daqui, fez um isolamento acústico resolveu’ digo oh, beleza. Conversamos ali, ficamos num prazo de vir tipo foi numa quarta-feira, ficamos num prazo de vir na outra quarta-feira. Tá. Levei o Samir comigo lá. Eu fiz isso aqui na frente do Samir, eu disse eu vou resolver. Trazendo o Samir que entende, fiz tipo como se fosse uma chave, tá aqui a chave, nós vamos resolver, o senhor nos dá um prazo (...) vamos ver o que tem que fazer, o Samir vai lá vai fazer um estudo, vai ver o que tem que fazer e tal, ok (...) Nesse meio tempo o Samir disse: ‘Cara, eu não tenho, eu tô cheio de serviço e tal, mas eu vou contratar um outro (...) Engenheiro (...) Chamado Pedroso e tal, me apresentou o Pedroso.’” (Idem, grifei)

Na questão das espumas, era flagrante o desconhecimento das espécies que podiam ser utilizadas, como se percebe no depoimento do Prefeito Municipal:

“Defesa: Em relação a essas espumas, tá. Que segundo essa leizinha que nós discutimos aqui antes, ela diz que seria da competência da Prefeitura, por meio dos Bombeiros, evitar que casas noturnas tivessem alguns elementos, que são elementos que produzem uma fumaça tóxica. E aqui na acusação nós temos: cortina, madeira e espumas como sendo um elemento da acusação. O senhor já referiu competência dos Bombeiros, né? Algum setor da fiscalização, pra expedição de algum dos alvarás de competência da Prefeitura, poderia, teria competência, na sua (...) no seu conhecimento, para investigar materiais existente dentro de casas? A qualidade desses materiais? Testemunha: Eu não sei lhe responder, Doutor. Mas eu vou lhe repetir a questão dessa lei que o senhor cita, 33, não lembro mais. Essa lei foi feita pelo município, como em outros municípios do Rio Grande do Sul, pra preencher um vácuo legislativo... D: O senhor entende que ela foi revogada, então? T: Acho que ela foi derogada por uma lei superveniente e superior, mas também não tenho certeza.” (depoimento em plenário, dia 8, manhã, 2h31min56 a 2h33min16) (grifos meus).

A retirada e recolocação das espumas foi indicação de profissionais, visto Elissandro não ter qualquer conhecimento técnico sobre isolamento acústico. Ademais, assim como as autoridades públicas, em alguns pontos os próprios especialistas divergiam [exclusão parcial de trechos do depoimento].

J: *Duas coisas. Nesse projeto e nessa obra derivada do projeto do Pedroso aquela espuma que tinha sido colocada num dado momento foi retirada?* R: Foi retirada. J: *Por orientação dele?* R: Ele me disse: “Cara, tira isso aí que não vai te ajudar em nada, e tal” e eu tirei.” (Idem, fls. 20.121v, grifei)

“Liguei para o Pedroso e o Pedroso me disse: ‘Não acredito, não pode!’ digo: ‘A vizinha de trás agora’ (...) Aí ele me disse assim: ‘Faz uma parede’ ou não me lembro se eu já tinha feito, mas eu lembro que foi feito uma parede de madeira com lâ de rocha, consequentemente não adiantou e eu fiz uma parede de pedra também atrás do palco pra tentar resolver. Nessa época o Pedroso eu acho que já tava enchendo o saco comigo (...) Só que quem tinha contratado ele não tinha sido eu, eu tinha contratado o Samir, digo: ‘Samir, o Pedroso não me atende, não me atende, não me atende’ aí o Samir me disse assim: ‘Kiko, eu já te falei, tu tem que fazer um tratamento acústico, tu vai ter que baixar o volume da casa, tu vai ter que botar espuma’ (...) eu disse: ‘Então vem e bota’ ele me disse: ‘Cara, eu não tenho tempo e eu não tenho espuma’ o que que eu fiz de imediato, as espumas que tinham sido tiradas eu pedi pra botar no palco (...)” (Idem, fls. 20.122, grifei).

Configura fato notório, não apenas em Santa Maria como em todo o Rio Grande do Sul, que após o incêndio foram alterados os critérios de segurança e os procedimentos de autorizações de casas noturnas (Alvarás, PPCI etc.). O problema é que *o estabelecimento (boate Kiss) e os seus responsáveis passaram a ser cobrados e julgados pelas deficiências e irregularidades apontadas nas novas diretrizes e conforme as novas práticas, isto é, em um juízo retrospectivo*. Entendo, inclusive, que o juízo de reprovabilidade realizado na sentença incorre no mesmo erro, quando, nos termos do Código Penal em vigor, a culpabilidade (normativa) compreende a análise se o agente “(...) era [ou não era], *ao tempo da ação ou omissão* inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (art. 26, *caput*, Código Penal). Embora o dispositivo se refira ao seu pressuposto (imputabilidade), contém os elementos da culpabilidade normativa (potencial conhecimento do ilícito e exigibilidade de comportamento) e, sobretudo, determina que o juízo seja realizado sobre a situação do autor e o seu contexto na época do crime.

Por todos, *é elucidativo* o depoimento do Promotor de Justiça que acompanhou o TAC:

Defesa: O senhor conhece Santa Maria, conhecia as outras boates. *O senhor sabia que havia espuma nas outras boates?* *Testemunha:* Bah, doutor... Não. *D:* *Mais isso, assim... Assim como as barras, assim como o senhor falou, da única porta (...)* *T:* Doutor, isso eu vou ser bem, assim como eu sou com todo mundo, *honesto e transparente, se o senhor me dissesse, antes de eu estudar esse assunto, que a espuma serve pra A ou pra B, eu (faz sinal de positivo). Não tenho conhecimento.*”

Defesa: O senhor disse que, em 19 de dezembro, a boate apresentou um projeto técnico de correções que é o assinado pelo engenheiro Miguel Angelo Pedroso, ta na folha 156 do termo de ajustamento (...) *Testemunha:* Tá aqui. *D:* E aí trabalhos a executar. E na parte de isolamento acústico, fala essa questão, o magistrado chegou a lhe falar da troca

de palco, então diz: 'demolir o palco estrutura de madeira existente e instalá-lo em parte do elevado em estrutura de alvenaria e concreto do lado oposto'. Né, então já tava prevista esta troca de palco. E uma outra coisa: revestir o piso da área dessa estrutura destinada ao palco com madeira compensada. Aí fala a espessura, sobre placas de lã de vidro, enfim, para atenuação do ruído e aí, o importante aqui de eu lhe questionar é que, *a denúncia fala, folha 08 do processo, que havia na boate, em condições indevidas e tal, né, ambiente também era visivelmente inapropriado para shows desse tipo, pois além de conter madeira e cortinas e tecido, né, mais a espuma*. E faz parte aqui da acusação uma discussão em torno da eliminação de gases tóxicos, por uma leizinha lá da prefeitura. Eu lhe pergunto: *o foco na parte de vazamento de som, né, esse foco, ele lhe tirava preocupação em relação a outros elementos? O senhor deixava isso ao encargo de outros setores ou de outros entes?* T: Deixa eu lhe responder de uma maneira bem ampla, assim. Mantendo a questão da minha atribuição, e eu já estou com 25 anos de casa no MP, e isso não me torna melhor do que ninguém, mas assim, Doutor, quem me conhece, fui Promotor de Infância e tal, *eu sempre fui absurdamente preocupado. Uma situação que infelizmente, é preciso se dizer, mesmo durante a minha atuação nesse inquérito, nunca veio meio elemento, não é um elemento, meio elemento que dissesse assim: 'tchê, tem algum risco essa boate'. D: (...) tem algum risco, claro. Eu entendo*. T: O senhor entende? Então assim ó, o senhor lembra que eu usava até aquela expressão 'profeta do acontecido', isso eu não falo mais. Mas assim ó, eu posso lhe dizer, fiel às minhas atribuições, tivesse vindo qualquer coisa, ligação anônima do concorrente, *'cara esse negócio vai pegar fogo', nós (faz sinal de contenção)...* Para aí. O senhor entende (...) Mas além de tudo, além de tudo, de todo cuidado que nos era a atribuição, *cara, não veio nada que dissesse assim (...) Mas posso te dizer: não veio nada, em nenhum momento, de qualquer natureza que dissesse: 'cara...' O senhor entende?*" (depoimento em plenário, dia 8, tarde, 3h49min26 a 3h53min21).

4.9. Nesse contexto, são sensíveis os dados apresentados pela Defesa técnica para justificar, em plenário, a tese do erro de proibição. Inclusive porque não tendo sido admitida pelo Conselho de Sentença como eximente, os elementos fáticos que a sustentaram não poderiam ter sido ignorados. Aliás, é exatamente essa a dupla função que deve desempenhar a culpabilidade normativa no Direito Penal: (*primeiro*) na analítica do delito, para afirmar ou excluir o delito; (*segundo*) na dosimetria da pena, para graduar reprovabilidade do fato (juízo de censura).

Do que foi possível depreender dos interrogatórios, naquele momento e contexto específicos, não é forçoso afirmar que *Elissandro entendia que estava agindo plenamente de acordo com as normas de segurança*. Sobretudo, em decorrência dos inúmeros procedimentos de fiscalização realizados por órgãos públicos: (*primeira*) a aprovação do Plano de Prevenção Contra Incêndios (PPCI) pelos Bombeiros; (*segunda*) o fornecimento do Alvará de funcionamento pela Prefeitura Municipal; e (*terceira*) a assinatura do Termo de Ajuste de Conduta (TAC) com o Ministério Público. Além (*quarta*) da reforma acústica realizada e supervisionada por dois Engenheiros experientes.

O PPCI havia sido concedido em 2009 para o antigo proprietário, Alexandre Costa. Se a sua emissão foi irregular, a responsabilidade não era do acusado. Friso: Elissandro

recebeu a casa noturna com o PPCI aprovado. Aliás, Mutti informou em seu depoimento que *Elissandro só teria fechado o negócio para aquisição da Kiss se toda a documentação estivesse adequada* (depoimento em plenário, dia 5, manhã, 1h25min25 a 1h25min45).

Outrossim, informação extremamente relevante deve ser destacada: no Relatório Final do Inquérito Policial inúmeros funcionários públicos responsáveis pelas autorizações de funcionamento do estabelecimento foram indiciados (fls. 7.102 e seguintes) em razão de irregularidades na fiscalização, ou seja, porque tinham ciência de circunstâncias que, conforme a denúncia, contribuíram para o incêndio. Vejamos os casos mais relevantes:

Nome	Cargo	Indiciamento
Gilson Martins Dias	Soldados do Corpo de Bombeiros responsáveis pelas vistorias de 11/04/2011 e agosto de 2011	Homicídio doloso (assumiram o risco ao não exigir os sistemas de prevenção de incêndio)
Vagner Guimarães Coelho		
Alex da Rocha Camillo	Capitão do Corpo de Bombeiros que assinou a renovação do Alvará de Proteção contra Incêndio da boate em 11/08/2011	Homicídio culposo (omisso ao não exigir PPCI elaborado por profissional e por ter chancelado irregularidades presentes em vistoria, como guarda-corpos)
Marcus Vinicius Bittencourt Biermann	Chefe da Equipe do Cadastro Mobiliário e Imobiliário da Secretaria Municipal de Finanças	Homicídio culposo (falhas na verificação dos documentos que eram protocolados para obtenção do Alvará de Localização)
Miguel Caetano Passini	Secretário de Controle Mobilidade Urbana	Homicídio culposo (omissão em relação ao vencimento dos alvarás sanitário e de prevenção a incêndio)
Beloyannes Orenge de Pietro Júnior	Superintendente de Fiscalização da Prefeitura Municipal	Homicídio culposo (omissão na coordenação da fiscalização dos Alvarás de Localização)
Luiz Alberto Carvalho Junior	Secretário de Meio Ambiente	Homicídio culposo (omisso no período em que a boate operou com licença vencida)

Cezar Augusto Schirmer	Prefeito Municipal	Não houve indiciamento, mas indicação de “comportamento omissivo e negligente que concorreu para o resultado danoso ocorrido em 27 de janeiro”
Gerson da Rosa Pereira	Major do Corpo de Bombeiros	Fraude processual (inserção do croqui e laudo populacional nos documentos enviados à Polícia como se estivessem junto do PPCI)
Renan Severo Berleze	Soldado do Corpo de Bombeiros	

Ademais, antes do incidente *não havia exigência de indicação de lotação no PPCI*. A testemunha Nilvo, dono de outra casa noturna de Santa Maria (Ballare), é explícito ao relatar a mudança após o incêndio na Kiss (depoimento em plenário, dia 7, noite, 2h07min04 a 2h08min02). Mais: o *Coronel Gerson foi condenado por fraude processual exatamente porque teria inserido o número máximo de pessoas possível na casa noturna depois do fato* (TJRS, 1ª Vara Criminal da Comarca de Santa Maria, Processo 027/2.13.0006197-6, sentença de 27.08.2015).

Outro dado incontroverso é o da existência de Alvará (Licença de Operação). Funcionários da Prefeitura Municipal de Santa Maria estiveram na boate Kiss em 19.04.2012, ou seja, 09 (nove) meses e 08 (oito) dias antes do incêndio, para vistoria. O Alvará de regularidade para o funcionamento do estabelecimento foi emitido logo na sequência do procedimento de fiscalização (TJRS, Processo 027/2.13.0000696-7, fls. 458-459).

Lembro, ainda, que o Ministério Público de Santa Maria foi informado, durante o Inquérito Civil, (a) do fechamento das janelas basculantes; (b) da instalação do isolamento acústico com lã de rocha entre placas de gesso; (c) da utilização de portas de madeira, metais revestidos com espumas isolantes e couro; e (d) da construção da parede interna com isolamento. Todas essas reformas científicas ao Ministério Público objetivaram reduzir o volume de som e ocorreram em 2010, antes de Elissandro assumir integralmente a administração da boate, e em 2011, quando passa a atuar sob a permissão do órgão executivo e assinado, posteriormente, o Termo de Ajustamento (TAC).

A espuma que teria dado causa ao incêndio era de uso conhecido pelo Ministério Público de Santa Maria. André Veneroso Ramos, proprietário da Bohemia (The Holy Pub), relatou em depoimento ter comprado a boate regularizada e que o Ministério Público aprovou o isolamento acústico indicado pelo engenheiro Samir Samara que previa espuma em 30% do teto do estabelecimento (Idem, fl. 2.511). O projeto apresentado pelo engenheiro Samir Samara, acostado aos autos e mostrado em plenário, refere explicitamente a instalação de painel Sonex com 50 mm de espessura (Idem, fls. 2.518-2.523).

Destaco: *o uso desta espuma era frequente, não apenas na Kiss, mas em outras casas noturnas de Santa Maria como Ballare, Bohemia e Museu*. A testemunha Nilvo, dono da Ballare, disse que na segunda-feira após o fato determinou a retirada do mesmo produto

(Sonex) que revestia os fundos do palco de sua casa de festas por temer represálias e repercussão negativa na opinião pública. Disse que, naquele momento, *não tinha preocupação com as autoridades e com a fiscalização, até porque na quarta-feira anterior ao incêndio, ou seja, em 23/01/2013, os bombeiros teriam realizado procedimento in loco para renovação do Alvará e tinham identificado o uso da espuma* (depoimento em plenário, dia 7, noite, 1h57min56 a 1h59min40).

Para fiscalizar o acordo, em março de 2012, o Ministério Público designa um assessor para verificar a conclusão das obras na Kiss e a sua adequação ao projeto anexado ao TAC. Na ocasião, foi possível verificar a presença das barras nas portas, das espumas, dentre outras melhorias que posteriormente se converteram em justificativa para a imputação dos homicídios dolosos.

Diante de todas essas circunstâncias fáticas que *atestavam a regularidade da casa noturna* (PPCI, Alvará, TAC, procedimentos fiscalizatórios e projetos elaborados e executados por engenheiros com expertise) e, em decorrência da *exigência e concordância das autoridades públicas com as reformas realizadas* (uso das espumas, colocação de barras de ferro para organizar entrada e saída, informe sobre lotação), é fundamental indagar qual o grau de reprovabilidade de Elissandro. Ao afastar a tese do erro de proibição invencível, o Conselho de Sentença confirmou que Elissandro tinha potencial consciência da ilicitude, sendo exigível outro comportamento. Mas a negativa da tese da invencibilidade do erro não exime o julgador de analisar os mesmos fatos para dimensionar a censura.

4.10. A exigência de fiscalização de certas atividades por órgãos especializados e a delegação de decisões à administração, especialmente em áreas de segurança coletiva (ambiental e sanitária, p. ex.), objetiva regular e prevenir riscos. Materializa o que se convencionou denominar de *princípio da precaução* que “tem por objetivo vincular a administração pública a atos de controle sobre certas situações que podem ou não implicar uma lesão ou perigo ao bem jurídico” (TAVARES, 2018, p. 236).

Indagar a reprovabilidade frente aos dados apresentados me parece pertinente não apenas porque *Elissandro, por orientação e sob a fiscalização do Poder Público, cumpriu todas as ordens destinadas à prevenção de riscos*, mas, sobretudo, porque o uso de determinados produtos (espuma), a realização de determinadas alterações (colocação das barras de ferro) e o (não)estabelecimento de certas regras (lotação), todas de ciência das autoridades (destaco vez mais), justificaram posterior imputação de delito. A acusação é explícita ao vincular (nexo causal) as reformas (fiscalizadas pelas autoridades) ao resultado final (incêndio no prédio e a morte de inúmeras pessoas). Reformas que não seriam, logicamente, *causas suficientes*, visto a importância de outras concausas preexistentes e concomitantes (uso de artefato pirotécnico pela banda; ausência de treinamento do pessoal; ordem de não evacuação), mas que foram apontadas na denúncia e na decisão como *causas necessárias*, pois sem elas a extensão do resultado seria inferior (menor número de mortes).

Entre todas as concausas, o uso do artefato pirotécnico é evidentemente o fator mais relevante. Outras circunstâncias exploradas pela acusação foram esclarecidas na instrução

e em plenário, como a comprovação da responsabilidade de treinamento do pessoal pela empresa contratada (equipe de segurança terceirizada) e a demonstração da *inveracidade da ordem de impedimento da saída das pessoas até o pagamento das despesas* (narrativa que ganhou dimensões fantasiosas ou, nos termos do voto do Des. Jayme Weingartner Neto, “artificiosa e excessiva” – TJRS, 1º CCrim, RSE 70071739239, rel. Des. Manoel José Martinez Lucas, Declaração de voto Des. Jayme Weingartner Neto, j. 22.03.2017, fl. 88). De qualquer forma, todas são circunstâncias presentes e enlaçadas na acusação, conforme a individualização das condutas de Elissandro e Mauro pelo Ministério Público na inicial:

“Os denunciados Mauro e Elissandro concorreram para o crime, *implantando em paredes e no teto da boate espuma altamente inflamável e sem indicação técnica de uso*, contratando o show descrito, que sabiam incluir exhibições com fogos de artifício, *mantendo a casa noturna superlotada, sem condições de evacuação e segurança contra fatos dessa natureza*, bem como equipe de funcionários sem treinamento obrigatório, além de prévia e genericamente ordenarem aos seguranças que impedissem a saída de pessoas do recinto sem pagamento das despesas de consumo na boate, revelando total indiferença e desprezo pela vida e pela segurança dos frequentadores do local, assumindo assim o risco de matar.” (TJRS, 1º Juizado da 1ª Vara do Júri de Porto Alegre, Processo 001/2.20.0047171-0, fls. 06).

A reflexão que proponho, portanto, considerando a relevância imposta às circunstâncias pela acusação, *é se seria possível realizar um adequado juízo de censura desconsiderando dados fáticos que evidenciam ter Elissandro cumprido todas as ordens de precaução emitidas pelas autoridades públicas?*

Os jurados descartaram a eximente, apresentada em plenário, do erro de proibição. Trata-se de tema superado em razão da soberania constitucional do julgamento pelo Tribunal Popular. No entanto suas circunstâncias são imprescindíveis para se ponderar a censura das condutas de Elissandro (juízo de culpabilidade). Mormente quando se percebe que *é a atitude de cuidado ou indiferença dos acusados frente aos riscos o real fundamento da acusação*.

Toledo ensina que a culpabilidade normativa estabelecida no Código Penal se afasta da ideia de que a gravidade da pena é estabelecida exclusivamente pela extensão objetiva do dano causado. Trata-se, segundo o autor, de um “cego direito penal do resultado”, aquele no qual o dano causado é o parâmetro central para determinação da pena, e não a exteriorização de uma vontade humana reprovável. *São sistemas autoritários em que os únicos limites à punição são o “clamor popular” e a razão de Estado*.

“A atenção da comunidade se concentra sobre a causação do fato e não sobre a culpabilidade do agente. Em um tal direito penal, a punição de fatos danosos, ou do mero perigo de dano, só encontra limites nos preconceitos tribais, ou na ‘razão de Estado’. A responsabilidade penal é objetiva. A gravidade da pena se relaciona diretamente com a extensão objetiva do dano causado.” (TOLEDO, 2015, p. 255).

De outra ordem, é um direito penal democrático, nos termos estabelecidos na Constituição e no Código Penal, orientado à responsabilização do agente na medida da sua culpabilidade, ou seja, “se estiver ele dotado da capacidade de entender e de determinar-se e se tiver falhado, de modo censurável, na utilização dessa capacidade” (TOLEDO, 2015, p. 255).

Infelizmente a sentença se afasta dessas premissas. Desconhece todos os dados concretos que falam sobre a formação intelectual e o investimento, não apenas financeiro, de Elissandro na precaução de riscos. Desconsidera que, em razão da falta de experiência e da sua insuficiente formação, contrata profissionais especializados e *cumpre todas as determinações do Poder Público*, dos órgãos técnicos responsáveis por avaliar a adequação (prevenção). Ignora em absoluto o sujeito em julgamento, despreza o seu histórico de trabalho para regularização da casa noturna e, além disso, inverte em seu desfavor a prova produzida nos autos para afirmar que “determinaram a instalação, em paredes e no teto da boate, de espuma altamente inflamável, olvidando indicações técnicas de uso que, em sua condição empresarial, deveriam obedecer” (Sentença, fl. 19). Conforme antecipei, trata-se de um *juízo retrospectivo* (ou, nas palavras do Promotor de Justiça Ricardo Lozza, de “profecia do acontecido”) que ignora o sujeito e o contexto das regras de autorização e dos procedimentos de fiscalização no momento do fato.

Ademais, para justificar a elevação da pena-base, parece confundir propositalmente as consequências do delito (resultado danoso), de natureza objetiva, com o que seria o juízo de culpabilidade, convertido (equivocadamente, repito) em dolo eventual, de natureza subjetiva: “(...) um caso como o presente, é preciso referir que se está diante da morte de mais de duzentas e quarenta pessoas, circunstância que, na órbita do dolo eventual, já encerra imensa gravidade (...)” (Sentença, fl. 10).

Destaco, ainda, em forma de síntese, argumentos que inclusive já foram enfrentados pelo TJRS: (*primeiro*) os elementos de prova atestam a regularidade do estabelecimento e cumprimento dos requisitos legais exigidos pelas autoridades públicas; (*segundo*) o conjunto probatório indica a ciência e a anuência do Poder Público com as reformas realizadas na casa noturna; e (*terceiro*) o artefato pirotécnico já havia sido utilizado anteriormente sem qualquer incidente.⁹ Significa dizer que, frente aos dados consolidados, *a ausência de real previsibilidade e a não indiferença e a não aceitação do resultado como provável*¹⁰ devem impactar a graduação da pena. *Em decorrência das autorizações e das*

9. “(...) dito estabelecimento vinha funcionando regularmente, mas com pendências, sem qualquer óbice por parte das autoridades encarregadas de fiscalização, inclusive porque já havia sido exibido o ‘show’ pirotécnico, sem nenhum incidente, constituem dados que informam agir culposos em sentido estrito a ser examinado pelo juiz singular competente” (TJRS, 1º Grupo Criminal, EI 70075120428, rel. Des. Victor Luiz Barcellos Lima, j. 01.12.2017).

10. “Conduta dolosa que, à luz do disposto no art. 18, I, do CP, exige a manifestação da vontade em relação ao resultado morte. Assumir o risco de produzir a morte significa aprovar o resultado, o que não restou evidenciado nos autos.” (TJRS, 1º Grupo Criminal, EI 70075120428, rel. Des. Victor Luiz Barcellos Lima, j. 01.12.2017).

*fiscalizações dos órgãos competentes, era totalmente admissível pressupor que as reformas realizadas estavam adequadas aos critérios de prevenção exigidos.*¹¹

Apontados os elementos da culpabilidade normativa que devem nortear a graduação da sanção, indicados os dados fáticos que podem dar suporte ao juízo de censura e demonstrado o equívoco do raciocínio exposto na sentença, considero que deva ser compreendida a *circunstância judicial culpabilidade como favorável ou no mínimo neutra para a determinação da pena-base*.

Por outro lado, embora o Conselho de Sentença não tenha admitido o erro de proibição exculpante levantado pela defesa técnica, em razão de os indicativos fáticos sobre a consciência da regularidade da conduta informarem o conteúdo jurídico da culpabilidade normativa, *não há* quaisquer *óbices* que justifiquem o reconhecimento da modalidade vencível pelo juiz na aplicação da pena. Inclusive porque a causa de redução da pena do erro de proibição vencível (art. 21, *caput*, *in fine*, do Código Penal) nada mais é do que uma espécie do gênero da circunstância judicial culpabilidade. Em razão dessa especialidade, as regras do concurso aparente de normas indicam que deva preponderar (impacto na pena definitiva).

Lembro que a defesa técnica, em plenário, objetou a não quesitação da minorante. Neste ponto, duas seriam as soluções possíveis: (*primeira*) se o entendimento é o de que se trata de quesito obrigatório, a nulidade deve ser declarada; ou, do contrário, (*segunda*) se prevalecer a compreensão de ser mera irregularidade, esta deve ser sanada com a aplicação do redutor do art. 21, *caput*, na pena definitiva. Alternativas que reforçam o argumento de que a culpabilidade de Elissandro não pode ser considerada desfavorável na pena-base.

(d) *Se possível valorar dolo na culpabilidade, quais os elementos a serem valorados? Sobre a exclusão do elemento volitivo ("dolo sem vontade") para justificar maior reprovabilidade ao dolo eventual*

4.11. Conforme antecipado, parte da doutrina e da jurisprudência entende que, apesar da normativização da culpabilidade, é legítima (e inclusive necessária) a análise do dolo e da culpa na pena-base. Importantes autores seguem esse posicionamento – dos quais discordo, sublinho. E esta variável não pode ser simplesmente descartada por “divergência teórica”.

Juarez Tavares (2011, p. 142), agregando aos elementos anteriormente elencados relacionados às experiências de vida do réu, sustenta que

“igualmente se congregam no âmbito da avaliação da autonomia as relações volitivas do agente para com o fato: se o agente, dessa forma, agiu com dolo direto ou eventual.

11. Ensina Reale Júnior que “quando o agente é induzido pela autoridade ou por decisão judicial para a prática de uma ação, surge, no espírito do agente, a justa expectativa de não ser a ação proibida” (REALE JR., 2017, p. 91).

Isso não implica restaurar a antiga redação do art. 42 do CP, em sua versão originária, que fazia menção à intensidade do dolo e aos graus de culpa. Antes, esse artigo incluía o dolo no âmbito dos próprios fundamentos da culpabilidade; agora, a referência às espécies de dolo indica a forma como o agente se relacionou concretamente com o fato, segundo as perspectivas da produção do resultado.”

Cezar Bitencourt (2020, p. 1.834) afirma que

“o dolo que agora se encontra localizado no tipo penal – na verdade em um dos elementos do tipo, qual seja, a ação – pode e deve ser aqui considerado para avaliar o grau de censura da ação tida como típica e antijurídica: quanto mais intenso for o dolo, maior será a censura; quanto menor a sua intensidade, menor será a censura.”

O problema, note-se, não é apenas o de aceitar ou não a valoração do dolo na pena-base. Embora a posição negativa, no meu entender, seja a mais lógica, a corrente que a considera possível é amparada por argumentos convincentes. A questão é que, *mesmo se o julgador optasse por analisar o dolo, a conclusão deveria ser outra*, visto inaceitável, mesmo excepcionalmente, a hipótese eventual ser mais reprovável que a direta.

O que torna o dolo direto mais censurável que o dolo eventual é, fundamentalmente, a presença do elemento *vontade*. Se o dolo direto se caracteriza pela consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo, tendo como objetivo final a lesão do bem jurídico (TAVARES, 2018, p. 249), é o direcionamento da vontade a variável diferenciadora e que justifica maior reprovabilidade. No dolo direto, a causalidade é *orientada* livre e espontaneamente ao resultado lesivo; no dolo eventual, a vontade se situa fora do âmbito do tipo executado (“vontade atípica”) [nota doutrinária excluída]. Embora tenha o autor a *representação* (consciência) de um resultado típico, sua concretização só ocorre em razão de um consentimento (anuência), não de uma vontade predeterminada. É o fato de o agente não desejar as consequências previstas como possíveis que *particulariza* e, ao mesmo tempo, *diferencia* o dolo eventual do dolo direto. Mas esta diferença não é apenas na configuração típica, pois a ausência da vontade, elemento central do dolo direto, impõe uma censura menor ao dolo eventual (desigual desvalor da ação).

O mesmo argumento é o que justifica a díspar graduação de pena para o dolo eventual e a culpa consciente. Os elementos que compõem essas formas de tipicidade subjetiva (dolo eventual e a culpa consciente) são idênticos – (a) ausência de vontade típica; (b) representação do resultado típico como efeito colateral da conduta; (c) ponderação da forma de condução dos meios eleitos. O diferencial, que resulta em uma reprovabilidade própria expressa no preceito secundário dos tipos penais, é a *anuência* ou o *dissenso* quanto às consequências previstas. É esse “detalhe” que no homicídio eleva a pena mínima de 1 (um) ano e máxima de 3 (três) anos da modalidade culposa (art. 121, § 3º, Código Penal) para a variação de 6 (seis) a 20 (vinte) na sua forma dolosa (art. 121, *caput*, Código Penal).

A ausência do elemento central do dolo direto (vontade) não permite, pois, sua equiparação com o dolo eventual. Ocorre que se não há, na lei penal (criminalização primária), penas autônomas, cabe ao julgador, no caso concreto (criminalização secundária), realizar o juízo de adequação das penas, em nome do imperativo da proporcionalidade. Inclusive porque a falta de diferenciação legal não justifica a omissão judicial em individualizar a graduação punitiva, aplicando sanções autônomas para situações concretamente ímpares. *A necessidade de valorações independentes decorre dessa distinta postura do agente em relação ao resultado.* Há dúvida de que *desejar uma consequência típica* é mais censurável do que *consentir com um resultado possível*? Talvez, no máximo, as posturas possam ser equiparadas. Mas reverter a graduação, valorando o consentimento de forma mais aguda do que a vontade, parece ser um excesso inaceitável em termos dogmáticos.

No ponto, Tatiana Stoco (2020, p. 141) sintetiza os modelos teóricos que distinguem *quantitativamente* o dolo direto do dolo eventual:

“Afirma-se que no dolo eventual haveria um componente a menos, a ausência de *vontade* e isso caracterizaria uma forma de dolo menos intensa. (...) Um crime praticado sem o propósito de realização do resultado, mas apenas com a mera representação dele como possível e o consentimento quanto à sua eventual ocorrência parece merecer menos reprimenda do que um crime desejado e representado com segurança pelo agente. (...) Uma possibilidade de redução de pena, neste sentido, poderia ser sustentada em razão deste menor conteúdo de injusto. Um outro argumento a favor da distinção qualitativa, com reflexos na pena, entre dolo eventual e dolo direto é sustentado por Hörnle, e se centra no seu componente volitivo: o dolo eventual conteria uma menor carga de injusto pois, da perspectiva da vítima, um crime praticado com *vontade de atingir a finalidade* seria mais perigoso, em uma perspectiva *ex ante*.” (Grifos do original).

4.12. Indagação pertinente, portanto, seria *como o julgador conduziu seu argumento de forma a reconhecer maior reprovabilidade ao dolo eventual*?

Após refutar explicitamente a culpabilidade normativa objetivando examinar o dolo na pena-base, o magistrado inicia exposição para “(...) colocar em xeque uma concepção de dolo que esteja calcada na vontade” (Sentença, fl. 07). Questiona a necessidade de indagar o “querer” do agente (elemento volitivo) e ressalta a centralidade de outros elementos como “indiferença” e “desinteresse frente aos valores comportados pelo Direito” (Idem) para, em seu juízo, demarcar as fronteiras entre dolo e culpa e, ao mesmo tempo, equiparar dolo eventual e dolo direto. Amparado no que qualifica como “modernas correntes”, sobrecarrega o elemento cognitivo em detrimento do volitivo sob o argumento da imprecisão, incalculabilidade e incerteza daquilo que seria erroneamente concebido como um “fato psicológico”. Conclui que o dolo seria atribuído pelo juiz e não verificado na experiência humana.

“Muito ao contrário, portanto, o dolo vem de fora, num juízo de atribuição que se faz a respeito de tal ou qual conduta. Como leciona Marteleto Filho: ‘o dolo é um juízo, e

não um ‘objeto’ de valoração’; de maneira que ‘a imputação do dolo nunca é, portanto, um simples derivado de processos psicológicos’. Puppe, na mesma direção, aponta que a inserção naquilo que se passava internamente nas reflexões do agente é uma quimera, de forma que a asserção do juiz no sentido de que o agente aceitou ou não o resultado ‘não pode ser compreendida como a asserção acerca de um fato psicológico. É, na realidade, uma atribuição’. Importante destacar que essas modernas correntes, tendentes à análise do dolo com ênfase no que tem de cognitivo, indicam, com precisão, a base de que partem, e é essa mesma base que se mostra crucial para este momento de aplicação da pena (...). Assim, segundo diz, a imputação a título de dolo não tem relação com a postura volitiva psíquica do indivíduo, pois dolo não é vontade, dolo é representação.” (Sentença, fl. 11).

Sob a premissa de um “dolo desprovido de vontade”, elimina o critério diferenciador entre as espécies, o que lhe autoriza aplicar uma imoderada punição à modalidade eventual. Lembro que, a partir da decisão do STJ, o Conselho de Sentença foi instado a deliberar sobre a imputação subjetiva, ou seja, coube aos juízes leigos a definição de o homicídio ser na modalidade culposa (culpa consciente) ou dolosa (dolo eventual). Por outro lado, decorrente do entendimento do TJRS e também do STJ, foi *excluída a hipótese de deliberação sobre o dolo direto e a quesitação das suas formas qualificadas*.

Significa dizer: (*primeiro*) a imputação do dolo direto, inclusive em sua forma qualificada, foi expressamente vedada pelo TJRS e pelo STJ; e (*segundo*) a modalidade do dolo eventual, após a deliberação dos jurados, foi uma realidade predeterminada da qual o magistrado não poderia se afastar. Nesse cenário, não parece incorreto sustentar que (*terceiro*) a discussão sobre a possibilidade de equiparação qualitativa ou quantitativa entre as espécies do dolo era incabível ao ator sentenciante.

O empreendimento argumentativo realizado pelo julgador merece reflexão, sobretudo, pelo efeito concreto da funcionalização (melhor seria *instrumentalização*) político-criminal do dolo, que foi a sobrecarga punitiva. No ponto parece não haver dúvida de que o objetivo principal da equiparação do dolo direto ao dolo eventual, via exclusão do elemento volitivo, foi o do agravamento (irregular) da pena-base.

4.13. A questão, porém, é que, para além do evidente esforço retórico realizado na sentença e das inúmeras conjecturas acadêmicas sobre o tema do “dolo sem vontade” – as últimas justificáveis, sublinho, pois decorrentes de naturais tensões teóricas e experimentações dogmáticas inerentes à atividade científica –, *a aplicação da tese esbarra no limite da legalidade*. Ainda mais quando inovações desta ordem implicam sobrecargas sancionatórias – como se sabe, em sentido oposto o sistema normativo admite e, em alguns casos, incentiva a materialização das categorias do delito e dos critérios de punibilidade (CARVALHO, 2020b).

Luís Greco, catedrático de Direito Penal da Universidade Humboldt (Berlim) e um dos defensores da tese do “dolo sem vontade”, parece reconhecer esse caráter eminentemente *especulativo* do debate, visto que certas realidades normativas como a brasileira e a portuguesa definem de modo expresso o dolo e determinam o seu conteúdo. O exercício

que Greco realiza em relação ao Código Penal de Portugal pode, portanto, ser reaplicado no caso brasileiro, não sendo excessivo lembrar que o nosso Código Penal *conceitua e diferencia* os tipos dolosos: (*primeiro*) dolo direto “quando o agente *quis* o resultado” (art. 18, I, primeira parte, Código Penal, grifei); e (*segundo*) dolo eventual, quando o agente “assumiu o risco de produzi-lo” (art. 18, I, segunda parte, Código Penal).

A conclusão é evidente: *a vontade (“querer”) é elemento constitutivo do dolo segundo a lei penal brasileira e a sua exclusão não pode redundar em interpretação ou aplicação prejudicial a quaisquer acusados.*

Discutir a adequação do elemento vontade e, inclusive, a necessidade de a legalidade definir o conteúdo do dolo é um exercício possível nas esferas acadêmica e judicial, desde que não implique situações desfavoráveis às pessoas sob julgamento. Nenhum requisito legal (garantia) pode ser anulado ou flexibilizado por interpretação judicial segundo as diretivas elementares do Direito Penal nos Estados Democráticos. Seguindo tais premissas é que Greco (2009, p. 885, grifei) propõe um *debate científico* sobre o conteúdo do dolo.

“(…) a existência de semelhante dispositivo legal [art. 14 do Código penal português] faria de um artigo intitulado ‘dolo sem vontade’ um empreendimento duvidoso. Se for verdade que ‘onde o legislador fala, a filosofia cala’, parece não haver mais qualquer lugar para filosofarmos sobre o conceito de dolo. [Mas] (...) a dogmática do direito penal é ciência jurídica, e não mero saber legal – Rechtswissenschaft e não apenas Gesetzeskunde. De uma tal perspectiva, a *decisão do legislador* não significa o fim, e sim o início da filosofia, cuja tarefa passa a ser descobrir se essa decisão está arrimada apenas na *autoritas* do poder de quem decide, ou também na *veritas* das razões que a justificam. Ou seja, ainda que o legislador português [e brasileiro, incluo] tenha decidido qual o conteúdo do dolo, *aos olhos da ciência jurídica permanece em aberto a questão quanto a se essa decisão é ou não correta, se ela está ou não justificada.*”

Nesse ponto, é importante ressaltar a seriedade com que o catedrático de Berlim tratou das possíveis consequências político-criminais da tese do “dolo sem vontade” – perspectiva que particularmente discordo, apontando como fundamento dessa oposição as substanciais críticas apresentadas por Zaffaroni/Batista (2010, p. 11-112; p. 270-285) e, mais especificamente, por Juarez Tavares (2018, p. 253-266). As premissas estabelecidas pelo autor são (*primeira*) o dolo é sustentado exclusivamente no conhecimento; (*segunda*) o elemento cognitivo é o que geraria o domínio; (*terceiro*) o domínio justifica o tratamento mais severo dispensado aos casos de dolo; e, em consequência, (*quarto*) é inapropriado diferenciar dolo direto de dolo eventual (GRECO, 2009, p. 903). Mas Greco, apesar do convencimento teórico acerca da ausência de vontade no dolo, ao coordenar a proposta alternativa para reforma do Código Penal, apresentada à Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, em 2017, no contexto das discussões sobre o PLS 236/12, manteve intacta a redação do art. 18, I.

Segundo os autores da proposta, só seriam objeto de reforma temas nos quais seria possível verificar “relativo consenso”, soluções que apresentassem “estabilidade dogmática”,

“(...) razão pela qual não oferecemos soluções novas aos dispositivos da causalidade (art. 13, *caput* e § 1º) e da omissão imprópria (art. 13, § 2º), *não tocamos na definição do dolo e da culpa* (art. 18) ou da tentativa e da desistência (arts. 14 e ss.), e não sugerimos dispositivo sobre o concurso de leis penais ou sobre o consentimento.” (GRECO et al., 2017, p. 21). (Grifos meus).

Sustentam Greco/Horta/Leite/Teixeira/Quandt (2017, p. 21) que as “opiniões doutrinárias” devem ser defendidas no “fórum competente”, qual seja, o acadêmico:

“Temas sobre os quais repousam ainda viscerais incertezas foram relegados, em forma de convocação, à nossa doutrina, que deve cumprir seu mister de guiar a atividade do intérprete (...). Da mesma forma, temas polêmicos, que exigem discussões pormenorizadas, ou que permitem alteração posterior que não agrida a sistematicidade adotada (...) foram deliberadamente deixados de lado.”

Nota-se, pois, que um dos mais expressivos autores da tese do “dolo sem vontade”, exatamente em razão de o tema ainda demandar amadurecimento, pois instável no plano dogmático, manteve uma correta prudência no campo político-criminal. O senso de responsabilidade que orientou os proponentes da reforma está sintetizado na epígrafe do projeto, quando invocam Goldschmidt: “só se pode recomendar como lei para o próprio povo aquilo que integra o estado seguro de reflexão científica, da mesma forma que o médico só pode prescrever ao doente medicamentos testados e aprovados” (Idem, p. 05). Postura de cuidado frente a eventuais efeitos colaterais danosos que parece não ter sido respeitada pelo julgador.

Lembro os ensinamentos de Weber (1993): a ciência é uma vocação configurada pela ética da *responsabilidade*; a política é que é orientada pela *convicção*. E decisão judicial carente de responsabilidade e fundada em convicções é decisionismo (FERRAJOLI, 2002, p. 37) [excluída citação direta].

4.14. A barreira da legalidade, que impede os efeitos punitivos propostos na sentença em razão da proposição do “dolo sem vontade”, não se restringe, na atualidade do ordenamento jurídico nacional, à diretriz do art. 18, I, primeira parte, do Código Penal. A nova regulamentação da improbidade administrativa, estabelecida pela Lei 14.230/21, é particularmente elucidativa.

Em razão do caráter punitivo das sanções, a doutrina especializada considerava imprescindível para a caracterização da improbidade administrativa a verificação do elemento subjetivo, notadamente para que fosse possível distinguir a irregularidade

promovida pelo administrador inábil do ilícito praticado pelo gestor desonesto, desprovido de lealdade e boa-fé –

“a caracterização do ato de improbidade que acarreta enriquecimento ilícito depende, necessariamente, da comprovação do dolo do agente público ou do particular (terceiro). Vale dizer: a mera configuração da culpa não é suficiente para aplicação do art. 9º da LIA, revelando-se imprescindível a comprovação da intenção do agente ou do terceiro em obter vantagem patrimonial que sabe ser indevida.” (NEVES/OLIVEIRA, 2018, p. 118).¹²

Assim, apesar de algumas intercorrências, a jurisprudência do STJ se estabilizava no sentido de compreender a improbidade administrativa como uma espécie de ilegalidade qualificada pela intenção (dolo).

A Lei 14.230/21, que alterou o regime da Lei 8.429/92, não apenas impõe como requisito para configuração da improbidade o elemento subjetivo, como define expressamente dolo como “vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado”. Além disso, destaca que para a atribuição da responsabilidade pelas condutas previstas nos arts. 9º, 10 e 11 não é suficiente a mera “voluntariedade do agente”.

“Art. 1º (...). § 1º. Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais. § 2º. Considera-se *dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado* nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente. § 3º. O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.” (Lei 14.230/21, grifei).

A (nova) Lei de Improbidade Administrativa, para além dos seus inquestionáveis vínculos com a matéria penal, renova e reforça a compreensão posta na reforma de 1984 em relação ao conteúdo do dolo (consciência e vontade; elementos cognitivo e volitivo), pois determina que o acusador, na inicial da ação civil pública, aponte as provas relacionadas ao elemento subjetivo do ilícito.¹³ Independente da postura pessoal, das con-

12. No mesmo sentido, conforme indicação de Neves/Oliveira, posiciona-se a doutrina majoritária: Figueiredo, 2009, p. 78; Gomes Jr./Favreto, 2010, p. 108; Garcia/Alves, 2011, p. 287; Martins Jr., 2009, p. 229; Pazzaglini Fo., 2011, p. 45.

13. Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei. (...) § 6º. A petição inicial observará o seguinte: (...) II – será *instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado* ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições

vicções teóricas, das opções político-criminais ou dos direcionamentos ideológicos, é conteúdo determinado em lei, que não se pode ignorar, mormente quando estabelece requisitos à imputação (subjativa).

A conclusão é corroborada nas lições de Geraldo Prado (2018, p. 191):

“o ponto central da análise, porém, transcende a controvérsia sobre se a ‘vontade’ deve ser desconsiderada para a determinação do ‘dolo’ no caso concreto, na medida em que, como referido no início deste capítulo, *não há alternativa ao juiz brasileiro que não seja tomar em consideração o critério legal do art. 18 do Código Penal e buscar nas provas produzidas pelas partes os elementos de convicção* que viabilizem decisões semelhantes ou idênticas em casos semelhantes ou idênticos.” (Grifos meus).

Acrescento que o art. 29, § 2º, do Código Penal, torna a indispensabilidade da vontade ainda mais evidente. Segundo o dispositivo, “se algum dos concorrentes *quis* participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave” (grifei). O avanço em relação ao Código original foi notório. Na legislação anterior, focada apenas no resultado (desprezando a vontade, portanto), o concorrente respondia pelo crime mais grave e, apesar da atenuação da pena (art. 48, parágrafo único, Código Penal de 1940¹⁴), “(...) implicava necessariamente responsabilidade objetiva” (BATISTA, 2004, p. 25). Com a reforma, no caso de o sujeito ter intenção de participar de crime menos grave, é essa a vontade que define a tipicidade da conduta, sendo a previsibilidade do resultado mais grave (aspecto cognitivo) um elemento lateral que modula a pena desde um preceito secundário já “desqualificado” (penas reduzidas). Notem-se os efeitos: (a) resultado mais grave do que o desejado (vontade), desclassificação da conduta; (b) na nova tipificação, já com a punibilidade reduzida, a *previsibilidade do dano opera como majorante da pena*. Portanto, segundo o Código, a previsibilidade do dano maior que o desejado só aumenta a pena depois da correta adequação típica, que por si só fixa patamares punitivos mínimos e máximos sempre menores do que aqueles que seriam determinados caso a responsabilidade penal fosse estabelecida exclusivamente pelo resultado (responsabilidade penal objetiva).

4.15. Indagação correlata ao tema é se a vontade, estabelecida como requisito legal, necessitaria ser demonstrada empiricamente para aferição do dolo. Em outros termos, se as “dificuldades probatórias” decorrentes dessa perspectiva psicológico-descritiva seriam suficientes para eliminar a dimensão volitiva em prol de critérios normativo-imputativos

constantes dos arts. 77 e 80 da Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).” (Lei 14.230/21, grifei).

14. “Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido” (art. 48, parágrafo único, Código Penal de 1940).

orientados pela probabilidade, aparentemente presente na estrutura cognitiva da conduta.

Para Juarez Tavares (2018, p. 258), a questão é

“como é possível descartar toda atividade subjetiva do agente, que está baseada na estrutura psicológica da vontade, se o próprio dolo se expressa como vontade? Ou seja, é possível extirpar da vontade sua estrutura psicológica? Pode-se até radicalizar a pergunta: não existe vontade?.”

O que significaria, em termos jurídico-penais, abdicar da vontade como critério de imputação (subjetiva)?

O autor elabora os questionamentos após demonstrar a temeridade do critério da probabilidade (ou da inferência racional), o qual estaria sendo objetado inclusive nas ciências naturais. Não obstante, considera válida sua aplicabilidade na teoria do delito como um parâmetro *auxiliar* na *imputação objetiva*, sempre no sentido negativo (excludente) e não positivo. Todavia, mesmo a diretriz da probabilidade não eximiria o terceiro (juiz), que afirma ter o autor controle dos fatos na tomada da decisão, de uma demonstração fática suficiente, porque qualquer “(...) inferência racional, sem dados empíricos, é puramente abstrata e incompreensível, vindo a reduzir-se a enunciados de pura lógica formal” (TAVARES, 2018, p. 255).

Outrossim, é o reconhecimento da vontade (elemento do dolo) que permite a posterior valoração da culpabilidade e, inclusive, a sua diferenciação com o injusto. Se na culpabilidade caberia destacar as condições e as relações volitivas do agente perante a norma, no injusto possibilitaria verificar a dominabilidade subjetiva dos fatos, conforme sublinha Tavares. Isto porque “o domínio dos fatos, que é condição essencial ao processo de imputação subjetiva, não se situa no conhecimento, mas na vontade. O sujeito só controla os fatos quando volitivamente os dirige” e é “justamente esse domínio volitivo que deve ser levado em conta na aferição do dolo (...)” (TAVARES, 2018, p. 264).

Zaffaroni/Batista (2010, p. 273) referem que o elemento cognitivo (previsibilidade) é um *pressuposto necessário, porém insuficiente*, da imputação. O aspecto cognitivo antecede o volitivo, mas “dolo é fim tipificado”, é “a finalidade que confere sentido à unidade do conhecimento.” O resultado lesivo ao bem jurídico só se enlaça subjetivamente ao conhecimento através da vontade.

Se ao dolo é inerente o dado psicológico vontade, inclusive por determinação legal, sua redução ao aspecto cognitivo acaba inevitavelmente por derivar, em termos processuais penais, uma “existência presumida”. Em razão de “dificuldades probatórias”, de forma utilitarista, o dolo é presumido e manejado em termos de probabilidade. Mas o problema é que tal perspectiva parece excessivamente distante das diretrizes impostas pela Constituição, ou seja, o dolo, requisito da imputação, não pode ser presumido, porque as presunções em Direito Penal têm um sentido único (negativo).

“(...) quando a febre da reação punitiva sem lacunas torna-se obsessiva, o *in dubio pro reu* é percebido como obstáculo liberal; diante disso, e também de que o mito da emergência não consegue derrogá-lo, optou-se por um recurso dogmático: a *presunção do dolo*, uma ameaça equivalente que tem por inimigo o conceito psicológico. Como o conceito psicológico oferece dificuldades para sua prova processual, ele é substituído por uma *ficção de dolo* (...)” (ZAFFARONI/BATISTA, 2010, p. 281).

As dificuldades com a adoção da tese do “dolo sem vontade” são, portanto, inúmeras: é possível compreender como o sujeito atuou sem indagar sobre a base psicológica da vontade? É suficiente verificar apenas a possibilidade de conhecimento? O *dado cognitivo*, se considerado suficiente, mesmo reduzido à probabilidade, igualmente não exige uma referência ao empírico? E, ao que parece, foram dúvidas como essas, que ainda não foram suficientemente resolvidas pela dogmática penal, que levaram Greco/Horta/Leite/Teixeira/Quandt a adotar uma justificada postura político-criminal de precaução.

Mas para além das dúvidas em relação à configuração do crime, são as consequências possíveis da tese, como as que foram percebidas na sentença objeto deste estudo, os fatores que poderão redimensionar a reflexão teórica. Consequências possíveis e previsíveis, mas que não necessariamente alcançam toda a sua extensão quando formuladas. Não é incomum, no debate acadêmico-dogmático, que um efeito representado *ex ante* gere problemas maiores ou derivados na posterior aplicação judicial. O excesso punitivo evidenciado no caso talvez seja forte indicativo dos efeitos perversos da tese, visto que, conforme assinala Greco (2009, p. 892), “é preciso averiguar se o tratamento que nos convém dispensar ao autor não acaba por instrumentalizá-lo e desrespeitá-lo como pessoa.” Por outro lado, importante também dizer que não são as anomalias da prática judicial, decorrentes de más interpretações ou de instrumentalizações autoritárias, que invalidam tese acadêmicas. Mas todas essas variáveis devem ser sopesadas, mormente quando se está perante situações de transborde sancionatório.

Creio, porém, que os problemas ainda não se esgotam no âmbito da imputação subjetiva do resultado. Imaginemos situações inversas, tomando como referencial a perspectiva do sujeito passivo do delito (vítima): quais os efeitos da exclusão do elemento volitivo no consentimento dado pelo ofendido? É possível admitir um “consentimento sem vontade”? Como se resolveriam os “vícios” na vontade livre da vítima ao consentir com a lesão de bens jurídicos disponíveis?

Excluir os dados da realidade implica necessariamente enfraquecer o sistema constitucional de garantias. Quanto maior for a supressão do número de entes da conduta, menores são as exigências de imputação, ou seja, “menos entes conformam um conceito mais dútil”, motivo pelo qual, adiro à perspectiva de que

“(...) a consideração da finalidade, na linha do modelo welzeliano de ação, é útil para demarcar seu conceito jurídico e garantir mais adequadamente o *nullum crimen sine conducta*. Entre qualquer conceito mais dútil de ação e o conceito finalista, tomados

todos como conceitos jurídicos (isto é, abandonando toda pretensão *ontologista*), o finalista é política e tecnicamente preferível.” (ZAFFARONI/BATISTA, 2010, p. 103).

Exatamente por isso, Guzmán Dalborda (2019, p. 267), ao explorar a crise do pensamento democrático no Direito Penal, constata que a mentalidade autoritária, na dogmática e na interpretação judicial, “(...) se entretiene en alternativas para mantener en pie la teoría de las acciones libres en la causa; *dilata el dolo*, de modo de referirlo a las acciones y no a los resultados típicos; además, *lo normativiza en lugar de asentarlos en sus bases psíquicas* (...)”.

Sublinho que o debate não é meramente acadêmico, pois seus efeitos na atividade forense são evidentes. A flexibilização dos requisitos do dolo, com ênfase na representação (elemento cognitivo) em detrimento da vontade, conduziu a jurisprudência a uma perigosa tendência de imputar situações de culpa consciente como dolo eventual – as condenações por homicídio doloso em acidentes de trânsito são casos exemplares no país.¹⁵ A propositura de um dolo sem vontade, ao invés de corrigir o problema e demarcar a negligência como regra nos casos de violação do dever de cuidado objetivo em situações de risco, amplifica esse efeito perverso: a punição de fatos culposos (culpa consciente) com base na reprovabilidade do *dolo direto* (não “apenas” do dolo eventual). A dosimetria da pena no incidente da Boate Kiss é um exemplo privilegiado dessa distorção.

Entendo, pois, ser a *legalidade um limite intransponível*, motivo pelo qual é imperioso reconhecer, na síntese de Tavares (2018, p. 265), que (*primeiro*) a estrutura psicológica do sujeito, que garante sua autonomia como pessoa, é composta pelas dimensões cognitiva e volitiva; (*segundo*) a vontade não pode ser eliminada da estrutura do dolo e do injusto; e (*terceiro*) se a vontade for eliminada do injusto é impossível uma posterior análise qualificada da culpabilidade.¹⁶

(e) *É razoável e lógico, em um sistema diferenciador, impor ao dolo eventual carga punitiva superior àquela atribuível ao dolo direto?*

4.16. O esforço para justificar a exclusão do elemento “vontade” do dolo foi instrumental: impor sobrecarga punitiva à modalidade eventual chegando em patamares que só poderiam ser aplicados ao dolo direto. Na síntese do julgador:

15. Hungria já chamava atenção para essa tendência: “nota-se que, principalmente na justiça de primeira instância, há uma tendência para dar elasticidade ao conceito de dolo eventual” (apud FRAGOSO, 1978, p. 543). De igual forma, Pierangelli, 2007, p. 47-63; Wunderlich, 2016; Shecaira, 2007, p. 222-238.

16. Com argumentos complementares, igualmente críticos à versão normatizada que separa a análise do dolo dos estados mentais do autor e que, portanto, enfraquece as diferenças entre responsabilidade pelas ações e responsabilidade pelas consequências (responsabilidade objetiva), importantes as lições de Manrique, 2007, p. 415-434; e Manrique, 2009, 177-201.

“(...) a culpabilidade dos acusados é elevada, porque intenso o elemento subjetivo com que agiram; este, *mesmo sendo o dolo eventual*, permite um juízo desfavorável no nível da aplicação da pena, *juízo que não está limitado por uma ideia de que necessariamente haveria de ser menos gravoso do que o oriundo de um caso cometido com dolo direto*. Não olvidemos que o alcance da moldura normativa não se afasta de uma *premissa de ratio punitiva*.” (Sentença, fl. 13). (Grifos meus).

Entre os argumentos, a sentença refere que em casos como o do incêndio da Boate Kiss, o dolo eventual seria o próprio configurador da tipicidade subjetiva, ou seja, o dolo eventual suplantaria a possibilidade do dolo direto, visto que, se presente, configuraria outra espécie de delito. O dolo direto, nestes casos, seria um elemento subjetivo diverso e autônomo que daria forma a um tipo legal de crime mais grave.

“(...) a produção da morte de tão vasto número de indivíduos, quando o agente quer diretamente o resultado, muitas vezes se convola noutros tipos penais, como seja o terrorismo, o genocídio e outros envolvendo um conjunto tão plural de vítimas, o que quase permitirá dizer que em situações catastróficas e de produção da morte de um expressivo número de pessoas o dolo eventual já é, ele mesmo, o elemento subjetivo de maior gravidade, porquanto se de dolo direto se tratasse muito provavelmente estaríamos diante de outros modelos de crimes.” (Idem).

Reconhecer que um elemento subjetivo especial (*finalidade de produção de elevado número de mortes*) deflagra a migração do juízo de tipicidade para um delito mais grave e que a *indiferença*, caracterizadora do dolo eventual, seria o dado básico da imputação subjetiva do homicídio é *afirmar a condição de elementar típica*. Trata, de maneira não muito distinta, o dolo de provocar número expressivo de mortes como uma “qualificadora” do tipo penal comum do homicídio que, nessa hipótese, estaria configurado apenas com a “anuência do resultado”. Em efeito, se elementar típica, sua (re)consideração implica ofensa à proibição constitucional da dupla valoração (*ne bis in idem*).

A liberdade do argumento só reafirma algo que é consolidado na doutrina e na jurisprudência: elementares típicas, objetivas ou subjetivas, não podem ser reapreciadas na aplicação da pena. Se os tipos autônomos, ao descreverem as condutas, estabelecem elementos essenciais distintivos de outros tipos, tais circunstâncias lhes são inerentes e constitutivas. A aplicação da pena deve girar, portanto, em torno das circunstâncias não elementares:

“todos os demais fatores que, não sendo essenciais (não elementares do crime), interessam à aplicação da pena, são as circunstâncias do crime. Estas são acidentais, podendo estar ou não presentes na realização de uma certa figura típica.” (AGUIAR JR., 2013, p. 65).

De qualquer modo, cabe enfrentar o argumento do “dolo eventual intenso”. A primeira questão é se faz sentido *ainda* falar em intensidade do dolo; a segunda se é possível graduar com maior reprovabilidade a anuência (“prever e aceitar”) do que o “prever e querer” o resultado.

4.17. Na perspectiva finalista, o dolo é a vontade de realização do tipo, a realidade psíquica verificável da conduta. Não se confunde, pois, com o juízo de reprovação dessa conduta, realizado na esfera da culpabilidade. Por essa razão é que é referido um dolo *neutro* (natural, avalorado) (TANGERINO, 2014, p. 90). Assim, atribuir graduação ao dolo é uma imprecisão dogmática, visto que intensidade (maior ou menor) é parâmetro para a censura sobre o quanto era exigível, daquele autor em concreto, uma conduta distinta.

O saudoso Min. Cernicchiaro, professor da Universidade de Brasília, em uma conhecida e paradigmática decisão, traçou os termos diferenciadores do dolo e do juízo de culpabilidade:

“No caso sub judice, como transcrito, o ilustre magistrado registrou: ‘(...) levo tão somente em consideração a intensidade do dolo (...)’ Dolo é aspecto do elemento subjetivo, de vontade do agente, agasalhado pelo Código Penal em dois aspectos: direto e eventual (art. 18, I). *Dolo é elemento anímico*, projeção de livre escolha do agente entre agir ou omitir-se no cumprimento do dever jurídico. *Não tem intensidade. Intensidade refere-se a graus, do maior ao menor. Nada tem com o dolo. É relativa, isto sim, à culpabilidade*, entendida no sentido moderno da teoria geral do delito como reprovabilidade, censurabilidade ao agente, não ao fato. Porque, podendo agir de modo diverso, não o fez. *Insista-se, não existe dolo intenso. A culpabilidade, sim, é intensa, média, reduzida ou mesurada intermediariamente a essas referências*. No caso sub judice, a pena-base foi majorada pela ‘intensidade do dolo’. Essa qualificação é normativamente inadequada (...). Aliás, a lei vigente não menciona mais intensidade do dolo, como se referira a Parte Geral revogada do Código Penal.” (STJ, 6ª Turma, Habeas Corpus 9.584/RJ, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 15.06.1999, DJ 23.08.1999, grifei).

Tatiana Stoco (2020, p. 114) considera equivocada parte da jurisprudência nacional que sustenta a existência de um “dolo intenso”, incorreção derivada de uma confusão conceitual de dolo como sinônimo de vontade. Nesse quadro, uma vontade mais reprovável indicaria, erroneamente, um dolo mais intenso. De igual forma, procura desfazer outro mal-entendido: “a maior gravidade do crime não é necessariamente maior dolo.” As considerações são fundamentalmente voltadas ao “dolo *direto* intenso”, que, nos termos da jurisprudência em destaque, seria medido pela vontade. Refere, ainda, que este juízo poderia ser mais adequado ao componente conhecimento (domínio), pois a maior dominabilidade poderia denotar maior perigo (STOCO, 2020, p. 145). Aproxima-se, pois, à tese de Greco.

No entanto, a variação entre maior ou menor dominabilidade da situação perigo não alcança o caso em análise. Sobretudo, porque as condições fáticas apontam o oposto,

ou seja, a percepção (elemento cognitivo) de que o agir do acusado estava conforme as regras estabelecidas em decorrência das fiscalizações e das autorizações de funcionamento do estabelecimento pelas agências de controle (Prefeitura Municipal, Corpo de Bombeiros e Ministério Público). Injustificado, nessas circunstâncias, o agravamento da pena, ainda mais sob a imputação de dolo eventual.

Nas lições de Wunderlich/Ruivo (2019, p. 372), a conduta em relação ao resultado causado pode apresentar os seguintes desenhos: “(a) prever e querer o resultado; (b) prever e aceitar o resultado, (c) prever e não querer, nem aceitar o resultado, ou, simplesmente, (d) não prever o resultado.” Quatro hipóteses que estabelecem uma *hierarquia* em relação ao juízo de censura. Assim, os tipos-ideais do dolo direto e da culpa inconsciente estão em razão oposta quanto ao desvalor ação. Os elementos intermediários (dolo eventual e culpa consciente), apesar das semelhanças, igualmente não poderiam ser parametrizados, visto que “prever e aceitar” não se confunde com “prever e não querer” o resultado. Na comparação entre o dolo eventual e a culpa consciente é a própria legislação (criminalização primária) que desnivela as penas. A exigência constitucional de individualização judicial é que determina ao julgador (criminalização secundária), no momento da sentença, diferenciar a censura entre as modalidades (espécies) de ações do mesmo gênero (dolo direto e dolo eventual; culpa consciente e culpa inconsciente).

“(...) colocamos as quatro hipóteses em *ordem decrescente de reprovabilidade do desvalor da conduta*, que correspondem a um dos quatro conceitos sintéticos do tipo subjetivo: (a) dolo direto, (b) dolo eventual, (c) culpa consciente e (d) culpa inconsciente” (WUNDERLICH/RUIVO, 2019, p. 372). (Grifos meus).

A hierarquização proposta é correta. Condutas distintas devem produzir consequências distintas (individualizadas). Assim, não parece ilógico sustentar que “prever e querer o resultado” (dolo direto) seja mais censurável que “prever e aceitar o resultado”. A zona cinzenta da fronteira conceitual entre dolo eventual e culpa consciente já constitui um indicativo relevante – é conhecida a assertiva de Welzel (1993, p. 83) de que “delimitar el dolo eventual de la culpa (consciente) es uno de los problemas más difíciles y discutidos del Derecho Penal.” A inequívoca proximidade entre dolo eventual e culpa consciente, acrescida da distinta graduação legal entre crime doloso e culposos, informa o intérprete e recomenda ao juiz valorações não semelhantes entre dolo direto e dolo eventual.

Nesse sentido, Christiano Fragoso (2020, p. 267, grifei), apesar de ainda indicar a *intensidade* do dolo como critério, refere explicitamente que “o grau de intensidade do dolo do agente é circunstância essencial; é evidente que o dolo direto sempre deve receber pena mais alta do que o dolo eventual.” Orientação já indicada por Heleno Fragoso, nas “Lições” (2003, p. 408), ao referir que geralmente, em razão da previsibilidade do resultado, nos crimes culposos a modalidade da consciente é mais grave do que a inconsciente.

Não por outro motivo, a comissão redatora do Anteprojeto do Código Penal além de redefinir conceitualmente as modalidades de dolo, previu expressamente uma

circunstância especial de redução da pena nas situações de dolo eventual. Em sua primeira versão, o projeto previa, no § 1º do art. 18, que “a pena será reduzida de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) quando o fato for praticado com dolo eventual” (DOTTI, 2020, p. 480). Na redação final, o projeto de Lei 236/12 foi modificado, reduzindo-se a quantidade, mas mantendo a minorante em artigo próprio (art. 20):

Dolo e culpa: “Art. 18. Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis realizar o tipo penal ou assumiu o risco de realizá-lo, consentindo ou aceitando de modo indiferente o resultado. II – culposo, quando o agente, em razão da inobservância dos deveres de cuidado exigíveis nas circunstâncias, realizou o fato típico.”

Redução da pena no dolo eventual: “Art. 20. O juiz, considerando as circunstâncias, poderá reduzir a pena até 1/6 (um sexto), quando o fato for praticado com dolo eventual.” (grifei).

O projeto indica que a *atenuação da pena no dolo eventual é uma solução coerente e lógica*. Todavia, mesmo que seja dúbia essa possibilidade, o que parece ser injustificado é que, em qualquer hipótese, o dolo eventual opere como circunstância de aumento da pena. Nesse sentido, mesmo dando ênfase à dimensão cognitiva em detrimento da volitiva, Tatiana Stoco (2020, p. 143) sustenta:

“se se toma como correta a distinção qualitativa entre essas duas modalidades [dolo direto e dolo eventual], então ela deve refletir-se de forma quantitativa na medida da pena. O que, ao contrário, parece claro é que considerar um agravamento do próprio dolo eventual, um ‘dolo eventual mais intenso’, é inapropriado.” (Grifos meus).

4.18. A tese de que o dolo, a partir do finalismo, na qualidade de elementar típica, não pode ser valorado como conteúdo da circunstância judicial culpabilidade, poderia levar, porém, a uma aporia: a desigualdade qualitativa entre dolo direto e dolo eventual não resultar em penalização distinta (diferença quantitativa).

O que procuro destacar, fundamentalmente, é que se o legislador excluiu “intensidade do dolo e grau de culpa” do *caput* do art. 59, substituindo-os pela categoria *culpabilidade*, a partir de uma adesão à teoria normativa pura, é ilógico valorar dolo e culpa como conteúdo da culpabilidade. Nominar alguma coisa (culpabilidade) implica estabelecer limites interpretativos daquilo que se diz da coisa nominada. Assim, na pena-base, como conteúdo da culpabilidade, dolo e culpa não poderiam ser analisados.

Com isso, não se quer dizer que não seja importante – eu diria, fundamental – des-nivelar a responsabilidade dos autores de condutas dolosas (com e sem vontade) e culposas (com e sem representação). Como alternativa para resolução do que seria não mais do que uma aporia aparente do sistema, propus o recurso do art. 66 do Código Penal (CARVALHO, 2020, p. 480). A proposição é, inclusive, mais conservadora do que a prevista no PL 236, do Senado Federal, que cria uma causa especial de diminuição da pena.

Entendo que, de *lege lata*, a interpretação conforme a legalidade posta é a da redução pela atenuante inominada.

Embora subutilizado pela jurisprudência, a aplicação do art. 66 do Código Penal nas hipóteses de *dolo eventual* (e também da *culpa inconsciente*) parece resolver a necessidade de diferenciar o grau de censura das condutas, sem perverter os limites conceituais da *culpabilidade normativa*. No caso em análise, entendo ser uma resposta não só possível, mas adequada, para a graduação da responsabilidade penal do(s) réu(s).

[Exclusão dos itens: 3. Valoração dos Motivos e das Circunstâncias (em sentido estrito): é possível ignorar as decisões do TJRS e do STJ?; 4. Comportamento das Vítimas: *bis in idem* e fundamentação deficiente; 5. Cálculo da Pena-Base: inobservância do critério do “termo médio” e desproporcionalidade na graduação das circunstâncias; 6. Pena Provisória: confissão (atenuante nominada); *dolo eventual* e “falha estatal em proteger os custodiados e assegurar a segurança do local” (precedente) (atenuantes inominadas): (a) Confissão; e (b) *Dolo Eventual* e Corresponsabilidade do Estado: atenuantes inominadas (art. 66 do Código Penal)].

5. RESPOSTAS AOS QUESITOS

5.1. O estudo dos autos, sobretudo, o da sentença condenatória e os seus argumentos para justificar a aplicação da pena, permite apresentar algumas conclusões como respostas às indagações feitas pelo consulente.

Quesito 1: A valoração do conteúdo das circunstâncias judiciais do art. 59 (pena-base) segue os parâmetros dogmáticos e as diretrizes legais e constitucionais de fundamentação e proibição da dupla valoração (ne bis in idem)?

Resposta: Dos (05) cinco vetoriais valorados desfavoravelmente para fixação da pena-base, apenas a circunstância judicial “consequências do delito” apresenta fundamentação suficiente e válida. A análise da *culpabilidade* empreendida pelo julgador ofende o princípio *ne bis in idem* ao apontar, como conteúdo, o *dolo* (elementar típica subjetiva), além de contrariar a prova produzida na instrução, indicativa de que o acusado buscou amparo técnico para as reformas na casa noturna e entendia, em decorrência das autorizações e fiscalizações do poder público, manter seu estabelecimento conforme as normas de segurança (*culpabilidade normativa*). A apreciação dos *motivos* (motivo fútil) e das *circunstâncias do delito* (fogo e asfixia) contraria determinações expressas do TJRS e do STJ que, no julgamento dos recursos decorrentes da pronúncia, desqualificaram a acusação para homicídio simples e afirmaram ter sido exatamente estas condições fáticas o fundamento da imputação (*ne bis in idem*). Outrossim, especificamente em relação à futilidade (ganância), a conclusão contraria a prova que atesta ter o acusado investido nas reformas necessárias para aumentar o conforto e a segurança dos frequentadores. Quanto ao *comportamento da vítima*, o juízo é igualmente equivocado em razão da inversão do objeto de análise (apreciação do *comportamento dos réus*) e da reprodução de argumento (número de vítimas) utilizado posteriormente

para aumentar no máximo a quantidade de pena pela causa especial prevista no art. 70, *caput*, do Código Penal (concurso formal) – *bis in idem*.

Quesito 2: O cálculo da pena-base respeita as diretrizes jurisprudenciais consolidadas, sobretudo as fixadas pelo TJRS, e observa o princípio da proporcionalidade em sua dimensão proibição de excesso?

Resposta: Os equívocos na análise das circunstâncias judiciais provocam, imediatamente, sobrecarga punitiva na dosimetria da pena-base. Se válida apenas a fundamentação relativa às consequências do crime, a pena-base deveria ser estabelecida *no* ou *próxima* do mínimo legal. Mas mesmo se as (05) cinco categorias judiciais estivessem legal e constitucionalmente adequadas haveria excesso, visto o magistrado ter fixado, na primeira etapa da dosimetria, sanção corporal acima do termo médio, critério consolidado historicamente pelo TJRS como limite máximo da pena-base.

Quesitos 3: Da análise dos autos, é possível verificar a incidência de circunstâncias atenuantes não valoradas na sentença?

Resposta: A decisão judicial poderia ter considerado, na determinação da pena provisória, a atenuante da *confissão*, prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal, em razão (a) da apresentação espontânea do acusado na Delegacia de Polícia na noite do incidente, (b) da ampla utilização do seu interrogatório para fundamentação do dolo eventual na pronúncia e (c) das informações prestadas em plenário, sobretudo, porque não é injustificado supor que influenciaram o Conselho de Sentença para afastar a culpa consciente. Ademais, é dogmaticamente lógico e probatoriamente sustentável a incidência da *atenuante inominada* do art. 66 do Código Penal em decorrência (a) da corresponsabilidade dos Poderes Públicos Municipais no incêndio e (b) da necessidade de se estabelecer um juízo de censura menos severo à hipótese do dolo eventual.

Quesitos 4: Os fundamentos da tese do erro de proibição apresentados em plenário podem ser valorados na dosimetria da pena?

Resposta: A recusa pelos jurados leigos da tese da excusabilidade do erro de proibição e a negativa pelo juiz togado da quesitação da sua modalidade evitável, ambas teses apresentadas pela Defesa técnica em plenário, não descarta a necessidade de apreciação dos elementos fáticos que a sustentaram. Sobretudo, porque tais dados empíricos constituem indicativos sobre a consciência da regularidade da conduta que informam o conteúdo jurídico da culpabilidade normativa. Se não for considerada matéria de quesitação obrigatória, a irregularidade deve ser sanada com a aplicação do redutor do art. 21, *caput*, na pena definitiva. Assim, entendo que deva ser seriamente ponderado o fato de o acusado, no momento anterior até o incidente, entender estar agindo de pleno acordo com as normas de segurança. Na dosimetria da pena, as regras do concurso aparente de normas indicam que, se presentes elementos comuns em duas ou mais fases, deve a circunstância incidir na fase posterior em razão da especialidade das minorantes em relação às atenuantes e destas frente às circunstâncias judiciais. No caso, a inexperience administrativa e os déficits na formação do réu devem impactar a pena-base (culpabilidade favorável), enquanto os dados empíricos que evidenciam o erro de proibição vencível operar a diminuição da pena definitiva.

5.2. Após análise do material enviado e dos quesitos propostos, e apresentadas as considerações de ordem doutrinária e jurisprudencial, estas são, s.m.j., as respostas que entendo como legal e constitucionalmente adequadas.

É o parecer.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência* (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 1996.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Aplicação da pena*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado/Ajuris, 2013.
- BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- BRANDÃO, Claudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CARVALHO, Salo. A materialização da antijuridicidade na dogmática jurídico-penal: análise desde a teoria crítica do delito. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 76, 2020b.
- CARVALHO, Salo. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- DÍAZ PITA, Maria del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normativização. In: BUSATO, Paulo César (Org.). *Dolo e direito penal: modernas tendências*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: ed. RT, 2020.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: ed. RT, 2002.
- FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibidade administrativa*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FRAGOSO, Christiano Falk. Da Aplicação da Pena. In: Souza, Luciano Anderson (Coord.). *Código penal comentado*. São Paulo: ed. RT, 2020.
- FRAGOSO, Heleno. Comentários Adicionais. In: Hungria, Nelson. *Comentários ao código penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1, t. 2.
- FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: ed. RT, 2010.
- GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS, Augusto et al. (Coords.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009.
- GRECO, Luís et al. *Parte geral do Código Penal: uma proposta alternativa para debate*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis. Mentalidad Autoritaria, Actitudes Punitivas y Pensamiento Penal: un esbozo. *Política Criminal*, v. 14, n. 27, 2019.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1, t. 2.
- LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Fabris, 1987.
- MANRIQUE, Laura. Responsabilidad, Dolo Eventual y Doble Efecto. *Doxa: cuadernos de filosofia del derecho*, v. 30, 2007.
- MANRIQUE, Laura. Acción, Conocimiento y Dolo Eventual. *Isonomía*, v. 31, 2009.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MESTIERI, João. *Curso de direito criminal: parte especial (crimes contra a vida)*. Rio de Janeiro: Alba, 1970.
- MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- PIERANGELLI, José Henrique. As penas e a sua execução no novo Código Penal. In: GIACOMUZZI, Vladimir (Org.). *O Direito Penal e o novo Código Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 1985.
- PIERANGELLI, José Henrique. A culpabilidade e o novo Código Penal. In: *Escritos jurídico-Penais*, São Paulo, 1992.
- PIERANGELLI, José Henrique. Morte no trânsito: culpa consciente ou dolo eventual? *Justitia*, n. 64, v. 197, 2007.

- PRADO, Geraldo. A prova do dolo. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza (Orgs.). *Crise no Processo Penal Contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sergio de Moraes. *Penas e medidas de segurança no novo código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 2.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 64, 2007.
- SOUZA, Luciano Anderson. Da aplicação da pena. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.). *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria da aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- TANGERINO, Davi. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: NASCIMENTO, André (Org.). *Cem Anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Gerais do Novo Sistema Penal Brasileiro. In: GIACOMUZZI, Vladimir (Org.). *O direito penal e o novo Código Penal brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 1985.
- WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 1993.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman: parte general*. 4. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema de Derecho Penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos Aires: BdF, 2004.
- WUNDERLICH, Alexandre; RUIVO, Marcelo. Culpa consciente e dolo eventual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 161, 2019.

WUNDERLICH, Alexandre. O dolo eventual nos homicídios de trânsito como uma Tentativa Frustrada: a reafirmação de uma posição. In: BUSATO, Paulo; SA, Priscila P., SCANDELARI, Gustavo (Coord.). *Perspectivas das ciências criminais*. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010, v. 2. t. 1.

ZAFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 13. ed. São Paulo: ed. RT, 2019.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A primeira fase da dosimetria penal: entre os dados de seletividade do controle penal e a realização do princípio da estrita legalidade, de Camila Cardoso de Mello Prando e Rafael da Escóssia Lima – *RBCCrim* 136/15-33;
- Culpa consciente e dolo eventual (parecer caso "BOATE KISS": Santa Maria/RS), de Alexandre Wunderlich e Marcelo Almeida Ruivo – *RBCCrim* 161/365-390; e
- Culpabilidade na dosimetria da pena, de Pedro Jorge Costa – *RBCCrim* 126/109-132.