

2.4

DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Dolo eventual e culpa consciente – 3. Da culpa consciente e do dolo eventual nos crimes de trânsito – 4. A relação de dolo eventual e culpa consciente na morte do índio Pataxó – Bibliografia.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo esclarecer quais as diferenças entre o dolo eventual e a culpa consciente, especialmente em face das inúmeras decisões recentes que entendem haver dolo eventual em alguns crimes de trânsito que produzem o resultado morte. O equacionamento das questões dogmáticas concernentes ao tráfego de veículos não pode permanecer vinculado aos interesses da mídia que fogem das questões específicas do direito.

Palavras-chave: Dolo eventual – Culpa consciente – Crimes de trânsito – Índio Pataxó.

1. Introdução

Questão das mais tormentosas é estabelecer a diferenciação entre o dolo eventual e a culpa consciente, pois estes referem-se à natureza do elemento volitivo. Muito se tem discutido ultimamente sobre a questão. É necessário, portanto, e em primeiro lugar, distinguir a conduta dolosa da conduta culposa. Na primeira há a vontade de realizar o tipo penal; e na segunda há uma “conduta voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia com a devida atenção, ser evitado”.¹

É difícil demonstrar a estreita diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente, respectivas modalidades do gênero *dolo e culpa*, porque essas condutas são muito próximas. “A diferença entre condutas com culpa consciente e com dolo eventual é muito tênue, situando-se exclusivamente no interior da

(¹) Júlio Fabbrini Mirabete. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 1997. vol. 1, p. 141.

psiquê humana, na aceitação, ou não, do resultado, uma atitude puramente interna".² O que se verifica, portanto, é a existência de um traço característico comum ao dolo eventual e à culpa consciente. Nesses dois institutos há previsão de que o resultado antijurídico possa ocorrer.

A mídia nos dá, quase que diariamente, informações sobre pessoas em estado de embriaguez, ou participando de rachas que causam morte em pessoas inocentes. Em razão do elevado número de casos semelhantes, os jornais passaram a exigir punições mais duras, o que acabou fazendo com que os juristas fizessem uma reinterpretação dogmática dos dois institutos. Com muita propriedade, Alexandre Wunderlich destacou o absurdo jurídico de se confundirem duas figuras que, embora próximas, têm suas distinções pronunciadas. Para ele, "o dolo eventual nos crimes de trânsito é uma ficção jurídica utilizada fantasiosamente para compensar uma legislação inadequada e, assim, atender aos reclamos da mídia. Diga-se, ainda, que serve para acabar com aquilo que a mídia (odiosa imprensa leiga) e os profetas dos 'movimentos', mais das vezes emulados pela mesquinhez de ideologias 'baratas', classificam de impunidade. Mas não se diga que, com base na teoria do delito, existe fundamento jurídico plausível e consolidado sobre a demarcação do conceito de dolo eventual, mormente, no sentido amplo, chegando a cogitar-se que o agente consinta com seu possível suicídio".³

A questão não é tão simples como parece, na arguta observação do ilustre Promotor de Justiça Rogério Greco, quando fala do uso do álcool no volante: "Nem todos os casos em que houver a fórmula embriaguez + velocidade excessiva haverá dolo eventual. Não se pode partir do princípio de que todos aqueles que dirigem embriagados e com velocidade excessiva não se importem de causar a morte ou mesmo lesões em outras pessoas".⁴

Não se justifica, como bem observa o ilustre Magistrado do TACrimSP, Dr. Carlos Biasotti, que para atender aos reclamos da mídia possa se "alterar a estrutura típica do delito; bastara aplicar ao infrator a pena segundo sua culpabilidade (que a pena, conforme o brocardo, deve corresponder à culpa, medindo-se pelo delito): se maior da marca a censurabilidade do procedimento do acusado, máxima houvera de ser sua reprimenda penal; se a conduta do réu for extremamente censurável, aplica-se a pena máxima do delito culposos, não se falando, nesse caso, em dolo eventual...".⁵ Assim, necessário se faz, para uma abordagem mais precisa do tema, que façamos a diferenciação entre

(2) Ney Moura Teles. *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Ed. de Direito, 1996. p. 234.

(3) Alexandre Wunderlich. "Dolo eventual nos delitos de trânsito: uma tentativa frustrada", *RT* 576, out. 1998.

(4) Rogério Greco. *Direito penal*. Belo Horizonte: Cultura, 1998. vol. I, p. 180.

(5) Carlos Biasotti. "Morte no trânsito: homicídio doloso?", *Temas atuais de advocacia criminal*. São Paulo: Etna, 1996. p. 103.

dolo eventual e culpa consciente, tanto na doutrina estrangeira como na nacional. É o que faremos a seguir.

2. Dolo eventual e culpa consciente

A doutrina, de forma incisiva, diferencia o dolo eventual de culpa consciente. Na realidade, dentre as classes de dolo podemos citar outras classificações que contemplam, ao lado do dolo direto e do indireto (eventual), o dolo de consequências necessárias.

É direto o dolo em que o agente, consciente plenamente do fato que quer realizar, por sua vontade o realiza.

O dolo de consequências necessárias é aquele em que, ainda que não se tenha vontade plena de atingir determinado objetivo ao realizar a conduta, tem-se como certa e irremediável a ocorrência de um resultado, inicialmente não pretendido. Um exemplo, citado por Jiménez de Asúa, pode aclarar tal conduta. Um anarquista quer dar morte a um monarca detestável, que sempre viaja com seu secretário particular. Coloca uma bomba de grande calibre para matá-lo. Ela destrói o automóvel do monarca, matando-o e também ao secretário. A morte do motorista que dirige o veículo e do secretário, ainda que não queridas pelo anarquista, são necessárias para produção do resultado morte do monarca. Trata-se de um dolo de consequências necessárias.⁶

A terceira modalidade de dolo é a indireta ou eventual. Para nossa lei ocorre o dolo eventual quando o “agente assume o risco de produzir o resultado” (art. 18, I, última figura do CP). Podemos citar, basicamente, três teorias tradicionais sobre o tema. Pela teoria da *probabilidade*, devida a Sauer, existe dolo eventual quando ao agente se representa o resultado como provável. Para Mayer, mentor da teoria do *sentimento*, diz-se que há dolo eventual quando o sujeito tem um sentimento de indiferença com o resultado que se apresenta ao autor. Para Frank, defensor da teoria do *consentimento*, haverá dolo eventual quando ao agente se representa o resultado e ele o aceita.

Enrique Bacigalupo esclarece que a teoria com menos objeções é aquela que estima o dolo eventual quando o autor “toma seriamente em conta a possibilidade de lesão do bem jurídico, isto é, conta com ela e se conforma com a mesma”.⁷ Na esteira dessa idéia, que busca uma combinação de distintos princípios, podemos ver o pensamento de Claus Roxin, citando Schroeder: “o dolo eventual se dá quando o sujeito considera possível e aprova a realização do tipo, o considera provável e o afronta com indiferença”.⁸ Com igual projeção disserta Quintero

(6) Luís Jiménez de Asúa. *Principios de derecho penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958. p. 366.

(7) Enrique Bacigalupo. *Principios de derecho penal*. 3. ed. Madrid: Akal, 1994. p.136-137.

(8) Claus Roxin. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997, item 48.

Olivares ao dizer que o dolo eventual “constata uma consciência da possibilidade de um resultado como provável, em que pese tenha o autor atuado consentido-o ou sendo indiferente à produção de tal resultado”.⁹

Como se vê das idéias acima expendidas, fazendo convergir diferentes teorias explicativas acerca do dolo eventual, os dois elementos intrínsecos ao dolo são também encontráveis no dolo eventual. Assim, ainda que se tenha uma intenção e uma vontade indiretas não se pode prescindir dos elementos cognitivo e volitivo. O dolo eventual, antes de ser eventual, é dolo! E como tal deve ser entendido. “O dolo eventual se integra assim pela vontade de realização concernente à ação típica (elemento volitivo do injusto da ação), pela consideração séria do risco de produção do resultado (fator intelectual do injusto da ação), e, em terceiro lugar, pelo conformar-se com a produção do resultado típico como fator da culpabilidade”.¹⁰

Também a doutrina e a jurisprudência italianas, de forma quase unânime, vinculam a existência do dolo eventual à vontade do agente. Antonio Pagliaro afirma que “o dolo é indireto quando a vontade do agente não se dirige diretamente para o evento típico, mas o abraça como consequência necessária da conduta”. E arremata: “o evento é querido, ainda que de um modo diverso de como é querido um evento diretamente intencional”.¹¹ Fiandaca e Musco, da Universidade de Bolonha, têm igual pensamento: “A aceitação do risco se aproxima, em sede de valoração penalística, à verdadeira e própria volição do fato. E isso porque a aceitação do risco não se limita a uma aceitação do perigo como tal, mas se traduz ao fim de uma aceitação do próprio evento lesivo que pode verificar-se; em outros termos, o sujeito, decidindo agir ao custo de provocar o evento, acaba consentindo com o próprio evento”.¹² Concorde com tal pensamento a jurisprudência do Tribunal Superior italiano, segundo o qual “O dolo eventual não é uma ficção jurídica, mas corresponde a uma realidade psicológica que assimila do dolo direto ou intencional a vinculação de que, sendo representadas as possíveis e ulteriores consequências da própria ação criminosa, continua a agir a custo de provocá-lo, aceitando o risco e transferindo à razão da vontade que era só uma previsão”. (Cass. pen., sez. I de 23.09.1980, n. 9699, Milão).¹³

A teoria do dolo eventual deve manejar-se com sumo cuidado porque dela se diferencia a culpa consciente. A análise de seus elementos distintivos requer por parte do juiz um exame das representações e dos *motivos* que atuaram sobre a

(9) Gonzalo Quintero Olivares. *Curso de derecho penal: parte general (acorde con el nuevo Código Penal de 1995)*. Barcelona: Cedecs, 1996. p. 292.

(10) Hans-Heinrich Jescheck. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Comares, 1993. p. 270.

(11) Antonio Pagliaro. *Principi di diritto penale*. 5. ed. Milão: Giuffrè, 1996. p. 276.

(12) Giovanni Fiandaca; Enzo Musco. *Diritto penale: parte generale*. 3. ed. Bolonha: Zanichelli, 1995. p. 323.

(13) Mario Abate. *Il codice penale*. Piacenza: La tribuna, 1990. p. 331.

psiquê do sujeito, obrigando ao intérprete e aplicador da lei a investigação dos mais recônditos elementos da alma humana. "Do dolo eventual se distingue a culpa consciente, na qual o réu age com a certeza que o evento previsto como possível não se realizará. Dessa situação não se pode imputar ao agente ter querido o resultado, mas tão-somente de ter-se comportado com imprudência: daí sua responsabilidade por culpa e não por dolo".¹⁴

Embora o dolo eventual guarde certa similitude com a culpa consciente há pontos de dissemelhança importantes. "Em ambos há a previsão do resultado antijurídico. Só que enquanto no dolo eventual o agente empresta anuência à realização do resultado, preferindo prosseguir na ação, embora arriscando-se a produzi-lo, na culpa consciente o agente não aceita a realização do evento: repele mentalmente o resultado previsto, agindo na esperança ou na persuasão de que o evento não irá verificar-se. Na culpa consciente há uma previsão negativa. O evento não se verificará. No dolo eventual, uma previsão positiva: é possível que se verifique o evento".¹⁵ Na culpa consciente o que ocorre é um erro de cálculo, decorrente de uma falsa representação. No dolo eventual a decisão de agir é permeada pela vontade; uma decisão da vontade diante do evento previsto como possível e provável, ainda que indiferente. Nesse mesmo sentido a visão insuperável de Heleno Fragoso: "O dolo eventual aproxima-se da culpa consciente e dela se distingue porque nesta o agente, embora prevendo o resultado como possível ou provável, não o aceita nem consente. Não basta, portanto, a dúvida, ou seja, a incerteza a respeito de certo evento, sem implicação de natureza volitiva. O dolo eventual põe-se na perspectiva da vontade, e não da representação, pois esta última pode conduzir também a culpa consciente".¹⁶

Nélson Hungria, com a responsabilidade daquele que foi o principal responsável pelo Código Penal de 1940, marca a divisão correta entre o dolo eventual e culpa consciente: "Um motorista, dirigindo o seu carro em grande velocidade, já em atraso para atender ao compromisso de um encontro amoroso, divisa à sua frente um transeunte, que, à aproximação do veículo, fica atarantado e vacilante, sendo atropelado e morto. Evidentemente, o motorista previu a possibilidade do evento; mas, deixando de reduzir ou anulando a marcha do carro, teria aceito o risco de matar o transeunte, ou confiou em que este se desviasse a tempo de não ser alcançado? Na dúvida, a solução não pode ser outra senão do reconhecimento de um homicídio culposo (culpa consciente)".¹⁷

(14) Francesco Antolisei. *Manuale di diritto penale*. 30. ed. Milão: Giuffrè, 1994. p. 345.

(15) Paulo José Costa Jr. *Direito penal objetivo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 47.

(16) Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 173.

(17) Nélson Hungria. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1953. vol. 1, t. 2, p. 115.

Ressalte-se, outrossim, que a moderna teoria do crime, que busca no finalismo sua principal fonte de inspiração, pressupõe a ocorrência de um ato teleológico voltado à realização do tipo penal em momento antecedente à prática de atos executórios.

3. Da culpa consciente e do dolo eventual nos crimes de trânsito

Depois de uma longa tramitação legislativa foi finalmente aprovada uma nova lei de trânsito no Brasil; trata-se da Lei 9.503/97, o Código Brasileiro de Trânsito, como veio a ser chamado. Tal código introduziu novas figuras típicas, novas penas para figuras preexistentes (homicídio, lesões corporais, omissão de socorro etc.), novas formas punitivas e novos mecanismos procedimentais. Não obstante a crítica que a doutrina fez à nova legislação, não se pode deixar de tê-la em conta nas novas disciplinas que introduziu aos chamados crimes de trânsito, isto é, àqueles que se praticam decorrentes da circulação de veículos e pessoas pelas vias públicas.

Em se tratando de sucessão de leis, há que se ter em conta o princípio geral segundo o qual *tempus regit actum*, de tal forma que a lei posterior revoga a anterior sempre que houver uma relação de contrariedade entre ambas. No entanto, na esfera do direito penal, a regra geral do direito é excepcionada para se aplicar a chamada extra-atividade da lei mais benéfica. Tal exceção permite a retroatividade da *lex mitior* ou sua ultratividade, dependendo do caso. Determina o par. ún. do art. 2.º do Estatuto Repressivo:

“A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”

Afere-se a benignidade, no caso concreto, confrontando-se as leis concorrentes, qualquer que seja o modo como o benefício tenha sido introduzido para o agente do delito. Segundo Magalhães Noronha, “mais benéfica será a lei que cominar pena de menor duração, de natureza menos grave, de efeitos mais aceitáveis etc., como também a que der ao delito configuração que favoreça o réu, tanto pela não incriminação do fato como por ver nele forma menos grave, outorgar-lhe circunstâncias minorativas da pena e dispuser processo mais favorável”.

E mais adiante arremata: “Para resolver a questão de saber-se se a lei nova é mais favorável ao acusado do que a lei em vigor, no momento em que ele praticou a infração, deve-se fazer a comparação entre as duas leis, não *in abstracto* (v.g., tomando em consideração sua tendência geral de serem mais ou menos severas), mas em relação ao indivíduo que se trata de julgar em concreto”.¹⁸

A nova lei de trânsito criou crimes de perigo (abstrato ou concreto) e modificou outras condutas consideradas de dano (como no caso do homicídio). Segun-

(18) Magalhães Noronha. *Direito penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 1, p. 78-79.

do Geraldo de Faria Lemos Pinheiro *et alii*, “no novo CTB existem seis delitos de perigo: arts. 304, 306, 308, 309, 310 e 311. Com exceção do primeiro (omissão de socorro), os demais, tendo em vista a técnica de tipificação adotada pelo legislador, são de perigo concreto indeterminado”.¹⁹

A moderna teoria do direito penal concebe o delito de perigo como um reforço de tutela, uma espécie de antecipação preventiva, de modo a que se possa evitar a ocorrência de delito mais grave. No entanto, se esse dano vem a ocorrer deve-se pensar em absorção do perigo pelo dano. Com o novo Código, que majorou a pena para homicídio culposo (de um a três anos para dois a quatro anos), o legislador apontou um novo caminho de interpretação para a ocorrência de determinados crimes. Se houve, por exemplo, em caso hipotético, o crime de “racha”, teria ele sido alcançado pelo dano causado pelo homicídio, na forma culposa. O crime com pena mais grave engloba aquele de pena menos grave. Assim, ainda que se reconhecesse a existência do “racha”, em face do raciocínio acima desenvolvido, deve o juízo desclassificar o delito de homicídio doloso para homicídio culposo, por força do reconhecimento da *novatio legis in melius*, à luz da nova sistemática adotada pela legislação de trânsito em vigor. Observe-se que sempre que a lei – *de qualquer modo* – favorecer o réu, há de ser considerada. A interpretação do Código de Trânsito há de ser intra-sistêmica, isto é, com os parâmetros lógicos de uma lei especial, que tem prevalência sobre a geral.

Esta tem sido a orientação de outros países que disciplinaram a circulação de veículos em lei especial. Da Espanha, por exemplo, há de se trazer à colação o pensamento da maior especialista na matéria daquele país, Pilar Gómez Pavón: “Colocado o problema do ponto de vista da progressão delitiva, os delitos de perigo estão pensados, em princípio, como um adiantamento das barreiras de proteção penal, tipificando uma série de condutas perigosas em si mesmas, mas que levam a um *plus* de risco, superior ao permitido, fazendo com que a ação resulte inadequada socialmente, sancionando-se a realização dessas condutas. Assim considerada a questão, parece lógico que o delito de perigo deva ceder ante o de lesão, que era o que se intentava evitar, aplicando-se somente quando a conduta não haja ultrapassado o estado de risco. Dessa forma o delito de perigo seria subsidiário do de lesão, que constituiria a lei principal”.²⁰

Ocorrendo a lesão corporal ou o homicídio, que poderão em diversas hipóteses ser considerados como cometidos em situação de dolo eventual, haverá a absorção desse delito de perigo pelo crime de dano concretamente verificado.

Ainda que o agente do delito reconheça o perigo de sua ação, ele não crê que possa causar nenhum dano concreto, pois confia em impedir a ocorrência de um resultado, por quaisquer motivos que sejam. “Se se aceitam estas afirmações, não

(19) Geraldo de Faria Lemos Pinheiro *et alii*. *Código de Trânsito Brasileiro sistematizado*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 170.

(20) Pilar Gomez Pavón. *El delito de conducción: bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1998. p. 194.

parece possível, na generalidade dos casos, falar de dolo eventual com respeito ao resultado".²¹

A inexistência de motivo e de vontade para o reconhecimento do dolo eventual nos crimes de trânsito justifica uma punição apenas a título de culpa. Jiménez de Asúa, em sua já citada obra, exemplifica com um delito automobilístico em que um homem dirige em grande velocidade seu carro e entra em ruas apinhadas de pessoas, vindo a atropelar alguém por confiar sinceramente que sua perícia vá impedir a ocorrência de um resultado lesivo. Quando um pedestre é atropelado e morre, o agente deve ser condenado por culpa com representação por que causou o fato sem ratificá-lo; ao contrário, com esperança de que sua perícia ou felicidade lograria impedir o resultado lesivo.²²

Assim, podemos perceber que andar em excesso de velocidade causando a morte de outrem não caracteriza a conduta de homicídio doloso, por não ser possível imputar, a título de dolo eventual, a responsabilidade do evento, finalisticamente considerado.

Não se deve, sob a influência da pressão da mídia, reconhecer qualquer alteração na estrutura do delito, para mandar alguém a júri. Por mais grave que tenha sido a conduta culposa, não pode ela ser transformada em dolosa, sob pena de criarmos um direito penal do terror que venha a satisfazer interesses punitivos extra-autos. Ademais, como a avaliação distintiva entre dolo eventual e culpa consciente é de difícil apreciação por jurados leigos e exige um deslinde puramente técnico, caberia ao juízo da pronúncia, nos exatos termos do art. 410 do CPP, sempre que houver casos semelhantes aos descritos, desclassificar o fato para o previsto no art. 121, § 3.º, do CP.

Ao emitir parecer sobre assunto semelhante, em caso muito rumoroso ocorrido em Brasília, o ex-Ministro do STJ, Francisco de Assis Toledo, afirmou sobre a matéria: "Por outro lado, transferir para o Júri a decisão sobre se a hipótese dos autos é de dolo eventual ou culpa consciente, em relação ao evento da morte, será (isto sim 'no mínimo') uma temeridade, ante as dificuldades óbvias de compreensão desses conceitos por parte de pessoas leigas. A matéria comporta-se, perfeitamente, no âmbito da sentença de impronúncia ou de desclassificação, nos expressos termos do art. 410 do CPP, *seja por inexistir dúvida razoável a respeito, seja por estar diretamente relacionada com a competência do juízo que deverá julgar o mérito da causa (...)*".²³

No mesmo periódico acima citado, o Desembargador paulista Adauto Suannes, com o brilho que lhe é peculiar, assevera: "Assim, sabermos se um motorista que resolveu participar de um 'racha' assumiu antecipadamente a responsabilidade pelo evento morte ou se, confiando em perícia, esperava sinceramente que isso

(21) Op. cit., p. 155-156.

(22) Op. cit., p. 367-368.

(23) Francisco de Assis Toledo. "A morte do índio Pataxó". *Seleções Jurídicas Coad/ADV*, out. 1997, p. 12-133.

não viesse a ocorrer, é algo que somente será possível se conseguirmos penetrar em seu cérebro e retornarmos ao momento de sua deliberação". E arremata: "Como quer que seja, o que não faz o menor sentido é que uma questão complexíssima, como é a caracterização do dolo eventual seja submetida à apreciação de juízes leigos".²⁴

A 1.^a Câmb. do TJSP, em acórdão da lavra do eminente Des. Fortes Barbosa, de 20.05.1996, em RSE 203.910-3/4, decidiu acolher o recurso da defesa nos seguintes termos:

"No caso, emerge dos autos, de tal forma, a culpa *stricto sensu* que a submissão do réu a Júri por razões meramente exemplificativas soa a 'linchamento moral' e execração pública, que são incompatíveis com os limites do 'devido processo legal'.

É lamentável o sofrimento das vítimas, as quais, por via do art. 5.º, X, da CF, poderão processar civilmente o réu para a reparação do dano moral e material, mas não se pode por isso forçar situações típicas que de fato inoocorreram."

Parece-nos, estreme de dúvidas, nessas hipóteses, que a melhor solução seria a aplicação do art. 410 do CPP, em que o juiz, discordando da capitulação dada na denúncia, remetaria o caso para o juízo competente para proferir decisão sobre a questão.

Note-se, por outro lado, que em caso de dúvida sobre a adoção de uma ou outra perspectiva, há de se adotar aquela mais favorável ao réu. O egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão da lavra do Des. Djalma Lofrano, assim decidiu sobre o assunto:

"... existe dolo eventual quando o autor não se tenha deixado dissuadir da execução do fato pela possibilidade próxima da ocorrência do resultado, e sua conduta justifique a assertiva de que ele, por causa do fim pretendido, se tenha conformado com o risco da realização do tipo, antes até concordado com a ocorrência do evento que renunciado à prática da ação" (*Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*); "... nos casos em que não se revele inequívoca a atitude psíquica do agente, ou se há irredutível dúvida, em face dos coligidos elementos de informação, sobre se houve, ou não, aceitação do risco (consentimento, aprovação, anuência, ratificação *ex ante* do resultado), a solução, de acordo com *in dubio pro reo*, deve ser no sentido de reconhecimento da culpa consciente, isto é, da hipótese mais favorável" (*RJTJSP* 89/385).

Em face da distinta tipologia criada pelo novo Código Brasileiro de Trânsito, caso houvesse o reconhecimento *evidente* do delito de "racha" dever-se-ia considerar a lei mais benéfica, no caso concreto. Esta deveria ser considerada dentro do pensamento do subsistema criado pela norma especial. Através dela, o delito de perigo ("racha") é absorvido pelo de dano (homicídio), o que de qualquer modo favoreceria o acusado, por ser a conduta menos grave que a prevista no art. 121, *caput*, do CP.

(24) Adauto Suannes, op. cit., p. 17-18.

4. A relação de dolo eventual e culpa consciente na morte do índio Pataxó

De extrema importância é analisar o dolo eventual e a culpa consciente no famoso caso do índio Pataxó, embora a conclusão final seja diversa.

O crime ocorreu em abril de 1997, enquanto o índio dormia em um ponto de ônibus, por volta das 5h30. Cinco jovens, entre eles um menor de idade, desceram de um veículo e jogaram líquido inflamável sobre seu corpo, ateando fogo logo em seguida. O crime foi tipificado pelo representante do Ministério Público como homicídio doloso contra a vida, duplamente qualificados pelos motivos fútil e cruel, estando incurso no art. 121, § 2.º, I e II. Ainda é indispensável frisar que a Lei 8.930/94 elevou esse tipo de crime à categoria de hediondo.

Apesar de todos os acusados alegarem que a intenção era de apenas fazer uma brincadeira, o menor confessou a compra de álcool em um posto de gasolina após terem avistado o índio dormindo no ponto de ônibus. Esta situação demonstra que houve um planejamento prévio do crime.

A situação em questão demonstra enfaticamente que os agentes assentiram no resultado morte, pois o fato de jogar líquido inflamável em uma pessoa e logo após atear fogo é anuir que um resultado mais grave que as simples lesões possa ocorrer. Independente de qualquer resultado os agentes agiram, demonstrando suas indiferenças com os resultados que pudessem advir dessa conduta.

Nesse sentido:

“Na hipótese de dolo eventual não é suficiente que o agente tenha se conduzido de maneira a assumir o risco de produzir o resultado: exige-se, mais, que ele tenha consentido no resultado” (TJSP, Recurso, rel. Hélio Arruda, RT 607/274).

A vontade da realização da conduta – atear fogo – está incluída naquilo que os agentes pretendiam alcançar, ou seja, nos seus objetivos. A vontade desses agentes estava dirigida para o resultado.

O que no mínimo pode-se perceber no caso em questão é que, ao praticar essa ação, esses adolescentes correram o risco de produzir tal resultado, que veio a se concretizar. É inadmissível que, ao jogar líquido inflamável e atear fogo em seguida em uma pessoa que estava dormindo, independentemente de ser um menino ou um índio, eles não previram o resultado morte.

É refutável aplicar a esse caso a culpa consciente, pois se assim fosse os agentes teriam apenas previsto o resultado morte, mas esperariam que este não viesse a ocorrer. Nesse sentir explica Cezar Roberto Bitencourt: “quando o agente, embora prevendo o resultado, espera sinceramente que este não se verifique, estar-se-á diante de culpa consciente, não de dolo eventual”.²⁵ O que se verifica, na realidade, é que os adolescentes que atearam fogo no índio Galdino Jesus dos Santos tinham plena consciência do ato que estavam praticando e das consequên-

⁽²⁵⁾ Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: RT, 1997. p. 250-251.

cias que esse ato podia gerar. Se realmente eles quisessem apenas “brincar” com a vida de outrem, ao prever o resultado morte, eles não teriam praticado aquela conduta. Nunca é demais voltar às lições de Claus Roxin, sempre esclarecedoras: “O dolo eventual se dá quando o sujeito considera possível e aprova a realização do tipo, o considera provável e o afronta com indiferença”.²⁶

Adotando essa linha de raciocínio já se pronunciou a colenda 3.^a Câ. do TACrimSP:

“A maneira de agir do acusado, exteriorizada em atos, é que projeta o elemento moral do fato típico, de sorte a dar-lhe ou não a indispensável dolosidade. Responde pelas conseqüências quem age tendo necessariamente presente ao espírito a probabilidade de um resultado lesivo e a aceitação dessa conseqüência” (TACrimSP, AC, rel. Ralpo Wald – *JUTACRIM* 81/258).

Diante do acima exposto, pode-se perceber que a conduta premeditada pelos agentes visava o resultado, pois nem o mais leigo dos homens é capaz de acreditar que ao atear-se fogo em uma pessoa quer-se apenas lesá-lo. É certo que ao cometer o ato lesivo contra a vida do índio, de uma forma tão cruel, eles assentiram nas conseqüências. E frente à decisão do STJ, os acusados de queimar e matar o índio Pataxó foram pronunciados e julgados pela Vara do Tribunal do Júri do Distrito Federal.

Depois de quatro dias e mais de 60 horas de julgamento, no dia 10.11.2001, os quatro rapazes que colocaram fogo no índio Pataxó Galdino Jesus dos Santos foram condenados a 14 anos de reclusão em regime fechado. A Juíza Sandra de Santis, ao ler a sentença, reconheceu a existência do homicídio doloso, triplamente qualificado. Cinco dos sete jurados convenceram-se de que os acusados assumiram o risco de matar quando jogaram álcool e atearam fogo na vítima enquanto esta dormia na parada de ônibus de uma das principais avenidas de Brasília.

A tese da defesa acabou derrotada. Os advogados dos réus contrapunham ao homicídio qualificado feito pela Promotoria um crime menos grave: o de lesão corporal seguida de morte, com pena prevista de 4 a 12 anos. Uma vez aceita pelos jurados a tese de homicídio, a condenação com as qualificadoras foi conseqüência lógica. Os sete membros do júri popular consideraram que os rapazes agiram com motivo torpe (diversão), com requintes de crueldade (uso do fogo) e sem chance de defesa para a vítima (que estava dormindo).

Para definir a sentença, a Juíza Sandra de Santis levou em conta várias circunstâncias: que os jovens tiveram tempo de voltar atrás, não prestaram socorro à vítima e deixaram órfã a filha de Galdino. Ela poderia aplicar pena de 12 a 30 anos de reclusão. Estabeleceu a condenação em 15 anos. Reduziu um ano por considerar que os rapazes eram menores de 21 anos quando atearam o fogo na vítima e confessaram o crime, além de não terem personalidade “deturpada”.

(26) Cf. nota 4, *infra*.

Bibliografia

- ABATE, Mario. *Il Codice Penale*. Piacenza: La Tribuna, 1990.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*. 30. ed. Milão: Giuffrè, 1994.
- BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal*. 3. ed. Madrid: Akal, 1994.
- BIASOTTI, Carlos. "Morte no trânsito: Homicídio doloso?". *Temas atuais de advocacia criminal*. São Paulo: Etna, 1996.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: RT, 1997.
- COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal objetivo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- FIANDACA, Giovani; MUSCO, Enzo. *Diritto penale: parte generale*. 3. ed. Bolonha: Zanichelli, 1995.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- GOMEZ PAVÓN, Pilar. *El delito de conducción: bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1998.
- GRECO, Rogério. *Direito penal*. Belo Horizonte: Cultura, 1998. vol. I.
- HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1953. vol. 1, t. 2.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Comares, 1993.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. *Principios de derecho penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 1997. vol. 1.
- NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 1.
- PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale*. 5. ed. Milão: Giuffrè, 1996.
- PINHEIRO, Geraldo de Faria Lemos et alii. *Código de Trânsito Brasileiro sistematizado*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Curso de derecho penal: parte general (acorde con el nuevo Código Penal de 1995)*. Barcelona: Cedecs, 1996.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997.
- TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Ed. de Direito, 1996.
- TOLEDO, Francisco de Assis. "A morte do índio Pataxó". *Seleções Jurídicas Coad/ADV*, out. 1997.
- WUNDERLICH, Alexandre. "Dolo eventual nos delitos de trânsito: uma tentativa frustrada". *RT* 576, out. 1998.