

DA (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE O DOLO EVENTUAL E A TENTATIVA

(IN)COMPATIBILITY BETWEEN THE EVENTUAL INTENT AND THE ATTEMPT

Salvador Scarpelli Neto

Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal. Bacharel em Direito pela PUC-Campinas. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3125834211572747>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5064-4806>

salvadorneto@scarpelli.adv.br

Resumo: O breve estudo tem como finalidade verificar a (in)compatibilidade do dolo eventual com a tentativa. Para tanto, analisa-se o posicionamento da doutrina pátria sobre a natureza daquela categoria subjetiva. A partir do entendimento majoritário, apresentam-se as razões pelas quais afirma-se a incongruência, qual seja: a significativa redução do elemento volitivo no dolo eventual e a inerente demanda deste elemento na figura da tentativa. Por fim, analisando o precedente do Superior Tribunal de Justiça, além de verificar qual a linha seguida, estrutura-se uma crítica quanto aos fundamentos utilizados. Faz-se isso para evidenciar que, ao conjugar o dolo eventual com a tentativa, viola-se os limites dogmáticos impostos pelo ordenamento jurídico e alarga-se inadequadamente o âmbito do poder punitivo.

Palavras-chave: Dogmática penal - Dolo eventual - Incompatibilidade - Tentativa.

Abstract: In this brief text, aims to verify the (in)compatibility of the *dolus eventualis* with the attempt. For this purpose, the position of the national doctrine on the nature of that subjective category is analyzed. From the majority understanding, the reasons why the incongruity is stated are presented, namely: the significant reduction of the volitional element in the eventual intent and the inherent demand of this element in the figure of the attempt. Finally, analyzing the precedent of the Superior Court of Justice, in addition to verifying which line was followed, a critique is structured as to the fundamentals used. This is done to show that, by combining that subjective category with the attempt, the dogmatic limits imposed by the legal system are violated and the scope of the punitive power is inadequately extended.

Keywords: Penal dogmatic - Eventual intent - Incompatibility - Attempt.

O posicionamento majoritário sobre o dolo eventual

Em razão da proposta e do pequeno espaço disponível, não se elencará pormenorizadamente como cada doutrinador(a) brasileiro(a) compreende o dolo eventual, nem tampouco se esmiuçar a historiografia jurídico penal sobre as teorias implementadas no país. O que se faz, desde logo, é apresentar como o posicionamento majoritário edifica esse elemento subjetivo do tipo.

A literatura científica, influenciada pelo desenho estruturado pelo sistema finalista, alinha-se à corrente volitiva, que compreende que o dolo é composto por dois elementos: um de natureza cognitiva e o outro, anímica. Assim, para expressar essa teoria, apesar das diferentes fórmulas linguísticas, conceitua-se o dolo como a "vontade consciente de realizar o tipo objetivo de um crime" (CIRINO DOS SANTOS, 2017, p. 132).

Por outro lado, merece rápida menção a tendência adotada por parte da doutrina moderna.¹ Ensina Juarez Tavares² que, em razão da impossibilidade de a vontade sempre ser identificada mediante um procedimento empírico, desenvolveu-se um debate dividido entre tomar o dolo no sentido psicológico-descritivo, de um lado, e, do outro, pelo viés normativo-atributivo. Com a adoção de um critério normativo para defini-lo, desaguou-se em uma corrente cujo principal fundamento é justamente o afastamento da vontade como requisito para a configuração da figura.

Apesar de serem instigantes os argumentos lançados para erigir essa linha de pensamento, é certo que no país o posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência, como dito, é justamente considerar o dolo enquanto categoria composta pela consciência e pela vontade.

Por conta disto, o presente texto se restringe, a partir dos elementos

da teoria volitiva, a verificação da (in)compatibilidade entre o dolo eventual e a tentativa.

Ora, até esse ponto, restou claro que o dolo é compreendido como o conhecimento e a vontade de realização dos elementos do tipo. Em função das diferentes maneiras de arranjo entre esses dois componentes, derivam-se, tradicionalmente, três espécies de dolo. Assim, afirma-se o dolo direto, o dolo direto de segundo grau, ou dolo de consequências necessárias, e, por fim, o dolo eventual.

É justamente nessa última modalidade de dolo que a problemática aparece. Isso porque o enfraquecimento dos elementos anímico e cognitivo fazem com que a fronteira de distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente fique nebulosa.

Para edificar os componentes do dolo eventual, de modo a diferenciá-lo da culpa consciente, foram elaboradas diversas teorias. Dentre as teorias volitivas, "a mais importante é a do consentimento, a única compatível com o Código Penal brasileiro, que a acolhe na modalidade da assunção do risco (art. 18, I, segunda parte)" (TAVARES, 2018, p. 285). Com isso, resta configurada essa modalidade de imputação subjetiva quando o resultado típico é incorporado na vontade do agente, de modo a assumir o risco de sua produção.

Por força dessa definição, conclui-se que o agente não quer diretamente o resultado, mas concorda com a sua ocorrência, haja vista atuar de tal modo que o incorpora como consequência provável ou possível de sua ação. Assim, diferentemente do que ocorre no dolo direto, o resultado não se afigura como certo na consciência do agente. O comportamento, portanto, não é propriamente dirigido ao resultado, mas à violação do dever de cuidado objetivamente imposto.

A (in)compatibilidade entre o dolo eventual e a tentativa

As categorias indicadas acima não são meras abstrações. Ao revés, incorporam-se em uma estrutura típica específica, já que tratam de descrever condutas caracterizadas pela presença do dolo enquanto elemento subjetivo do tipo.

Muito embora haja semelhança, o que se afirma, com isso, é que se está diante de maneiras diferentes de se imputar o produto da ação praticada.

Consequentemente, dadas suas diferenças estruturais, para cada uma das modalidades vistas, haverá uma maneira singular de se atribuir a realização dos elementos objetivos do tipo.

E não poderia ser diferente, pois é certo que para cada uma dessas espécies de dolo há dinâmicas fáticas correspondentes, que são próprias e diferentes entre si. Isso significa, portanto, que, por mais que se trate de uma tarefa valorativa, a adequação típica deve ser realizada em conformidade com as particularidades reais de cada um dos acontecimentos no mundo.

Ora, sendo certo que “o ser da conduta impõe limites para a construção abstrativa dos diferentes conceitos científicos que a partir dele serão elaborados” (ZAFFARONI *et al*, 2019, p. 101), tem-se como imperioso o respeito ao limite ôntico imposto pela especificidade da intensidade dos elementos do dolo eventual.

Com isso não se afirma que as consequências jurídicas são derivadas de meros fatos naturalísticos. A todo o contrário, reconhece-se que o conceito de ação é construído pelo Direito Penal, mas “o procedimento construtivo é a abstração a partir da realidade da conduta que, embora não imponha nenhum conceito, limita a construção do conceito (não se pode abstrair o que não existe)” (ZAFFARONI *et al*, 2019, p. 103).

Como consequência, não se pode edificar um arranjo típico sem correspondência com a realidade, sob pena de se construir algo inexistente.

Frente a isso, deve-se, agora, realizar a comparação da estrutura típica do dolo eventual com a figura prevista no inciso II, do artigo 14, do Código Penal, de modo a se verificar se, caso o resultado típico não ocorra, ainda assim será possível imputar os outros efeitos produzidos.

Da análise do conjunto de elementos típicos estabelecidos pelo referido artigo, observa-se a estrutura da tentativa: início de execução; não ocorrência do resultado; e circunstâncias alheias à vontade do agente impedindo a consumação.

Da leitura do artigo, conclui-se que o termo execução está vinculado à realização do tipo, sem, contudo, atingir o resultado. Isso porque, este não é alcançado por razões outras que escapam à vontade do agente.

Verifica-se, portanto, a composição de dois critérios: correspondência formal do tipo e plano do autor.

Assim, na medida em que “a estrutura subjetiva e objetiva do tipo de injusto está fundada nas dimensões psíquica e fática das ações humanas, que fundamentam todas as modernas teorias sobre o fato punível” (CIRINO DOS SANTOS, 2017, p. 374), então é certo que a tentativa é edificada pelos elementos subjetivo e objetivo. O primeiro diz respeito ao plano do autor sobre o fato, abrangido pelo conhecer do agente e o que deve ser alcançado pelo seu querer, ao passo em que o segundo versa sobre o início do comportamento que põe em marcha a execução do tipo de injusto.

Ademais, a expressão “circunstâncias alheias à vontade do agente” revela que só há de se falar em tentativa, sob o enfoque da tipicidade, se o agente queria o resultado, ou seja, tinha vontade direcionada para o resultado, o que somente ocorre com o dolo direto.

Tem-se, portanto, que, para a configuração da tentativa, não basta o querer o resultado, mas principalmente a necessidade de se iniciar um comportamento que represente um grau mínimo de perigo ao bem jurídico.

E a modalidade subjetiva do dolo eventual não fundamenta a atribuição na intenção de realizar o delito, mas na anuência ao seu resultado em razão de um comportamento violador da norma objetiva de cuidado.

Por conta disso, desagua-se na conclusão de que a ausência de vontade que dirigia a ação especificamente ao resultado típico implica também a inexistência de dominabilidade plena do fato, já que o curso causal, enquanto plano direcionado ao resultado, não está conscientemente orientado.

Caso contrário, o que se estaria admitindo é uma verdadeira punição, justificada apenas pela vontade contrária ao direito. Isso porque a violação ao dever de cautela já seria suficiente para legitimar a atribuição pela tentativa, restando irrelevante se tratar de um comportamento que, concretamente, representasse um grau mínimo de perigo ao bem jurídico.

Ademais, tal perigo já estaria normativamente demonstrado, já que se trata de uma ação descuidada.

Seguindo tal raciocínio, a tentativa seria intrínseca à conduta praticada, porque ela não é dirigida a um resultado específico, de modo a fazer imputável qualquer efeito ocorrido no mundo que derive da violação, já que todos eles estariam anuídos pelo agente que desobedece ao dever de cuidado.

Por outro lado, se o resultado típico não ocorre e não era querido, posto apenas se assumir a possibilidade de sua ocorrência, não é possível caracterizar a tipificação da tentativa, que exige o início da execução com plano de ação, e “circunstâncias alheias à vontade do agente” obstando a consumação desejada.

E justamente por isto é que se afirma a incompatibilidade entre a figura da tentativa com o dolo eventual, pois, uma vez que a ação

"[...] A AUSÊNCIA DE VONTADE QUE DIRIGIA A AÇÃO ESPECIFICAMENTE AO RESULTADO TÍPICO IMPLICA TAMBÉM A INEXISTÊNCIA DE DOMINABILIDADE PLENA DO FATO, JÁ QUE O CURSO CAUSAL, ENQUANTO PLANO DIRECIONADO AO RESULTADO, NÃO ESTÁ CONSCIENTEMENTE ORIENTADO."

praticada não é volitivamente dirigida ao resultado, não se constata circunstâncias que sejam alheias à vontade de atingi-lo.

Em outros termos, não se pode tentar aquilo que não se quer.

A posição firmada pelo Superior Tribunal de Justiça

Pontua-se, em primeiro, o jurisprudencialismo autoaplicável. Não se debate a questão dogmática posta à apreciação, considerando que a temática é aparentemente enfrentada, haja vista se tratar de mera reprodução de precedentes, em que apenas se menciona o assunto e já se cita julgados anteriores.³ Consequentemente, não há um debate aprofundado a respeito da compatibilidade ou não das categorias aqui postas.

Para além disso, verifica-se dos julgados analisados, que a Corte defende a compatibilidade entre o dolo eventual e a tentativa, porque adota uma posição fincada na equiparação entre dolo direto e dolo eventual, nos termos da expressão contida no inciso I do artigo 18 do Código Penal (BRASIL, 1940), no qual consta que há dolo quando o agente “quis o resultado” ou “assumiu o risco de produzi-lo”:

Nesse panorama, não há falar em incompatibilidade entre o dolo eventual e a figura da tentativa, visto que, quando o agente quis o resultado (dolo direto) ou assumiu o risco de produzi-lo (dolo eventual), há, indistintamente, a figura do dolo, e se em ambas as condutas poderá não se consumir por circunstâncias alheias à vontade do agente, não há que se cogitar de incompatibilidade entre o dolo eventual (espécie de dolo) e o instituto da tentativa. (BRASIL, 2021).

O que pode ser observado também na seguinte decisão:

Diante da diversidade de fundamentos pela admissão ou não do crime tentado praticado com dolo eventual, a questão já aportou a esta Corte, oportunidade na qual se adotou a corrente que considera possível a incidência da referida norma de extensão quando o agente, com a sua conduta, assume o risco de produzir o resultado lesivo, mormente pelo fato de que o próprio legislador ordinário o equiparou ao dolo direito (BRASIL, 2012).

Interessante perceber que esse entendimento se encontra enraizado na Corte Superior. Consta na ementa do Recurso em *Habeas-corpus* 6.797, que é “admissível a forma tentada do crime cometido com dolo eventual, já que plenamente equiparado ao dolo direito; inegável que arriscar-se conscientemente a produzir um evento equivale tanto quanto querê-lo.” (BRASIL, 1998, p. 122).

Tal posicionamento deve ser criticado, porque a questão não pode ser analisada exclusivamente sob o enfoque da equiparação do dolo eventual ao dolo direito, considerando-se apenas o aspecto volitivo da conduta.

Nesta hipótese, prevalecendo a premissa da equivalência, o que se tem é uma negação da estrutura da dinâmica fática descrita pelo próprio dolo eventual. Assume-se um compromisso espúrio, porquanto apenas normativo.

Igualmente, tal posicionamento desagua na infeliz subordinação do Poder Judiciário ao Poder Legislativo, o que acaba por esvaziar totalmente, enquanto ciência jurídica, a dogmática jurídico-penal, haja vista a completa inutilização de qualquer instrumental teórico na interpretação da lei penal. Trata-se apenas de uma cabal aceitação e adequação.

Não é porque ambos são dolo que, necessariamente, se identificam. Ao revés, como já indicado, cada uma dessas modalidades de imputação subjetiva descreve condutas distintas. É a partir desses diferentes núcleos, que a análise sobre a congruência deve ser feita, sob pena de se criar construções estéreis, que não condizem com a complexidade do ser.

A incompatibilidade entre a tentativa e o dolo eventual não é apenas estrutural e típica, mas principalmente ôntica.

Isso porque a intensidade dos elementos cognitivo e volitivo é distinta, indicando situações concretas diversas. Assim, deve ser levado em conta, que assumir o risco de produzir o resultado significa a completa ausência de vontade dirigida a sua realização.

É esta especificidade da estrutura típica do dolo eventual que deve ser lançada quando da análise de sua compatibilidade com a tentativa.

E, como visto, ela impossibilita qualquer imputação que cumule a tentativa quando o agente assumiu o risco de produzir o resultado.

Conclusão

Considerando o que foi verificado, ainda mais frente ao entendimento edificado pelo Superior Tribunal de Justiça, tem-se um inadequado alargamento do âmbito do poder punitivo.

Isso porque, sendo certo que a compatibilidade entre o dolo eventual e a tentativa permite que maiores condutas sejam subsumidas ao tipo doloso, e considerando que este elemento subjetivo do tipo justifica a maior reprovação da conduta praticada, então é inquestionável que mais poder punitivo se espalha pelo tecido social.

Assim, pune-se condutas com maior severidade, quando, em realidade, o fato se enquadra em outra moldura típica, que não aquela descrita pela combinação das tipicidades dos artigos 14, inciso II, e 18, inciso I, segunda parte, ambos do Código Penal (BRASIL, 1940).

Notas

¹ Por todos, para uma análise minuciosa das principais tendências ver: VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

² TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 254.

³ Como exemplo, dentre outros, cita-se: Resp 1.322.788 – SC (2012/0097135-0), rel.

Min. Sebastião Reis Júnior; Habeas Corpus 308.180 – SP (2014/0282037-1), rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; AgInt Resp 1.668.017 – RS (2017/0100035-8), rel. Min. Sebastião Reis Júnior; AgRg Resp 1.405.123 – SP (2021/0307916-9), rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura; Resp 1.668.615 – RS (2017/0103246-9), rel. Min. Feliz Fischer.

Referências

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 de dez. 1940.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Recurso em Habeas-corpus n. 6.797 – RJ (1997/0065157-6). Relator: Min. Edson Vidigal. *Diário de Justiça*: RDTJSRJ vol. 37, p. 122, 16 fev. 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Agravoregimental no Habeas-corpus n. 678.195 – SC* (2021/0208808-0). Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 20 set. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=11.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202102088080. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Habeas-corpus n. 147729 – SP* (2009/0182130-7). Relator: Min. Jorge Mussi, 20 jun. 2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=11.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200901821307>. Acesso em: 30 mar. 2022.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal – Parte geral*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*. v. 2. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

Recebido em: 23.10.2021 - Aprovado em: 08.03.2022 - Versão final: 11.04.2022