
A BANALIZAÇÃO DO DOLO EVENTUAL: reflexões a respeito do caso da “boate kiss”

THE TRIVIALIZATION OF EVENTUAL INTENTION: reflections about the case of “kiss nightclub”

CRISTIAN KIEFER DA SILVA ¹

MATHEUS VIEIRA ARAÚJO ²

RESUMO: Atualmente, vive-se cada vez mais a aplicação banalizada do instituto do dolo eventual no direito penal brasileiro. Vê-se, deste exposto, a utilização do dolo eventual em razão do resultado ou da ação, sem qualquer análise da esfera psíquica do apenado, demandada pela escola finalista que adotamos desde a Reforma Penal de 1984. Nesse sentido, o presente artigo se reputa a esclarecer tal absurdo sob a luz dos princípios penais-constitucionais da legalidade (mais especificamente, de seu sub-princípio da taxatividade) e do favor-rei, aplicados ao caso concreto recente da Boate Kiss, dentro de um estudo detalhado sobre o dolo eventual e seus limites para com a culpa consciente. Esse estudo reputar-se-á, também, em expor duas causas para o problema, quais sejam: o populismo penal e uma má interpretação da concepção funcionalista de dolo.

Palavras-chave: Dolo eventual. Boate Kiss. Direito Penal.

ABSTRACT: Currently, more and more lives up to trivialization application of the eventual intention of the institute in the Brazilian criminal law. It is seen, this above, the use of any fraud because of the result or action, without any analysis of the psychic sphere of the convict, demanded by the finalist school we adopted from the Penal Reform of 1984. In this sense, this article is deemed to clarify such nonsense in light of the penal and constitutional principles of legality (more specifically, its sub-principle of taxativity) and favor-king, applied to the recent case of Nightclub Kiss, in a detailed study of the potential fraud and its limits with conscious guilt. This study will be deems also in exposing two causes for the problem, namely: the penal populism and a misinterpretation of the intent of functionalist design.

Keywords: Eventual intention. Kiss nightclub. Criminal law.

1 Doutorando em Teoria do Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual pelo CEAJUFE/IEJA. Professor da Escola de Direito do Centro Universitário Newton. Professor da Escola de Direito do Centro Universitário UNA. Professor da Escola de Direito da Faculdade de Minas (FAMINAS-BH). Membro associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Membro da Associação Brasileira de Sociologia do Direito e Filosofia do Direito (ABRAFI). Integrante dos Grupos de Pesquisas: Direito, Constituição e Processo “Professor Doutor José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior” e Direito, Sociedade e Modernidade “Professora Doutora Rita de Cássia Fazzi” junto ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: cristiankiefer@gmail.com

2 Graduando em direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

1. INTRODUÇÃO

A presente produção científica tem como fim a análise de um problema crescente que vem a assolar o direito penal brasileiro: a questão da banalização do dolo eventual. É muito comum, sobretudo em crimes de trânsito, a imputação de crimes a título de dolo eventual tendo por base apenas o desvalor do resultado ou da ação. Para tudo, usa-se do dolo eventual em contraprestação a uma esquecida noção de culpa consciente.

Pretendemos demonstrar, em um breve estudo sobre o dolo e a culpa, que tremenda banalização do instituto lesiona princípios penais, constitucionais e processuais importantíssimos, que atuam como fulcro de um Estado procedimental (ou democrático de direito).

Também, serão apontados os motivos que acreditamos ser relevantes para a banalização do instituto. Dois deles se destacam. O primeiro é o populismo penal, onde se vê a banalização do instituto para arrefecer os ânimos da massa. O segundo é fruto de um debate entre o dolo finalista e funcionalista, que legou uma má interpretação do dolo normativo-atributivista dessa segunda escola.

Em ares de conclusão, será analisado o caso recente do incêndio da Boate Kiss, onde se atesta, com clareza solar, a banalização do instituto em razão de ditames sobretudo populistas, prejudiciais em um Estado que se diz democrático de direito.

2. O ARGUMENTO CONSTITUCIONAL: A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL.

O direito penal, como bem se conhece, é um ramo jurídico que se reputa a uma função, sobretudo, protetiva de diversos fatores da vida em sociedade. Por certo, a noção que vem em mente ao estudioso da área quando se fala no fato-crime ou em direito criminal é a de *proteger* alguma coisa. A título de exemplo, quando o legislador decidiu criminalizar a conduta definida como furto³ (de subtrair coisa alheia móvel para si ou para outrem), buscava regulamentar um fato e consagrar, em forma de norma, um valor ético-social (um bem jurídico), para protegê-lo com o direito. No caso em questão, o fim do legislador era proteger o patrimônio, que é um bem jurídico de grande valia nas sociedades capitalistas. Contudo, por mais que essa função de defesa dos bens jurídicos seja talvez a mais forte dentro do direito penal, ela não é a única. Nesse sentido, falamos em três funções:

a) função ético-social: é a função de proteção aos bens jurídicos (valores éticos-sociais) mais importantes de uma determinada cultura;

b) função de delimitação da resposta ao crime: em uma segunda linha, o direito penal visa proteger a resposta justa aos crimes, restringindo-a ao serviço público. Em outras palavras, quem entregará uma resposta ao sancionado pelo delito cometido não é a vítima (o particular), mas o Estado, que se utiliza da pena (a sanção característica do direito penal). Assim, vale lembrar que mesmo nos crimes de ação penal de exclusiva iniciativa privada, é o Estado quem detém o *ius puniendi* (direito de punir), por mais que o particular detenha o *ius accusationis* (direito de acusar) e o *persecutio criminis* (persecução penal). Essa função tem a sua razão de existir no fato de a ciência penal repudiar a vingança privada (o, coloquialmente, “fazer justiça com as próprias mãos”), atributo característico de sociedades rudimentares que resumem a solução de conflitos na autotutela⁴ (uso de violência física não autorizado em lei);

c) função de garantia do sancionado em face do Estado: ao mesmo tempo que o direito penal entrega ao Estado o direito de punir, o entrega de maneira limitada. Essa função é, portanto, limitadora. Não pode o serviço público punir fora do que a lei (abarcando, aqui, as regras e os princípios) determinar.

No que se volta a esta última função (limitadora), o direito penal faz uso de vários princípios de assento Constitucional, sendo que os mais importantes são os princípios da dignidade da pessoa humana; da legalidade (ou reserva legal em matéria penal); do Favor-rei; da ofensividade; da culpabilidade; e da necessidade. Para os fins perseguidos neste trabalho, importa analisar os princípios da legalidade e do favor-rei, o que será feito a seguir.

2.1 A banalização do dolo eventual e a conseqüente violação do princípio da legalidade

Quando se estuda o princípio da legalidade, é importante ficar atento para as várias acepções que a expressão pode adotar. Nessa senda, como bem nos diz Guilherme Nucci (2011), podemos falar que a palavra legalidade comporta uma significação política e duas significações jurídicas. Assim sendo, politicamente, a legalidade pode ser entendida como uma garantia constitucional que busca limitar o poder do Estado (que se subsume, no direito penal, na já vista função limitadora). Em sentido jurídico amplo, entende-se a legalidade como a expressão máxima da liberdade dos modernos, ou seja, é o não ser o obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Já no sentido jurídico estrito, tratamos da legalidade no âmbito penal, manifestada no seguinte enunciado posto no art. 5º, XXXIX, de nossa Constituição: “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 2012, p. 24).

Em qualquer de suas definições, seja na política ou nas jurídicas, a legalidade sempre invoca a ideia de lei como garantia e centro que organiza da sociedade. É garantia porque se um cidadão não é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, o princípio acaba por entregar grande estabilidade social e segurança jurídica. No que se volta ao crime, como a sua existência, bem

3 Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (BRASIL, 2012).

4 Autotutela, como nos mostra Rosemiro Pereira Leal (2008), não se confunde de forma alguma com a autodefesa, que é o uso de violência física autorizado em lei, cujo bom exemplo é a legítima defesa. O primeiro é característica de sociedades primitivas, enquanto o segundo é adotado na esmagadora maioria dos ordenamentos jurídicos modernos.

como a de sua sanção respectiva também estão atreladas única e exclusivamente à lei em sentido estrito⁵ (reitera-se, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal), o cidadão se sente seguro em praticar determinadas condutas, pois, pela legalidade, sabe o que é e o que não é crime, o que o permite coordenar o seu agir apenas e, ao menos, para a prática de condutas penalmente irrelevantes (por mais que às vezes possam ser ilícitas civilmente, administrativamente etc.).

No bojo do princípio da reserva legal em matéria penal (outro nome que se dá à legalidade em sentido jurídico estrito), se frutificam vários outros subprincípios que, confluídos com este, irão auxiliar na função limitadora do poder Estatal. No caso em estudo, o princípio da taxatividade clama por especial atenção, tendo em vista que a banalização na aplicação do instituto do dolo eventual ataca imediatamente este disposto, e, indiretamente, o princípio maior da legalidade.

Nesse sentido, foi dito que o princípio da legalidade atua, no âmbito penal, como expressão da função limitadora do poder estatal. Por óbvio, ao estipular que só existe crime e sanção penal caso a lei em sentido estrito os convalide, entrega-se ao cidadão a garantia de que o Estado atuará dentro das limitações da lei, o que lhe dá segurança jurídica e estabilidade social. Essa lei, contudo, nos dizeres do princípio da taxatividade, não pode ser vaga, indeterminada ou imprecisa, sob pena de se esvaziar de sentido dessa função de limitar a atuação estatal. A lei incriminadora deve ser fechada, clara e concisa, isto é, *taxativa*. Em outros termos, não se pode deixar ao hermeneuta a faculdade de se realizar a interpretação que mais lhe aprouver. Bons exemplos de violações ao princípio da taxatividade podem ser encontrados em várias partes de nosso próprio ordenamento, como bem nos afirma, de maneira exímia, Cezar Roberto Bitencourt:

Mais recentemente, a Lei n. 10.792/2003, ao criar o regime disciplinar diferenciado de cumprimento de pena, viola flagrantemente o princípio da legalidade penal, criando, disfarçadamente, uma sanção penal cruel e desumana sem tipo penal definido correspondente. [...] É intolerável que o legislador ordinário possa criar tipos tão vagos e imprecisos como “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal” ou “recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação” (art. 52 §§1º e 2º), sem declinar que “tipo de conduta” poderia criar o referido “alto risco” ou caracterizar “suspeitas fundadas”, como sugere o diploma legal. (BITENCOURT, 2008, p. 12-13).

Outro bom exemplo de violação do princípio da taxatividade diz respeito à aplicação banalizada do dolo eventual, entrelaçada com a tênue linha que o separa da culpa consciente. Essa banalização encontra razão de ser porque, atualmente, testemunha-se o aumento da aplicação do instituto puramente por causa do desvalor do resultado, sem qualquer análise dos elementos anímicos: representação e vontade, característicos da essência do dolo. Por óbvio, essa aplicação só é possível porque estamos experimentando a inobservância do preceito legal respectivo.

Vejamus que o código penal, em seu art. 18, I, enuncia o conceito de dolo da seguinte maneira: “Diz-se o crime: doloso, quando o agente *quis* o resultado ou *assumiu o risco* de produzi-lo;” (grifo nosso) (BRASIL, 2012, p. 344). Embora, como já foi visto anteriormente nesse artigo, o código equipara o dolo direto com dolo eventual, o conceito é completo o suficiente para abarcar todos os requisitos necessários, já consagrados doutrinariamente, para se falar em dolo: consciência e vontade. Mesmo no dolo eventual, essa noção é de absoluta importância, porque “assumir o risco de produzir” implica, em algum ponto, aceitá-lo; e aceitar, por sua vez, implica em “querer”. Assim, mesmo no dolo eventual, o elemento volitivo tem, obrigatoriamente, de existir, sob pena de ser reduzido para culpa.

Nesses termos, entendemos que o princípio da taxatividade está sendo violado, mas não em razão de uma previsão legal imprecisa, como comumente se associa este princípio, pois, como já foi esquadrihado, o disposto normativo do art. 18 é taxativo (claro e conciso) ao estabelecer que, no dolo, o agente tem de querer ou assumir o risco de produzir o resultado, forçando uma análise da esfera psicológica do apenado. A violação se dá em razão de uma aplicação imprecisa da lei (e não da lei em si): que é ilegal, por parte dos agentes do direito.

O que se tem aqui é um conflito já muito bem conhecido e relatado por Kelsen (2009), quando trata da discussão dos mundos do “ser” e do “dever-ser”. A norma do art. 18 (dever-ser) é clara ao estipular que o conceito de dolo está profundamente entrelaçado com elementos anímicos, a despeito do fato de ela não estar sendo observada na prática (o ser). Mas assumir essa incompatibilidade entre os planos kelsenianos não significa, de forma alguma, que tenhamos de renunciar as tentativas de compatibilizá-los, em prol de uma melhor convivência na sociedade.

3. CONCEITUANDO DOLO EVENTUAL

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2005, p. 11), em celebrada obra que trata sobre direito civil afirmam de maneira muito

5 Vale lembrar que Miguel Reale (2002) fala em três sentidos distintos para a palavra lei: amplíssimo, amplo e estrito. No sentido amplíssimo, lei equivale a qualquer norma, seja ela de direito ou não (um costume, por exemplo); no amplo, lei equivale a todo texto normativo geral e abstrato, produzido ou não pelo poder legislativo (como normas de organização interna dos tribunais, feitas por eles próprios); no estrito, lei é todo texto normativo geral e abstrato produzido pelo poder legislativo.

6 Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: [...]

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

coerente, que empreender em uma conceituação é tarefa das mais difíceis encontradas por quem pretende explicar alguma coisa. Essa dificuldade reside na questão de que, na tentativa de explicar um tema da maneira mais didática possível, muitas vezes simplifica-se um conceito que detém maior grau de complexidade.

Em nossa investida de conceituar dolo eventual, portanto, tentaremos não cair nesse erro de restrição de seu significado. Antes de qualquer coisa, contudo, é necessário, de forma a entender a totalidade do tema, que venhamos a definir o que é dolo para só depois, no tratamento de suas espécies, definir o que vem a ser o dolo eventual.

3.1. Conceito de dolo

Em definição já clássica, de ordem finalista, dolo é a intenção para se alcançar determinado fim. A noção de intenção, por sua vez, é bipartida, pois pressupõe dois elementos: consciência (elemento cognitivo)⁷ e vontade (elemento volitivo)⁸. Assim sendo, estamos intencionados (ou seja, estamos atuando dolosamente) à prática de determinada conduta, quando temos consciência e vontade para perseguir algo, que se traduzirá em forma de finalidade.

Desde já, importa ressaltar que a noção de dolo é *extrajurídica*. Isso significa que o dolo não encontra a sua raiz na ciência do direito, mas no próprio agir do homem, objeto de estudo da psicologia. Afirma-se isso, pois temos de quebrar certos paradigmas de pensamento que insistem em aplicar um juízo de valor negativo quando se fala em dolo, geralmente atrelado a uma aplicação do direito (sobretudo penal). Em verdade, atuamos dolosamente o tempo inteiro, considerando que a intenção constitui um processo psicológico natural de todo ser humano na busca de seus fins. O direito, portanto, se utiliza do dolo, enquanto processo psicológico cognitivo-volitivo com vistas a um fim, para a imputação de condutas a alguém.

Mas é óbvio que, dentro da seara do direito, o dolo muitas vezes virá acompanhado com alguma espécie de valoração negativa. Na norma penal incriminadora isso se faz por demais evidente, posto que se o agente realizar a conduta descrita no tipo penal dolosamente, poderá ser constituído dessa situação um fato crime, perturbação maior de nossa ordem jurídica. Certamente, em sentido *técnico-penal*, se conceitua o dolo, nos dizeres sempre bem acertados de Cezar Roberto Bitencourt, como a “*vontade consciente de ação dirigida imediatamente contra o mandamento normativo*” (BITENCOURT, 2008, p. 267).

De fato, aproveitando o que foi exposto, vale a menção de que o dolo e a culpa, hoje, encontram-se alocados, dentro do conceito analítico de crime⁹, na tipicidade e não mais na culpabilidade (desde os estudos de Welzel). No direito penal brasileiro, pressupõe-se que todas as condutas descritas nos tipos penais são dolosas, como regra geral, sendo que os delitos culposos devem estar previstos expressamente. Nessa senda, não havendo dolo ou culpa na consumação de um resultado que seria descrito como crime, fala-se em atipicidade dessa conduta. Supondo, por exemplo, que José atropela Maria com seu carro, sendo que este não agia com dolo, e tendo, ainda, tomado todos os cuidados objetivos necessários (excluindo a culpa), a conduta praticada por ele é atípica, não acarretando sequer alguma responsabilidade.

Por fim, de forma concluir essa delimitação conceitual, importa fazer alguns apontamentos. Foi dito anteriormente que o dolo tem dois elementos: um cognitivo (consciência, conhecimento, representação ou previsibilidade subjetiva) e um volitivo (vontade). Nesses termos, vale dizer que o elemento cognitivo é requisito do elemento volitivo, pois vontade sem consciência é uma noção simplesmente inconcebível, sendo necessário *conhecer o que se quer*. Já consciência sem vontade não passa de mera esquematização na esfera psicológica do sujeito, o que é completamente irrelevante em termos de direito penal. Aliás, a própria Teoria Geral do Direito concebe a expressão “elemento” justamente quando quer implicar a existência de algo (plano da existência), em contraprestação a expressão “requisito”, que invoca a ideia de algo que existe, mas que pode ser inválido (plano da validade).

Em segundo lugar, deixamos assente que o elemento cognitivo, isto é, o conhecimento, diz respeito apenas àquilo que está descrito no tipo penal proibitivo (isto é, do fato objetivamente considerado). Com isso, queremos dizer que a consciência tratada no dolo não se trata de *consciência da ilicitude*, que é disposto integrador do nicho da culpabilidade.

3.2. Espécies de dolo: dolo direto e dolo eventual

Quando se aborda o tratamento das espécies de algo, busca-se, em verdade, diferenciar uma espécie da outra, tendo por destaque justamente essa distinção. No que se volta ao instituto do dolo, falamos em duas espécies em sentido técnico-penal: dolo direto e dolo eventual, sendo que a diferença entre elas está no grau de vontade na consecução de determinado resultado (ou seja, no grau do “querer”). Em rápida abordagem, de forma a esquematizar alguns preceitos básicos, há dolo direto quando o agente tem plena consciência e vontade de produzir determinado resultado ilícito. Isso significa que o sujeito ativo *deseja* a consumação de seu fim pretendido. No dolo eventual, por sua vez, o agente não deseja/quer o resultado de maneira tão imediata como no dolo direto. O grau de vontade é menor. Aqui, ele prevê o

7 Cognição significa ato ou processo de “conhecer”. O elemento cognitivo, dentro do estudo do dolo, tem como sinônimo as quatro expressões: consciência, conhecimento, representação, ou previsibilidade subjetiva.

8 Volitivo se refere a tudo aquilo que nos remete à “vontade”.

9 Analiticamente falando, define-se crime enquanto “conduta típica, ilícita e culpável”. 1) conduta: ação ou omissão, voluntária, direcionada a um fim, de uma pessoa humana; 2) típica: descrita e enquadrada em um tipo penal de ordem proibitiva; 3) ilícita: contrária ao todo do ordenamento jurídico; e 4) culpável: quando o sujeito ativo, apesar de conseguir entender os caracteres proibidos de sua conduta e de se portar segundo este entendimento, escolhe agir de maneira contrária ao direito, acarretando-lhe censurabilidade. Em outras palavras, a culpabilidade é o juízo de reprovação social que recai sobre o agente do injusto.

resultado em sua mente como possível (ou até mesmo provável), mas ainda assim decide *agir na dúvida*, assumindo o risco de produzi-lo. No dolo eventual, o fim maior da conduta não é a produção do resultado criminoso, mas este pode vir a se realizar tendo em vista que o agente aceita a possibilidade de sua consumação, e aceitar é uma forma de querer (embora isso esteja longe de ser pacífico na doutrina). Utilizando-se da famosa fórmula de Frank, o dolo eventual pode ser exposto na seguinte máxima: “*haja o que houver, custe o que custar, em qualquer hipótese não deixarei de agir*”.

No direito penal brasileiro, o tratamento que se emprega entre o dolo direto e o eventual é exatamente o mesmo, podendo o magistrado, como única nota diferenciadora, fazer alterações da pena em sua dosimetria. Isso fica evidenciado quando o próprio código, em seu art. 18, I, enuncia o conceito de dolo da seguinte maneira: “Diz-se o crime: doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;”. Apesar disso, ressalta-se que a problemática da banalização do dolo eventual não reside na equiparação desse tratamento (assunto para discussão diversa), mas nos limites imprecisos deste instituto em relação à culpa consciente (que será estudada mais a frente).

3.2.1. O que é dolo direto?

O que diferencia uma espécie de dolo da outra é a gradação do elemento volitivo: no dolo direto, o grau de vontade na consecução do resultado tipicamente previsto é maior do que no dolo eventual, e, por isso mesmo, este é mais censurável do que aquele. Diz haver dolo direto quando o agente deseja a realização de determinado fim de maneira imediata. Ele tem plena vontade e consciência na consumação de um resultado, que, para os entendimentos de direito penal, costuma ser ao menos típico (e provavelmente ilícito¹⁰).

3.2.2. O que é dolo eventual?

Tendo por base a nomenclatura do instituto, podemos traçar o esboço do dolo eventual conceituando-o como o *dolo das possibilidades*. Dolo, como já trabalhado, é a vontade e a consciência (intenção) com vista a realização de um determinado fim concebido. A palavra “eventual”, por sua vez, é utilizada quando avocamos a ideia de “possível”, pois aquilo que eventualmente ocorre pode ser equiparado como aquilo que ocorre *possivelmente*.

Assim sendo, falamos em dolo eventual (em sentido técnico-penal) toda vez que um determinado agente decide por assumir o risco na produção de um *possível* resultado, que se encontra tipificado por nosso direito criminal. Quando Caio, por exemplo, na ânsia de chegar a sua casa, decide acelerar seu carro de maneira exagerada, sabendo que, com isso, pode causar um resultado lesivo, como uma batida entre veículos ou até mesmo a morte de alguém, age com dolo eventual. Nessa senda, no dolo eventual, o agente não sabe se se irá consumir o resultado ilícito, e sequer tem plenas confianças em suas habilidades para evitar a sua ocorrência (caso em que se trataria de culpa consciente, o que será abordado mais a frente). Age, portanto, se conformando para com aquele resultado lesivo, o que pode ser exposto na famosa fórmula de Frank, já trabalhada aqui em tópico *supra*, a qual reiteramos: “*haja o que houver, custe o que custar, em qualquer hipótese não deixarei de agir*”.

Pelo o que já foi exposto, percebe-se o porquê de ainda hoje se discutir se o dolo eventual é, de fato, uma espécie de dolo ou de culpa. No dolo eventual, o elemento do “querer o resultado” (volitivo) é altamente questionável. Nesse entendimento, alguns arguirão se tratar de dolo, já que assumir o risco de produzir um resultado lesivo equivale a aceitar que ele ocorra; e aceitar, em algum nível, se trata de uma forma de querer. Outros discordarão disso, também com fundadas razões, ao argumentarem que se se perguntasse a um agente que agiu com dolo eventual se este desejava a ocorrência do resultado, sem sombra de dúvidas, o agente responderia com a *indiferença* pela qual o instituto se caracteriza (e indiferença não pode ser equiparada com desejo).

Filiamo-nos ao entendimento de que o instituto se trata de dolo, como atualmente é concebido. Vejamos o motivo: o que caracteriza o dolo eventual é a realidade de que o agente decide *agir na dúvida*. Isto é, sabendo que o resultado lesivo pode vir a ocorrer, ao invés de renunciar à prática da ação, o sujeito ativo decide por testar a sua sorte. Concordamos que, em razão do resultado lesivo, não poderíamos falar na configuração do dolo, pois entendemos que o elemento volitivo em relação a este não existe em sua completude. Indiferença não se confunde de forma alguma com desejo (querer). Mas alocar o entendimento do dolo eventual ao resultado não nos parece a postura que deveria ser tomada. Nesse sentido, depreende-se que o elemento volitivo se completa não em razão do resultado, mas do próprio agir do agente. Em outras palavras, ele pode até não desejar que a consumação lesiva ocorra, contudo, ele *deseja* agir na dúvida, configurando, por completo, o instituto do dolo.

4. DOLO EVENTUAL OU CULPA CONSCIENTE? UM BREVE ESTUDO SOBRE A CULPA

Uma das consequências da vida em sociedade é o constante dever de cuidado que temos que ter mutuamente entre seus membros. Joaquim, por exemplo, tem a obrigação de apagar o seu cigarro em um posto de gasolina, prevenindo o perigo de que o contato do fogo com o combustível acarreta graves consequências no meio em que vive (como a destruição de propriedade ou até mesmo a morte de alguém). Nessa ordem, de maneira a viabilizar a paz e a estabilidade do corpo social, o direito penal buscará punir toda conduta que, embora dirigida a um fim lícito, resulta em um ilícito, desde que em decorrência da quebra desse dever de cuidado. No exemplo acima, se Joaquim, distraído, arremessa o cigarro pela janela de seu veículo, causando um incêndio, responderá penalmente pela quebra da cautela devida que deveria

¹⁰ É ilícito, pois toda conduta tipificada pressupõe-se como tal até que se prove o contrário (por meio de uma causa de justificação, como, por exemplo, a legítima defesa, o estado de necessidade etc.).

ter sido tomada (apagar o cigarro e depositá-lo em um local seguro).

Com o que foi exposto, podemos definir a culpa, nos termos da doutrina já consagrada, enquanto a inobservância do dever objetivo de cuidado expressada em um resultado não desejado pelo agente, embora objetivamente previsível. Destrinchando esse conceito, temos:

a) inobservância do dever objetivo de cuidado...: é a quebra da obrigação da cautela devida, consequência da vida em sociedade, já mencionada;

b) [...] expressada em um resultado não desejado pelo agente: é a nota característica da culpa, posto que, nessa premissa, existe uma contradição flagrante entre o que o agente quer (um resultado lícito), e o que ele acaba realizando (um ilícito). Havendo o elemento do desejo, constituir-se-á dolo e não culpa;

c) [...] embora objetivamente previsível: o resultado não desejado pelo agente, acarretado pela quebra do dever de cuidado, deve ser objetivamente previsível. Isso significa que qualquer pessoa considerada inteligente, no lugar do sujeito ativo, teria condições de vislumbrar o acontecimento ilícito e tomar as cautelas necessárias. Mas trata-se, frisamos de previsibilidade *objetiva* e não subjetiva. Nessa senda, na formação de um delito culposo não se analisa a previsibilidade do sujeito ativo da conduta, considerando-o em si mesmo (previsibilidade subjetiva), mas se, em seu lugar, um homem considerado inteligente (modelo de homem médio) teria condições de prever a possível configuração de um resultado ilícito (previsibilidade objetiva).

O conceito de crime culposo, por seu turno, não se distanciará muito do de culpa. Há crime culposo toda vez que o agente não quer e nem assume o risco de produzir um resultado penalmente relevante, sendo que, por causa da quebra do dever objetivo de cuidado previsível objetivamente (culpa), acaba por fazê-lo.

Vale delinear, que pelo fato de o crime culposo e o instituto da culpa compartilharem intensa relação, vemos que muito de seus elementos são os mesmos. Contudo, de forma a podermos falar da existência de um crime culposo, além de tudo que já foi dito (tratado nas alíneas a, b e c acima), é essencial, também, outras premissas, quais sejam:

d) exigência de tipificação: a norma penal incriminadora deve prever, expressamente, o crime na modalidade culposa. Não havendo tipificação, não há crime;

e) um resultado: nas palavras de César Roberto Bitencourt, “*o resultado integra o injusto culposo*” (BITENCOURT, 2008, p. 284). De fato, o crime culposo não existe sem que lhe sobrevenha algum resultado. Assim, mesmo que alguém não observe o dever de cuidado objetivo e se, dessa conduta, não resultar um fato descrito como crime, estaremos em face de um caso de atipicidade (e o crime não existirá);

f) nexa causal: é necessário que o resultado ilícito ocorra por causa da quebra do dever objetivo de cuidado (caso contrário, estaríamos atuando dentro do nicho da responsabilidade objetiva, repudiada pelo direito penal).

4.1. Espécies de culpa: culpa inconsciente e culpa consciente

Assim como o dolo tem as suas espécies: direto e eventual; a culpa também comportará duas: inconsciente e consciente. A diferença entre elas se encontra no maior ou no menor grau de previsibilidade subjetiva por parte do agente. Em rápidas palavras, incorre culpa inconsciente quando o sujeito não prevê um resultado ilícito que era *previsível*, e, em razão disso, acaba por consumá-lo; a culpa consciente, por seu lado, se caracteriza quando o sujeito prevê o resultado como possível, mas acredita, com toda a certeza, que este ilícito não irá se concretizar, sendo que este acaba se realizando.

Vale observar que a diferenciação tratada acima entre as espécies é subjetiva e não objetiva. Ou seja, para fins de diferenciar uma da outra, são analisados os predicados mentais próprios do sujeito que age, posto que a previsibilidade objetiva está sempre presente como elemento essencial da culpa, em qualquer caso. Reitera-se que se o resultado for objetivamente imprevisível, o que equivale dizer que uma pessoa considerada inteligente também não o vislumbraria, não há que se falar em crime culposo ou sequer em culpa. Contudo, a título de distinção da culpa inconsciente da culpa consciente, considera-se se o sujeito representou ou não desfecho em sua esfera psicológica. Na primeira, o desfecho é objetivamente previsível, mas o sujeito não o previu subjetivamente por qualquer razão; na segunda, o resultado *também* é objetivamente previsível, e, mais ainda, o sujeito o representou no seu consciente, contudo, não acreditou que se realizasse.

No que se volta ao direito penal brasileiro, não existe tratamento diverso entre as espécies (assim como entre dolo direto e eventual), até porque, na vida prática, diferenciar uma da outra é atividade extremamente complexa e difícil.

4.2. Dolo eventual ou culpa consciente? A violação do princípio do favor rei em razão da banalização do dolo eventual

Foi dito que o dolo eventual ocorre quando o agente assume o risco na produção de um resultado não querido, se conformando com este. A culpa consciente, por sua vez, nasce quando o agente, prevenindo um possível resultado futuro não desejado, age porque acredita absolutamente na sua não ocorrência. Desse exposto, é de se perceber que o dolo eventual e a culpa consciente são institutos que se assemelham sob a ótica de vários prismas: além de serem dotados de corpo semelhante, ambos prelecionam que o agente não deseja o resultado (mesmo no dolo eventual, já que indiferença não se confunde com desejo). Também é característica comum o fato de o agente prever o possível desfecho ilícito, agindo a despeito disso.

Por certo, entre o dolo eventual e a culpa consciente existe uma linha fugaz. Ambos coabitam na região limítrofe (fronteiriça) em relação ao outro, sendo que a distinção entre estes pode ser exposta da seguinte maneira: na culpa consciente, o sujeito não assume o risco na

11 Podemos expressar os dois institutos nos seguintes enunciados: 1. Dolo Eventual: “haja o que houver, custe o que custar, ainda assim agirei”; 2. Culpa Consciente: “se eu soubesse que ia resultar nisso, não teria agido”.

produção de um resultado ilícito, como no dolo eventual. Não há conformação com o resultado. Se se perguntar a alguém que agiu com culpa consciente se este agiria sabendo que o resultado iria se concretizar, sua resposta seria negativa. No do dolo eventual, responderia positivamente, pois, neste último, o valor de sua ação, por egoísmo, era maior que o valor do resultado lesivo. Em outras palavras, a culpa consciente é o agir por excesso de confiança; o dolo eventual é o agir por egoísmo¹¹. Enquanto no primeiro, para o agente, o valor de sua ação é *menor* que o valor do resultado (e, por isso, se ele soubesse de sua concretização, renunciaria a tal prática), no segundo, a ação tem valor *maior* que o resultado (e, nessa consideração, o agente não renunciaria à sua conduta, sabendo que o resultado ocorreria).

Se a delimitação teórica entre dolo eventual e culpa consciente já é feita com certa dificuldade, na prática se faz ainda mais complicada. Nessa senda, na concretude dos casos, existe um enorme labor em concluir se o agente assumiu o risco (dolo eventual) ou não (culpa consciente) na produção de um resultado. Embora estejamos longe de propor uma solução para esse problema, vemos uma luz nos dizeres de Heleno Cláudio Fragoso, que separa muito bem os institutos tendo por base o critério da dúvida. Em suma, o dolo eventual caracteriza-se pelo *agir na dúvida*. Isso significa que o agente não é dotado de plena confiança sobre a concretização do resultado ilícito, e, na dúvida, decide agir. Já na culpa consciente, a dúvida é um elemento inexistente, porque o sujeito acredita sinceramente que a consumação ilícita não se materializará. Por não haver dúvida, geralmente não se fala em hesitação na culpa consciente, contrariamente ao dolo eventual.

No que se volta ao problema em estudo da banalização do dolo eventual, a grande questão é que testemunhamos, progressivamente, abusos em sua aplicação, articulados com a imprecisão que o instituto tem na vida prática. Em outros termos, devido a grande dificuldade que existe, no caso concreto, de diferenciar dolo eventual e culpa consciente, imputam-se os crimes a título de dolo eventual, em flagrante violação ao princípio constitucional-processual-penal do Favor Rei.

A Constituição de 1988 da República Federativa do Brasil enuncia, em seu art. 5º LVII, “que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 2012, p. 24). Este é o chamado princípio da não-culpabilidade, corolário de um Estado Democrático de Direito. Desse princípio, infere-se outro, também de ordem constitucional, que diz que quando há dúvida na aplicação do direito deve-se sempre atuar em favor do sancionado: o princípio do Favor Rei. Este segundo, que guarda especial importância ao tema em estudo (como já visto), encontra a sua razão de ser na função limitadora do direito penal, vinculando-se, por isso, com o princípio da legalidade. Não se pode esperar, em um Estado Democrático de Direito, que, frente a uma dúvida, se utilize do direito penal de forma a prejudicar o sancionado, posto que isso é entregar poderes demais a máquina estatal, onde se frutificam os mais diversos abusos contra alguém que nem se sabe se é ou não culpado. Nesses termos, trivializar o dolo eventual, como vem constantemente ocorrendo por nossos judiciosos aplicadores do direito, configura crasso abuso do poder estatal, em violação aos princípios sobreditos e ao nosso próprio paradigma constitucional de Estado, com uma inacreditável e inquisitorial interpretação de “presunção de culpa” e não o contrário.

5. CAUSAS DA BANALIZAÇÃO DO DOLO EVENTUAL

Nesta produção, abordamos extensivamente que o instituto do dolo eventual vem sendo trivializado, o que constitui violações das mais diversas dentro da ciência do direito penal. Não foi exposto, contudo, o porquê disso estar acontecendo. Acreditamos em duas causas principais, a primeira delas condiz com o que se compactuou chamar de populismo penal; a segunda, com uma crise de transitoriedade do dolo na concepção finalista para a funcionalista.

5.1 O POPULISMO PENAL: MOVIMENTO LEI E ORDEM E TOLERÂNCIA ZERO

O termo populismo é expressão que faz parte da história. Em sua concepção clássica, feita por esta ciência que o estuda, significa dominação pelo carisma, em que um líder político instaura uma ligação emocional direta com a população, a despeito de um fundamento racional bem posicionado, e auferir disso um benefício próprio. Na política brasileira, exemplo clássico de populismo parecia pelo ex-presidente Jânio Quadros, que, de forma a se aproximar da população e conquistar votos, fazia questão de ser visto ingerindo pão com mortadela e andando pelas ruas com roupas amassadas (ou de baixa qualidade).

Hoje, essa noção de populismo se encontra decadente, seja pela enorme plasticidade do termo, que o tornou um tanto inútil (ele admite um sem número de usos), seja porque se utiliza dele para, nas palavras do magistério de André Moysés Gaio, “*estigmatizar políticos com fina sensibilidade para o social*” (GAIO, 2011, p. 2). Lembremos que é função essencial da classe política representar todos os cidadãos, fazendo medidas sociais que os beneficie. Como muitas pessoas insistem, equivocadamente, em taxar a pecha de populista para todo governo voltado para o social, a crise do termo se justifica.

Apesar disso tudo, dentro da seara do direito penal, a expressão “populismo penal” é caracterizada por ser uma construção própria e precisa. Podemos, portanto, emprega-la sem cair na crise sobredita.

Mas o que vem a ser populismo penal? Ora, assim como na concepção clássica do populismo, este também é uma aproximação emocional, fundada em poucos elementos racionais, entre a classe governamental e as massas, mas que se volta para a aplicação de um direito penal máximo e mais rigoroso. Esse disposto é muito utilizado pela classe política e jurídica brasileira, pois representa uma espécie de receita para a popularidade de instituições que, hoje, se encontram em profunda crise (poder legislativo), ou supervalorizadas (poder judiciário). Isso pode ser visto claramente quando, por exemplo, testemunhamos o legislativo fazendo leis penais cada vez mais rigorosas, tal como a lei de crimes hediondos; e o judiciário banalizando o instituto do dolo eventual, de forma a acalmar os nervos de uma população indignada.

Desse vínculo emocional que surge em relação às massas, vê-se uma valorização cada vez maior dos movimentos de Lei e Ordem (e

Tolerância Zero), que pregam por um direito penal duro e recrudescido¹². As massas veem os criminosos, nas sábias palavras de John Pratt, citado mais uma vez por Gaio, “*como favorecidos às expensas das vítimas de crimes e, em particular, daqueles que seguem as leis em geral. Isto alimenta as expressões de raiva, desencantamento e desilusão com o sistema criminal vigente*” (PRATT *apud* GAIO, 2011, p. 4). Dessa visão, em que o cidadão enxerga o criminoso “beneficiado” e a sociedade dos “de bem” “lesada” por um suposto direito penal fraco, moroso e complacente, se origina a ideia absolutamente equivocada que a solução para todos os problemas desse nicho é o aumento do direito penal (sobretudo das penas).

Nesse sentido, aproveitamos para citar, com a maestria que lhe é devida, Césare Beccaria, quando discorre que no problema da criminalidade a dureza da pena cede em relação a certeza e a celeridade de sua aplicação:

Um dos maiores travões aos delitos não é a crueldade das penas, mas a sua infalibilidade [...] A certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade. (BECCARIA, 2000, p.117, grifo nosso).

Quanto mais pronta for a pena e mais de perto seguir o delito, tanto mais justa e útil ela será [...]. Eu disse que a presteza da pena é útil; e é certo que, quanto menos tempo decorrer entre o delito e a pena, tanto mais os espíritos ficarão compenetrados da ideia de que não há crimes sem castigo; tanto mais se habituarão a considerar o crime como a causa da qual o castigo é o efeito necessário e inseparável. (BECCARIA, 2000, p. 62).

Visto que o aumento das penas não é a solução para o problema da criminalidade, sendo que a certeza e a presteza atuam com muito mais força nesse sentido, ainda enxergamos outro problema grave por sobre o movimento de Lei e Ordem (e, conseqüentemente, sobre o populismo penal). É a questão mitológica do direito, especialmente sob o aspecto penal, enquanto instrumento capaz de resolver todos os problemas da vida em sociedade. Ultimamente, tem-se visto cada vez mais leis, sobretudo penais, regulando todo mínimo aspecto da vida em sociedade, a ponto de se discutir a tomada do espaço da ética pelo direito¹³ (o que pode trazer conseqüências catastróficas). Tal tendência é perigosa, já que, além do problema ético supracitado, ela se mostra absolutamente ineficiente em razão de dados concretos de inúmeras pesquisas. Estas evidenciam que, mesmo após o aumento das penas, foi observado também o aumento (ou pelo menos a não diminuição) da criminalidade. Dentro desse contexto, o direito penal nunca resolveu nenhum problema, e a história faz questão de deixar isso bem claro, como nos afirma José Luiz Quadros de Magalhães de maneira muito acertada:

Mais controle, mais punição, mais direito penal. É claro que isto não resolverá o problema enquanto não respondermos outras perguntas que passam pela questão cultural, estrutural (socioeconômica) e simbólica de nossa sociedade. De repente o direito penal, o processo penal ganhou centralidade: todas as soluções passam por leis mais duras, mais penas, cadeia, punição. É a repetição com uma outra roupa do que já foi feito várias vezes e nunca funcionou. Estão nos fazendo de bobos, de novo: o direito penal não resolverá problema algum. (MAGALHÃES, 2012).

Finalizando, repisamos que a questão da banalização do dolo eventual faz-se um reflexo direto dessa postura populista penal, expressão de um direito penal rigoroso que se tenta aplicar em solo brasileiro. Essa foi a forma encontrada por muitos juristas que, sob a pressão da consciência moral-social em seus ombros, prestigiam a si próprios (e não ao povo!) em nome da aceitação do povo (que não sabe que está agindo contra ele próprio). Tãmanha vaidade relegou a aplicação de um direito penal irracional, cediço aos clamores populares e disposto a abandonar a sua própria base e corpo científico em nome da popularidade de seus aplicadores. O grande problema disso tudo é que desistir da práxis científica do direito penal equivale a abandoná-lo; e abandoná-lo significa voltar à barbárie.

12 Supostamente, esse direito penal seria capaz de “limpar as ruas”? Para todo delito, por menor que seja, haveria de ter uma dura repressão prisional. Desde Michel Foucault e a sua obra: *Vigiar e Punir*, parece-nos estranho que frente a crise do sistema prisional (enquanto sanção absolutamente ineficiente), movimentos como este ainda surtem. A dura repressão prisional, como já foi exaustivamente estudada por muitos juristas e filósofos da melhor extirpe, longe de ser a solução para um problema, é um problema em si mesmo, fruto de uma sociedade dominada pelo aspecto econômico capitalista e, conseqüentemente, pelo poder normalizador. Em verdade, hoje se discute muito a aplicação de um direito penal apenas contra os pobres e “anormais” (que se recusaram a se identificar com o poder vigente): o que é mais uma expressão do vil fenômeno do “nós x eles” em nossa sociedade.

13 Sem pretendermos analisar isso profundamente, na atualidade constata-se que as pessoas só agem bem porque têm medo da sanção jurídica (imperativo hipotético). O direito representa o “faço porque tenho medo das conseqüências”. A ética pressupõe o fazer o bem pelo bem em si mesmo (imperativo categórico). Ela é o “faço porque é bom fazer isso”. Como o direito está invadindo todas as esferas da vida em sociedade, absorvendo a ética, pergunta-se muito sobre o que acontecerá no dia em que ele se fazer insuficiente. Ou seja, o que acontecerá quando o Estado, com o direito e o seu sem-número de leis, não mais conseguir manter a ordem? Se a ética foi completamente absorvida pelo direito, não restará nenhuma norma de comportamento senão o caos.

5.2. Dolo finalista ontológico versus dolo funcionalista normativo

O segundo motivo que acreditamos dar causa à banalização do dolo eventual traduz-se em um problema interpretativo do instituto segundo os dizeres finalista-ontológico e funcionalista-normativo. Em resumo, acreditamos que devido a essas duas concepções díspares de dolo, o aplicador do direito vê-se perdido em definir qual seria melhor empregar, em meio a um intenso debate entre ambas as concepções. Essa distinção será mais bem trabalhada nas próximas linhas.

Quando tratamos de conceituar o dolo, frisamos a sua *extrajuridicidade*, implicando que o mesmo encontra-se, em verdade, alocado fora do direito. Pelo dolo ser intenção, conceito subjetivo por excelência, integraria a ciência da Psicologia, sendo que o Direito faz uso desta e o amolda para melhor se aplicar na sociedade. Essa é a concepção clássica de dolo, de orientação finalista welzeliana. Nela, a intenção é algo “real”, que está dentro da cabeça do agente, e, por isso, convencionou-se a nomenclatura de dolo ontológico. Isto é, é um dolo que existe por si só, que é fatural e inerente ao ser. Ao jurista cabe apenas *identificar* o dolo que já existiu no decurso do procedimento legal.

Por outro lado, teremos não um dolo ontológico, mas um dolo normativo, obrado principalmente pela escola funcionalista penal.

Quem primeiro trabalhou com o que hoje chamamos de “normativismo” foi Kelsen (2009). Para esse importantíssimo teórico das ciências jurídicas, como muito se sabe, o direito não se confunde com qualquer outra ciência (seja ela social ou natural), tendo até mesmo um mundo próprio: o dever ser. Nesse sentido, qualquer entendimento normativista preza sempre pela independência do direito, que deve ser afastado de qualquer outro saber, seja ele de ordem natural, política, sociológica, *psicológica* (para o nosso especial interesse) etc. O dolo normativista, portanto, é um dolo que afasta a ontologia (a natureza psicológica) e interpreta o instituto de maneira exclusivamente jurídica (para fins de direito). Mas, na prática, como se traduz essa assertiva? O que significa essa exclusividade jurídico-normativa do dolo? Significa, basicamente, que o dolo normativista entende o instituto por um viés *atributivista*. Isso será mais bem tratado a seguir.

No entendimento ontológico, frisou-se que o dolo é um fato real na cabeça do agente. Ao jurista restaria apenas a tarefa de identificá-lo no bojo do procedimento legal. Entretanto, como essa identificação seria feita? Ou melhor, seria essa identificação sequer *possível*? Como que a *intenção* pode ser identificada? O dolo, por exemplo, não é como uma árvore, cuja existência pode se atestar segundo os sentidos do homem comum. Também já foi demonstrado que exames elaborados pelas outras ciências são falhos, não se sustentando como boas provas para dar qualquer sustento para essa suposta “identificação”.

O acesso à esfera psicológica-intencional faz-se, portanto, simplesmente impossível: não podemos identificar o dolo considerado em si mesmo, como se uma fosse uma coisa (uma árvore); contudo, podemos *interpretar o dolo a partir de dados objetivos*, e, assim, atestar a sua existência. Mas, o que isso significa? Winfried Hassemer, citado brilhantemente pelo promotor Paulo César Busato, nos esclarece de maneira solar:

Se pergunta como pode o juiz constatar a intenção de defraudar, falsificando um documento. E agora se pergunta como pode o juiz constatar tal intenção em um processo, como pode produzir um dado intenção de defraudar. O juiz pode observar os livros de comércio, os informes fiscais, os dados de um computador (ou fazê-los serem observados, caso necessário, por peritos ou se certificar das observações feitas por testemunhas). Ninguém pode, porém, observar uma intenção de defraudar, que somente se pode imputar. (HASSEMER apud BUSATO, 2008, p. 86, grifo nosso).

Em outras palavras, o que Hassemer explicita muito bem é que não temos acesso ao dolo enquanto uma coisa, mas aquilo que dele interpretamos, a partir de dados naturalísticos objetivos que o homem comum tem acesso. Pela concepção normativista, que foi essa exposta, o dolo não é um dado psicológico, mas resultado de uma *atribuição* e fruto da valoração interpretativa de dados objetivos dos quais o juiz tem acesso. Em palavras mais simples, por esse conhecimento, “intenção” e “dolo” não são sinônimos (como no dolo ontológico). Intenção é a esfera subjetiva do agente, que é inacessível. Dolo é a *interpretação dessa intenção* a partir de dados objetivos valorados. Esse é o significado da exclusividade jurídico-normativa do dolo, que se emancipa da psicologia, que foi dito acima.

Em resumo, no dolo ontológico (finalista), o instituto tem natureza psicológica. Ele é um dado real, considerado em si mesmo, sendo que a tarefa do jurista seria simplesmente a de identificá-lo no decurso do procedimento. O dolo normativo (funcionalista), por sua vez, diz que o dolo é aquilo que interpretamos da intenção subjetiva a partir de dados objetivos. Nas palavras de Busato, “(o dolo) *não é algo que existe, que seja constatável, mas sim o resultado de uma avaliação a respeito dos fatos que faz com que se impute responsabilidade penal*” (BUSATO, 2008, p. 86, grifo nosso). O dolo, nesse sentido, é uma atribuição. Ou seja, é algo que se *imputa* (se atribui), não que se constate.

Nenhum dos lados é imune a críticas. Enquanto afirma-se que o objeto de prova do dolo ontológico é simplesmente impossível, já que os dados psicológicos intencionais são inacessíveis; no dolo normativo alega-se uma crise de legitimidade, pois basear a aplicação do direito exclusivamente em dados objetivos, em completa exclusão do subjetivo do agente, pode não condizer com o que o sancionado realmente quis, o que pode gerar decisões arbitrárias. Faltam-se, portanto, critérios. A partir de quais premissas concretas o magistrado poderia afirmar que alguém agiu dolosamente?

De qualquer forma, não pretendemos, no presente artigo, debater qual concepção de dolo é a melhor ou pior como um todo. Na verdade, vemos nessa discussão um motivo para se banalizar o dolo eventual, já que a linha funcionalista-normativa-atributivista permite, justamente, a imputação tendo por base fatores objetivos valorados (embora crermos estar ela sendo mal interpretada). Dentro do finalismo-ontológico-psicológico, se faria importante avaliar se o agente agiu com culpa consciente (por excesso de confiança, sem se conformar com o resultado) ou com dolo eventual (por egoísmo, assumindo o risco de produzir o resultado). Se houvesse dúvida, tendo por base o princípio do Favor-Rei, responderia na modalidade culposa. De maneira oposta, dentro do raciocínio normativista de dolo, seriam analisados apenas fatores objetivos, considerados de pleno acesso do juiz. Supondo, por exemplo, que o acidente sobredito tenha sido em razão da pressa de José para chegar ao seu trabalho, o magistrado assumiria

disso que ele agiu com dolo, porque o dado objetivo da pressa é um motivo para determinado agir. Na concepção normativista, alega-se ser impossível verificar a esfera das intenções, então pouco importa se o agente assumiu (dolo eventual) ou não (culpa consciente) o risco de produzir o resultado.

Não nos insurgimos, aqui, como já foi exposto anteriormente, contra essa concepção normativista objetificada de dolo. Esta é uma proposta racionalmente fundada do problema da diferenciação entre dolo e culpa no caso concreto, que assim tem seu mérito. Contudo, acreditamos que ela vem sendo mal interpretada. O que estamos vendo em nosso dia-a-dia, cada vez mais, é a aplicação do dolo eventual em razão do dado objetivo do desvalor do resultado ou da ação, e isso não é defendido pelo entendimento funcionalista. É muito comum, especialmente em crimes de trânsito, que se aplique dolo eventual tendo por base a seguinte fórmula “dirigiu bêbado + acidente grave = dolo eventual”. Se, por exemplo, Joaquim atropela Maria, retirando-lhe a vida, responderia por dolo eventual porque *causou uma morte*, e não porque a materialidade do crime assim indicou, ou porque o agente detinha vontade consciente.

Dissemos acima que o funcionalismo está sendo mal interpretado. O está porque, apesar de o resultado ser um dado objetivo, o funcionalismo normativista não defende de forma alguma a aplicação trivial do dolo, pois certo é que este não é o único dado objetivo que se pode valorar em tal construção. Para essa escola, é necessário que *todos* os dados objetivos (e não só o resultado ou a ação considerados individualmente!) demonstrem claramente a existência do dolo, a despeito do quão horrível possa ser um deles. Não havendo tal demonstração, não há que se falar em imputação dolosa. O grande problema é que, talvez, devido aos enrijecidos debates que se instauram entre ambas as correntes: finalista e funcionalista, muitos se encontram perdidos em um clima de transitoriedade.

Por fim, pretende-se frisar, tendo em vista a Reforma Penal de 1984, que, pelo menos por enquanto, é melhor adotar o dolo ontológico e não o funcionalista. Como foi dito acima, o direito penal brasileiro foi amplamente reformado na década de 80, de forma a se atualizar segundo as concepções finalistas de Welzel, sendo mais interessante se orientar por isso, pelo menos por enquanto.

6. ESTUDO DE UM CASO CONCRETO: BOATE KISS

De forma a finalizar essa produção científica, faremos um breve estudo de caso tendo por luz o recente e infeliz acidente da Boate Kiss, onde pode ser visto com clareza a banalização do dolo eventual.

O caso pode assim ser descrito: no dia 27 de janeiro de 2013, por volta das 3 horas, um incêndio ocorreu na cidade de Santa Maria, no Rio Grande do Sul, nas dependências do clube noturno da Boate Kiss. Essa caótica calamidade acabou por resultar na morte de 242 pessoas (segundo os dados mais recentes), em um caso minado de irregularidades das mais diversas. Segundo os peritos que trabalharam no caso-exemplo, o incêndio foi causado pelo uso do fogo de artifício “Chuva de Prata 6” (vulgarmente conhecido como Sputnik), que deveria ser destinado apenas para uso em ambientes externos, pela banda “Gurizada Fandanguera”. Durante o show, os fogos entraram em contato com uma esponja inflamável (feita de poliuretano) que revestia parcialmente a estrutura da boate. Ao serem queimadas, estas esponjas liberaram moléculas de monóxido de carbono (CO), que caíram na corrente sanguínea das vítimas e tomaram o espaço dos glóbulos vermelhos. O grande problema é que os glóbulos vermelhos de nosso sangue tem a função importantíssima de transportar oxigênio para o corpo, e, uma vez impedidos por este gás, a morte das vítimas foi inevitável.

Além dessa problemática exposta, a ambientação da boate também foi grande fator das mortes, pois se tratava de um local fechado, o que facilitava a ação mortal do monóxido de carbono. Outrossim, havia uma única saída, cerceada por diversos empecilhos, em um ambiente claramente deficiente em iluminação de emergência e falta de indicações devidas.

No que se volta aos indiciados, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ofereceu denúncia, das quais vale destacar aqui, contra Elissandro Callegaro Spohr e Mauro Londero Hoffman, que são os sócios donos da boate; e Marcelo de Jesus dos Santos e Luciano Augusto Bonilha Leão, vocalista e produtor da banda Gurizada Fandanguera, respectivamente. A todos eles foram imputados homicídios dolosos, sob o argumento do dolo eventual, onde atestamos o problema tratado nessa produção.

6.1. Boate kiss e a banalização do dolo eventual

Na denúncia oferecida pelo Ministério Público, Elissandro, Mauro, Marcelo e Luciano foram imputados por homicídio doloso, sob o argumento de que agiram com dolo eventual. Porém, quando nos deparamos com a justificativa para essa atribuição, apercebemos vários contorcionismos conceituais utilizados pela promotoria, em uma espécie de sobre-esforço para se enquadrar os homicídios a título de dolo em resposta aos clamores populares.

Em primeiro lugar, de forma a iniciar a nossa abordagem, atemo-nos ao motivo da imputação dolosa nos termos da própria denúncia, a qual remetemos nossa crítica:

Os denunciados ELISSANDRO, MAURO, MARCELO E LUCIANO AUGUSTO assumiram o risco de produzir mortes das pessoas que estavam na boate revelando total indiferença e desprezo pela segurança e pela vida das vítimas, pois, mesmo prevendo a possibilidade de matar pessoas em razão da falta de segurança, não tinham qualquer controle sobre o risco criado pelas diversas condições letais da cadeia causal [...] (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2012, grifo nosso).

Ora, vimos anteriormente que há dolo eventual, dentro da concepção clássica (finalista), quando o agente prevê um possível resultado e tem vontade de agir na dúvida de sua ocorrência, por mero egoísmo. O dolo eventual é, pois, a conformação com um possível resultado, sendo que o agente não tem sequer plenas confianças de que a eventualidade não irá ocorrer. Do contrário, quando se constata a presença de tal confiança: isto é, quando o agente acredita, sinceramente, que o evento futuro indesejado não ocorrerá, falamos em culpa consciente.

Se soubesse que o resultado ocorreria, não teria agido, e, por isso, não se fala em conformação com o resultado.

Vale enaltecer que em qualquer uma dessas hipóteses: dolo eventual ou culpa consciente, há a previsibilidade de um possível resultado indesejável *sem* que o agente tenha qualquer controle sobre o risco criado. Não é o “controle do risco” que irá determinar se uma conduta é dolosa ou culposa. No dolo eventual, o agente, por ser indiferente ao resultado, tem a plena consciência de que não detém um mínimo domínio sobre o risco. Na culpa consciente, embora o sujeito acredite que tenha, este de fato não o tem, o que pode ser comprovado quando o resultado indesejado sobrevém.

Adiante, a explicação dada em nota de rodapé sobre a matéria sobredita (isto é, do porquê dolo eventual e não culpa consciente) também contém vários pontos dos quais não concordamos. Para avançar nesse estudo, transcrevemo-la na íntegra, tal como consta na denúncia, aproveitando para frisar aquelas partes em que encontramos problemas:

Segundo o Supremo Tribunal Federal, “faz-se imprescindível que o dolo eventual se extraia das circunstâncias do evento, e não da mente do autor, eis que não se exige uma declaração expressa do agente” (HC 97.252). Merecem destaque, em relação às circunstâncias do caso concreto, as condições extremas de insegurança da Boate Kiss, associadas ao emprego de fogo de artifício destinado a uso externo, o que torna o risco de uma tragédia algo mais do que previsível. Assim, a acusação por homicídios dolosos, consumados e tentados, centra-se num dos elementos estruturais do dolo, qual seja, a previsão do resultado. Ante as condições da boate e o uso de fogos de artifício, os denunciados tinham conhecimento da possibilidade de matar pessoas. Assim, fica afastada, de plano, a figura da culpa comum, que pressupõe a ausência de previsão do que é previsível. Com efeito, a culpa comum fundamenta-se na previsibilidade. Havendo previsão efetiva, adentra-se no terreno da culpa consciente e do dolo eventual. Uma vez que houve previsão das mortes, cumpre também afastar a hipótese de culpa consciente, porque esta pressupõe a adoção de cautelas que permitam confiar, ainda que levemente, no controle do risco criado, como é o caso do atirador da elite que, mesmo conhecendo o risco de seu comportamento, acredita estar no controle da situação, com base em sua expertise no emprego da arma. “A imprudência consciente se caracteriza, no nível intelectual, pela leviandade em relação a possível produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, por confiar na ausência ou na evitação desse resultado, por força da habilidade, atenção, cuidado, etc. na realização concreta da ação” (Juarez Cirino dos Santos, *A Moderna Teoria do Fato Punível*, Editora Fórum, 2004, p. 71). Ocorre que as péssimas condições de segurança da boate não permitiam aos agentes confiar em outra coisa senão na sorte, pois os protagonistas não tinham nenhum controle concreto sobre o risco que criaram. Como diz Claus Roxin, “é preciso distinguir confiança de mera esperança” (Derecho Penal, parte general, t. 1, Editorial Civitas, p. 427). Anote-se, ainda, que o Direito Penal adota o princípio da excepcionalidade do crime culposo, na forma do parágrafo único do art. 18 do Código Penal, devendo-se partir do dolo como premissa. Assim, numa criteriosa análise técnica, conclui-se pelo dolo eventual, haja vista que, se não tinham controle do risco criado e nada em que confiar, os agentes agiram com indiferença, aceitando e, portanto, assumindo o risco de matar. Conforme orientação do grande inspirador do Código Penal brasileiro, Hans Welzel, “a vontade de realização (dolo) também pode referir-se a resultados que o autor não aprova internamente, senão ao contrário, desaprova e deplora” (Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, p. 83), ou seja, não se vai dizer que os autores quisessem destruir o próprio patrimônio e ceifar vidas, mas agiram de modo finalisticamente orientado a tanto, o que se mostra suficiente para embasar acusação por crime doloso. A Constituição Federal, ademais, garante a competência do Tribunal do Júri para crimes dolosos contra a vida, não cabendo aos técnicos afastar de plano a hipótese de homicídio doloso, usurpando indevidamente a soberania dos veredictos. Ou seja, a convicção do Ministério Público é de que a sociedade de Santa Maria, por seus representantes no Tribunal do Júri, recebeu da Carta Magna a missão de julgar o caso que ficou mundialmente conhecido como A Tragédia de Santa Maria. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL, 2012, grifo nosso).

O nosso estudo crítico agora, para motivos de organização, será separado em alíneas, e frisaré todas aquelas partes que não concordamos:

a) 1º Argumento: “Uma vez que houve previsão das mortes, cumpre também afastar a hipótese de culpa consciente, porque esta pressupõe a adoção de cautelas que permitam confiar, ainda que levemente, no controle do risco criado, como é o caso do atirador da elite que, mesmo conhecendo o risco de seu comportamento, acredita estar no controle da situação, com base em sua expertise no emprego da arma”: discordamos parcialmente desse argumento. Em primeiro lugar porque sua dicção afirma que a culpa consciente é afastada “porque esta pressupõe a adoção de cautelas que permitam confiar, ainda que levemente, no controle do risco criado”. Como vimos em linhas passadas, na culpa consciente o sujeito age por excesso de confiança, e, justamente por confiar absolutamente na não ocorrência do resultado, geralmente ele *não se acautela como deveria*. Aqui, como ele age sem hesitar, (já que o agente acredita sinceramente na não ocorrência do resultado), dificilmente se fala em tomar todos os devidos cuidados. Na verdade, a culpa consciente se opera de maneira oposta da que foi dita, sendo caracterizada muito mais pelo descuido do que pela cautela. Ou seja, o excesso de confiança é uma inclinação para que se aja descuidadamente e não o contrário. Esse é o caso, por exemplo, do motorista que acelera seu carro de maneira exacerbada acreditando sinceramente de que isso não resultará em dano. Se ele, por exemplo, não colocar o cinto de segurança, não se poderá argumentar que ele agiu com dolo eventual porque “ele não tomou a cautela devida (colocar o cinto de segurança) que permitiria que ele

confiasse na não ocorrência de um resultado (anulando equivocadamente a culpa consciente)”.

Mas, claro, assumimos alguma validade dessa maneira de pensar sob a luz do exemplo dado, embora atestamos que o modo utilizado para explanar isso não foi dos melhores. Isso porque certo é que a culpa consciente sempre pressupõe um *requisito* que informe o excesso de confiança. Ou seja, este é o caso em que Mário acelera exageradamente seu carro *porque acredita que é um ótimo motorista*. Mário só tem o excesso de confiança por causa dessa crença. Mas o fato de Mário ter a crença de ser um ótimo motorista não é, ao nosso ver, uma “adoção de cautela”. É simplesmente um estado psíquico, um requisito, que permite justificar o excesso de confiança característico do instituto da culpa consciente. Ele não *adotou* o excesso de confiança, sendo que simplesmente o possuía.

Ademais, acreditamos que o exemplo dado não é dos mais felizes na justificação do caso da Boate Kiss. Nos dias atuais, há de se reconhecer que o uso de artifícios fogosos e de pirotécnica é cada vez mais recorrente em shows, seja em áreas abertas, seja em espaços fechados. Essa cultura está cada vez mais integrada nas neste tipo de ambientação. Nesse sentido, assim como, para usar do exemplo dado, o atirador de elite confia em sua “*expertise no emprego de armas*”, os membros da banda Gurizada Fandangueira e os sócios da boate, podem arguir, também confiavam em sua própria experiência prática, como também da situação do próprio contexto de época do qual habitamos.

Não estamos a afirmar aqui, de forma alguma, se eles estavam ou não atuando com excesso de confiança. Estamos apenas afirmando que tal é uma possibilidade que merece ser mais bem analisada. O fato de os fogos Sputnik, por exemplo, serem feitos para ambientes externos, o que estava exposto na embalagem do produto, é um argumento que nos informa que a confiabilidade dos indiciados (sobretudo dos membros da banda) poderia estar reduzida, atuando a favor da interpretação do dolo eventual. Mesmo assim, não é suficiente para um imperativo que implique boas fundações de certeza. Nesse sentido, devemos sempre respeitar o princípio da não-culpabilidade (presunção de inocência) e do Favor-rei.

b) 2º Argumento: “*Ocorre que as péssimas condições de segurança da boate não permitiam aos agentes confiar em outra coisa senão na sorte, pois os protagonistas não tinham nenhum controle concreto sobre o risco que criaram*”: a esse argumento remetemos duas críticas. Primeiramente, “controle sobre risco criado” não é pressuposto para imputar dolo eventual e culpa consciente, como trabalhamos anteriormente, já que em ambos os casos esse controle não existe. Em segundo lugar, apesar de se reconhecer as péssimas condições de segurança da boate, temos de assumir também a infeliz existência de um mal hábito social de não se perdurar a detalhes de segurança em um local. A título de exemplo, quando alguém vai ao cinema, dificilmente ela se preocupa de checar onde se encontra a saída de emergência, ou se o local é munido com o equipamento correto na ocorrência de um incêndio. Não se preocupam pois o ambiente passa uma imagem de segurança, a qual já é suficiente para acalmar o espírito. Tal situação, por óbvio, não foi diferente com a Boate Kiss. Não podemos admitir como pressuposto base que as vítimas e os membros da banda¹⁴ aperceberiam a deficiência das luzes de emergência, a ausência de setas de sinalização, ou procurariam, em dia de festa, por uma saída de emergência em um local em que acederam para divertir-se. Não existe o costume social que suplante tal afirmativa, e, por isso, os membros da banda Gurizada Fandangueira dificilmente foram influenciados pela condição de segurança da Boate Kiss em seu agir. Ademais, o próprio fato de a boate ser dotada de reputação sólida até a data de tamanha catástrofe é um próprio pressuposto de confiança. Isto é, as pessoas acreditavam na própria tradição histórico-reputacional do ambiente. Fatores como esse mitigam qualquer pretensão de uma análise rígida sobre os elementos de segurança, o que nos mostra ainda mais que a culpa consciente não merece ser descartada sem melhor esquadramento do caso.

c) 3º Argumento: “*Anote-se, ainda, que o Direito Penal adota o princípio da excepcionalidade do crime culposo, na forma do parágrafo único do art. 18 do Código Penal, devendo-se partir do dolo como premissa. Assim, numa criteriosa análise técnica, conclui-se pelo dolo eventual, haja vista que, se não tinham controle do risco criado e nada em que confiar, os agentes agiram com indiferença, aceitando e, portanto, assumindo o risco de matar*”: as colocações postas aqui assustam. Afirmou-se, primeiramente, que o direito penal adota o princípio da excepcionalidade do crime culposo. Não vemos problema com isso. Contudo, a explicação dada de “dever partir do dolo como premissa” foi simplesmente por demais deturpada de sua orientação original. O que este princípio nos diz, basicamente, é que o dolo é a regra no tipo da norma penal incriminadora. Isso significa que toda conduta prevista é, via de regra, dolosa, sendo que a culpa, considerada exceção, deve ser colocada expressamente. Esse é o caso do art. 121 §3¹⁵, que prevê expressamente, por exemplo, a forma culposa do homicídio. Se alguém pratica culposamente a conduta descrita em um tipo penal doloso, este não se responsabilizará penalmente, pois certo é que, sob a luz desse princípio, sua conduta será atípica. Conclui-se disso que referido disposto afere que a excepcionalidade do crime culposo tangencia apenas a previsão do tipo penal. O Ministério Público afirmou que este princípio diz que entre dolo e culpa devemos sempre preferir o dolo, o que é crasso absurdo e contorcionismo conceitual. Ele diz respeito apenas ao tipo penal (doloso como regra) e não a uma suposta “preferência de dolo sobre culpa na aplicação”. Muito pelo contrário, tendo em vista os princípios da não-culpabilidade e do Favor-Rei, devemos sempre empregar o direito penal no sentido a beneficiar o sancionado e não o contrário. Preferir dolo à culpa implica em aquiescer que determinada pessoa é culpada sem que, antes,

14 Especificamente, este argumento só se volta para os membros da banda, já que dificilmente se pode reconhecer que os sócios donos não estariam a par da segurança estapafúrdia de seu próprio estabelecimento.

15 Art. 121 - Matar alguém: [...] § 3º Se o homicídio é culposo. Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

se prove o contrário. Ceder a esse entendimento é voltar à barbárie e entregar muito poder ao Estado. É, também, enfraquecer os próprios pilares que sustentam a estabilidade e segurança da sociedade.

d) 4º Argumento: “[...] ou seja, não se vai dizer que os autores quissem destruir o próprio patrimônio e ceifar vidas, mas agiram de modo finalisticamente orientado a tanto, o que se mostra suficiente para embasar acusação por crime doloso”. Por fim, com tudo que já foi exposto, é no mínimo questionável que os autores agiram de modo finalisticamente em direção a tamanha catástrofe. O embasamento da acusação sobre o dolo, por certo, merece um reexame.

7. CONCLUSÃO

De tudo que foi exposto, auferese, do caso da Boate Kiss, que o dolo eventual foi vítima de uma aplicação altamente questionável, de forma a acalmar os nervos da massa abstrata que clama por justiça. Nisso, atestamos dois problemas principais, que agora repisamos frente a luz do caso estudado.

Em primeiro lugar, como já tivemos a oportunidade de frisar, aplicações como essa vêm ganhando cada vez mais espaço em razão do populismo penal e de movimentos como Tolerância Zero e Lei e Ordem. Essas correntes teóricas, que pregam por um direito penal máximo (*prima ratio*), ignoram a razão histórica de que a dura repressão nunca resolveu problema algum. Se fosse este o remédio da criminalidade, as cruéis penas dos suplícios já teriam “pacificado” a questão em trabalho. O mito do “super-direito” enquanto ferramenta máxima de paz social deve ser combatido. Em outras palavras, não se pode esperar que o direito penal resolva todos os problemas da sociedade, sob pena de mitigar o “agir bem pelo bem em si mesmo” (ética) ao invés do “agir bem pelo medo da sanção” (direito). Nesse sentido, a dura repressão dos indiciados sob a égide do dolo eventual não solucionará a questão. Em verdade, com isso só temos a perder, posto que nos encontramos a sacrificar a base científica e racional do direito, colocando o próprio corpo social em xeque.

Em segundo lugar, tendo em vista a própria denúncia do Ministério Público, o Habeas Corpus 92.257, do STF, é claro ao pronunciar que “faz-se imprescindível que o dolo eventual se extraia das circunstâncias do evento, e não da mente do autor, eis que não se exige uma declaração expressa do agente”. Assumir isso nada mais é do que adotar a concepção funcionalista-normativa-atributivista de dolo trabalhada, no que tangencia a nossa aplicação de dolo eventual. Como foi dito, não nos insurgimos contra essa ideia, tendo em vista que apresenta argumentos válidos para se resolver o problema da diferenciação do dolo eventual e da culpa consciente na prática. Contudo, essa corrente vem sendo utilizada para banalizar o dolo eventual tendo em vista apenas o dado objetivo do desvalor da ação ou do resultado. Isto é, embora se pode arguir ser o resultado um dado objetivo que sob a luz do dolo normativista deve ser analisado, ele não é o único deles. A imputação atributivista dolosa deve ser extraída do todo e não apenas de uma das partes que o compõem.

Sob a luz específica do caso estudado, o Ministério Público afirmou que pelo fato de os agentes não terem “controle sobre o risco criado”; de a boate estar em péssimas condições de segurança; e de os indiciados não serem dotados de “algo que lhes permitisse agir com confiança”; a imputação seria dolosa. Rebatemos cada um desses dados objetivos no tópico supra, afirmando, primeiramente, que o controle sobre o risco não serve como critério diferenciador entre dolo eventual e culpa consciente; que as péssimas condições da boate, tendo em vista os costumes sociais, podem não ter sido percebidas (pelo menos em relação aos membros da banda); e que o próprio contexto de mundo e experiência prática atuou como pressuposto de confiança necessário característico da culpa. Isto é, em um mundo em que o uso de apetrechos fogosos em casas de shows é comum, podemos falar na existência suficiente de um pressuposto de confiança. Assim, os critérios objetivos utilizados para a imputação dolosa são nebulosos, merecendo melhor análise.

Acreditamos, portanto, que não devemos mais banalizar o dolo eventual sob a defesa de causas populistas ou más interpretações de suas concepções normativas. Nesse contexto, se faz muito importante que obedeçamos aos princípios penais-constitucionais consagrados em um Estado Procedimental, como o da Legalidade Penal (especificamente o da taxatividade); da não-culpabilidade e do Favor-Rei. Essa é a única maneira de resguardarmos a nossa Constituição, a nossa sociedade, e de defender o corpo social da demagogia espúria e seus discursos estrambólicos.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Césare. *Dos delitos e das penas*. 11. ed. São Paulo: Hemus, 2000. 117p.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.1. 745p.

BIZELLI, Rafael Ferreira. *Dolo eventual ou culpa consciente?* Uma questão de ordem penal-constitucional. 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8d55a249e6baa5c0>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

BRASIL. Código penal (1940). *Código penal*. In: ANGHER, Anne Joyce. *Vade mecum universitário de direito RIDEEL*. 15.ed. São Paulo: RIDEEL, 2012.

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: *Modernas tendências sobre o dolo em direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 131p.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *Revista de Filosofia Política*. Tradução de Loura Silveira. Porto Alegre, n.2, p.9-25, 1985.

- GAIO, André Moysés. O populismo punitivo no Brasil. *Revista Eletrônica de Ciências Sociais*, 12. ed. abr/jul. 2011. Disponível em: <<http://www.editoraufjf.com.br/revista/index.php/csonline/article/view/1168/947>>. Acesso em: 1 jul. 2013.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: teoria geral dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2005. v.4. 359p.
- GRECO, Luís. *Dolo sem vontade*. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/21954548/58725187/name/DOLO+SEM+VONTADE.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2013.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 427p.
- LEAL, Rosemíro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 336p.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O Direito Penal não resolve: sobre corrupção, leis e mídia*. 2012. Disponível em: <<http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2012/12/1279-o-direito-penal-nao-resolve-sobre.html>>. Acesso em: 15 jul. 2013.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1. 429p.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1151p.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 393p.
- RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público Estadual. *Denúncia*. Rio Grande do Sul. 2012. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/areas/criminal/arquivos/denunciakiss.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2013.
- RIO GRANDE DO SUL. Polícia civil do Estado do Rio Grande do Sul. *Inquérito Policial*. Rio Grande do Sul. 2012. Disponível em: <http://estaticog1.globo.com/2013/03/22/relatorio_kiss_definitivo.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2013.
- SILVA, Willian de Quadros da. *Um estudo teórico-prático do dolo eventual à luz da teoria finalista da ação*. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_2/william_silva.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2013.
- TAVARES, Juarez. Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 6, p. 28, 1972.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 362p.
- VARGAS, José Cirilo de. *Dolo eventual e culpa consciente*, Belo Horizonte, n.55, jul/set. 2009. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/104>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

Recebido em: 09/11/2015

Aprovado em: 12/02/2016