



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

VICTOR DA COSTA MALHEIROS

**A (IN)COMPATIBILIDADE DA TENTATIVA DE HOMICÍDIO NA CONDUÇÃO DE
VEÍCULO AUTOMOTOR NA MODALIDADE DE DOLO EVENTUAL**

Florianópolis

2015

VICTOR DA COSTA MALHEIROS

A (IN)COMPATIBILIDADE DA TENTATIVA DE HOMICÍDIO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR NA MODALIDADE DE DOLO EVENTUAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Prof. Aldo Nunes da Silva Júnior, Esp.

Florianópolis


2015

VICTOR DA COSTA MALHEIROS


**A (IN)COMPATIBILIDADE DA TENTATIVA DE HOMICÍDIO NA
CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR NA MODALIDADE DE DOLO
EVENTUAL**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.


Florianópolis, 02 de julho de 2015.



Prof. e orientador Aldo Nunes da Silva Júnior, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Élio de Amorim
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Eliana Becker, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A (IN)COMPATIBILIDADE DA TENTATIVA DE HOMICÍDIO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR NA MODALIDADE DE DOLO EVENTUAL

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca deste Trabalho de Conclusão de Curso.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Florianópolis, 10 de junho de 2015.



VICTOR DA COSTA MALHEIROS

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Oswaldo e Rita, pela relação de carinho e confiança. Por me permitirem traçar os meus sonhos e me darem o suporte necessário para buscá-los. Por terem me educado para o mundo e me ensinado a questionar o que está a minha volta.

A minha noiva, Liliane, por me ensinar a extrair de mim o meu melhor. Pela relação de companheirismo, importantíssima durante toda essa jornada. Pela partilha dos bons e dos maus momentos. Pelos conhecimentos compartilhados e pelas discussões acadêmicas acaloradas.

A toda a minha família, por acreditarem e me encorajarem a lutar pelos meus ideais, de forma especial ao meu irmão Eduardo, ao Cássio e à Tatiana, fraternos companheiros de jornada.

Ao meu professor e orientador, Aldo Nunes da Silva Júnior, pelos ensinamentos transmitidos durante toda a graduação e pela confiança, serenidade e predisposição na orientação do presente trabalho.

Aos servidores da Vara do Tribunal do Júri da Capital/SC, de forma especial à Mardjury Luzzoli e aos magistrados Paulo Marcos de Farias e Marcelo Pons Meirelles, pelos conhecimentos práticos comigo partilhados, de importância ímpar em minha trajetória acadêmica.

Aos colegas, docentes e servidores da Universidade do Sul de Santa Catarina, que, de alguma forma, participaram desta trajetória.

A todos, o meu vibrante agradecimento.

“Derrotar o inimigo em cem batalhas não é a excelência suprema; a excelência suprema consiste em vencer o inimigo sem ser preciso lutar.” (Sun Tzu)

RESUMO

Este trabalho, que utiliza o método dedutivo, busca identificar se o crime tentado é ou não compatível com o dolo eventual, focando tal celeuma aos delitos de homicídio praticados na condução de veículo automotor. O Código repressivo prevê ser o crime tentado aquele que não se consuma por circunstâncias estranhas à vontade do agente. Ainda que o entendimento de que a lei penal brasileira equipara o dolo eventual ao dolo direto tenha incontestado valor, há certa incongruência em se dizer tentado um crime praticado na modalidade de dolo eventual. O posicionamento majoritário vigente no Brasil é favorável à compatibilidade, sendo avalizado pela Suprema Corte e pelo Superior Tribunal de Justiça. No entanto, o entendimento contrário é adotado em tribunais do território nacional e defendido por conceituados doutrinadores. Apesar de amplamente pormenorizado, tornou-se inviável, por meio do presente trabalho, sentenciar o assunto. Ainda que pareça ser posição mais acertada a contrária à compatibilidade entre o dolo eventual e a tentativa, por se tratar de tema demasiadamente subjetivo, tomar partido na presente celeuma tornou-se inviável, ao menos ao nível da academia.

Palavras-chave: Tentativa. Dolo eventual. Homicídio no trânsito.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	DO CRIME	11
2.1	CONSUMAÇÃO	12
2.2	DA TENTATIVA	13
2.2.1	Elementos	14
2.2.2	Desistência voluntária x arrependimento eficaz x arrependimento posterior	15
2.2.3	<i>Iter criminis</i>	17
2.2.4	Formas de tentativa	18
2.2.4.1	Da tentativa perfeita	18
2.2.4.2	Da tentativa imperfeita	19
2.2.4.3	Tentativa branca e tentativa cruenta	20
2.2.5	Punibilidade da tentativa	20
2.2.6	Crimes que não admitem tentativa	21
2.2.6.1	Crime culposos próprios	22
2.2.6.2	Crimes preterdolosos	23
2.2.6.3	Crimes omissivos próprios	23
2.2.6.4	Crimes unissubsistentes	23
2.2.6.5	Crimes habituais	24
2.2.6.6	Delito de atentado	24
2.2.6.7	Contravenções penais	25
3	DO HOMICÍDIO	26
3.1	CONCEITO	26
3.2	CLASSIFICAÇÃO	26
3.3	OBJETO JURÍDICO	27
3.4	OBJETO MATERIAL	27
3.5	CONSUMAÇÃO	27
3.6	ELEMENTO SUBJETIVO E NORMATIVO DO TIPO	28
3.6.1	Dolo	28
3.6.1.1	Dolo direto	29
3.6.1.2	Dolo eventual	29
3.6.1.3	Homicídio doloso	31

3.6.1.3.1 <i>Homicídio doloso na condução de veículo automotor</i>	32
3.6.2 Culpa	34
3.6.2.1 Modalidades de culpa.....	35
3.6.2.1.1 <i>Imprudência</i>	35
3.6.2.1.2 <i>Negligência</i>	36
3.6.2.1.3 <i>Imperícia</i>	37
3.6.2.2 Espécies de culpa.....	37
3.6.2.2.1 <i>Culpa consciente e culpa inconsciente</i>	37
3.6.2.2.2 <i>Culpa própria e culpa imprópria</i>	38
3.6.2.3 Homicídio culposo	39
3.6.2.3.1 <i>Homicídio culposo na condução de veículo automotor</i>	40
4 A (IN)COMPATIBILIDADE DA TENTATIVA DE HOMICÍDIO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR NA MODALIDADE DE DOLO EVENTUAL	43
4.1 ARGUMENTOS ACERCA DA COMPATIBILIDADE.....	44
4.2 ARGUMENTOS ACERCA DA INCOMPATIBILIDADE	49
5 CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

O que motivou a elaboração deste trabalho foi o contato do acadêmico com um caso prático que envolveu tentativa de homicídio na modalidade de dolo eventual. A competência para o julgamento foi da Vara do Tribunal do Júri da Capital/SC, e, em conversa com o Magistrado, ficou clara a celeuma em torno do tema e as dificuldades de posicionamento jurídico diante de casos práticos.

O tema do presente trabalho é de importância ímpar, tendo em vista que a adoção de um ou outro entendimento jurídico influencia de forma expressiva na aplicação da lei. Em se tratando de homicídio, as diferenças decorrentes do reconhecimento da compatibilidade são maiores, haja vista a competência do Júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Apesar de sua relevância, o tema abordado não se encontra pacificado. Entretanto, doutrinadores que anteriormente traziam em seus manuais abordagem sobre a (in)compatibilidade da tentativa e do dolo eventual, em seus livros mais recentes não mais abordam o assunto. Não obstante uma das correntes ter enorme relevância no território brasileiro, o ponto de vista contrário é muito bem embasado.

O propósito de focar a compatibilidade da tentativa com o dolo eventual ao homicídio na condução de veículo automotor é o de acentuar o debate sobre o tema. Sabe-se que a embriaguez ao volante, e sua relação com o dolo eventual, é tema bastante atual e polêmico, fazendo-se necessário trazer à baila a culpa consciente, entre outros conceitos. Assim, o objetivo principal do presente trabalho é o de analisar se a tentativa de homicídio na condução de veículo automotor é compatível ou incompatível com o dolo eventual.

O método de abordagem adotado neste trabalho acadêmico foi o dedutivo. No que tange às técnicas de pesquisa, utilizou-se a bibliográfica, por meio de pesquisa doutrinária e documental, realizadas por meio da análise de legislação e jurisprudência.

Tendo em vista que o tema explorado demanda o conhecimento prévio de alguns conceitos, este trabalho está estruturado em cinco seções.

A primeira seção é a presente introdução. A segunda apresenta o Direito Penal, expondo o conceito de crime, o momento em que o delito é consumado, o instituto da tentativa, os elementos da tentativa, as formas de

tentativa, a punibilidade da tentativa, os delitos que não admitem tentativa e a diferenciação de desistência voluntária, arrependimento eficaz e arrependimento posterior.

A terceira seção aborda o delito de homicídio, seu conceito, sua classificação, sua consumação, seu elemento subjetivo, a apresentação do dolo e da culpa, focando, derradeiramente, a prática desse ilícito na condução de veículo automotor.

A quarta seção discorre sobre a divergência teórica que envolve a compatibilidade/incompatibilidade entre o dolo eventual e os crimes não consumados, com enfoque nos crimes contra a vida cometidos na condução de veículo automotor.

Finalmente, na quinta seção são apresentadas as conclusões sobre o trabalho.

2 DO CRIME

Esta seção busca, por meio de uma análise dos principais tópicos elencados pela doutrina brasileira, familiarizar o leitor com o conceito de crime, abordar o momento de sua consumação e pormenorizar o instituto da tentativa. O presente ponto é de suma importância para a concatenação das ideias que serão abordadas adiante.

A vida em sociedade demanda normas disciplinadoras que regulamentem as relações entre os indivíduos. Mirabete e Fabbrini (2012, p. 1) afirmam que essa reunião de regras, que devem ser seguidas pela coletividade, traz ainda as consequências aos que violarem os preceitos do grupo social. Denomina-se de Direito Penal o conjunto de normas jurídicas pelas quais o Estado veda certas condutas, sob ameaça de sanção.

Os estudiosos do Direito Penal brasileiro conceituam crime de inúmeras maneiras. Há, em suma, três conceitos: o material, o formal e o analítico.

Acerca do tema, observa Bitencourt (2012, p. 269):

Além dos conhecidos conceitos formal (crime é toda a ação ou omissão proibida por lei, sob ameaça de pena) e material (crime é ação ou omissão que contraria os valores ou interesses do corpo social, exigindo sua proibição com a ameaça de pena), faz-se necessária a adoção de um conceito analítico de crime. Os conceitos formal e material são insuficientes para permitir à dogmática penal a realização de uma análise dos elementos estruturais do conceito de crime.

Para Nucci (2011, p. 173) o conceito analítico nada mais é do que a concepção da ciência do Direito. É, na verdade, o conceito formal fragmentado em elementos, de uma forma que proporcione um melhor entendimento.

Em consonância, complementam Marinho e Freitas (2011, p. 161) que, para operadores do Direito, o conceito de crime com real utilidade é o analítico, também chamado de dogmático. Analiticamente, é crime a “conduta típica, ilícita e culpável”; assim, são elementos analíticos do crime: o fato típico, a ilicitude e a culpabilidade.

Nucci (2011, p. 173) afirma que, do ponto de vista analítico, crime é uma conduta típica, antijurídica e culpável, ou seja, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta vedada (tipicidade), contrária ao Direito

(antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

A definição abordada anteriormente vem consignada tanto pelos autores seguidores da teoria causalista como pelos adeptos da teoria finalista da ação. Entretanto, ressaltam Mirabete e Fabbrini (2012, p. 81) que há divergência sobre o elemento culpabilidade. Isso porque o crime existe por ser um fato típico e antijurídico, e a culpabilidade não contém o dolo ou a culpa em sentido estrito, mas significa apenas a reprovação da conduta. O agente só será responsabilizado se for culpado, se houver culpabilidade. Pode existir, portanto, crime sem que haja culpabilidade, ou seja, censurabilidade ou reprovabilidade da ação, inexistindo a condição indispensável à imposição da pena.

Na mesma linha, Jesus (2011, p. 197) aduz que a culpabilidade é a desaprovação jurídica em face de um fato típico e antijurídico. O agente deveria moldar sua conduta nos mandamentos do ordenamento, mas, podendo assim agir, não o faz, revelando vontade contrária àquela obrigação. Assim, a culpabilidade não é requisito do crime, funcionando como condição de imposição de pena.

2.1 CONSUMAÇÃO

Antes de tratar especificamente sobre a tentativa – do latim *conatus* –, faz-se mister tratar sobre o momento da consumação do delito.

Segundo Marinho e Freitas (2011, p.263), o artigo 14, I, do Código Penal Brasileiro (BRASIL,1941), positivou o momento da consumação do crime. Nas letras da lei, o ilícito é consumado quando reúne todos os elementos de sua definição legal. Assim, diz-se que a consumação é a concretização perfeita do tipo penal, unindo todos os elementos, subjetivos e objetivos.

Acerca do crime consumado, conceitua Nucci (2011, p. 327): “É o tipo penal integralmente realizado, ou seja, quando o tipo concreto se enquadra no tipo abstrato”.

Em consonância, lecionam Mirabete e Fabbrini (2012, p. 141) que a consumação do crime se dá quando o tipo está inteiramente realizado, isto é, quando o fato concreto se subsume no tipo abstrato positivado na norma.

Preenchidos pelo fato natural todos os elementos do tipo objetivo, dá-se a consumação. O crime está consumado quando nele estão reunidos todos os elementos definidos em lei. Assim, consuma-se o homicídio e o infanticídio com a morte da vítima, a lesão corporal com a ofensa à integridade corporal ou à saúde, o furto com o assenhoreamento de coisa alheia móvel e o estelionato com a obtenção da vantagem indevida.

Salientam Mirabete e Fabbrini (2012, p. 141) que não se pode confundir crime consumado com crime exaurido. No delito exaurido, após consumado, outras consequências lesivas acontecem. Dessa maneira, o auferimento do resgate exaure o ilícito de extorsão mediante sequestro, previsto no artigo 159 do Código Penal.

Jesus (2011, p. 369) aduz que determinar o momento da consumação, ou seja, o tempo em que o fato realizado pelo sujeito teve total conformidade com a tipificação legal, é tarefa de importância ímpar, tendo em vista que refletirá na determinação da competência e no momento da prescrição.

Acrescentam Mirabete e Fabbrini (2012, p. 142) que, nos ilícitos materiais, a ocorrência do evento, dano e morte, por exemplo, causa a consumação. Nos crimes permanentes a consumação se prolonga no tempo. Nos crimes habituais só existirá consumação quando houver atos reiterados, visto que isoladamente os atos não têm relevância à norma. E, nos crimes omissivos, a inação do sujeito ativo no momento em que deveria agir consuma o ilícito.

2.2 DA TENTATIVA

Postas tais considerações acerca do momento da consumação do delito, passemos ao estudo da tentativa.

O artigo 14, II, do Código Penal pátrio define, conforme observam Marinho e Freitas (2011, p. 265), o crime tentado como aquele em que, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. O parágrafo único do citado dispositivo prevê que, salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

Capez (2012, p. 266) define crime tentado como: “Não consumação de um crime, cuja execução foi iniciada, por circunstâncias alheias à vontade do agente”.

Zaffaroni (2011, p. 601), em consonância, considera que no crime doloso não se pune somente a conduta realizada na totalidade ou que produz o resultado típico, tendo em vista que a lei prevê a punição da conduta que não preenche todos os elementos tipificados, por permanecer numa etapa anterior à da consumação. Essa etapa anterior, para que possa ser enquadrada como típica, deve ter alcançado certo grau de desenvolvimento, pois, do contrário, colocar-se-ia em risco a segurança jurídica.

2.2.1 Elementos

Para fins acadêmicos, a doutrina subdivide o crime tentado em elementos. Alguns autores apresentam dois elementos, quais sejam: o início da execução do crime e a não consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente. (JESUS, 2011). Outros doutrinadores preferem separar a tentativa em três elementos: o início da execução, a não consumação e a interferência de circunstâncias alheias à vontade do agente (CAPEZ, 2011).

Acerca dos elementos da tentativa, obtempera Jesus (2011, p. 376) que o elemento primário se encontra positivado no art. 14, II: diz-se tentado o crime quando, “iniciada a execução”, por circunstâncias alheias à vontade do agente, não se consuma. A lei exige atos de execução, não aceitando, portanto, a teoria subjetiva ou voluntarista, que se satisfaz com a exteorização da vontade por intermédio da prática de atos preparatórios; tampouco com a teoria sintomática, que se contenta com a periculosidade subjetiva manifestada. A teoria adotada pela legislação brasileira foi a objetiva, que exige um início da execução típico.

Complementa Bitencourt (2012, p. 526) que o código brasileiro, por adotar a teoria objetivo-formal, exige o início da execução do fato típico, ou seja, uma ação que penetre na fase de execução do delito. Assim, a tentativa é punível ao adentrar na fase de execução, em que se pode precisar o caminho voluntário do agente no sentido da realização do tipo penal.

O segundo elemento da tentativa, conforme preleciona Jesus (2011, p. 376), é a “não consumação do crime por circunstâncias alheias à vontade do agente”. Apesar de a vontade inicial do agente ser executar o intento criminoso, o *iter* pode ser interrompido pela vontade do agente ou por circunstâncias alheias a ela.

Acrescentam Marinho e Freitas (2011, p. 265) que é elemento precípua da tentativa a não consumação, pois, assim, haveria um delito consumado. Todavia, para que possa ocorrer a punição do *conatus*, o não alcance da consumação deve ser causado por circunstâncias absolutamente estranhas ao intento do sujeito, ou seja, é preciso existir uma causa externa que venha a impedir que o crime se consuma. Se o ilícito não se consumou por algum ato dependente da vontade do agente, pode-se falar em arrependimento eficaz ou desistência voluntária, que excluem a tentativa.

No mesmo diapasão, leciona Greco (2011, p. 252) que o termo “circunstâncias alheias à vontade do agente” representa qualquer fato externo que, de alguma maneira, influencie na interrupção da execução que, normalmente, levaria à consumação do crime. Aqui, em nada influi o fato de o agente ter, ou não, esgotado todos os meios à sua disposição para alcançar o resultado pretendido (tentativa perfeita) ou ter sido interrompido durante a execução do crime (tentativa imperfeita). Sendo a circunstância alheia à sua vontade o motivo impedor da consumação do delito, pode-se falar em tentativa. Isso, no entanto, não se repete nos casos em que o agente, voluntariamente, interrompe a execução, desistindo de prosseguir (desistência voluntária) ou impede a produção do resultado, mesmo depois de praticar tudo o que estava ao seu alcance para a consumação do delito (arrependimento eficaz).

2.2.2 Desistência voluntária x arrependimento eficaz x arrependimento posterior

Até então, falou-se sobre a não consumação do delito decorrente de circunstâncias alheias à vontade do agente. No entanto, o intento do sujeito é de extrema relevância, tendo em vista que possui, em tese, o domínio do fato. Nesse sentido, é importante tratar sobre a desistência voluntária e o arrependimento eficaz.

Sobre o assunto, prevê o artigo 15 do Código Penal (BRASIL, 1941): “Art. 15 - O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados”.

Acerca do tema, Zaffaroni (2011, p. 609) tece que, nos casos de desistência voluntária e de arrependimento eficaz, cria-se em prol do agente uma causa de isenção da pena pessoal. O motivo pelo qual essa causa pessoal de exclusão de pena justifica-se é justamente em razão da finalidade precípua da pena. À pena cumpre um objetivo preventivo, que, no caso, a atitude do autor demonstra ser desnecessária. Assim, o Direito Penal estende essa “ponte de ouro” ao agente.

Sobre a desistência voluntária, também chamada de ponte de ouro, Bitencourt (2012, p. 531) salienta que aquele que dá início à execução de uma conduta típica pode interromper a execução voluntariamente. A isso dá-se o nome de tentativa abandonada ou desistência voluntária, que não é punível. Essa impunidade decorre do interesse estatal (política criminal) em incitar a não consumação do delito, ofertando ao agente uma chance de sair da situação sem ser punido.

Greco (2011, p. 266) observa que a legislação penal brasileira impõe que a desistência seja voluntária, mas não espontânea. Isso significa que em nada importa se a ideia de desistir do prosseguimento da execução criminosa partiu do sujeito ou se ele foi induzido a isso por circunstâncias externas que, caso deixadas de lado, não impediriam o agente de consumir o delito.

Quanto o arrependimento eficaz, Capez (2012, p. 272) conceitua:

O agente, após encerrar a execução do crime, impede a produção do resultado. Nesse caso, a execução vai até o final, não sendo interrompida pelo autor, no entanto, este, após esgotar a atividade executória, arrepende-se e impede o resultado. Exemplo: O agente descarrega sua arma de fogo na vítima, ferindo-a gravemente, mas, arrependendo-se do desejo de matá-la, presta-lhe imediato e exitoso socorro, impedindo o evento letal.

Acerca do assunto, Zaffaroni (2011, p. 612) observa que a desistência voluntária só é possível na tentativa imperfeita ou inacabada, enquanto que, na tentativa perfeita ou acabada, só é possível o arrependimento eficaz.

Mirabete e Fabbrini (2012, p. 147) apontam que, apesar do entendimento de que se tratam de casos de isenção de pena ou de extinção da

punibilidade, a desistência voluntária e o arrependimento eficaz são casos de exclusão de tipicidade, pois, no fato, por não haver circunstâncias alheias à vontade do agente influenciando para a não consumação do intento, não está preenchido o segundo elemento da tentativa, não existindo, portanto, típico *conatus*.

Costumeiramente, o arrependimento posterior é confundido com a desistência voluntária e com o arrependimento eficaz.

Esclarece Barros (2011, p. 313) que são institutos que não se confundem o arrependimento eficaz e o arrependimento posterior. O arrependimento eficaz evita a consumação do delito, destipificando a tentativa; o arrependimento posterior se dá após a consumação, subsistindo o crime e tendo sua pena reduzida.

Mirabete e Fabbrini (2011, p. 149) afirmam que o artigo 16 do Código Penal brasileiro prevê o arrependimento posterior. Assim, nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da preambular acusatória ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

2.2.3 *Inter criminis*

O delito inicia, segundo Zaffaroni (2011, p. 601), com uma ideia do autor, por meio de um processo que engloba a concepção (ideia criminosa), a decisão, a preparação, a execução, a consumação e o exaurimento, vindo a afetar o bem jurídico tutelado descrito no tipo. Este caminho, que vai desde a concepção até o exaurimento, denomina-se *iter criminis*. Nem todo *iter criminis* é punível; se assim fosse, a segurança jurídica estaria comprometida, pois punir-se-ia a ideia, o pensamento, ou seja, as etapas que são internas do autor, violando, assim, o princípio jurídico de que o pensamento não pode suportar pena alguma (*cogitationis poenam miemo patitur*).

Para Marinho e Freitas (2011, p. 259):

As fases do *iter criminis* são: a) cogitação; b) atos preparatórios (*conatus remotus*); c) execução (*conatus proximus*); e d) consumação (*meta optata*). Alguns doutrinadores incluem o exaurimento como etapa final do *iter criminis*. Para nós, no entanto, não é necessário para

a configuração do fato punível, o exaurimento não é fase final do caminho do crime, que formalmente se esgota na consumação.

Extrai-se dos ensinamentos de Greco (2011, p. 248) que diferenciar atos preparatórios, não puníveis pela legislação brasileira, de atos de execução é uma tarefa bastante complexa, uma vez que a separação é muito tênue. Se considerado o ato como preparatório, não importará ao Direito Penal à medida que, se interpretado como de execução, sofrerá incidência da lei. Para facilitar tal trabalho de importância ímpar, ao longo do tempo surgiram inúmeras teorias.

Preconiza Néelson Hungria (apud GRECO, 2011, p. 250): “Nos casos de irreduzível dúvida sobre se o ato constitui um ataque ao bem jurídico ou apenas uma predisposição para esse ataque, o juiz terá de pronunciar o *non liquet*, negando a existência da tentativa”.

No mesmo norte, na visão de Greco (2011, p. 250), se no caso concreto, após analisar cuidadosamente a conduta do agente e aplicar todas as teorias existentes que buscam distinguir os atos de execução, que se configurarão em tentativa, dos atos meramente preparatórios, ainda permaneça a dúvida, deverá essa ser entendida da forma mais benéfica ao agente.

2.2.4 Formas de tentativa

Há, segundo Zaffaroni (2011, p. 606), duas classes de tentativas. Em outras legislações, conforme o autor, diferem-se por seus efeitos, mas, na brasileira, estão incluídas por inteiro na fórmula do art. 14, inciso II, do Código Penal: a tentativa acabada (chamada de “delito frustrado” na legislação comparada e na doutrina) e a tentativa inacabada.

O doutrinador complementa que não há demasiada importância em averiguar quais delitos admitem quais formas de tentativa, não obstante o fato da nossa lei não reconhecer relevância na diferenciação entre as duas classes de tentativas (ZAFFARONI, 2011, p. 606).

2.2.4.1 Da tentativa perfeita

Conceitua Nucci (2011, p. 342):

Perfeita é a hipótese que se configura quando o agente faz tudo o que pode para chegar à consumação do crime, mas não sobrevém o resultado típico, pois é interrompido por obstáculo exterior à sua vontade.

Na mesma senda, Greco (2011, p. 252) afirma ser tentativa perfeita, acabada ou crime falho, quando o agente exaure, segundo o seu entendimento, todos os meios que tinha ao seu alcance para consumir o delito, que deixa de acontecer por circunstâncias alheias à sua vontade.

Exemplifica o autor que, caso o agente, munido de arma de fogo com capacidade para 15 disparos, depois de efetuar dois deles contra a vítima, atingindo-a em região letal, entenda não haver necessidade de prosseguir, pois certamente os ferimentos levarão o atingido a óbito, e, no entanto, após a prática dos atos tidos pelo agente como suficientes à consumação do intento, vier a vítima a ser socorrida, estar-se-á perante um caso de tentativa perfeita (GRECO, 2011, p. 252).

2.2.4.2 Da tentativa imperfeita

Segundo Andreucci (2012, p. 106): “Tentativa imperfeita ou tentativa inacabada é aquela que ocorre quando a ação não chega a exaurir-se, ou seja, quando o sujeito ativo não esgotou em atos de execução sua intenção delituosa”.

Em consonância, corroboram os ensinamentos de Bitencourt (2012, p. 527), para o qual quando o agente não consegue pôr em prática todos os atos executórios inerentes à consumação, em decorrência de interferência externa, ocorre a tentativa imperfeita ou tentativa propriamente dita. O processo de execução é interrompido por circunstâncias estranhas à vontade do agente, por exemplo, no caso em que o agressor é seguro quando está golpeando a vítima para matá-la, sendo impedido de executar os demais atos de agressão para causar a morte.

Acrescenta Bitencourt (2012, p. 527) que na tentativa imperfeita o agente não exaure todo seu potencial lesivo, ou seja, não realiza todos os atos executórios necessários à produção do resultado pretendido, por causas alheias à sua vontade. A ação do agente é interrompida durante a execução da infração penal, ou seja, a fase executória também não se conclui.

2.2.4.3 Tentativa branca e tentativa cruenta

Apesar de a maioria dos doutrinadores abordarem somente as duas formas de tentativa supracitadas, há autores que apresentam outras duas: a tentativa branca e a tentativa cruenta.

Sobre a tentativa branca, ou incruenta, discorre Andreucci (2012, p. 106):

Deve ser mencionada, ainda, a tentativa branca, ou incruenta, que ocorre quando o agente, embora tendo empregado os meios ao seu alcance, não consegue atingir a coisa ou a pessoa. É o caso do agente que, efetuando disparo de arma de fogo em direção à vítima, com o intuito de matá-la (*animus necandi*), não a acerta.

Acerca da tentativa cruenta, Capez (2012, p. 269) leciona:

A vítima é atingida, vindo a lesionar-se. Do mesmo modo, pode ocorrer tentativa cruenta na tentativa imperfeita (a vítima é ferida, e, logo em seguida, o agente vem a ser desarmado) ou na perfeita (o autor descarrega a arma na vítima, lesionando-a).

Marinho e Freitas (2011, p. 266) esclarecem que a tentativa branca se dá quando a vítima não é atingida pelo golpe desferido pelo sujeito, não sofrendo ferimentos. Na tentativa cruenta, em contrapartida, a vítima é efetivamente atingida. A diferença entre ambas apenas influi na diminuição da pena, prevista no parágrafo único do artigo 14 do Código Penal, devendo a redução ser maior na tentativa branca.

2.2.5 Punibilidade da tentativa

Há duas teorias acerca da punibilidade da tentativa: teoria subjetiva e objetiva, esta última também chamada de realística.

A teoria subjetiva, nos ensinamentos de Jesus (2011, p. 380), contempla, na demonstração da vontade do agente, que é perfeita, a razão de ser punida a tentativa. No aspecto objetivo, a infração é imperfeita, pois não se consuma. No entanto, para essa teoria, a pena da tentativa deve ser a mesma do crime consumado.

Em suma, ensina Capez (2012, p. 270) que, para a teoria subjetiva, “a tentativa deve ser punida da mesma forma que o crime consumado, pois o que vale é a intensão do agente”.

Em sentido oposto, para a teoria objetiva, expõe Bitencourt (2012, p. 529) que a punibilidade da tentativa encontra fundamento no perigo a que é submetido o bem tutelado, e a repressão é legítima assim que iniciada a execução do delito. Tendo em vista que a lesão é menor na tentativa ou não gera resultado lesivo ou perigo de dano, a ação cometida pelo agente deve ser punida de forma menos severa.

Acrescenta Jesus (2011, p. 381) que o Código Penal brasileiro adota a teoria objetiva. Segundo o autor, é o que se extrai do parágrafo único do artigo 14 desse diploma legal: pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços. Na visão do doutrinador, a redução de um a dois terços não resulta da culpabilidade do agente, mas da gravidade da tentativa. Quanto mais perto chegar o agente da consumação, menor deve ser a diminuição da pena; quanto mais distante estiver de consumir o intento, mais deve-se atenuar.

Essa regra, no entanto, possui exceções. É o caso em que a tentativa é punida com a mesma pena do delito consumado, devendo estar expressa no tipo, por exemplo, o art. 352 do Código Penal. Nessas situações, salienta Greco (2011, p. 258), não há redução da pena como prevê o parágrafo único do art. 14 do Código Penal, porque a tentativa foi igualada ao crime consumado. Por conta da ressalva do parágrafo único do art. 14, é que se pode concluir ter o Código Penal adotado a teoria objetiva temperada, moderada ou matizada.

2.2.6 Crimes que não admitem tentativa

Conforme denota-se dos ensinamentos de Greco (2011, p. 253), pode-se afirmar que um delito admite tentativa sempre que for possível fracionar o *iter criminis*. Assim, caso o agente, percorrendo o *iter criminis*, inicie a execução de um crime que não se consume por circunstâncias estranhas à sua vontade, será possível atribuir-lhe o *conatus*.

Bitencourt (2012, p. 529) salienta que a tentativa, por ser um fragmento de delito, não está presente em todas as espécies de infrações, pois nem todos os crimes admitem essa figura típica ampliada.

Nesse contexto, são elencados, pelos penalistas brasileiros, sete crimes que não admitem a forma tentada. São eles: crimes culposos (próprios), preterdolosos, omissivos próprios, unissubsistentes, habituais, de atentado e as contravenções penais. Cada tipo será tratado a seguir.

2.2.6.1 Crime culposos próprios

Ocorre, segundo Andreucci (2012, p. 107), quando o fato é ocasionado por uma inobservância do cuidado objetivo necessário e o agente não almeja o resultado, tampouco assume o risco de produzi-lo. A única exceção encontra-se prevista no parágrafo primeiro do artigo 20 do Código Penal (discriminantes putativas), pois que, embora o agente atue com dolo, é punido a título de culpa em virtude de política criminal.

Segundo Mirabete e Fabbrini (2012, p. 146): “Não admite tentativa o crime culposo, uma vez que depende sempre de um resultado lesivo diante de sua definição legal”.

Capez (2011, p. 270) afirma que parte da doutrina admite a tentativa na culpa imprópria. É o que defendem Mirabete e Fabbrini (2012, p. 146):

Pode-se, porém, falar em tentativa na culpa imprópria, uma vez que, nessa hipótese, o agente visa ao evento, que não vem a ocorrer por circunstâncias alheias à sua vontade. Ocorre na realidade um crime doloso tentado que, por ter sido executado por erro ou excesso culposos, tem o tratamento do crime culposo por disposição legal.

Conforme abordado, há divergências sobre a ocorrência da tentativa em crimes culposos quanto à modalidade da culpa imprópria. As diferenças entre a culpa própria e a imprópria, aqui citadas, serão abordadas adiante, em tópico próprio do presente trabalho (subseção 3.6.2.2.2).

2.2.6.2 Crimes preterdolosos

No entendimento de Greco (2011, p. 254), é quando o agente age dolosamente na sua conduta e o resultado agravador decorre de culpa. Assim, há dolo na conduta e culpa no resultado; dolo no antecedente, culpa no consequente.

Afirma Jesus (2011, p. 379) que os crimes preterdolosos, também denominados preterintencionais, não admitem tentativa, pois o evento de maior gravidade objetiva, não pretendido pelo agente, é punido a título de culpa.

2.2.6.3 Crimes omissivos próprios

Aduz Bitencourt (2012, p. 530) que, por não exigir um resultado naturalístico produzido pela omissão, essa modalidade de crime não admite tentativa. Esses crimes se consumam com a simples omissão. Se o agente deixa de agir no momento em que deveria fazê-lo, está consumado o delito; se ainda puder agir, não há que se falar em crime. Os crimes omissivos impróprios, que produzem resultado naturalístico, admitem tentativa.

Nesta modalidade, conforme Jesus (2011, p. 379), “ou o indivíduo deixa de realizar a conduta, e o delito se consuma, ou a realiza e não se pode falar em crime”.

2.2.6.4 Crimes unissubsistentes

É impossível, nas visões de Mirabete e Fabbrini (2012, p. 146), a ocorrência de tentativa nos crimes unissubsistentes, de ato único, já que não há como fracionar os atos de execução. Na injúria oral (art. 140), por exemplo, ou a ofensa foi dita, havendo consumação, ou não foi, havendo simples cogitação; no delito de uso de documento falso (art. 340), ou o agente praticou o ato de usar e o crime foi consumado, ou não, sendo os fatos anteriores impuníveis (evidentemente excluída a falsificação que constitui outro ilícito).

Bitencourt (2012, p. 531) aduz que os delitos que podem ter sua fase executória fracionada em atos diversos, denominados plurissubsistentes, admitem o *conatus*.

2.2.6.5 Crimes habituais

No conceito de Andreucci (2012, p. 106), são aqueles que exigem, para sua configuração, a prática reiterada de conduta típica. Assim, ou existe a reiteração da conduta, sendo o crime consumado, ou ela não existe e crime não há, configurando um indiferente penal.

Salienta Greco (2011, p. 253) que delitos habituais constituem crimes em que, para a consumação, é necessário que o agente cometa, de forma reiterada e habitual, a conduta descrita na norma. Ou o agente pratica a série de condutas necessárias e consuma o crime, ou o fato por ele executado é atípico. Por exemplo: casa de prostituição e curandeirismo.

Acrescenta, ainda, o autor entendimento contrário, pois, embora a posição doutrinária majoritária seja a impossibilidade de tentativa, não se pode descartar tal hipótese. Deve-se isso, afirma Greco (2011), ao fato de que o agente pode ter dado início à sequência de atos que, sabidamente, seriam habituais, quando foi impedido de permanecer com comportamento proibido pelo tipo, por circunstâncias alheias à sua vontade. Dessa forma, diz também que não há de se negar, porém, que, se determinado sujeito, sem ser médico, instala um consultório e é detido em seu primeiro atendimento, caracterizada está a tentativa do crime prescrito no art. 282 (GRECO, 2011, p. 254).

2.2.6.6 Delito de atentado

Segundo Jesus (2011, p. 260), crime de atentado, também denominado delito de empreendimento, é o ilícito em que o legislador prevê à tentativa a mesma pena do crime consumado, sem atenuação. Como exemplo, cita o crime previsto no artigo 358 do Código Penal: impedir, perturbar ou fraudar arrematação judicial, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem.

Ensina Bitencourt (2012, p. 531) que, por ser inadmissível tentativa de tentativa, não se admite a tentativa de crime de atentado.

Aborda Jesus (2011, p. 380) que não é admitida tentativa em relação aos:

[...] crimes de atentado, pois é inconcebível tentativa de tentativa. Exs: “Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, ao regime vigente ou ao Estado de Direito” (Lei da Segurança Nacional, Lei n. 7.170, de 14-12-1983, art. 17, caput.); crimes definidos no art. 3º da Lei n.4.898, de 9-12-1965 (crimes de abuso de autoridade etc.

Greco (2011, p. 255), no entanto, posiciona-se de forma divergente. Afirma que pode haver a tentativa de crimes de atentado. No entanto, por ser um delito no qual a simples prática da tentativa é punida com a mesma pena do ilícito consumado, isso não conduzirá a qualquer redução na pena aplicada ao agente. Um exemplo dessa situação é o crime positivado no art. 352 do Código Penal (evasão mediante violência contra a pessoa). Ali, para que haja a caracterização do crime, não importa que o agente consiga evadir-se ou somente tenha tentado, pois, para a legislação, as duas situações são equiparadas.

2.2.6.7 Contravenções penais

Instrui Nucci (2011, p. 339) que a lei das contravenções penais prevê, em seu artigo 4º, não ser punível a tentativa. Tendo em vista que contravenções são consideradas delitos menores, deixou o Estado, por razões de política criminal, de considerar relevante para o Direito a simples tentativa.

Após introduzir o leitor ao Direito Penal, abordou-se o crime, sua consumação, a tentativa e os ilícitos que não admitem o *conatus*. Dando-se seguimento ao presente trabalho, cujo objetivo precípuo é apresentar a divergência acerca da compatibilidade da tentativa e do dolo eventual, será tratado a seguir o crime de homicídio.

3 DO HOMICÍDIO

A presente seção tem por objetivo apresentar o delito de homicídio. Devidamente abordado em seção anterior o crime em sentido genérico, nesta falar-se-á especificamente sobre o homicídio e suas modalidades, focando, por derradeiro, a prática desse ilícito na condução de veículo automotor.

3.1 CONCEITO

De forma genérica, prevê o Código Penal brasileiro: “Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos” (BRASIL, 1941).

Para Capez (2013, p. 22), homicídio é a eliminação da vida de uma pessoa praticada por outra. É a morte de um ser humano provocada por outro. O homicídio tem precedência entre os delitos mais graves, pois é a violação da nascente da ordem e segurança geral, sabendo-se que todos os bens públicos e privados e todas as instituições se constituem sobre o respeito à existência dos indivíduos que compõem o agregado social.

3.2 CLASSIFICAÇÃO

Acerca da classificação doutrinária do homicídio, Masson (2011, p. 19) salienta que o homicídio é um ilícito simples, pois lesiona um único bem jurídico; comum, em razão de poder ser executado por qualquer indivíduo; material, porque o tipo engloba conduta e resultado naturalístico, exigindo a morte – resultado – para a consumação; de dano, porquanto reclama a efetiva lesão do bem tutelado; de forma livre, tendo em vista que admite qualquer modo de execução; comissivo, via de regra, ou omissivo, impróprio, espúrio ou comissivo por omissão, quando há o dever de agir; instantâneo, dado que a consumação ocorre em momento determinado e não se protraí no tempo, apesar de que alguns consideram instantâneo de efeito permanente; unissubjetivo, unilateral ou de concurso eventual, praticado por um só sujeito, mas admite concurso; em regra plurissubsistente, pois a conduta de matar pode ser fracionada em diversos atos; e progressivo, já que, para conseguir o resultado,

o sujeito necessariamente causa lesão corporal, crime de menor gravidade, nomeado nesse caso de “crime de ação de passagem”.

3.3 OBJETO JURÍDICO

Segundo Greco (2014, p. 136), o bem jurídico tutelado pelo delito de homicídio é a vida e, em sentido mais amplo, a pessoa, tendo em vista que esse ilícito está positivado no capítulo correspondente aos crimes contra a vida, no título I do Código Penal, que prevê os crimes contra a pessoa.

Masson (2011, p. 14) esclarece que o bem tutelado é a vida humana exterior ao útero materno. Em face da relevância desse objeto, o homicídio é um dos delitos mais perniciosos que se pode cometer, penalizado com máxima de 30 anos se qualificado. A vida extrauterina tem início com o processo respiratório autossuficiente do indivíduo que está nascendo, fato que pode ser demonstrado por perícia. Em nada influi se havia ou não possibilidade de permanecer vivo, bastando o nascimento com vida para legitimar a incidência do tipo penal.

3.4 OBJETO MATERIAL

Capez (2013, p. 23) indica que o objeto material de um ilícito é a coisa ou a pessoa contra as quais recai a conduta realizada. É o objeto da ação. Não deve, no entanto, ser confundido com o objeto jurídico, que é o interesse tutelado pela norma. Ante o exposto, o objeto material do homicídio é a vítima da conduta, omissiva ou comissiva. O objeto jurídico, em contrapartida, é a vida.

3.5 CONSUMAÇÃO

O crime aqui estudado admite, segundo Jesus (2010, p. 92), a forma tentada. É o caso do agente que, com dolo, desfere tiros de arma de fogo em uma vítima, que, gravemente ferida, vem a ser salva. Nessa hipótese, o sujeito não consumou o intento, com o falecimento da vítima, por circunstâncias estranhas à sua vontade.

Leciona Capez (2014, p. 35) que a consumação do crime é a última fase, entre várias, por que passa o delito. Em crimes materiais, como o homicídio,

a consumação se opera com a produção do resultado naturalístico, no caso, a morte. O momento em que se pode dizer que ocorreu o resultado morte, a consumação, portanto, é quando cessa o funcionamento cerebral. O critério legal, proposto pela medicina, é a chamada morte encefálica, em razão da Lei nº 9.434/1997, que regula a retirada e o transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos e científicos.

Aduz Greco (2014, p. 136) que, entre outros direitos, o *caput* do artigo quinto da Carta Magna assevera que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida.

Capez (2013, p. 48) afirma que o Código Penal faz a distinção de inúmeras modalidades de homicídio, quais sejam: homicídio simples, previsto no art. 121, *caput*; homicídio privilegiado, positivado no parágrafo 1º; homicídio qualificado, tipificado no parágrafo 2º; e homicídio culposo, constante no parágrafo 3º.

3.6 ELEMENTO SUBJETIVO E NORMATIVO DO TIPO

Como visto anteriormente, o homicídio admite as formas culposa e dolosa. O elemento subjetivo, portanto, será o dolo ou a culpa.

3.6.1 Dolo

Marinho e Freitas (2011, p. 227) afirmam que o conceito de dolo varia de acordo com a teoria adotada. Para a teoria da vontade, dolo significa a vontade consciente do agente em produzir o resultado diretamente. No entanto, entende a teoria da representação que o dolo consiste na mera previsão do resultado, bastando, para esta, que o sujeito preveja o resultado de forma objetiva ou subjetiva. A derradeira, denominada teoria do consentimento, diz haver dolo quando o sujeito consente na produção do resultado que, pelas circunstâncias, lhe era previsível.

Para Jesus (2010, p. 65), dolo é o desejo de concretizar os elementos objetivos previstos no tipo penal. Na descrição típica do homicídio, por só possuir

elementos objetivos, o dolo é o anseio de concretizar o fato de tirar a vida de alguém.

Acrescenta Capez (2011, p. 225) que o Código Penal adotou as teorias da vontade e do consentimento. É o que se extrai da leitura do art. 18, I, do referido diploma legal, segundo o qual o dolo é caracterizado como a vontade de realizar o resultado ou a aceitação do risco de produzi-lo.

O dolo pode ser direto ou eventual, segundo Jesus (2010, p. 65). Em suma, será direto quando o agente desejar a morte da vítima e eventual quando o sujeito assumir o risco de sua produção.

3.6.1.1 Dolo direto

Nucci (2011, p. 234) conceitua dolo direto:

É a vontade do agente dirigida especificamente à produção do resultado típico, abrangendo os meios utilizados para tanto. Exemplo: o agente quer subtrair bens da vítima, valendo-se de grave ameaça. Dirigindo-se ao ofendido, aponta-lhe um revólver, anuncia o assalto e carrega consigo os bens encontrados em seu poder. A vontade se encaixa com perfeição ao resultado. É, também, denominado dolo de primeiro grau.

Para José Frederico Marques (apud Capez, 2011, p. 226):

Diz-se direto o dolo quando o resultado no mundo exterior corresponde perfeitamente à intenção e à vontade do agente. O objetivo por ele representado e a direção da vontade se coadunem com o resultado do fato praticado.

Marinho e Freitas (2011, p. 229) prelecionam que, se para atingir o resultado almejado o sujeito produz resultados colaterais não desejados, mas que, no decorrer da ação, foram necessários, diz-se que, no que tange ao resultado diretamente desejado, há dolo direto de primeiro grau. Referente aos resultados não desejados, no entanto necessários, configurado está o dolo direto de segundo grau.

3.6.1.2 Dolo eventual

Dolo eventual, segundo Nucci (2011, p. 235):

É a vontade do agente dirigida a um resultado determinado, porém vislumbrando a possibilidade de ocorrência de um segundo resultado, não desejado, mas admitido, unido ao primeiro. Por isso, a lei utiliza o termo “assumir o risco de produzi-lo”. Nesse caso, de situação mais complexa, o agente não quer o segundo resultado diretamente, embora sinta que ele pode se materializar juntamente com aquilo que pretende, o que lhe é indiferente.

De forma exemplificativa, Zaffaroni (2011, p. 434) conceitua:

O dolo eventual, conceituado em termos correntes, é a conduta daquele que diz a si mesmo “que aguente”, “que se incomode”, “se acontecer, azar”, “não me importo”. Observe-se que aqui não há uma aceitação do resultado como tal, e sim sua aceitação como possibilidade, como probabilidade.

Greco (2011, p. 190) cita que, apesar de, aparentemente, não haver grande dificuldade em conceituar o dolo eventual, sua aplicação em casos práticos gera inúmeras dificuldades. Isso se dá porque, segundo ao autor, de forma divergente do dolo direto, é impossível identificar a vontade do sujeito como um de seus elementos integrantes, havendo, apenas, a consciência, o que levou Bustos Ramírez e Hormazábal Malarée a concluírem que o dolo eventual não passa, na verdade, de uma espécie de culpa com representação, punida de forma mais severa.

Bitencourt (2012, p. 354) expõe que a vontade e a consciência, essências do dolo direto, bem como seus elementos constitutivos, devem também estar presentes no dolo eventual. É insuficiente para a configuração da modalidade eventual de dolo o simples conhecimento da probabilidade do resultado ou a atuação com conhecimento da possibilidade de causar o resultado, conforme sustentam os que defendem a teoria da probabilidade. É indispensável que haja uma relação de vontade que envolva o resultado e o agente, e é justamente esse elemento volitivo que diferencia o dolo da culpa.

Desse modo, é pertinente citar a seguinte decisão do Superior Tribunal (BRASIL, 2014a):

RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. DOLO EVENTUAL. QUALIFICADORA. EMPREGO DE RECURSO QUE DIFICULTA OU IMPOSSIBILITA A DEFESA DA VÍTIMA. MODO DE EXECUÇÃO QUE PRESSUPÕE O DOLO DIRETO. INCOMPATIBILIDADE. EXCLUSÃO. RECURSO PROVIDO. 1. Quando atua imbuído em dolo eventual, o

agente não quer o resultado lesivo, não age com a intenção de ofender o bem jurídico tutelado pela norma penal. O resultado, em razão da sua previsibilidade, apenas lhe é indiferente, residindo aí o desvalor da conduta que fez com o que o legislador equiparasse tal indiferença à própria vontade de obtê-lo.

Acerca da aplicação prática, Jesus (2011, p. 332) sugere que, na investigação do dolo eventual, o juiz analise as circunstâncias do fato e não tente buscar na mentalidade do agente. Isso porque ninguém confessará a previsão do resultado, a ciência da possibilidade ou a probabilidade de sua causação e o consentimento. Assim, é fundamental valer-se dos denominados “indicadores objetivos”, entre os quais se destacam quatro: risco de perigo para o bem jurídico contido na conduta; poder de evitar o eventual resultado deixando de agir; meio de execução utilizado; e indiferença ou desconsideração para com o bem jurídico.

3.6.1.3 Homicídio doloso

O Código Penal brasileiro (BRASIL, 1941) prevê, no inciso I do artigo 18, o crime doloso. Por extenso: “Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo [...]”.

O elemento subjetivo do crime disposto no art. 121 do Código Penal, preleciona Greco (2014, p. 140), é a vontade de matar alguém, é o dolo, por conseguinte. O sujeito age com *animus necandi* ou *animus occidendi*; assim, a ação praticada pelo agente objetiva causar a morte de uma pessoa.

Na modalidade dolosa, o homicídio pode ser simples, privilegiado e qualificado. Será simples, segundo Capez (2013, p. 48) quando o fato praticado se subsumir ao *caput* do artigo 121 do código repressivo. Essa modalidade consiste no fundamental básico e contém, apenas, os componentes essenciais ao delito.

Acerca do homicídio privilegiado, Masson (2011, p. 19) doutrina que é modalidade prevista no artigo 121, parágrafo primeiro, do Código Penal. O nome “privilegiado” é obra doutrinária. De fato, não se trata de privilégio, e sim de causa de diminuição de pena, ocasião em que a lei reduz, em abstrato, os limites máximo e mínimo de pena. No homicídio privilegiado, é aplicada a pena imposta ao homicídio simples, reduzida de um sexto a um terço, e terá aplicação

quando o ilícito for cometido por motivo de relevante valor moral, sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

Sobre a modalidade qualificada, expõe Greco (2014, p. 133) que se encontra tipificada no parágrafo segundo do artigo 121 do Código Penal. A lei comina pena de reclusão, de 12 a 30 anos, para o agente que der causa à morte de alguém: mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe; por motivo fútil; com emprego de veneno, fogo, explosivo; asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; à traição, de emboscada ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime.

Jesus (2011, p. 98) acrescenta que, em virtude do art. 1º, I, da Lei nº 8.072/1990, com redação da Lei nº 8.930/1994, o homicídio qualificado é crime hediondo.

É questão de extrema relevância acerca do homicídio doloso a competência do Tribunal do Júri para julgamento. Essa é uma grande diferença em relação ao mesmo crime quando culposos, o qual é julgado por juiz singular. No texto da Carta Magna, por extenso:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

[...]

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida [...]. (BRASIL, 1988).

Greco (2014, p. 165) aduz que compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, em especial o homicídio, em todas as suas modalidades – simples, privilegiado e qualificado.

3.6.1.3.1 Homicídio doloso na condução de veículo automotor

Na visão de Greco (2014, p. 140), em decorrência do grande número de crimes de trânsito, surgiram, em diversos estados brasileiros, associações

que objetivam o combate desses ilícitos. As exigências da mídia quanto a punições mais severas fizeram com que promotores e juízes passassem a adotar o posicionamento de que, quando há conjugação de excesso de velocidade e embriaguez ao volante, a conduta configura-se dolosa, isso por causa da expressão contida no inciso I do artigo 18 do Código Penal: é dolosa a conduta quando o agente assumiu o risco de produzir o resultado.

No mesmo norte, aborda decisão judicial recente:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO, LESÃO CORPORAL E ARTS. 304E 305 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. PRONÚNCIA. DOLO EVENTUAL. PRETENSÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO. [...] HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] **2. O dolo eventual, abrigado na segunda parte do art. 18, inciso I, do Código Penal, caracterizado na conduta do agente que assente no resultado representado, tem sido, atualmente, reconhecido com grande frequência nos delitos de trânsito, como resultado das inúmeras campanhas realizadas, demonstrando o risco da direção perigosa e a necessidade de punir o motorista que revela seu desapego à incolumidade alheia.** [...]. (BRASIL, 2014, grifo nosso).

Mirabete e Fabbrini (2012, p. 137) tecem algumas considerações acerca da distinção entre dolo eventual e culpa consciente. Para os autores, a culpa consciente assemelha-se ao dolo eventual, mas não se confundem. Na primeira, o sujeito, embora preveja o resultado, não o aceita como possível. No dolo eventual, o sujeito prevê o resultado, mas não se importa que ele venha a ocorrer. A lei penal não faz distinção entre a culpa inconsciente e a culpa com previsão. Quanto ao dolo, igualmente, não difere o direto do eventual, prevendo a punição do autor por crime doloso.

Nucci (2011, p. 244) também faz severas críticas à modalidade eventual. No entanto, sugere outras mudanças. Por causa da quase inviável apuração da mentalidade do agente do ilícito (se dolo eventual ou culpa consciente), propõe-se a supressão da culpa consciente, deslocando-se para o campo do dolo eventual as condutas de risco, quando o sujeito assume a potencialidade lesiva do seu comportamento, com ou sem sinceridade, no que tange ao resultado final. Caberia ao magistrado aplicar a justa pena. Ao indivíduo próximo do sincero repúdio ao resultado danoso, não querendo, mas pelo risco,

uma pena menor; ao autor que, afastado do repúdio ao resultado danoso, não desejado, mas alcançado em face do risco assumido, uma pena maior.

Capez (2011, p. 115) obtempera, ainda, que, em ocasiões em que o sujeito, embriagado, conduz automóvel e causa o falecimento de outrem, a polêmica acerca do elemento subjetivo, dolo eventual ou culpa consciente, é demasiada. A maioria dos ilícitos cometidos na condução de veículo automotor são culposos. No entanto, há uma forte corrente que, em acidentes de trânsito por causa de excesso de velocidade; ou por embriaguez do condutor; ou em razão de competição não autorizada, vulgo racha; ou pelo sujeito não possuir habilitação para conduzir tem se considerado, de forma crescente, dolo eventual.

3.6.2 Culpa

Culpa, nas palavras de Juarez Tavares (2003 apud MARINHO; FREITAS, 2011, p. 231) é:

Forma de conduta humana que se caracteriza pela realização do tipo de um delito por meio de ação perigosa e contrária ao dever de cuidado, materializável em um resultado proibido, previsível e evitável, e cuja culpabilidade se assenta no fato de não haver o agente evitado sua realização, apesar de capaz e em condições de fazê-lo.

Para Bitencourt (2012, p. 363, grifo do autor), “*Culpa* é a inobservância do dever objetivo de cuidado manifestada numa conduta produtora de um resultado não querido, mas objetivamente previsível”.

Segundo Jesus (2011, p. 337), é determinado a todos, no convívio social, o dever de praticar condutas de maneira que não produza danos a terceiros. A isso denomina-se cuidado objetivo. A partir do momento em que a ação deixa de corresponder ao comportamento que teria adotado uma pessoa guarnecida de discernimento e prudência quando submetida às mesmas condições que o sujeito, torna-se típica a conduta. É elemento do tipo a indiferença ao cuidado necessário objetivo.

O dever objetivo de cuidado, citado anteriormente, é de extrema relevância quando o tema é culpa. Em decisão recente:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO

AUTOMOTOR. DEVER OBJETIVO DE CUIDADO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO MÍNIMA DA CONDUTA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. RECURSO PROVIDO.

1. O homicídio culposo se caracteriza com a imprudência, negligência ou imperícia do agente, modalidades da culpa que devem ser descritas na inicial acusatória, sob pena de se reconhecer impropriamente a responsabilidade penal objetiva. **2. O simples fato de o réu estar na direção do veículo automotor no momento do acidente não autoriza a instauração de processo criminal por crime de homicídio culposo se não restar narrada a inobservância do dever objetivo de cuidado e sua relação com a morte da vítima, com indícios suficientes para a deflagração da ação penal.** (BRASIL, 2014b, grifo nosso).

Obtempera Capez (2013, p. 101) que, no âmbito penal, não há compensação de culpas. Dessa forma, a culpa do pedestre que atravessa a rua em local inapropriado não influi na culpa do motorista que trafega na contramão e o atropela. A reciprocidade de culpa poderá, no entanto, influenciar na fixação da pena, pois o artigo 59 do Código Penal menciona o “comportamento da vítima” como condição a ser considerada. Em contrapartida, a culpa exclusiva da vítima anula a do agente, pois, se exclusiva, não há que se culpar o outro. Assim, se, ao trafegar normalmente com seu veículo, o motorista atropela transeunte que passou correndo pela avenida em local inapropriado, a culpa é exclusiva do pedestre.

3.6.2.1 Modalidades de culpa

São três as formas de manifestação da inobservância do dever objetivo de cuidado: imprudência, negligência e imperícia.

3.6.2.1.1 *Imprudência*

No conceito de Andreucci (2011, p. 66): “A imprudência é a prática de um fato perigoso, atuando o agente com precipitação, sem cautela. Exemplo: desobedecer sinal semafórico vermelho, indicativo de parada obrigatório”.

Nos ensinamentos de Capez (2013, p. 98), imprudência é a violação de normas de conduta decorrentes da experiência. É o agir sem cautela, de forma precipitada, sem precaução. Há necessariamente um comportamento positivo. É a denominada culpa *in faciendo*. Na imprudência a culpa e a ação se desenvolvem paralelamente, sendo essa uma característica determinante.

Assim, ao passo que o agente pratica a conduta comissiva, vai ocorrendo de forma simultânea a imprudência. Exemplifica o autor: manusear arma carregada, dirigir na contramão, ultrapassar na condução de veículo automotor em local proibido.

Corroborando com o exposto, tem-se o julgado da segunda instância do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO-CRIME. CRIMES CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO. IMPRUDÊNCIA. Imprudência. Verificado que o réu agiu com imprudência ao cruzar a via sem obedecer à sinalização de trânsito, visto que havia uma placa de "pare" direcionada aos veículos que trafegavam naquela mão de direção. Suficientemente demonstrado que o acusado não tomou as diligências necessárias, fato que ocasionou a colisão. A alegação de que a vítima conduzia a motocicleta em alta velocidade não exime a responsabilidade penal do acusado. Inadmissibilidade de compensação de culpas em Direito Penal. (RIO GRANDE DO SUL, 2013a).

Em uma análise simplória, destoam de forma alarmante os conceitos de imprudência e negligência. No entanto, tal diferenciação, a depender do caso em tela, pode suscitar inúmeras dúvidas e tornar-se extremamente tênue.

3.6.2.1.2 Negligência

Segundo Mirabete e Fabbrini (2012, p. 135), negligência:

[...] é inércia psíquica, a indiferença do agente que, podendo tomar as cautelas exigíveis, não o faz por displicência ou preguiça mental. Exemplos: não colocar avisos junto a valetas abertas para um reparo na via pública; não deixar freiado automóvel quando estacionado; deixar sustância tóxica ao alcance de criança etc.

Capez (2013, p. 98) acrescenta que a negligência é a culpa em forma omissiva. Exige, pois, a abstenção de um comportamento que deveria ser realizado. O negligente, antes de agir, não observa as cautelas que deveria. Dessa maneira, ao contrário da imprudência, que acontece durante a ação, a negligência dá-se antes do início da conduta.

Sobre diferenciação entre imprudência e negligência, bem como suas particularidades, expõe Jesus (2010, p. 112) que, na negligência, o agente deixa de fazer algo que a prudência impõe; na imprudência, o sujeito realiza uma conduta que a cautela instrui não fazer. A doutrina leciona que a imprudência é

positiva (o agente pratica uma conduta) e a negligência, por sua vez, é negativa (o sujeito deixa de fazer alguma coisa imposta pela ordem jurídica). Nem sempre, em contrapartida, tal diferenciação é fácil de ser feita. Por exemplo, no fato de determinada pessoa deixar uma arma ao alcance de uma criança, não se pode afirmar que não agiu.

3.6.2.1.3 *Imperícia*

Para Bitencourt (2012, p. 373):

Imperícia é a falta de capacidade, de aptidão, despreparo ou insuficiência de conhecimentos técnicos para o exercício de arte, profissão ou ofício. A inabilidade para o desempenho de determinada atividade fora do campo profissional ou técnico tem sido considerada, pela jurisprudência brasileira, na modalidade de culpa imprudente ou negligente, conforme o caso, mas não como imperícia.

Jesus (2010, p. 112), em consonância, acrescenta que imperícia é a carência de aptidão para exercer arte ou profissão. É importante salientar que, se o sujeito age fora de sua arte, ofício ou profissão, não há de se falar em imperícia, e sim em imprudência ou negligência. No entanto, nada impede que, ainda que caso o fato tenha sido cometido no exercício da profissão, ocorra imprudência ou negligência. Em tempo, vale salientar que imperícia não deve ser confundida com erro profissional.

3.6.2.2 Espécies de culpa

A culpa pode ser: consciente ou inconsciente, própria ou imprópria.

3.6.2.2.1 *Culpa consciente e culpa inconsciente*

Bitencourt (2012, p. 373) critica a distinção feita entre culpa consciente e culpa inconsciente. Afirma o autor que o Código Penal não difere uma da outra, imputando-lhes o mesmo tratamento. Tal separação é obra doutrinária e jurisprudencial, que buscam enfatizar a gravidade da culpa consciente. É de se destacar a dificuldade prática de comprovar qual das duas espécies de culpa ocorreu, em decorrência da enorme semelhança entre não

prever um resultado antijurídico e prevê-lo, confiando, no entanto, na não ocorrência.

Capez (2011, p. 234) conceitua culpa consciente como:

É aquela em que o agente prevê o resultado, embora não o aceite. Há no agente a representação da possibilidade do resultado, mas ele a afasta, de pronto, por entender que a evitará e que sua habilidade impedirá o evento lesivo previsto.

Em consonância, para Mirabete e Fabbrini (2012, p. 136) a culpa consciente se dá quando o autor prevê o resultado, mas espera, realmente, que este não ocorrerá. O sujeito sabe da possibilidade do resultado, mas o afasta, por entender que não o deixará acontecer, que, por intermédio de sua habilidade, conseguirá evitar o evento lesivo previsto. Exemplo: O caçador que vê um companheiro próximo ao animal que pretende abater e, confiando em sua técnica, executa o disparo, causando lesão ou morte do parceiro.

Sobre a culpa inconsciente, também denominada culpa sem representação, salienta Jesus (2011, p. 343): “Na culpa inconsciente o resultado não é previsto pelo agente, embora previsível. É a culpa comum, que se manifesta pela imprudência, negligência ou imperícia”.

Complementa Bitencourt (2012, p. 375) que o agir sem previsão do resultado previsível constitui a intitulada culpa inconsciente, culpa *ex ignorantia*. Nesta espécie de culpa, apesar de ser possível a previsão, esta inexistente por descuido, desatenção ou simples desinteresse do agente. Em suma, o autor atua sem ter noção de que sua conduta é perigosa e que não atende aos cuidados pertinentes para evitar a produção do resultado típico, por desleixo ou desatenção. Apesar da ausência de nexos psicológico, o agente é punido na medida em que for demonstrado que poderia conhecer os riscos do comportamento.

3.6.2.2.2 Culpa própria e culpa imprópria

Jesus (2011, p. 344) conceitua culpas própria e imprópria:

Culpa própria é a comum, em que o resultado não é previsto, embora seja previsível. Nela o agente não quer o resultado nem assume o risco de produzi-lo.

Na culpa imprópria, também denominada culpa por extensão, assimilação ou equiparação, o resultado é previsto e querido pelo agente, que labora em erro de tipo inescusável ou vencível. A denominação é incorreta, uma vez que na chamada culpa imprópria temos, na verdade, um crime doloso a que o legislador aplica a pena de crime culposos.

Mirabete e Fabbrini (2012, p. 137) acrescentam que se distingue a culpa própria, na qual o sujeito não deseja o resultado nem assume o risco de produzi-lo, da culpa imprópria, a qual é derivada de erro de tipo inescusável. Nessa hipótese, o agente deseja o resultado, mas sua vontade está comprometida por um erro passível de ser impedido com o cuidado necessário. A responsabilização do fato como crime culposos é justificada pelo fato de o agente ter dado causa ao resultado por não observar o cuidado objetivo que dele se exigia na prática do ato.

3.6.2.3 Homicídio culposos

Sob o aspecto subjetivo-normativo, segundo Jesus (2010, p. 50), o homicídio pode ocorrer de maneira culposos ou dolosa.

A legislação infraconstitucional brasileira (BRASIL, 1941) prevê a ocorrência do crime culposos: “Art. 18 - Diz-se o crime: [...] II - culposos, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

Sobre o assunto, Mirabete e Fabbrini (2012, p. 131) traçam um paralelo entre a modalidade culposos e a dolosa. Dizem os autores que, ao contrário dos crimes dolosos, em que a vontade está direcionada à realização de um resultado objetivo ilícito, os crimes culposos ocupam-se com os resultados antissociais produzidos pela conduta, não com a finalidade da ação; no delito culposos o que importa não é o fim almejado pelo agente (normalmente lícito), mas a maneira imprópria com que age.

Nessa senda, é esclarecedor o exemplo elucidado por Capez (2011, p. 95):

Um indivíduo na direção de seu veículo automotor imprime maior velocidade para chegar mais rápido ao seu trabalho. Verifica-se aqui que há uma ação dirigida a uma finalidade lícita, qual seja, chegar mais depressa ao trabalho; contudo, por estar imprimindo velocidade

excessiva em seu automóvel (quebra do dever objetivo de cuidado através de uma conduta imprudente), não consegue freá-lo a tempo de impedir o atropelamento de um transeunte. Veja-se que o resultado (atropelamento) não coincidiu com a finalidade inicial do agente, que era lícita (chegar mais rápido no trabalho).

Em se tratando de delitos culposos, vige, segundo Greco (2014, p. 166), o princípio da excepcionalidade, o qual determina que, em regra, todo crime é doloso, somente punido a título de culpa se houver previsão expressa, como é o caso do parágrafo 3º do art. 121 do Código Penal, que afirma: se o homicídio é culposo.

O princípio da excepcionalidade, abordado anteriormente, encontra previsão legal no parágrafo único do artigo 18 do diploma repressivo. Na letra da lei: “Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente” (BRASIL, 1941).

Para Jesus (2010, p. 111), são elementos do fato típico culposo: a conduta voluntária humana, fazer ou não fazer; a inobservância do cuidado objetivo, por imprudência, negligência ou imperícia; a previsibilidade objetiva da morte; a ausência de previsão; o resultado morte involuntário; e a tipicidade.

O homicídio culposo pode ter sua pena aumentada quando estiverem configuradas algumas das hipóteses previstas no texto legal. Greco (2014, p. 170) afirma que o parágrafo quarto do artigo 121 do Código Penal brasileiro prevê aumento de um terço da pena se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato ou foge para evitar prisão em flagrante.

As citadas causas de aumento de pena, conforme se verá, não mais se aplicam aos casos de homicídio na condução de veículo automotor.

3.6.2.3.1 Homicídio culposo na condução de veículo automotor

Sobre o conceito de veículo automotor, afirma Marcão (2013, p. 26):

Nos termos do Anexo I do Código de Trânsito Brasileiro, considera-se veículo automotor “todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículos utilizados para

o transporte de pessoas e coisas. O termo compreende os veículos conectados a uma linha elétrica e que não circulam sobre trilhos (ônibus elétrico)”.

Jesus (2010, p. 52) ensina que o homicídio não é delito de forma vinculada. Diferentemente do crime de curandeirismo, previsto no artigo 284, por exemplo, no qual o legislador detalha a forma de agir, no homicídio admite-se qualquer meio de execução.

No entanto, o Código de Trânsito Brasileiro, conforme acrescenta Capez (2013, p. 108), trouxe inovações legislativas de suma importância, ao passo que tipificou os ilícitos de homicídio e lesões corporais, na modalidade culposa, praticados na direção de veículo automotivo. Nesse contexto, pode-se afirmar que é um delito de tipo específico. Assim, quando tais ilícitos forem cometidos nessas condições, não incidirão os tipos genéricos de homicídio e lesão corporal previstos no Código Penal.

Na legislação específica:

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:
Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.
(BRASIL, 1997a).

Capez (2013, p. 108) observa, igualmente, que as causas especiais de aumento de pena previstas no Código Penal (§ 4º), que antes tinham a sua aplicabilidade, via de regra, restrita aos delitos culposos de trânsito, não mais se aplicam a estes, sendo certo que o Código de Trânsito Brasileiro cuidou de elencar outras causas especiais de aumento de pena.

É unânime o entendimento dos tribunais que, via de regra, os crimes de trânsito ocorrem na modalidade culposa, devendo ser considerado como doloso apenas quando os elementos do caso concreto caminhem em sentido oposto. Senão vejamos:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. 1. HOMICÍDIO. CRIME DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ. DOLO EVENTUAL. AFERIÇÃO AUTOMÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. 2. ORDEM CONCEDIDA. 1. Em delitos de trânsito, não é possível a conclusão automática de ocorrência de dolo eventual apenas com base em embriaguez do agente. Sendo os crimes de trânsito em regra culposos, impõe-se a indicação de elementos concretos dos autos que indiquem o oposto, demonstrando que o agente tenha assumido o risco do

advento do dano, em flagrante indiferença ao bem jurídico tutelado. (BRASIL, 2009).

O entendimento majoritário hoje nas cortes brasileiras é que, ainda que comprovada a embriaguez ao volante, não há de se falar em dolo eventual se os demais elementos do fato em análise não demonstrarem que o agente aceitou a ocorrência do resultado. Nesse sentido, é pertinente citar:

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO PRATICADO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 302 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. DEBATE ACERCA DO ELEMENTO VOLITIVO DO AGENTE. CULPA CONSCIENTE X DOLO EVENTUAL. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. CIRCUNSTÂNCIA QUE OBSTA O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO. REEXAME DE PROVA. ORDEM DENEGADA. [...] III Não tem aplicação o precedente invocado pela defesa, qual seja, o HC 107.801/SP, por se tratar de situação diversa da ora apreciada. Naquela hipótese, a Primeira Turma entendeu que o crime de homicídio praticado na condução de veículo sob a influência de álcool somente poderia ser considerado doloso se comprovado que a embriaguez foi preordenada. **No caso sob exame, o paciente foi condenado pela prática de homicídio doloso por imprimir velocidade excessiva ao veículo que dirigia, e, ainda, por estar sob influência do álcool, circunstância apta a demonstrar que o réu aceitou a ocorrência do resultado e agiu, portanto, com dolo eventual.** IV - Habeas Corpus denegado. (BRASIL, 2013a, grifo nosso).

As premissas do presente trabalho foram devidamente pormenorizadas. Abordou-se a tentativa, o dolo eventual e o crime de homicídio na condução de veículo automotor, conhecimentos necessários para a reflexão acerca da compatibilidade entre dolo eventual e tentativa, a seguir apresentada.

4 A (IN)COMPATIBILIDADE DA TENTATIVA DE HOMICÍDIO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR NA MODALIDADE DE DOLO EVENTUAL

Nesta seção será abordada a divergência teórica que envolve a compatibilidade/incompatibilidade entre o dolo eventual e o crime não consumado, com enfoque nos crimes contra a vida cometidos na condução de veículo automotor.

Inicialmente, é imperioso demonstrar a relevância do presente tema. As divergências sobre a compatibilidade/incompatibilidade do ilícito tentado com o dolo eventual, não só doutrinárias, mas nas cortes brasileiras, é causa de considerável insegurança jurídica.

Exemplo de demanda em que o reconhecimento da incompatibilidade/compatibilidade terá suma importância no desfecho do caso é o famigerado incêndio na Boate Kiss, em Santa Maria/RS. Nesse caso, o réu foi denunciado por 242 homicídios consumados e 636 tentativas, todos na modalidade de dolo eventual. Em análise liminar:

HABEAS CORPUS. INCÊNDIO DA BOATE KISS. ALEGADA INCOMPATIBILIDADE ENTRE A TENTATIVA E O DOLO EVENTUAL. PRETENDIDO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL EM RELAÇÃO ÀS VÍTIMAS SOBREVIVENTES. DESCABIMENTO. QUESTÃO CONTROVERTIDA NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA. MATÉRIA A SER EXAMINADA NO MOMENTO OPORTUNO, APÓS A INSTRUÇÃO CRIMINAL. Ordem de habeas corpus denegada. (RIO GRANDE DO SUL, 2013b).

Greco (2011, p. 260) afirma ser questão de extrema complexidade a possibilidade de se admitir a tentativa nos casos de dolo eventual. Diferentemente do que possa parecer, apesar de se tratar de modalidade de dolo (eventual), o raciocínio não flui de forma pacífica como acontece quando estamos diante do dolo por excelência, que é o dolo direto, seja ele de primeiro ou de segundo grau.

Marinho e Freitas (2011, p. 16) salientam que, no que tange ao dolo direto, ou seja, quando o sujeito desejou realizar o resultado, há consenso em relação à compatibilidade. Isso porque, nesse caso, está presente o elemento “vontade” direcionada ao resultado, que, na tentativa, não se realiza por circunstâncias a ela estranhas. No entanto, no que diz respeito ao dolo eventual,

a questão não apresenta tal simplicidade, vez que, nesta espécie de dolo, derivada da teoria do assentimento, o que há é aceitação do resultado, não vontade propriamente dita.

Antes de adentrar especificamente no tema, é pertinente contextualizar a transformação recente do entendimento dos operadores do Direito em relação ao dolo eventual. Oliveira (2011, p. 101) afirma ser de conhecimento geral o grande número de mortes nas estradas brasileiras, resultado da somatória de diversos fatores, entre eles a imprudência dos motoristas. Devido ao clamor popular, sobrevieram reformas na legislação, a Lei Seca, por exemplo, transferindo ao direito penal a responsabilidade de solucionar os problemas que abalam a sociedade.

Complementa o autor:

Que a sociedade brasileira se inflama pelo sensacionalismo midiático e clama por um punitivismo exacerbado não é fato recente, tampouco estranho à comunidade jurídica; o problema reside quando essa fala passa a ocupar a voz de promotores, de juízes e de um elevado número de juristas, que são, justamente, as pessoas que deveriam apontar as ilegalidades de um texto de lei, as inconformidades de uma interpretação legal e primar pela adequação de todo e qualquer dispositivo de lei aos parâmetros constitucionalmente contemplados. (OLIVEIRA, 2011, p. 102).

Conclui Oliveira (2011, p. 111) que a distinção entre culpa consciente e dolo eventual é tênue e baseada em elementos estritamente subjetivos, razão pela qual demandam um juízo cauteloso. Talvez, pela difícil percepção de tais elementos, seja mais simples inclinar-se pelo dolo eventual, banalizando tal instituto e olvidando a existência da culpa consciente.

4.1 ARGUMENTOS ACERCA DA COMPATIBILIDADE

A compatibilidade entre o delito tentado e o dolo eventual, defendida por Nelson Hungria, Eugenio Raúl Zaffaroni, Francisco Muñoz Conde, Guilherme de Souza Nucci, Julio Fabbrini Mirabete, Flávio Augusto Monteiro de Barros, Damásio de Jesus, César Roberto Bitencourt e José Frederico Marques, é o posicionamento majoritário adotado pelas cortes brasileiras, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal.

Sobre a compatibilidade dos institutos, Greco (2011, p. 260, grifo nosso) cita:

A doutrina espanhola, em sua maioria, entende, no caso em exame, ser perfeitamente admissível o conatus. Muñoz Conde, com o brilhantismo que lhe é peculiar, mesmo admitindo a controvérsia sobre o tema, assevera que, **“na medida em que o tipo do respectivo delito admita a comissão dolosa eventual [...], caberá também a tentativa com esta forma de imputação subjetiva, ainda que o normal na tentativa seja o dolo direto, pelo menos de segundo grau”.** José Cerezo Mir, sem enfrentar o tema com profundidade, afirma que **“a tentativa é compatível, segundo a opinião dominante, com o dolo eventual”.** No Brasil, **Frederico Marques também entende como perfeitamente admissível a tentativa no dolo eventual.**

Na visão de Marinho e Freitas (2011, p. 272), o argumento que embasa o entendimento dos que defendem a ocorrência da tentativa nas hipóteses de dolo eventual é que a lei não faz distinção entre o dolo direto e dolo eventual, admitindo qualquer um deles para a configuração do crime doloso. Nesse recorte, se o ilícito pode ser cometido com dolo eventual, a tentativa pode ser, igualmente, admissível.

Sobre o tema, é pertinente citar as lições de Néelson Hungria (apud NUCCI, 2011, p. 334, grifo nosso):

Se o agente **acquiesce no advento do resultado específico do crime, previsto como possível, é claro que este entra na órbita de sua volição:** logo, se, por circunstâncias fortuitas, tal resultado não ocorre, é inegável que o agente **deve responder por tentativa.**

Barros (2011, p. 253) afirma que o Código Penal equiparou o dolo eventual ao dolo direto. O dolo alternativo e o dolo direto estão abrangidos na primeira parte do inciso I do artigo 18, “quis o resultado”, enquanto que o dolo eventual é compreendido na segunda parte do inciso I do artigo 18, “assumiu o risco de produzi-lo”.

Nesse diapasão, Mirabete e Fabbrini (2012, p. 128, grifo nosso) afirmam que:

Prevalece em relação ao dolo eventual a teoria do assentimento, ao menos nos termos em que é ele definido na lei. **Justifica-se a equiparação do dolo direto ao dolo eventual na legislação penal porque arriscar-se conscientemente a produzir um resultado vale tanto quanto querê-lo.**

É o entendimento de Jesus (2011, p. 332, grifo nosso):

O dolo direto é equiparado ao dolo eventual, equiparação advinda de longo debate doutrinário. No CP, o dolo direto está contido na expressão “quis o resultado” (art. 18, I, 1.^a parte); o dolo eventual se encontra na expressão “assumi o risco de produzi-lo” (art. 18, I, 2.^a parte). O dolo alternativo também se encontra na expressão “quis o resultado”: se ele quis um ou outro resultado, e produziu um deles, não deixou de querê-lo.

Apesar de se falar em equiparação do dolo eventual ao dolo direto, vale salientar que há crimes que apenas podem ser cometidos na modalidade do dolo direto. Doutrina Barros (2011, p. 253) que, via de regra, os crimes admitem o dolo direto e o eventual. Porém, em alguns ilícitos o tipo legal exige a certeza sobre determinada circunstância, impossibilitando o dolo eventual. São delitos incompatíveis com o dolo eventual, entre outros, a calúnia, a receptação, o conhecimento prévio de impedimento, a circulação de moeda falsa ou alterada recebida de boa-fé e a denúncia caluniosa.

Acrescenta Nucci (2011, p. 334) que, em sua visão, é completamente admissível a coexistência do crime tentado com o dolo eventual, ainda que haja enorme dificuldade em se comprovar tal ocorrência em casos concretos.

Marques (2002, p. 347, grifo nosso), em consonância, doutrina:

Em se **tratando de dolo eventual, não há motivo para excluir-se a imputação ao agente da tentativa do delito mais grave.** [...] há homicídio tentado, e não lesão pessoal, se for possível a verificação de que o sujeito agiu – embora pretendendo outro resultado –, admitindo a ocorrência do evento morte, que não se produziu. Foi ainda o que proclamou certamente o tribunal de São Paulo: **“A tentativa não é incompatível com o dolo eventual, e o novo Código, equiparando essa espécie de dolo com o direto,** adotou as conclusões da doutrina.

Zaffaroni (2011, p. 603) salienta que o *conatus* necessita do dolo, isto é, o almejar o resultado. No entanto, não há razão para excluir o dolo eventual da tentativa: há tentativa de homicídio quando se lança um artefato explosivo sobre alguém e a morte não se consuma, mas, também, quando se joga um artefato explosivo contra um prédio, sem preocupação com a possível morte de alguém em seu interior, próximo à janela.

Entende Hans Welzel (apud NUCCI, 2011, p. 334, grifo nosso) que:

Na tentativa o tipo objetivo não está completo. Ao contrário, o tipo subjetivo deve dar-se integralmente, e por certo do mesmo modo como tem que aparecer no delito consumado. **Se, por isso, para a consumação é suficiente o dolo eventual, então também é suficiente para a tentativa.**

Mirabete e Fabbrini (2012, p. 137) acrescentam que a lei não distingue o dolo direto do dolo eventual, punindo o autor por crime doloso em ambos os casos.

Posiciona-se Barros (2008, p. 274, grifo nosso):

Admite-se também a tentativa constituída de dolo eventual, quando o agente realiza a conduta assumindo o risco da consumação do crime, que não ocorre por circunstâncias alheias à sua vontade. Desde que o nosso Código equiparou o dolo direto e o dolo eventual é incontroverso esse raciocínio.

Nucci (2011, p. 335) reproduz a lição prática contida na obra de José de Faria Costa: sujeito “A” quer incendiar uma residência, acreditando ser possível a morte de uma pessoa que vive ali, conformando-se, no entanto, com o resultado. Realizada a ação, a pessoa sai ilesa. Afirma Faria Costa que, para os autores que defendem a compatibilidade entre a tentativa e dolo eventual, o agente deve ser punido pelo crime de incêndio em concurso com tentativa de homicídio, punição desarrazoada, em seu entendimento, tendo em vista que a conformação do agente era com o resultado, e não com a tentativa. Na visão de Nucci (2011), em contrapartida, é coerente tal punição, tendo em vista que o autor queria o resultado incêndio, que se consumou, mas se conformou com a morte, que não veio a ocorrer por circunstâncias alheias, configurando o dolo eventual.

Segundo Mirabete e Fabbrini (2012, p. 145), na punição da tentativa, conforme rege a teoria da impressão, o Direito visa proteger um bem jurídico, mesmo que este não tenha corrido perigo de maneira efetiva, mas pelo simples fato de o *conatus* poder proporcionar o risco. A ordem jurídica zela pelo sujeito passivo, ainda que este não tenha sentido qualquer temor, tampouco notado a ameaça.

Entende o Supremo Tribunal Federal:

DOLO EVENTUAL. TENTATIVA. EQUIPARAÇÃO AO DOLO DIRETO. COMPATIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. Embora a questão não

encontre solução pacífica na doutrina, adotando-se **como premissa a equiparação do dolo direto com o dolo eventual realizada pelo legislador ordinário, afigura-se compatível o delito tentado praticado com dolo eventual. Precedente.** (BRASIL, 2013b, grifo nosso).

Em consonância, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. PROCESSUAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO PARA A AÇÃO PENAL. CRIME COMETIDO COM DOLO EVENTUAL. POSSIBILIDADE DA FORMA TENTADA. “HABEAS CORPUS”. RECURSO. [...] 2. A AUSÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO PARA A AÇÃO PENAL NÃO PODE SER VERIFICADA NA ESTREITA VIA DO “HABEAS CORPUS”; SÓ APÓS O REGULAR CURSO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL PODERÁ SE CHEGAR À CONCLUSÃO SOBRE SUA EFETIVA PARTICIPAÇÃO. 3. **ADMISSÍVEL A FORMA TENTADA DO CRIME COMETIDO COM DOLO EVENTUAL, JÁ QUE PLENAMENTE EQUIPARADO AO DOLO DIRETO; INEGÁVEL QUE ARRISCAR-SE CONSCIENTEMENTE A PRODUZIR UM EVENTO EQUIVALE TANTO QUANTO QUERÊ-LO.** 4. RECURSO CONHECIDO MAS NÃO PROVIDO. (BRASIL, 1997, grifo nosso).

Nessa senda, este é o entendimento do aerófago catarinense:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÂNSITO. DUPLO HOMICÍDIO, UM CONSUMADO E OUTRO TENTADO. RECURSO DA DEFESA. **ALEGADA INCOMPATIBILIDADE DA FIGURA DA TENTATIVA COM O DOLO EVENTUAL. INOCORRÊNCIA. MODALIDADE EQUIPARADA AO DOLO DIRETO. PRECEDENTES DO TRIBUNAL DA CIDADANIA E DESTA CORTE.** MÉRITO. PLEITO DE ANULAÇÃO DO JULGAMENTO ANTE A MANIFESTA CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS. ACOLHIMENTO INVIÁVEL. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CAPAZES DE SUSTENTAR A DECISÃO DOS JURADOS, SEGUNDO A QUAL O CONDUTOR DO VEÍCULO AGIU COM DOLO EVENTUAL, EIS QUE, EMBRIAGADO, DIRIGINDO EM ALTA VELOCIDADE E EM “ZIGUE-ZAGUE”, ACABOU POR PROVOCAR O FATÍDICO ACIDENTE DE TRÂNSITO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS. DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA MANTIDA. APELO NÃO PROVIDO. (SANTA CATARINA, 2010, grifo nosso).

Apesar da relevância do entendimento citado, a incompatibilidade entre o dolo eventual e o crime tentado também encontra embasamento doutrinário e jurisprudencial, conforme se verá adiante.

4.2 ARGUMENTOS ACERCA DA INCOMPATIBILIDADE

O posicionamento a favor da incompatibilidade entre o instituto da tentativa e do dolo eventual é consignado por renomados doutrinadores, tais quais: Juan Bustos Ramírez, Hernán Hormazábal Malarée, Rogério Greco, Manuel Lopes Maia Gonçalves, Alexandre Araripe Marinho, Fernando de Almeida Pedroso e André Guilherme Tavares de Freitas. No Brasil é tido como entendimento minoritário, aplicado apenas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no entanto, possui relevância em âmbito internacional.

Segundo Nucci (2011, p. 335), é posição predominante na doutrina italiana a impossibilidade de convivência entre tentativa e dolo eventual. Tal afirmação é embasada nos ensinamentos de Mantovani, o qual defende que o agente que, visando a outro fim, aceita, em contrapartida, o risco de produzir resultado imprevisto, não deseja este último da mesma forma, direta, que o primeiro. Assim, só há delito tentado se o agente atua com dolo intencional, não sendo viável punir a tentativa com dolo eventual sem violar a proibição *in malam partem*.

Colhe-se, ainda, no Direito Comparado, as lições de Manuel Lopes Maia Gonçalves (1997 apud NUCCI, 2011, p. 334):

Não há tentativa no contexto do dolo eventual, porque o art. 22 do Código Penal Português expressamente se refere à prática de atos de execução de um crime que decidiu cometer, logo, não pode o agente ter assumido o risco. [...] Admite, no entanto, o STJ português aceita a tentativa em caso de dolo eventual, pois nessa forma de dolo também existe representação e vontade, embora “enfraquecidas ou degradadas”.

Greco (2011, p. 261) afirma que, ainda que o entendimento contrário tenha grande peso, em razão dos autores que o defendem, o dolo eventual é absolutamente incompatível com ilícitos não consumados.

Acerca da incompatibilidade do dolo eventual com crimes tentados, Nucci (2011, p. 334) cita a abordagem de José de Faria Costa sobre o assunto. Este autor enumera três pontos para rejeitar a possibilidade de tentativa no contexto do dolo eventual. No primeiro tópico, Faria Costa afirma que na tentativa presume-se uma “irrecusável e inequívoca decisão de almejar a prática de um

crime”, motivo pelo qual não se pode atribuir ao agente que assume o risco de atingir o resultado o ilícito penal tentado.

Em consonância, cita Greco (2011, p. 261) que o reconhecimento da tentativa nos casos em que o agente atua com dolo eventual contraria o próprio conceito de tentativa positivado em lei. O Código Penal, em seu art. 14, II, ao prever ser crime tentado como “quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”, induz, em razão da palavra “vontade”, que o ilícito tentado somente será admissível quando a ação do sujeito for finalística e diretamente voltada à produção de um resultado, e não aos casos em que assume o risco de produzi-lo, nos termos propostos pela teoria do assentimento. Nesse sentido, o art. 14, II, do Código Penal adotou, por conseguinte, para fins de reconhecimento do dolo, tão somente a teoria da vontade.

Sobre o assunto, Álvaro Mayrink da Costa (apud MARINHO; FREITAS, 2011, p. 273) salienta que é certo se afirmar que o dolo eventual implica uma posição de vontade e que estruturalmente é incompatível com a tentativa, pois esta, como se extrai da positivação legal, exige uma atitude positiva, ou seja, a persecução do resultado típico como meta prioritária. Só deve ser entendida como uma alternativa subsidiária quando colocada a cargo do agente.

No mesmo diapasão, colhe-se das lições de Marinho e Freitas (2011, p. 273) que, no inciso II do artigo 14 do diploma repressor, ao reconhecer a vontade do agente como elemento integrante do crime tentado, o legislador foi adepto da teoria da vontade, afastando, no que tange à tentativa, a teoria do assentimento.

É pertinente salientar que a tentativa necessita do dolo por parte do agente. Leal (2004, p. 272, grifo nosso) afirma que o elemento subjetivo da tentativa é:

[...] o dolo, ou seja, a vontade manifestada de consumir o tipo penal não consumado. É o que Wessels chama de resolução para o fato, que compreende o dolo, dirigido a todos os elementos do tipo subjetivo. **Na verdade, é preciso ficar demonstrado que o agente quis matar, quis subtrair, quis estuprar, etc. e, nas circunstâncias, não lhe foi possível consumir seu desejo.** Esta resolução para o tipo penal, consiste na vontade dirigida a um fim, que é a consumação do resultado

não alcançado, mas cuja intenção ficou evidente, diante dos atos objetivos praticados.

Conforme demonstrado em seção anterior, para Jesus (2011, p. 376) são elementos da tentativa: o início de execução do crime e a não consumação do crime por circunstâncias alheias à vontade do agente. Sobre o segundo elemento, o autor leciona que, não obstante a vontade inicial do sujeito seja realizar o crime, o *iter* pode ser interrompido por duas razões: pela sua própria vontade; e pela interferência de circunstâncias alheias a ela.

Nucci (2011) cita a segunda abordagem de José de Faria Costa sobre a incompatibilidade da tentativa e dolo eventual:

Nos casos de existência de “elemento subjetivo específico”, como ocorre no furto, é exigida uma vontade específica de ter para si a coisa subtraída e não há como praticar uma tentativa de furto com dolo eventual. O agente não pode ter uma intenção de uso e simultaneamente uma intenção de apropriação. São realidades que mesmo só ao nível psicológico se excluem mutuamente e que também penalmente não admitem acasalamento. O que pode suceder é o agente, para além do seu querer intencional de apropriação, duvidar quanto à propriedade do objeto de que se quer apoderar, considerando nessa perspectiva ser eventualmente possível o objeto ser seu, mas mesmo que assim não seja conformar-se-á com a produção do resultado. Resumindo: o agente nunca pode duvidar no ato intencional: pode, isso sim, é permitir que a dúvida se instale no seu espírito relativamente ao conteúdo de um elemento normativo, mas, como nos parece de singular clareza, tal dúvida não pode bulir minimamente como ato intencional. (COSTA, 1996 apud NUCCI, 2011, p. 335).

Lecionam Marinho e Freitas (2011, p. 273) que, de fato, o dolo eventual, como “posição de vontade”, e não propriamente como vontade, estruturalmente se assemelha à culpa consciente, como modalidade de negligência muito grave, a qual o legislador, por querer maior rigor, por motivo de política criminal, equiparou ao dolo direto.

Nucci (2011, p. 237) afirma ser tênue a divisão entre o dolo eventual e a culpa consciente. Em ambos o sujeito prevê a ocorrência do resultado, mas apenas no dolo o agente admite a possibilidade de este vir a acontecer. Na culpa consciente o sujeito acredita sinceramente que evitará o resultado, ainda que o tenha previsto.

Não obstante a citada semelhança entre o dolo eventual e a culpa consciente, é pertinente lembrar a incompatibilidade da tentativa com delitos

culposos, já abordada no presente trabalho. Sobre o assunto, Francisco Mendes Pimentel (1954 apud MARQUES, 2002, p. 345) ensina:

Culpa e tentativa são duas idéias antitéticas. No crime culposo tem-se em conta o resultado, que o delinqüente não quis, mas que, por previsível, deverá evitar; na tentativa pune-se a vontade criminosa que, a despeito de seu esforço, não conseguiu o evento danoso. Na culpa há resultado sem intenção; na tentativa intensão sem resultado. Tentativa culposa é, pois, *contradictio in adjecto*, incongruência nos próprios termos.

Com precisão, Bustos Ramírez e Hormazábal Malarée (apud GRECO, 2011, p. 261, grifo nosso) prelecionam: “Não é possível a tentativa com dolo eventual, pois [...] o dolo eventual tem a estrutura de uma imprudência a que, **por razões político-criminais, se aplica a pena do delito doloso**”.

Como facilmente se denota da citação de Ramírez e Malarée, o dolo eventual, segundo os autores, tem uma estrutura de imprudência, modalidade de culpa, conforme já exposto. Acrescentam os doutrinadores que, no entanto, por razões de política criminal, foi essa estrutura enquadrada ao dolo eventual. Sobre o movimento que busca agravamento das condutas de homicídio na condução de veículo automotor, expõe Nucci (2011, p. 236):

Tem sido posição adotada, atualmente, na jurisprudência pátria considerar a atuação do agente, em determinados delitos cometidos no trânsito, não mais como culpa consciente, e sim como dolo eventual. As inúmeras campanhas realizadas, demonstrando o perigo da direção perigosa e manifestamente ousada, são suficientes para esclarecer os motoristas da vedação legal de certas condutas, tais como o racha, a direção em alta velocidade, sob embriaguez, entre outras.

Capez (2011, p. 227) apresenta outras condutas, relacionadas à condução de veículo automotor, classificadas como dolo eventual. Segundo o autor, assume o risco quem conduz veículo em velocidade incompatível com o local realizando manobras arriscadas; o chofer que, em desabalada corrida, para chegar a determinado local, aceita de antemão o resultado de atropelar uma pessoa; quem participa de inaceitável disputa automobilística realizada em via pública, ocasionando morte; que atropela ciclista e, em vez de deter a marcha do veículo, acelerá-lo, visando arremessar ao solo a vítima que caíra sobre o carro; quem dirige em alta velocidade, na contramão, embriagado.

É imperioso citar a lição de Greco (2011, p. 262), o qual questiona os doutrinadores que admitem a possibilidade de ocorrência de dolo eventual nos delitos de trânsito, qual a solução do problema em que um sujeito, por exemplo, conduzindo embriagado veículo e em velocidade excessiva, viesse a causar o falecimento de duas pessoas, ferindo outras três. Teria, para os que admitem essa possibilidade, de ser denunciado por dois homicídios consumados e três tentativas? Ou, como forma alternativa de raciocínio, de ser denunciado por dois homicídios consumados e três lesões corporais?

Greco (2011, p. 626) acrescenta que ambas conclusões são inadmissíveis. Em relação à primeira, o autor afirma que, ao se admitir a tentativa no dolo eventual, é impossível precisar o momento em que se inicia a execução. Na prática, quando o agente embriagado está imprimindo velocidade excessiva, já está praticando atos de execução? Se sim, o motorista embriagado que se deslocou em alta velocidade por um longo caminho, passando por centenas de pessoas, até atropelar cinco indivíduos, teria de responder por outras centenas de tentativas. Tais tentativas brancas não poderiam ser desconsideradas caso admitida a tentativa no dolo eventual.

Dando seguimento ao raciocínio, o mesmo autor afirma que a segunda conclusão, ou seja, quando o motorista é denunciado pelas mortes e pelas lesões, também não é uma solução apropriada. Não se pode trabalhar com dolo bipartido. Assim, seria inadmissível que o agente, com o mesmo comportamento, que responderá pelo homicídio venha a ser responsabilizado também por lesões corporais. (GRECO, 2011, p. 626).

Acerca da terceira consideração de José de Faria Costa, transcreve Nucci (2011, p. 335):

O terceiro ponto de vista defende que a prática de atos idôneos para atingir o resultado – fator de destaque para o ingresso na fase executória do crime – não é possível de ser atingido no campo do dolo eventual. O certo é que se o agente representa o resultado unicamente de modo eventual é manifesto que, pelo menos, para o infrator, os atos que levariam ao fim desejado não podem ser tidos como idôneos. Pois, por mais plasticidade que se atribua ao conceito de idoneidade este não se compadece com a dúvida que a representação como possível acarreta. Contudo, argumentar-se-á: estamos no domínio da pura objetividade não tendo, por conseguinte, aqui cabimento o apelo a qualquer elemento do dolo, mesmo que na zona da pura cognoscibilidade.

Marinho e Freitas (2011, p. 273) afirmam fazer parte do grupo de doutrinadores que entendem ser incompatível a estrutura diferenciada do dolo eventual em relação ao dolo direto incompatível com a tentativa.

É, em suma, o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

TRIBUNAL DO JÚRI. TENTATIVA. HOMICÍDIO. DOLO EVENTUAL. INCOMPATIBILIDADE. O DOLO EVENTUAL, EM LINHAS GERAIS DEFINIDO COMO A ACEITAÇÃO, PELO AGENTE, DA PRODUÇÃO DO RESULTADO MAIS GRAVE, MAS QUE CONSCIENTEMENTE NÃO PRETENDE OBTER, É INCOMPATÍVEL COM O INSTITUTO DA TENTATIVA, QUE EXIGE O DOLO DIRETO. PROVIMENTO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DEFENSIVO. (RIO GRANDE DO SUL, 2013c, grifo nosso).

Nesse sentido, o desembargador Manuel José Martinez Lucas, em voto de relatoria, comenta o posicionamento da segunda instância gaúcha favorável à incompatibilidade do dolo eventual com a tentativa:

[...] tenho posição firmada acerca da evidente incompatibilidade entre o crime tentado e o dolo eventual [...]. Obviamente não desconheço que, a esse respeito, não é pacífica a doutrina pátria, sendo certo que a maioria dos autores [...] entendem ser compatível a tentativa com o dolo eventual. [...] entendendo, como Fernando de Almeida Pedrosa, em sua obra Direito Penal, que há impossibilidade lógica de admitir-se a tentativa no dolo eventual, porquanto, no delito tentado, há vontade dirigida à prática de um determinado resultado, enquanto no dolo eventual o agente aceita o resultado, sem, entretanto, querê-lo. [...] tal entendimento de incompatibilidade [...] atualmente é pacífico nesta Primeira Câmara Criminal, conforme demonstra a ementa de recente acórdão da lavra do eminente Desembargador Março Antônio Ribeiro de Oliveira, digníssimo Presidente [...] A despeito de haver prova material do ilícito e indícios suficientes de autoria, embora seja questão assaz controvertida pela jurisprudência, este órgão fracionário hodiernamente confeccionou o entendimento de que o instituto da tentativa é incompatível com o dolo eventual. (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

Ante o exposto, resta clara a acalorada divergência doutrinária no que tange à compatibilidade/incompatibilidade entre o crime tentado e o dolo eventual. É notório que ambas as visões encontram respaldo legal e ideológico, não possuindo tal celeuma, portanto, simplória solução.

5 CONCLUSÃO

O tema do presente trabalho acadêmico envolve complexidade, a qual é ignorada por muitos doutrinadores e operadores do Direito. Qualquer opinião infundada sobre o assunto deve ser desconsiderada, não obstante o fato de que ambos os posicionamentos sobre o tema encontram embasamento em argumentos concretos.

É pertinente salientar que não se pretende, por meio deste, sentenciar o assunto. O objetivo é fomentar na academia a discussão sobre o tema proposto, por muitos desconhecido, em que pese sua relevância, influenciando de forma positiva na pacificação de um entendimento uno, a ser adotado em todo o território brasileiro, dirimindo a insegurança jurídica hoje vigente.

Conforme demonstrado ao longo do trabalho, atualmente banalizou-se o instituto do dolo eventual. Em razão do crescimento dos crimes de trânsito e do sentimento de impunidade generalizado, houve calorosa pressão social, demandando respostas firmes do Estado. Como de costume, a solução estatal veio por meio de reformas na legislação, imputando ao Direito Penal a responsabilidade sobre os problemas que abalam o meio social.

Nesse contexto, a aplicação do dolo eventual sofreu grande alteração. Sabe-se que tal instituto possui tênue diferença em relação à culpa consciente, devendo sua aplicação, no caso concreto, demandar criteriosa análise dos elementos objetivos e subjetivos. Atualmente, há grande crítica por parte de renomados autores do Direito Penal quanto à aplicação exagerada do dolo eventual, fato que torna ainda mais complexa a celeuma que envolve a compatibilidade entre o delito tentado e esse instituto.

Neste trabalho foram demonstradas todas as nuances do posicionamento favorável à compatibilidade do crime tentado e do dolo eventual. Em suma, o argumento que o embasa é a polêmica equiparação do dolo eventual ao dolo direto. Conforme abordado, para os que assim entendem, arriscar-se conscientemente a produzir um resultado vale tanto quanto querê-lo. É esse o entendimento majoritário em todo o território nacional.

A posição contrária, pormenorizada na seção anterior, é favorável à incompatibilidade do crime tentado com o dolo eventual. O argumento que estrutura tal posicionamento tem como base a delimitação de crime tentado

adotada pelo Código repressor, qual seja, quando o crime não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Na visão dos autores que a defendem, em virtude de o diploma legal falar em vontade do agente, estaria excluído o dolo eventual, visto que nesta modalidade não há vontade propriamente dita.

Apenas o fato de se afirmar que determinado artigo do Código Penal igualou o dolo eventual ao dolo direto não deve ser encarado como verdade inconteste. Afinal, os mesmos autores que assim se posicionam defendem a relativização do termo “vontade”, positivado no artigo 14 do Diploma Penal, defendendo sua configuração quando há mera assunção do risco por parte do agente.

Parece ser mais coerente, ao menos em teoria, o posicionamento dos que defendem a incompatibilidade do crime não consumado com o dolo eventual. É inegável o aparente confronto lógico em se dizer tentado, ou seja, que o agente tentou realizar um delito não desejado por ele.

Apesar da rica discussão levantada, o assunto laborado não se esgota, devendo ser aprofundado. No âmbito da graduação, parece inviável um posicionamento definitivo sobre a compatibilidade ou incompatibilidade do crime tentado com o dolo eventual. Talvez em trabalhos futuros, com os aprofundamentos condizentes aos estudos mantidos no âmbito de pós-graduação, torne-se possível um posicionamento objetivo a esse respeito.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de Direito Penal**. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Legislação penal especial**. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**: parte geral. 6. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

_____. _____. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 18. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 abr. 2015.

_____. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997a. **Código de Trânsito Brasileiro**. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 58826 RS. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura, Brasília, DF, 29 de junho de 2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6060293/habeas-corpus-hc-58826-rs-2006-0099967-9>>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 296621/DF. Relator: Min. Walter de Almeida Guilherme. Brasília, DF, 6 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153675667/habeas-corpus-hc-296621-df-2014-0138352-5>>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 6797 RJ 1997/0065157-6. Relator: Min. Edson Vidigal. Brasília, DF, 16 de dezembro de 1997b. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19876672/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-6797-rj-1997-0065157-6-stj>>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1277036/SP. Rel. Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF, 2 de outubro de 2014a. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153309293/recurso-especial-resp-1277036-sp-2011-0202442-4>>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 44320. Relator: Min. Laurita Vaz. Brasília, DF, 18 de junho de 2014b. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25186302/recurso->

ordinario-em-habeas-corporus-rhc-44320-ba-2014-0006820-0-stj>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 115352/DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 16 de abril de 2013a. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23110860/habeas-corporus-hc-115352-df-stf>>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 114223 SP. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 2 de abril de 2013b. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23091937/habeas-corporus-hc-114223-sp-stf>>. Acesso em: 20 maio 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

_____. _____. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

_____. **Curso de Direito Penal**: parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____. **Curso de Direito Penal**: parte especial: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. v. 2.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

_____. **Direito Penal**: parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. 30. ed. São Paulo, 2010. v. 2.

LEAL, João José. **Direito Penal geral**. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.

MARCÃO, Renato. **Crimes de trânsito**: anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei nº 9.503, de 23-9-1997. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas, SP: Millennium, 2002.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal esquematizado**: parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal:** parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 28. ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal:** parte geral: parte especial. 7.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. A supressão da culpa consciente no sistema jurídico-penal brasileiro: o caso do homicídio de trânsito. **Revista Jurídica:** órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, ano 59, n. 409, p. 102-112, nov. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 70053395646 RS. Relator Des. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, Novo Hamburgo, 19 de dezembro de 2013a. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113602493/apelacao-crime-acr-70053395646-rs>>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 70055207757. Relator: Des. Manuel José Martinez. Santa Maria, 10 de julho de 2013b. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112977341/habeas-corpus-hc-70055207757-rs>>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça. Recurso em Sentido Estrito nº 70038221180. Relator: Des. Manuel José Martinez Lucas. Erechim, 27 de abril de 2011. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19787893/recurso-em-sentido-estrito-recsenses-70038221180-rs/inteiro-teor-19787894>>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça. Recurso em Sentido Estrito nº 70052819752. Relator: Des. Newton Brasil de Leão. Carazinho, 7 de agosto de 2013c. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113226050/recurso-em-sentido-estrito-rse-70052819752-rs/inteiro-teor-113226060>>. Acesso em: 20 maio 2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 688014 SC 2009.068801-4. Relator: Des. Tulio Pinheiro. Meleiro, 19 de março de 2010. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8468883/apelacao-criminal-reu-presos-acr-688014-sc-2009068801-4>>. Acesso em: 20 maio 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raill. **Manual de Direito Penal brasileiro:** parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.