

INCOMPATILIDADE ENTRE TENTATIVA E DOLO EVENTUAL, CONTENDO O PODER PUNITIVO DO ESTADO E EFETIVANDO DIREITOS FUNDAMENTAIS: CASO DOCICLISTA ATROPELADO NA AVENIDA PAULISTA (SP)

THE INCOMPATIBILITY BETWEEN ATTEMPTED CRIME AND EVENTUAL INTENT, CONTAINING THE STATE'S PUNITIVE POWER AND IMPLEMENTING FUNDAMENTAL RIGHTS: THE CASE OF THE CYCLIST RUN OVER ON PAULISTA AVENUE (SP)

Artigo recebido em 14/07/2016

Revisado em 15/07/2016

Aceito para publicação em 05/09/2016

Ivan Martins Motta

Professor nos cursos de Graduação e Mestrado da Faculdade de Direito do Centro Universitário FIEO – UNIFIEO. Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu - USJT. Membro do Conselho Consultivo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais- IBCCRIM

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo o estudo de tema de extrema relevância contemporânea - incompatibilidade entre os institutos penais da tentativa e do dolo eventual -, destacando a importância de um julgamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sobre rumoroso caso ocorrido no tráfico viário, que pode ser considerado um “case study” na investigação deste tema. Entendida a incompatibilidade entre as referidas figuras jurídicas, contém-se o poder punitivo do Estado, salvaguardando-se com maior eficácia os bens jurídicos da sociedade, sempre em busca da efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Tentativa. Dolo eventual. Direitos fundamentais.

ABSTRACT: The present paper aims to study an extremely important and current theme – the incompatibility between attempted crime and eventual intent –, highlighting the importance of a judgment of the Supreme Court of the State of São Paulo about a striking event occurred in road traffic, which can be considered a case study in the investigation of that topic. Once understood the incompatibility between those legal figures, it will be possible to contain the State’s punitive power, safeguarding society’s legal assets in a more effective way, always in search of the implementation of fundamental rights and guarantees.

KEYWORDS: Attempted crime. Eventual intent. Fundamental rights.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Notas relevantes sobre o julgado do TJSP – 12ª Câmara Criminal - Recurso em Sentido Estrito nº 0832268-64.2013.8.26.0052 – Rel. Breno Guimarães j. 21/08/2013. 1.1 Síntese do julgado. 1.2 Comentários relevantes sobre excertos da decisão. 1.3 Análise crítica do julgado. 2 Dolo eventual – Considerações gerais e doutrina. 3 Tentativa – Considerações gerais e doutrina. 4 Compatibilidade/incompatibilidade entre a tentativa e o dolo eventual. 4.1 Compatibilidade – Doutrina e jurisprudência. 4.1.1 Doutrina. 4.1.2 Jurisprudência. 4.2 Incompatibilidade – Doutrina e jurisprudência. 4.2.1 Doutrina. 4.2.2 Jurisprudência. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O aumento da produção e venda de veículos automotores (notadamente, caminhões, automóveis e motocicletas) nos últimos anos, batendo recordes sucessivos, contribuiu para o incremento dos acidentes de trânsito, muitos deles causados por embriaguez e/ou desrespeito às regras de trânsito (excesso de velocidade, ultrapassagens na contramão, não observância de semáforos, etc.), acarretando, conseqüentemente, expressivo aumento do número de vítimas. Nessas hipóteses, os protagonistas ativos da imputação penal – Polícia Judiciária e Ministério Público – vão, pouco a pouco, alterando o foco classificatório do ilícito de homicídio culposo, art. 302 da Lei 9.503/1997, Código de Trânsito Brasileiro - CTB, para homicídio doloso, Código Penal, art. 121 a título de dolo eventual. Essa tendência tem, também, sido observada nas decisões judiciais de expressiva parcela da magistratura nacional, principalmente em casos de embriaguez ao volante, tornando-se frequente o encaminhamento do julgamento para o Tribunal do Júri.

Referida alteração da classificação, embora possível dentro dos estritos termos da lei (Código Penal e Código de Trânsito Brasileiro), dá margem a distorções como a que se observa no exame do caso objeto da decisão do TJSP - Recurso em Sentido Estrito nº 0832268-64.2013.8.26.0052, em que o representante do MP denuncia o réu, que dirigia supostamente embriagado, por tentativa de homicídio, ao invés de lhe imputar a prática de lesão corporal culposa ou dolosa, se o caso.

Este julgado da 12ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de 21.08.2013, da relatoria do desembargador Breno Guimarães (IBCCRIM, Boletim n. 216), que, por votação unânime, decidiu pela incompatibilidade entre os institutos da tentativa e do dolo eventual foi escolhido como objeto deste trabalho, pois pode ser considerado um “case study” na investigação do tema.

A presente investigação realça a importância do emprego da doutrina e da jurisprudência como instrumentos eficazes à efetividade dos direitos e garantias fundamentais, notadamente pela contenção do poder punitivo do Estado, que detém o monopólio da aplicação da lei penal. Efetivamente, a opção pela tese da incompatibilidade lógica entre tentativa e dolo eventual, lastreada em consistentes opiniões doutrinárias e decisões judiciais solidamente fundamentadas, contribui, sem dúvida, para conter o poder punitivo do Estado, impedindo que se aplique sanção mais rigorosa do que a devida.

O trabalho se utiliza do método dedutivo-argumentativo, partindo da análise de uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e prosseguindo na pesquisa de doutrina, nacional e estrangeira, e de julgados dos tribunais nacionais sobre os conceitos de dolo eventual e tentativa, com a finalidade de perquirir sobre a compatibilidade ou não entre ambos os institutos penais.

1 NOTAS RELEVANTES SOBRE O JULGADO DO TJSP-12ª CÂMARA CRIMINAL - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 0832268-64.2013.8.26.0052- REL. BRENO GUIMARÃES J. 21/08/2013

1.1 Síntese do julgado

O julgado se refere ao rumoroso caso ocorrido em 2013, na cidade de São Paulo, em que um jovem, dirigindo seu veículo, atropelou e feriu um ciclista, que circulava na ciclo faixa da Av. Paulista. Com o impacto, a vítima teve seu braço decepado. Em seguida, o agente descartou o membro em um córrego. O Ministério Público alegou que houve tentativa de homicídio com dolo eventual, já que o motorista, que apresentava sinais de embriaguez, teria assumido o risco de produzir o resultado ao dirigir nessas condições. O magistrado da 1ª Vara do Júri da Comarca de São Paulo, entendendo ser o Tribunal do Júri incompetente para apreciar e julgar o caso, sob o argumento de ser inadmissível o crime de tentativa de homicídio sob a forma de dolo eventual, determinou o retorno dos autos ao Departamento de Inquéritos Policiais – DIPO, a fim de que fossem redistribuídos a uma das varas criminais. Em face dessa decisão, o Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito. A 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, negou provimento ao recurso ministerial e declarou competente o Juízo da 25ª Vara Criminal da Capital para apreciar e julgar o caso.

1.2 Comentários relevantes sobre excertos da decisão

Inicialmente, o acórdão transcreve trechos da decisão do magistrado “a quo”, que se posiciona pela incompatibilidade entre o dolo eventual e a tentativa, sob o argumento de que como no caso “sub judice” não havia homicídio consumado, não seria possível a admissão do dolo eventual.

Assim se manifesta o juiz singular sobre o crime (IBCCRIM, Boletim n. 216).

[...] Se não há resultado morte, como no caso em exame, impossível falar em homicídio tentado pelo dolo eventual. O resultado foi lesão corporal e se o indiciado agiu com dolo eventual, por lesão corporal consumada ou outro delito cuja descrição e capitulação caberá ao Ministério Público, ele deve responder.

Observe-se que, o juízo monocrático, entendendo se tratar de crime de lesão corporal, remete os autos ao DIPO para redistribuição a uma das varas criminais da Comarca, destacando caber ao juiz singular a competência para apreciação e julgamento do caso.

Quanto à compatibilidade ou não entre os institutos da tentativa e do dolo eventual, o acórdão se manifesta pela impossibilidade lógica da admissão da compatibilidade entre ambos, pois o art. 14, II, do CP exige necessariamente que no crime tentado a vontade do agente se dirija à produção do resultado, que não ocorre por circunstâncias alheias à sua vontade. De acordo com o acórdão, o elemento volitivo, isto é, o querer produzir o fato previsto em lei como crime, não está presente no dolo eventual, uma vez que neste há apenas anuência à ocorrência do resultado, conforme trecho do referido julgado, exposto a seguir (IBCCRIM, Boletim n. 216).

Em outros termos, no dolo eventual o agente prevê o resultado como possível ou provável, mas não se importa com a sua ocorrência, aceitando-o. Não há, portanto, a real vontade de produzir o resultado, o que o torna incompatível com o conceito de tentativa insculpido no Código Penal. Em linguagem simples e direta, não há nenhuma lógica em tentar fazer algo que não se quer com consciência e vontade.

De fato, apoiado nos ensinamentos de Fernando de Almeida Pedroso, o julgado realça a impossibilidade de se questionar a afirmativa de que, como no dolo eventual não há vontade diretamente dirigida à produção do resultado, não há, também, possibilidade lógica de compatibilizá-lo com a figura da tentativa, como se observa logo abaixo (IBCCRIM, Boletim n. 216).

[...] assumindo o agente apenas a possibilidade do dano ao bem jurídico penalmente tutelado, inconscuso é que ou nada se produz sequer havendo que se cogitar da forma tentada, ou se produz alguma coisa de relevância criminosa, ainda que ‘menor’ à prevista, e por ela deve o sujeito ativo, sob a forma consumada, ser

responsabilizado criminalmente (in “Direito Penal”, Parte Geral – doutrina e jurisprudência, volume 1, Editora Método, 4ª edição, 2008, p.452/454).

A decisão extraída do julgado em exame tece considerações críticas sobre o que denomina de “*odiosa tendência institucional*” adotada pela acusação no processo, qual seja o uso abusivo do poder de acusar. A decisão se apoia nos ensinamentos de Aury Lopes Júnior, que critica a recorrência de acusações abusivas, que objetivam somente estigmatizar o acusado, conforme trecho destacado, extraído do julgado (IBCCRIM, Boletim n. 216).

Muitas vezes, fazem verdadeiras manobras de ilusionismo jurídico para, por exemplo, denunciar por homicídio doloso (dolo eventual) qualificado (recurso que impossibilitou a defesa da vítima?!), o condutor de um automóvel que dirigia em velocidade excessiva ou estava embriagado, por exemplo. Elementar que estamos diante de um crime grave, mas jamais nem por mágica acusatória podemos transformar um homicídio culposo (culpa grave, consciente até se quiserem) em doloso qualificado!

Entendendo ser impossível a transformação de um homicídio culposo em doloso qualificado, o Tribunal dispõe que o juiz titular da Vara do Júri agiu acertadamente ao declinar de sua competência, pois a sua decisão “*está de acordo com a melhor doutrina e jurisprudência sobre o tema*” e, deste modo, nega provimento ao recurso do Ministério Público e declara competente para apreciar e julgar o caso o Juízo da 25ª Vara Criminal da Capital (IBCCRIM, Boletim n. 216).

1.3 Análise crítica do julgado

Inicialmente, reitera-se que o juiz singular, ao declinar, de plano, da competência do Tribunal do Júri, sob o argumento da não existência de homicídio consumado, não afasta a possibilidade de, em casos de embriaguez, se imputar a prática de homicídio ou lesão corporal dolosos em caso de acidente de trânsito com vítimas. A insurgência do magistrado “a quo” se dá, exclusivamente, por entender que há incompatibilidade entre os institutos penais da tentativa e do dolo eventual.

Uma das questões estritamente teóricas para o deslinde da causa abordadas pelo acórdão se refere à compatibilidade ou incompatibilidade da tentativa com o dolo eventual. Nesta questão, o julgado se posiciona no mesmo sentido do magistrado da Vara do Júri, filiando-se à corrente dos que sustentam a impossibilidade lógica de se admitir a compatibilidade entre a tentativa e o dolo eventual. Para tanto o acórdão entende necessária à configuração do crime tentado, a vontade do agente dirigida à produção do resultado lesivo,

que não se consuma por circunstâncias alheias à sua vontade. Consoante se deduz da decisão, no dolo eventual a vontade do agente é dirigida diretamente à prática da conduta, não obstante o resultado se lhe represente como possível ou provável. Como a representação da probabilidade da produção do resultado não demove o agente de agir, a lei penal considera que ele assume o risco de produzi-lo (dolo indireto). Já na tentativa, o crime não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente, isto é, a vontade do agente é dirigida diretamente à produção do resultado. Como no dolo eventual não há a real vontade do agente de produzir o resultado, há uma incompatibilidade lógica com o conceito de tentativa inculpado no Código Penal. Nesse sentido dispõe o acórdão que “*não há nenhuma lógica em tentar fazer algo que não se quer com consciência e vontade*”.

O acórdão analisado realça que a tentativa pressupõe a vontade consciente e livre de realizar o fato típico e que esta realização é o objetivo central e direto da conduta do agente, daí resultando, portanto, a sua incompatibilidade com o dolo eventual, uma vez que este supõe apenas uma atitude de conformidade, resignação, a respeito do resultado.

Como se observa, o julgado está solidamente fundamentado. Acrescente-se que, sob um foco semântico, os próprios termos das palavras que compõem os institutos designam ideias diferentes. De um lado, *tentar* remete o intérprete à ideia de uma ação intencional dirigida diretamente a um determinado fim, isto é, a um resultado específico. De outro lado, a expressão *assumir o risco*, mencionada na lei penal, dirige o intérprete à ideia de assentimento, conformidade, aceitação de um resultado diverso daquele objetivado pelo agente. Efetivamente, na tentativa a vontade é diretamente dirigida ao resultado, ao passo que no dolo eventual a vontade não é dirigida diretamente à produção do resultado, isto é, a intenção é voltada a outro fim.

São tantas as dificuldades de delimitação entre o dolo eventual e a culpa consciente que alguns autores sugerem “de lege ferenda” a reunião de ambas as figuras jurídicas em uma terceira modalidade de culpabilidade, situada entre o dolo e a culpa, ou, simplesmente, segundo outros, a união de ambos os conceitos. Neste último sentido, o próprio julgado do TJSP manifesta adesão ao ensinamento de NUCCI (IBCCRIM, Boletim n. 216) que prega a união do dolo eventual com a culpa consciente, entendendo que assim se pode “*sanar os problemas relativos à configuração da tentativa, controversa, como visto no campo do dolo eventual*”. Diverge-se, no entanto, deste posicionamento, pois, em que pese resolva muitos problemas práticos oriundos da proximidade entre referidos institutos, não é recomendável, visto que, como com propriedade ensina Roxin (ROXIN, p. 448), tal solução desprezaria a

“diferença qualitativa que existe entre a decisão contra o bem jurídico protegido e a confiança negligente em sua conservação [...]”.

2 DOLO EVENTUAL: CONSIDERAÇÕES GERAIS E DOCTRINA

De fato, o dolo, vontade consciente e livre de praticar o fato previsto em lei como crime, pode ser direto ou eventual. No dolo direto, o agente quer diretamente o resultado, isto é, ele sabe e quer o que faz. No dolo indireto ou eventual o agente não quer diretamente o resultado, mas assume o risco de produzi-lo. No dolo eventual a vontade é dirigida diretamente à conduta, e, não, ao resultado. O agente prevê o resultado como possível ou provável e, mesmo assim, resolve agir de qualquer modo. A previsão da probabilidade do resultado não demove o agente de atuar, de sorte que, assim, se resigna com a sua eventual ocorrência. No dolo eventual, o agente leva em conta seriamente a possibilidade de produzir o resultado típico, porém, apesar disso, quer agir para alcançar o fim perseguido e, assim, se conforma com a sua eventual ocorrência, como no caso da prática da roleta russa, de certas modalidades de racha, etc. Enfatize-se que, no dolo eventual, o agente quer praticar a conduta de qualquer jeito, isto é, a direção de sua vontade está focada na prática da conduta e não, diretamente, no resultado típico.

Havendo, assim, uma sensível proximidade entre a culpa consciente e o dolo eventual, os penalistas sempre procuraram estabelecer as características que os distinguem. Destacam-se, aqui, as três principais teorias que procuram explicar o traço distintivo entre as figuras jurídico-penais do dolo eventual e da culpa consciente. São elas as teorias da probabilidade/possibilidade, do consentimento, e da conformação.

Entre os adeptos da teoria da probabilidade, Günter Jakobs (JAKOBS, p.327), vê na representação do autor da probabilidade da realização do tipo a característica marcante da distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente. No seu entender, o dolo eventual ocorre *“quando no momento da ação o autor julga que a realização do tipo não é improvável como consequência dessa ação”*. No mesmo sentido, Francisco Muñoz Conde (MUÑOZ CONDE, p. 60), realça a representação da probabilidade da produção do resultado pelo agente como uma das principais características do dolo eventual. Para Muñoz Conde ocorre o dolo eventual quando o agente, embora não queira produzir o resultado, o representa como de produção provável, conforme a seguir expõe: *“O sujeito não quer o resultado, mas ‘conta com ele’, ‘admite a sua eventual produção’ ‘assume o risco’, etc.”*.

Já Giovanni Fiandaca e Enzo Musco (FIANDACA/MUSCO, p. 306), configuram o dolo eventual tendo como fator predominante a representação pelo agente de um resultado típico previsto como possível e não apenas como provável. Os referidos doutrinadores, após ressaltarem que a proximidade do dolo eventual com a culpa com previsão, é causa de frequentes controvérsias doutrinárias, enfatizam que para que haja dolo eventual é preciso que o agente aja sem o fim de cometer o crime: “*antes bem, o agente deve representar-se a comissão do delito somente como consequência ‘possível’ de uma conduta dirigida a alcançar outros objetivos*”.

Entreos defensores da teoria do consentimento, Reinhart Maurach e Heinz Zipf (MAURACH, ZIPF, p. 389, v. I) põem em evidência, logo após a representação do resultado típico pelo autor, a existência de uma relação de vontade do agente com este resultado. Para eles, deve existir entre o resultado e a conduta do autor uma determinada relação de vontade, isto é, o autor deve consentir no resultado, manifestar sua conformidade com a realização do resultado.

Américo Taipa de Carvalho, (TAIPA DE CARVALHO, p. 327) ao tratar do dolo eventual, tem uma posição próxima a Maurach e Zipf, ressaltando que o fundamental para a afirmação de um tipo de ilícito doloso é a representação por parte do agente da *possibilidade* da produção do resultado típico e a *aceitação* do risco de sua ocorrência.

Entre os filiados da teoria da conformação, Hans-Heinrich Jescheck (JESCHECK, p. 404/405, v. prim.) acentua, também, o aspecto volitivo, pondo em relevo a conformação da vontade do agente com a possível realização do tipo como a característica predominante do dolo eventual, perfilando-se, deste modo, entre aqueles doutrinadores que acham que a distinção básica entre culpa consciente e dolo eventual é que este último exige a conformidade do autor com o resultado típico. Para Jeschecko dolo eventual é constituído de duas partes: na primeira o agente tem consciência de que concorre um perigo concreto à realização do tipo, na segunda parte o sujeito, que leva a sério o perigo, se conforma à produção do resultado típico.

Devido à proximidade do dolo eventual com a culpa consciente, Claus Roxin (ROXIN, p.424), ao tratar do primeiro instituto, inicia ressaltando a importância da delimitação entre o dolo eventual e a culpa consciente, questão a que ele atribui não apenas extraordinária importância prática como, também, ser uma das questões mais discutidas e difíceis do direito penal. No que concerne à caracterização do dolo eventual, Roxin acentua, na mesma direção de Jescheck, ser a resignação e a conformação do autor com a produção do resultado previsto como possível o principal traço do dolo eventual. Leciona Roxin (ROXIN,

p.427) que o fato do sujeito contar seriamente com a possibilidade de realização do tipo e, não obstante, seguir atuando para alcançar o fim almejado, está, deste modo, se resignando à eventual realização de um delito e a ele se conformando.

A doutrina nacional destaca, também, a proximidade do dolo eventual com a culpa consciente. Juarez Cirino dos Santos (CIRINO DOS SANTOS, p.140/141), aqui invocado em nome de toda doutrina nacional, salienta que a doutrina contemporânea trabalha com dois “*conceitos-pares*” (nível intelectual/atitude emocional) para a definição e a distinção dessas duas figuras típicas, como se observa a seguir.

a) o **dolo eventual** se caracteriza, no nível intelectual por levar a sério a possível produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, por conformar-se com a eventual produção desse resultado – às vezes, com variações para as situações de contar com o resultado típico possível, cuja eventual produção o autor aceita; b) a **imprudência consciente** se caracteriza pela representação da possível produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, pela leviana confiança na ausência ou na evitação desse resultado, por força da habilidade, atenção, cuidado, etc. na realização concreta da ação. (grifo do autor)

Deste modo, o ponto central que diferencia as duas figuras, segundo Cirino dos Santos, é que, tanto no nível intelectual quanto na atitude emocional, os institutos jurídicos do dolo eventual e da tentativa se distinguem claramente: no primeiro, o agente leva a sério a possível produção do resultado (nível intelectual) e aceita sua eventual ocorrência (atitude emocional); na culpa consciente o agente representa a possível produção do resultado (nível intelectual), mas não a aceita, confiando na sua habilidade, atenção e cuidado.

O que se extrai das doutrinas citadas é que os alicerces da estrutura do dolo eventual são a representação da possibilidade/probabilidade da ocorrência do resultado típico e a aceitação, conformidade ou resignação desse resultado pelo agente. Como no dolo eventual o agente não quer diretamente o resultado típico, a sua representação da possibilidade/probabilidade da produção desse resultado, associada à sua aceitação, conformidade ou resignação, constituem, pois, as características fundamentais do referido instituto.

A proximidade do dolo eventual com a culpa com previsão é, pois, causa de inevitáveis e recorrentes discussões doutrinárias, a ponto de Jorge de Figueiredo Dias (FIGUEIREDO DIAS, p. 108) afirmar que existe entre ambos os institutos uma “*sobreposição inevitável*”. (grifo do autor)

3 TENTATIVA: CONSIDERAÇÕES GERAIS E DOCTRINA

A tentativa é a realização incompleta do tipo. Dentro do trajeto imaginário a ser percorrido pelo agente para a prática do crime (“iter criminis”), a tentativa tem seu marco inicial no início de sua execução, que se caracteriza pelo ataque direto ao bem jurídico. Como realização incompleta do tipo, o percurso da tentativa vai desde o início dos atos executórios até a prática do último ato de execução, sendo o resultado não alcançado por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Paulo César Busato (BUSATO, p. 670/671) ensina que a tentativa é um delito incongruente por excesso subjetivo, contrariamente ao delito doloso consumado, que é sempre congruente, pois o que se pretende no âmbito subjetivo se obtém objetivamente. Na sua visão “*o agente quer mais do que logrou realizar, de modo que a dimensão subjetiva do delito aparece maior que a objetiva*”.

Sob o aspecto da estrutura do crime tentado, Juarez Cirino dos Santos (CIRINO DOS SANTOS, p. 384/385) identifica três elementos básicos para a constituição do tipo de tentativa: a) decisão de realizar o crime, elemento subjetivo da tentativa, constituído pelo dolo; b) ação específica de realizar o tipo, elemento objetivo, que tem por objeto o comportamento típico, conforme o plano do autor; c) ausência de resultado, por fatores independentes da vontade do autor.

Referente ao posicionamento da tentativa no “iter criminis”, Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössele e Heinz Zipf (MAURACH, GÖSSEL, ZIPF, p.17, v.2) colocam-na entre a preparação e a consumação. No entendimento deles, a tentativa se contrapõe à preparação porque com o seu início o agente ingressa na “imagem-guia do delito” e, ao contrário da consumação, a tentativa apenas cumpre a parte subjetiva do tipo, não podendo completar a parte objetiva. Assim é que, para os doutrinadores, o que caracteriza a tentativa “*é a vontade de consumação objetivamente não realizada [...]*”.

Lembra-se, ainda, que todo tipo tentado encerra um perigo a bens ou interesses juridicamente protegidos. Giovanni Fiandaca e Enzo Musco (FIANDACA/MUSCO, p. 465) identificam essa exposição a perigo de lesão de bens jurídicos penalmente protegidos como a pedra de toque da punibilidade da tentativa, acentuando que o fundamento político criminal da punibilidade da tentativa “*está constituído pela exigência de prevenir a colocação em perigo de bens jurídicos protegidos*”.

Abordando a completude dos aspectos subjetivo e objetivo do tipo tentado, os ensinamentos de Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangelli (ZAFFARONI,

PIERANGELI, p. 40) se aproximam dos de Maurach, lecionando ambos que a tentativa pressupõe uma incompleta tipicidade objetiva: começo de execução e falta de consumação, e uma completa tipicidade subjetiva. Correta a afirmação de Zaffaroni e Pierangelli, já que, quanto ao elemento subjetivo “per se”, a tentativa não se distingue do crime consumado, pois, como tipo subsidiário que é, o dolo da tentativa é o mesmo do crime consumado. No crime tentado a vontade do agente se dirige diretamente à produção do resultado, que apenas não ocorre por circunstâncias alheias à sua vontade.

Nesse sentido, a questão que se coloca é a de se saber se o dolo da tentativa que, como dito, é o mesmo do crime consumado, é exclusivamente o dolo direto, ou seja, aquele em que a vontade do agente se dirige diretamente à produção de um resultado típico, ou se pode ser, também, o dolo eventual, que é aquele em que a vontade do autor se dirige diretamente à prática de uma conduta que, no mais das vezes, é lícita ou indiferente ao direito penal, tendo com relação ao resultado uma relação fluídica de assunção do risco de sua produção.

4 COMPATIBILIDADE/INCOMPATIBILIDADE ENTRE A TENTATIVA O DOLO EVENTUAL

Existe grande divergência doutrinária em torno da questão da compatibilidade entre os institutos da tentativa e do dolo eventual, havendo quem entenda ser compatível essas figuras jurídicas e quem não aceite a compatibilidade entre ambas.

4.1 Compatibilidade: Doutrina e jurisprudência

4.1.1 Doutrina

Segundo parte expressiva da doutrina nacional, conforme revelado nos parágrafos seguintes, a tentativa é, em tese, compatível com o dolo eventual. É de se destacar com relação a esse entendimento que, com raras exceções, os autores que seguem essa orientação tratam o tema com certa horizontalidade. Explícita ou implicitamente a maior parte dos estudiosos que se alinha nesse sentido se baseia na equiparação feita pelo Código Penal entre dolo direto e dolo eventual para justificar a compatibilidade.

Nessa linha, Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, p.319), com apoio no texto legal, critica aqueles que defendem ser a *decisão* para cometer o crime o único objetivo da tentativa, o que a tornaria incompatível com o dolo eventual, pois neste o agente apenas assume o risco

da produção do resultado. Para Nucci o agente “*pode ingressar no estágio de execução movido pela assunção do risco e não necessariamente por uma vontade clara e direta de atingir o resultado*”. Referido entendimento é partilhado por Luiz Regis do Prado (PRADO, p.461), ao afirmar que o “*tipo subjetivo da tentativa, composto de dolo direto ou eventual, é idêntico ao do delito consumado*”. E, na mesma direção, Damásio de Jesus (DAMÁSIO, 2013, p. 378) entende que a tentativa não possui um dolo próprio, diferente daquele que constitui o elemento subjetivo do crime consumado e assevera que “*o dolo da tentativa é o mesmo do crime consumado. [...] O dolo pode ser direto ou eventual*”.

Por derradeiro, Nelson Hungria (HUNGRIA/FRAGOSO, p. 99), também adepto da compatibilidade entre tentativa e dolo eventual, fundamenta sua opção na equiparação legal entre dolo direto e dolo eventual na aquiescência por parte do autor da produção do resultado típico, por ele previsto como possível, arrematando “*logo se, por circunstâncias fortuitas, tal resultado não ocorre, é inegável que o agente deve responder por tentativa*”.

Na doutrina estrangeira o entendimento da compatibilidade entre os institutos da tentativa e do dolo eventual é partilhado por diversos autores, conforme destacado abaixo.

Por primeiro, Jorge de Figueiredo Dias (FIGUEIREDO DIAS, p. 694/695), ao tratar da tentativa e dolo eventual, se manifesta pela compatibilidade entre ambas as figuras jurídicas. A seu ver, na tentativa o dolo pode assumir tanto a forma intencional como a eventual, uma vez que em ambas existe a mesma dignidade punitiva e a mesma carência da pena, não havendo nenhuma incompatibilidade, lógica e dogmática, entre a tentativa e o dolo eventual. No entendimento do doutrinador, o agente, ao representar a produção do resultado como possível e se conformar com este, tem que se submeter às mesmas exigências político criminais, justificando, portanto, punibilidade de qualquer tentativa.

Günther Jakobs (JAKOBS, p. 866), diferentemente de Figueiredo Dias, não fundamenta a sua orientação pela compatibilidade entre tentativa e dolo eventual, afirmando pontualmente que: “*Se para a consumação basta o dolo eventual, também será assim para a tentativa*”. Já Reinhart Maurach e Heinz Zipf (MAURACH, ZIPF, p.36, v. 2) admitem, de modo indireto, a compatibilidade entre tentativa e dolo eventual, remetendo ao tipo penal o fator decisivo para o deslinde da questão, tanto que lecionam: “*O tipo respectivo é determinante para estabelecer se é suficiente o dolo eventual, ou se acaso cabe exigir o dolo direto, ou bem uma intenção sobreposta ao dolo*”.

Remetendo, igualmente, ao tipo respectivo a resposta sobre a compatibilidade entre tentativa e dolo eventual, afirma Hans-Heinrich Jescheck (JESCHECK, p. 703, v. seg.) que a tentativa exige o tipo subjetivo completo, sendo a primazia do dolo que, do mesmo modo que

no delito consumado, deve se referir a todos os elementos objetivos do tipo, podendo adotar, também, a forma de dolo eventual, sempre que seja suficiente para o tipo respectivo.

4.1.2 Jurisprudência

Entre tantos julgados, seleciona-se um do Superior Tribunal de Justiça por ser bem representativo da fundamentação da maioria das decisões que se posiciona pela compatibilidade entre os institutos da tentativa e do dolo eventual. Nele se observa que a fundamentação básica do entendimento favorável à compatibilidade entre as figuras jurídicas do dolo eventual e da tentativa se apoia na equiparação legal do dolo direto ao dolo eventual, conforme ementa que segue.

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 (STJ – 5ª T. – RHC 6.797 – Rel. Edson Vidigal – j. 16.12.1997 – DJU 16.02.1998, p. 114-115).

4.2 Incompatibilidade

4.2.1 Doutrina

Os autores que entendem ser a tentativa incompatível com o dolo eventual, no mais das vezes, fundamentam suas orientações de modo mais consistente e vertical, conforme se pode observar das doutrinas a seguir expostas.

Rogério Greco (GRECO, p.266/267), acentua a definição legal do conceito de tentativa como um obstáculo à admissão do dolo eventual no crime tentado, trazendo à colação o art. 14, II do CP, pois este dispositivo legal, ao definir a tentativa, exige que, após o início da execução o crime não se consume por circunstâncias alheias à vontade do agente, induzindo o intérprete, mediante a palavra vontade, que a tentativa só será admissível quando a conduta do agente for diretamente dirigida à produção do resultado, e não às hipóteses em que o agente assume somente o risco de produzi-lo.

No mesmo diapasão, acentuando a impossibilidade lógica entre ambos os institutos, Ivan Martins Motta e Regina Vera Villas Boas (MOTTA e VILLAS BÔAS, p. 111) entendem ser “*a direção de vontade do agente*” o fator determinante da opção pela incompatibilidade entre tentativa e dolo eventual, pois no dolo eventual “*a vontade do agente é dirigida diretamente à prática da conduta*”, não obstante o resultado se lhe represente como possível

ou provável. Já na tentativa, a direção da vontade do agente é “*dirigida diretamente à produção do resultado*”, que não ocorre por circunstâncias alheias à sua vontade.

Fernando de Almeida Pedroso (PEDROSO, 2008, p. 452 a 454), realçando que a direção da vontade do agente não se dirige diretamente à produção do resultado, tendo o sujeito apenas assumido a possibilidade do dano ao bem jurídico, conclui que das duas uma: ou nada se produz, hipótese em que sequer se pode cogitar da forma tentada, ou se produz algum resultado típico e por ele deve o sujeito ativo ser responsabilizado criminalmente, sob a forma consumada.

De fato, ressalta-se que tanta é a dissintonia que existe entre o crime tentado e o dolo eventual que, mesmo aqueles que defendem a hipótese da compatibilidade do dolo eventual com o crime tentado, como, por exemplo, Nelson Hungria (HUNGRIA/FRAGOSO, p. 99), reconhecem que, na prática, será muito difícil harmonizar o os referidos institutos, notadamente no caso da tentativa branca, quando o agente não atinge a vítima.

Parte minoritária da doutrina estrangeira rejeita a compatibilidade da tentativa com o dolo eventual, como é o caso de Giovanni Fiandaca e Enzo Musco (FIANDACA/MUSCO, P.470) que, apoiando-se no próprio conceito de tentativa, que exige uma conduta orientada a um fim e não uma simples aceitação ou conformidade com um resultado previsto como possível/provável, asseveram que é inevitável aceitar que o próprio conceito de tentativa implica numa conduta orientada a um fim e não apenas à mera aceitação do risco de um resultado possível ou provável. A confirmação dessa assertiva, no entender de Fiandaca e Musco, é encontrada na inequívocidade dos atos que está vinculada a uma correspondente predisposição psicológica: “*é dizer, à vontade dirigida (intenção) a conseguir o resultado criminal perseguido*”.

Já Günter Stratenwerth (STRATENWERTH, p. 203), focando a doutrina penal alemã, entende que comete crime tentado quem, conforme suas representações do fato punível, se coloca diretamente no sentido de sua realização. Stratenwerth entende que, de um lado, requer-se a existência da intenção de praticar o crime e, de outro, uma conduta que represente o início da execução do fato típico e, posicionando-se pela incompatibilidade da tentativa com o dolo eventual, afirma que neste “*não há uma decisão de cometer o delito*”, isto é, o agente não se coloca diretamente à realização do fato previsto em lei como crime.

Claus Roxin (ROXIN, p. 426) atribui crítica a expressão dolo eventual, considerando-a incorreta, pois a vontade de ação no dolo eventual é incondicional e não eventual ou condicionada, pois o indivíduo quer agir a qualquer custo em perseguição a um objetivo lícito ou indiferente ao direito penal. Em sua opinião, exclusivamente a produção do resultado é que

depende de eventualidades. Como se vê, diante de tanta controvérsia, Claus Roxin, embora de modo indireto, atribui à expressão “dolo eventual” uma parcela de responsabilidade por tanta diversidade de orientações.

4.2.2 Jurisprudência

Existe, igualmente, expressiva divergência na jurisprudência nacional sobre a compatibilidade da tentativa com o dolo eventual, havendo julgados que entendem serem compatíveis os referidos institutos e outros que não aceitem a compatibilidade entre ambos.

Para o arremate deste trabalho selecionou-se, entre tantos, um julgado do TJRS que é considerado muito representativo do tema. Referida decisão diz respeito, também, a um crime praticado na direção de veículo automotor e conclui pela incompatibilidade lógica entre os institutos da tentativa e do dolo eventual, já que no dolo eventual a vontade não se dirige diretamente à produção do resultado, ao passo que na tentativa a lei exige que a vontade se dirija diretamente àquele fim, conforme se observa do texto do julgado, que segue.

Pronúncia. Tentativa de homicídio. Delito de circulação no trânsito. Dolo eventual. Prova. A submissão de quem se envolve em delito de circulação de veículos no trânsito ao julgamento popular, através de imputação de dolo eventual, exige a presença de circunstâncias excepcionais, bem determinadas, visto que a regra, em casos do gênero, é a culpa. Circunstâncias não presentes na espécie. Dificuldade, outrossim, de conciliar conceitos de crime tentado, cujo resultado só não se obtém por circunstâncias alheias à vontade do agente, com o dolo eventual, onde não há essa vontade de obtenção do resultado lesivo. Recurso provido para a desclassificação da infração". (Recurso em Sentido Estrito nº 70001042415, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Hirt Preiss, j. em 31/08/2000).

CONCLUSÃO

Não obstante os entendimentos contrários, não há como se deixar de reconhecer que os institutos do dolo eventual e da tentativa são logicamente incompatíveis. Assim como acontece com polos magnéticos iguais, o dolo eventual e a tentativa se repelem, não se atraem. E isso ocorre porque no dolo eventual a direção da vontade do agente é dirigida diretamente à prática da conduta, enquanto que na tentativa, por sua vez, a sua vontade é diretamente direcionada à produção do resultado.

Por isso, não se pode aceitar a tese da compatibilidade entre o dolo eventual e a tentativa. Não convence o recorrente argumento invocado pelos que defendem a compatibilidade entre a tentativa e o dolo eventual de que, tendo o Código Penal equiparado o

dolo direto ao dolo eventual é perfeitamente legítima a compatibilidade entre ambas as figuras jurídicas. Esse fundamento não se sustenta. A própria definição legal da tentativa (CP, art. 14, II) repele a sua coexistência com o dolo eventual: “diz-se o crime tentado quando iniciada a execução não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”, isto é, na tentativa a vontade do agente é dirigida diretamente à produção do resultado, daí a incompatibilidade, pois, no dolo eventual, enfatize-se, embora exista a previsão do resultado, a vontade do sujeito é diretamente direcionada à prática da conduta.

Com este trabalho se realça a importância do emprego da doutrina e da jurisprudência como instrumento eficaz à efetividade dos direitos e garantias fundamentais, notadamente pela contenção da atividade persecutória do Estado, que detém o monopólio da aplicação da lei penal. Efetivamente, a opção pela tese da incompatibilidade lógica entre tentativa e dolo eventual, lastreada em consistentes opiniões doutrinárias e decisões judiciais solidamente fundamentadas, dando-se destaque a um acórdão do TJSP, contribui, sem dúvida, para conter o poder punitivo do Estado, impedindo que se aplique sanção mais rigorosa do que a devida.

Como se vê no exame do caso concreto objeto do citado julgado, escolhido para fundamentar a conclusão da presente pesquisa, o motorista que atropelou um ciclista, decepando - lhe o braço, enquanto circulava na ciclo faixa de uma importante avenida da cidade de São Paulo, foi denunciado pelo Ministério Público pelo crime de homicídio tentado com dolo eventual, notadamente por apresentar sinais de embriaguez. O crime imputado foi, no entanto, desclassificado pelo magistrado da Vara do Júri, sob o argumento de ser inadmissível o crime de tentativa de homicídio sob a forma de dolo eventual. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao apreciar o recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, negou, por votação unânime, provimento ao recurso, adotando como razão de decidir a tese defendida neste trabalho, isto é, a da incompatibilidade lógica entre os institutos jurídicos da tentativa e do dolo eventual. Na busca da efetivação da Justiça, esse julgado, face à sua relevância prática e sólida fundamentação, pode ser considerado um “case study” na investigação deste tema.

De fato, o direito imposto pelo legislador deve ser harmonizado com os ideais de justiça e razoabilidade, cabendo ao intérprete utilizar a estrutura normativa, doutrinária e jurisprudencial na busca da interpretação que mais se aproxime destes ideais. E é aí que a doutrina e a jurisprudência cumprem relevante e destacado papel como instrumentos eficazes para a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, contendo a atividade persecutória do Estado e tutelando os bens jurídicos de toda população diante de um poder que, de outro modo, seria ilimitado.

REFERÊNCIAS

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo, Atlas, 2015.

FIANDACA, Giovanni. MUSCO, Enzo. *Derecho penal: parte general*. Trad. Luis Fernando Niño. Bogotá: Editorial Temis, 2006.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1ª ed., 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Niterói: Impetus, 2009, vol. 1.

HUNGRIA, Nelson. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 1, t. 2.

IBCCRIM, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim nº 256, março de 2014. ISSN 1678-3661.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquim Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Derecho penal: parte general*. Trad. De S. Muir Pig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1981, v. primero e segundo.

JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 34. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1.

MAURACH, Reinhart. GÖSSEL, Karl Heinz. ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general: formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Trad. De Jorge Bofill Genzch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, v. 1.

MAURACH, Reinhart. GÖSSEL, Karl Heinz. ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general: formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Trad. De Jorge Bofill Genzch. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, v. 2.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte geral*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 1.

MOTTA, Ivan Martins. VILLAS BÔAS, Regina Vera. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoria Geral do Delito. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral; parte especial*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal: parte geral, doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Método, 2008, v. 1.

PRADO, Luiz Regis do. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, vol 1.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, t. 1.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal: parte general, I*. Trad. Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982.

TAIPA DE CARVALHO, Américo. *Direito penal: parte geral: questões fundamentais: teoria geral do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELLI, José Henrique. *Tentativa: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995