

Francisco de Assis de França Júnior

Tentativa e Dolo Eventual

Análise crítica da relevância do dolo eventual e sua (in)congruência com a tentativa

Dissertação de Mestrado em Direito, na área de especialização em
Ciências Jurídico-Forenses, orientada pela Senhora Professora Doutora
Susana Aires de Sousa e apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra

Dezembro/2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Agradecimentos

Aos meus familiares, por terem compreendido minha ausência durante o período do curso;

A todos os amigos e amigas que direta ou indiretamente contribuíram para que eu pudesse me sentir “em casa” em terras lusitanas, especialmente aos funcionários da pensão Antunes, bem como ao advogado António José Lopes Regadas;

Aos companheiros das horas gratificantes de estudos sobre os temas versados nas aulas, em especial ao Daniel Lordello Senna, ao Roberto Nóbrega de Almeida Filho e ao Biscay Eusébio Kassoma;

Aos funcionários e funcionárias da Universidade de Coimbra, com os quais convivemos diariamente no período do curso, especialmente aos que nos atendem nas salas dos catálogos das bibliotecas;

À minha orientadora, Senhora Professora Doutora Susana Aires de Sousa, pelas preciosas orientações e, sobretudo, pela paciência;

À direção do Centro Universitário Cesmac, por me permitir o afastamento sem que eu tivesse que me desligar definitivamente da instituição;

A todos, indistintamente, o meu muito obrigado!

Lista de siglas e abreviaturas

AgRg – Agravo Regimental

Art. – Artigo

CP – Código Penal

PE – Parte Especial

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

Índice

Agradecimentos.....	2
Lista de siglas e abreviaturas.....	3
1. Introdução.....	5-10
2. De onde partir: desvalor de resultado <i>versus</i> desvalor da ação.....	10-14
3. Reflexões sobre a tentativa, sua estrutura e punibilidade (limites e fundamentos)...	14-15
3.1. Sua relação de (in)dependência perante a consumação.....	15-20
3.2. As inconveniências da adoção de um pensamento lógico-formal.....	20-26
4. Reflexões sobre o dolo eventual e sua estrutura (limites e fundamentos).....	26-29
4.1. Elementos para uma perspectiva essencialmente crítica.....	29-33
4.2. A relevância como requisito subjetivo para a responsabilização penal...33-36	
5. A possibilidade de congruência entre a tentativa e o dolo eventual.....	37-39
5.1. Doutrina favorável à congruência.....	39-43
5.2. Doutrina contrária à congruência.....	43-51
5.3. Posição intermediária.....	51-52
6. Conclusão.....	53-55
Bibliografia.....	56-59

1. Introdução

De início, cumpre-nos reconhecer que há, digamos o óbvio, uma carga considerável de complexidade no percurso que ora se inicia. Os caminhos dispostos à frente – mesmo tendo já sido trilhados por consagrados autores da dogmática penal, tanto da clássica quanto da contemporânea, como se verá –, por serem repletos de tortuosas ramificações, tais como as que costumam compor um labirinto, deixam-nos sempre o alerta para que não nos desnorteemos no curso da investigação. Nesse sentido, a escolha das direções a seguir, como é natural num tal processo acadêmico-investigativo, dependerá das hipóteses que previamente pretenderemos “testar”, ou seja, o ponto de partida não raramente estará comprometido com uma determinada perspectiva prévia sobre o tema, cuja (in)validade nesse *iter*, dada a honestidade intelectual, deverá ser colocada à prova.

A variabilidade de perspectiva sobre o assunto escolhido é rica, apesar de ser este, como demonstraremos, já considerado de certa forma “pacificado”. Na verdade, háquase que um “clima de aceitação inquestionada”¹ – sobretudo na doutrina e na jurisprudência portuguesas –, colocando-nos dificuldades como, por exemplo, a escassez de aprofundamento em textos, pois boa parte dos autores tem passado pela matéria como se as discussões a respeito já constituíssem “página virada”. E, se nos permitem a ousadia: muito pelo contrário, porquanto há muitas outras páginas que precisam ser exploradas e/ou revisitadas antes de darmos a discussão como ultrapassada.

No entanto, não nos parece ser possível, aqui, pretender esgotar o assunto², muito menos em nível de mestrado, cujas limitações parecem-nos óbvias, a começar pelo número máximo de caracteres a que, pelo regulamento acadêmico e pedagógico, ficamos adstritos. Também por conta disso, mesmo correndo o risco de “sobrecarregar” a leitura, vai-se perceber o uso relativamente corrente do recurso às notas de rodapé, a indicar não apenas as fontes que nos embasam, mas, sobretudo, a literatura de referência na busca pelo necessário aprofundamento do assunto. Sempre que não nos for permitido discorrer

¹ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992, pág. 516.

²Sobre a concepção teórica de crime e de seus muitos problemas ainda por resolver, Faria Costa dirá: “não há nem haverá nunca uma doutrina que feche definitivamente a ordenação desta matéria”; e arremata: “o que há são sempre explicações, mais ou menos conseguidas que levam dentro de si o efêmero e a relatividade do seu tempo histórico”. FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de Direito Penal – fragmenta iuris poenalis*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pág. 195.

longamente sobre um determinado ponto, dissecando-o como deveria, é delas que nos valeremos para indicar a(s) obra(s) de consulta(s) necessária(s) nesse sentido.

Dadas às circunstâncias, não nos será possível, ao menos não na relação das prioridades, pormenorizadas incursões históricas das categorias dogmáticas ora investigadas. Ainda assim, mesmo que isso nos fosse possível, talvez esse (as pormenorizadas incursões históricas) não fosse o caminho metodológico mais adequado, embora reconheçamos que, por vezes, incursões históricas são necessárias à compreensão de determinadas categorias. Mas não com os objetivos prioritários que temos aqui, dentre os quais: explorar as eventuais incoerências da responsabilização penal como consequência da articulação de duas importantes categorias jurídico-dogmáticas.

É justamente por isso que não nos convém arriscar incorrer naquilo que Michel Miaille³ criticamente denomina de “universalismos”, que consistem em procurar dar a determinadas categorias jurídicas – que eventualmente podem até possuir os mesmos nomes – “o mesmo lugar e o mesmo valor”, desprezando-se, por via de consequência, o contexto social em que foram criadas, manuseadas e desenvolvidas, o que, obviamente, demandaria algum tempo para expor. Utilizando-nos do pensamento do já mencionado autor, é de se refletir também criticamente se seria possível, sem mais, caso adotássemos um método historicamente comparativo⁴, em linhas tão apertadas, “designar instituições muito afastadas no tempo como sendo ‘antepassados’ de instituições actuais, invocar testemunho de uma ‘evolução’ para explicar a situação actual”.

Pois bem, feitas as considerações que reputamos inicialmente como imprescindíveis para que se saiba que temos a exata noção da necessidade de se aprofundar o tema para além das linhas que compõem este trabalho, é sobre o *iter criminis* que deitaremos nossas preocupações, mais precisamente no intervalo “decisão de realizar o *tipo*

³ MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*. Trad. Ana Prata. 3ª ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, pág. 54 e ss.

⁴ Apesar do recorte metodológico, não nos é dado olvidar que, como bem alerta Faria Costa, uma boa compreensão do direito penal só é possível através de uma análise histórica comparada. FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de Direito Penal – fragmenta iuris poenalis*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pág. 46. Em linha semelhante: CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015, pág. 9.

*legal de crime*⁵ – execução – não consumação”. É exatamente nesse percurso que nos debruçaremos sobre a possibilidade de congruência entre *atentativa* e o *dolo eventual*, e neste último caso, de sua legítima(?) relevância para o efeito de responsabilização penal em ambiente que preza pelos valores democráticos. De forma bem sucinta, cabe-nos questionar: seriam ambas as categorias dogmáticas legitimamente conciliáveis na busca pela realização do ideal de “justiça”? É basicamente com essa questão, e sobre alguns de seus desdobramentos, que nos ocuparemos.

Contudo, como se pôde anteverdo parágrafo inaugural, *tentativa* e *dolo eventual* são duas das mais complexas, problemáticas e importantes categorias dogmáticas no desenvolvimento da história do Direito Penal, sobre as quais faremos cuidadosos “apontamentos”, procurando indicar, *data maxima venia*, o que mais nos parece coerente e legítimo em suas articulações conjuntas, sobretudo sob a perspectiva de suas essências na atualidade. Ambas, frise-se, ainda que *en passant*, tal como reconhece Faria Costa⁶, não por acaso, apontadas como produtos da necessidade de se alargar o âmbito de proteção da norma penal (vejam-se os casos dos tipos legais de crimes de perigo, notadamente o abstrato, por exemplo), assim como aconteceu com outras categorias (a omissão imprópria, por exemplo), muito por conta da necessidade de “modernização do Direito Penal”⁷ – logo, de seu desenvolvimento no sentido de acompanhar as novas demandas sociais pela fruição plena e desembaraçada de determinados direitos.

Cumpre-nos deixar evidente que nossoreferencial teórico principal (mas não o único), ou seja, a nossa perspectiva de partida, como logo se perceberá, tanto quanto nos for possível, haverá de ser o conjunto do trabalho desenvolvido pelo professor Doutor José de Faria Costa, cujas reflexões sobre esse específico tema ainda se encontram no campo minoritário da doutrina penal, muito especialmente em Portugal. Através das trilhas pioneiramente abertas pelo Catedrático de Coimbra, fomos apresentados a uma plêiade de autores que nos parecem constituir um verdadeiro “foco de resistência” à pretensa

⁵ “Neles descreve o legislador aquelas expressões da vida humana que em seu critério encarnam a negação dos valores jurídico-criminais, que violam, portanto, os bens ou interesses (¹) jurídico-criminais”. CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015, pág. 275.

⁶ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984.

⁷ Alguns dos artífices desse movimento serão citados, com a indicação de suas respectivas obras de referência, no capítulo seguinte.

pacificação do tema, destacando-se, dentre outros, trabalhos em língua espanhola da lavra de Elena Farre Trepas⁸ e Josep-Maria Tamarit Sumalla⁹.

Situando-nos legalmente – para sabermos onde fixar a atenção no ordenamento lusitano posto –, e pela ordem impressa pelo legislador, o *dolo eventual* tem previsão expressa no artigo 14.º do Código Penal português, que, ao que nos interessa, diz: “3 - Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente actuar *conformando-se* com aquela realização”. Já a *tentativa*, como sabemos, está disposta no artigo 22.º do mesmo diploma, que diz: “1 - Há tentativa quando o agente praticar actos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se”. É, portanto, na tentativa de uma compreensão coerente dessas duas categorias dogmáticas “capturadas” pelo legislador que, como já se pôde antever, basicamente se desenvolverão nossas principais reflexões.

Já sob a perspectiva, digamos, mais prática do assunto, também nos utilizaremos, mesmo que sucintamente, de alguns julgamentos paradigmáticos¹⁰. Contudo, partiremos do questionamento feito no bojo do Acórdão de 3 de julho de 1991, do Supremo Tribunal de Justiça portuguesa, que limpidamente estampa: “[...] será admissível, quer à luz da teoria, quer à do nosso direito, a figura do crime tentado cometido com dolo eventual?”¹¹. Repetidamente a resposta jurisdicional tem sido positiva, amparada, sobretudo – dentre outros elementos identificados por Faria Costa¹² –, numa tal “clareza” da letra da lei penal, que, aliás, seria convenientemente condutora, segundo o próprio Tribunal, da congruência entre a *tentativa* e o *dolo eventual*, possibilitando assim a responsabilização penal e a consequente punição do arguido.

Lançadas as bases, e já nos encaminhando às últimas argumentações introdutórias, convém pontuar: antes de nos perguntarmos, por exemplo, se um atentado contra a vida

⁸ FARRE TREPAT, Elena. Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución – comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1982. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, serie 1, número 3, 1986.

⁹ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992.

¹⁰ Com ênfase não só em Portugal, mas ainda em países cuja doutrina e jurisprudência nos ajudaram a refletir mais criticamente sobre o assunto. É o caso, por exemplo, de Espanha, Itália e Alemanha.

¹¹ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual revisitados. In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 132, nº 3.903, 1999, pág. 178.

¹² FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual revisitados. In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 132, nº 3.903, 1999.

humana – valorada como o mais importante bem passível de tutela penal – merece ou necessita, diante de determinadas circunstâncias, efetivamente de uma pena, interessar-nos-á saber se as categorias dogmáticas de que dispomos atualmente poderão se prestar a legitimar esse tipo de invasiva solução (a pena) ao conflito com todas as suas particularidades. Uma pena tida socialmente como “necessária” ou “merecida”, seja para reafirmar a vigência da norma ou para retribuir o mal com um mal, seja para atender a postulados de prevenção – enfim, de realizar quaisquer que sejam os argumentos que se adotem sobre a fundamentação da pena –, mesmo diante de um bem jurídico tão importante como a vida humana, não se deve prestar para prontamente se legitimar sua utilização.

O desvalor social (ou danosidade) atribuído ao fato é, portanto, ponto de partida para se concluir pelo “merecimento” ou pela “necessidade” da pena, não seu ponto de chegada¹³. Com Faria Costa¹⁴, acreditamos que “de modo algum podemos permitir que a pura ideia de necessidade se apodere do fundamento do direito penal, pois que, desse jeito, aquela tudo explicaria, mesmo as mais consequentes arbitrariedades ou as não menos intoleráveis injustiças”. Logo, é, sobretudo, na articulação democrática, segura e coerente das categorias dogmáticas disponíveis no *iter criminis* que encontraremos, sempre sob a batuta da *ultima ratio*, a eventual legitimação de uma de suas mais pesadas consequências: a pena, que, por sua vez, não deixa de ter seus próprios fundamentos teóricos¹⁵, que também precisam ser observados com todo o rigor acadêmico.

Por tudo isso, apesar de “pacificada” a discussão que nos arriscamos a desenvolver, “investigar é preciso”¹⁶. Nesse percurso investigativo é preciso que nos munamos de algumas “chaves” interpretativas, quais sejam: *primeiro*, reputamos como

¹³ Reflexões sobre aspectos desta problemática, inclusive delineando o “mínimo ético” alçado à categoria de “relevância penal”, acham-se em: FÁRIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de Direito Penal – fragmenta iuris poenalis*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pág. 172 e ss.

¹⁴ FÁRIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 688.

¹⁵ De maneira sucinta, mas precisa, veja-se: FÁRIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de Direito Penal – fragmenta iuris poenalis*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pág. 7; De maneira mais crítica, veja-se: BARRETO, Tobias. Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: *Estudos de filosofia*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Editorial Grijalbo, 1977, pág. 366-353. Disponível em: http://www.cdpb.org.br/estudos_tobias_partes_1_e_2.pdf. Acesso em: 14 de maio de 2016.

¹⁶ Que nos seja permitida a paráfrase do conhecido excerto “navegar é preciso”, do poeta português Fernando Pessoa.

importante identificar se o que vale para a consumação necessariamente também vale para a tentativa; *segundo*, seria igualmente importante sabermos se o dolo eventual goza de relevância suficiente para legitimar uma pena, em especial nos moldes de uma privação da liberdade; e *terceiro*, mas não menos importante, é preciso saber se essas categorias são legitimamente congruentes no sentido de sustentar a pena de um tipo legal de crime tentando. É de posse dessas “chaves” que nossa investigação, na tentativa de desemaranhar o problema, ou pelo menos parte dele, terá curso.

2. De onde partir: desvalor de resultado *versus* desvalor da ação

É inegável que a estruturação de uma teoria voltada para a compreensão científico-acadêmica daquilo que denominamos crime foi um dos estádios mais importantes em toda a história do Direito Penal. E é justamente por isso, pelo pioneirismo da realização desse feito, que os nomes de Franz von Liszt¹⁷ e Ernst von Beling¹⁸ serão sempre lembrados pelos que se debruçarem sobre a dogmática penal. Suas contribuições teóricas desencadearam uma marcha histórica que pôs acento tônico no ideal democrático de garantia¹⁹ das liberdades individuais. Na mesma linha de importância, podem-se enumerar ainda, dentre outros, Johann Michael Franz Birnbaum²⁰ e Karl Binding²¹, no desenvolvimento das primeiras linhas mais sólidas sobre a noção de bem jurídico, além, é

¹⁷ LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão* – tomo I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899.

¹⁸ BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal* – la doctrina del delito-tipo. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002.

¹⁹ Vem de Liszt, por exemplo, a concepção da “Magna Carta do criminoso”. LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. Berlin: Guttenberg, 1905, pág. 80. Já para Naucke, melhor seria a “Magna Carta do cidadão”. NAUCKE, Wolfgang. *Derecho penal*. Una introducción. Trad. Leonardo Germán Brond. Buenos Aires: Astrea, 2006, pág. 84. Outro marco nesse sentido, mesmo que sob outra perspectiva, é proveniente de Cesare Beccaria com o seu *Dos delitos e das penas* (1764), que, segundo Faria Costa, constituiu-se, à época, como um verdadeiro “Manifesto do garantismo”. FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de Direito Penal* – fragmenta iuris poenalis. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pág. 149.

²⁰ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de derechos para el concepto de delito*. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2010.

²¹ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretun: Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des delikts*. Leipzig: W Englemann, 1877. Apesar das críticas que lhes são endereçadas por Eduardo Coreia, contra a ideia de que o direito penal não criaria quaisquer ilicitudes próprias: CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015, pág. 11.

claro, de Paul Johann Anselm von Feuerbach²², este último, precursor do “Direito Penal moderno”²³ (*nullum crimem, nulla poena sine preavia lege*).

Um conceito estratificado de crime (tipicidade, ilicitude, culpabilidade...), maturado há mais de um século, guarda, portanto, a marca de cada um dos já mencionados autores. Mas, apesar de todo esse referencial consolidado, de toda essa panóplia de categorias dogmáticas, a compreensão do fenómeno da imputação²⁴ quase sempre dependerá da perspectiva adotada pelo intérprete. Na concepção de Faria Costa²⁵, “um facto pode ser imputado a um agente da infracção se seguirmos uma determinada doutrina da imputação, mas, esse mesmo facto, pode já não ser imputado àquele mesmo agente se entremos nos socorrermos de uma outra doutrina da imputação”. Dada a constatação, é, pois, nosso dever indicar cristalinamente a que tipo de perspectiva vamos *tendencialmente* nos filiar. Duas delas, para irmos direto ao ponto nevrálgico, parecem-nos dignas de menção: a concepção objetiva, com a qual trabalharemos, e a concepção subjetiva do crime.

Nesse contexto, dizer-se filiado à concepção preponderantemente objetiva do crime significa externar que estamos a privilegiar o desvalor de resultado em detrimento do desvalor da ação (ou de intenção)²⁶. Pode-se deduzir desde já que o inverso tenderia a gravar acento tónico no desvalor da ação, o que nos levaria a atender para uma concepção subjetiva de crime. Nesta, cumpre-nos enfatizar, na esteira do já que esclarece Faria Costa²⁷, encontra-se, por exemplo, a razão fulcral para a aceitação da punibilidade da tentativa, uma vez que esta, por óbvio, não reflete fielmente a ideia de desvalor de resultado (aqui não alcançado), mas de desvalor da ação (intenção).

²²FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal*. Trad.: Eugenio Raúl Zaffaroni e Irmã Hagemer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

²³ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015, pág. 88.

²⁴ “A imputação constitui a ligação construída entre um comportamento humano e uma norma legal.” FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de Direito Penal – fragmenta iuris poenalis*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pág. 183.

²⁵ FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de Direito Penal – fragmenta iuris poenalis*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pág. 183.

²⁶ FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de Direito Penal – fragmenta iuris poenalis*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pág. 198.

²⁷ FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de Direito Penal – fragmenta iuris poenalis*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pág. 255.

Pelas atuais circunstâncias, aproveitando-nos dos ainda atuais comentários de Eduardo Correia²⁸, mesmo que sobre o Código de 1886, a respeito da tentativa, pode-se afirmar que: “Não é inteiramente um direito penal construído sobre a vontade, porque a tentativa não é equiparada à consumação. Mas também não é um direito construído sobre o resultado, visto que aquela é punida, embora menos severamente que esta”.

Não obstante todas as discussões doutrinárias ainda travadas a respeito, é de se destacar que o Código Penal português ora vigente, de 1982, fortemente influenciado por Eduardo Correia²⁹ – embora sua elaboração, em diversos pontos, tenha sido fruto de uma convergência de esforços, e tenha contado também com a colaboração de partidários da concepção tendencialmente subjetiva, como é o caso de Figueiredo Dias³⁰ –, é de matriz eminentemente objetiva, refletindo logicamente as suas principais concepções.

Em análise crítica do finalismo de Hans Welzel³¹, especificamente passando em revista a teorização finalista da ilicitude, Eduardo Correia³² posiciona-se nos seguintes termos:

[...] o pensamento do bem jurídico desempenha aqui o papel decisivo: a conformação da ilicitude é sempre, fundamentalmente, uma *conformação objectiva* (1). Com o que aliás se corresponde à já enraizada ideia de que o direito é um ordenamento que parte do externo-social (bens jurídicos, ilicitude) para o interno-individual (valores de acção, culpa): o direito é, antes de tudo, ordenação objectivada vida social (2).

[...] Em suma, na teoria da ilicitude há que conferir ao desvalor de resultado e ao pensamento do bem jurídico valor proeminente sobre o desvalor de acção e o pensamento da violação de deveres que àquele anda ligado. E portanto defender que só a título excepcional intervirão elementos subjectivos na determinação da ilicitude.

No entanto, a escolha de um dos pontos explicitados não anula necessariamente a validade de seu contraponto, ou seja, concepções objetivas e subjetivas acabam por se complementar, não se excluem, comunicam-se, pois não se pode vislumbrar uma ideia asséptica, espalhada numa ou noutra óptica, puramente objetiva ou puramente subjetiva.

²⁸ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015, pág. 114.

²⁹ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015, pág. 114.

³⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal* – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime, tomo I, 2ª ed., Coimbra: 2012, pág. 270 e ss.

³¹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal* – parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

³² CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015, pág. 248-249.

O que quisemos deixar claro foi a necessidade de, nessa discussão conceitual sobre o crime (o ilícito-típico), se partir de uma perspectiva objetiva³³, respeitando-se, dentre outras coisas, o “espírito” do Código Penal português. É nessa linha de raciocínio, mal resumindo, que segue, por exemplo, Faria Costa³⁴, criticando os partidários da “escola de Bonn”, “cujo ponto nevrálgico, neste particular, arranca da ideia de que o que é relevante, em termos jurídico-penais, em sede de comportamento típico, é o desvalor de acção, sendo o resultado (o desvalor de resultado) uma mera condição objetiva de punibilidade”. Dirá ainda o mencionado Catedrático de Coimbra sobre sua posição:

O que nos propomos aqui, é, singelamente, defender que a afirmação do desvalor de resultado, como pedra angular do ilícito-típico, não vai, nem de longe nem de perto, ao arrepio da modernidade ou sequer da tardo-modernidade, nem muito menos em contracorrente a uma leitura firme e plural do exacto sentido daquilo que defende um direito penal liberal-social. Dir-se-ia mesmo que aquela acentuação correspondente à mais lídima e correcta interpretação do verdadeiro e progressivo curso da história do direito penal, centrado no homem e naquilo que nele se afirma como constitutivo do próprio ser comunitário.³⁵

Parece-nos, diante dos argumentos já expostos, que partir de uma perspectiva conceitual mais objetiva do crime – para nós, portanto, com bases mais sólidas, apesar de não propriamente herméticas ou absolutas – seria a providência mais segura e adequada a seguir, isso por nos permitir, à partida, tomar um impulso reflexivo com um maior grau de precisão (ou com um grau menos *lato* de subjetividade), além de mais consentânea, segundo nos faz parecer, com um *direito penal do fato*.

Essa opção, por óbvio, tende a se refletir, por dever de coerência sistêmica, no resultado das reflexões empreendidas a seguir; entretanto, é importante registrar, não inviabilizam por completo a formulação de eventuais críticas às conclusões esboçadas, mesmo dentro dos limites da concepção objetiva. Dito de outra forma: o fato de se adotar, à partida, tal concepção de crime (objetiva) não significará necessariamente defender que *tentativa e dolo eventual* são incongruentes em termos de responsabilização penal.

³³ “É pois desta – e por conseguinte do resultado – que o direito criminal tem de necessariamente partir.” CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015, pág. 265.

³⁴ FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de Direito Penal – fragmenta iuris poenalis*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pág. 257.

³⁵ FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de Direito Penal – fragmenta iuris poenalis*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pág. 178.

Lapidar é a lição de Figueiredo Dias³⁶ sobre a necessidade de não se colocar obstáculos ao curso de uma discussão deste jaez:

Sempre pensámos que, no pensamento jurídico como em tantos outros domínios do Espírito, deve evitar-se em igual medida o silêncio desinteressado e a pressa crítica comprometedora, perante teses que, por fundamentais, são daquelas em que o sim e o não rotundos se revelam quase sempre frutos de dogmatismos unilaterais e de recusa de um são relativismo.

3. Reflexões sobre a tentativa, sua estrutura e punibilidade (limites e fundamentos)

Se a nós, no contexto da possibilidade do início da tentativa, interessa a conjugação do intervalo “decisão de cometer o tipo legal de crime – execução – não consumação”, partindo-se da premissa de que é somente a partir dos atos de execução que uma conduta ganha relevância penal (veja-se a regra do Artigo 21.º do Código Penal, a respeito dos atos preparatórios – *cogitationis poenam nemo patitur*), importa-nos, portanto, à partida, definir os critérios diferenciadores de um ato relevante para um irrelevante penal. No entanto, pôr luz sobre esse limite, evidenciando-o, está longe de ser uma tarefa sem resistências ou controvérsias. É, pois, o que nos permitem concluir as diversas teorias a respeito, quais sejam: formal objetiva; causalidade adequada; subjetiva; material objetiva.

Para levarmos a cabo tal desiderato, já que, como dissemos, não nos será permitido discorrer pormenorizadamente sobre cada uma delas³⁷, nos socorreremos, ao menos aqui, das lições do Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Dessa forma, é de sua teoria da *conexão típica e de perigo*³⁸, tendo-se prestado a concretizar a ideia inicialmente proposta por Reinhard Frank, que nos valeremos para sustentar que, aliada às específicas características evocadas pelo caso concreto (um caso de homicídio, de violação, de roubo, e por aí vai), haverá início de execução e, portanto, possibilidade de se discutir a *tentativa*, quando: (1) o ato penetra no âmbito de proteção da norma, pondo em causa o que esta procura proteger; e (2) o ato é temporalmente iminente à lesão do bem jurídico, sendo, pela proximidade temporal, adequado a causar o resultado. Logo, é uma

³⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Liberdade culpa Direito Penal*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pág. 15.

³⁷ Recomenda-se o resumo em: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I, 2ª ed., Coimbra: 2012, pág. 688 e ss.

³⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I, 2ª ed., Coimbra: 2012, pág. 706 e ss.

típica situação em que haverá uma flagrante instabilidade na efetiva proteção do bem penalmente relevante.

Praticamente todos os ordenamentos democráticos se preocupam com a diferenciação entre o crime consumado e o crime tentado. É este último, *grosso modo*, e desde sempre³⁹, uma forma *especial* de aparecimento do crime, que, no caso lusitano, por regra, há de ser punido. Esse *especial* aparecimento do crime, tal como já o fizemos constar alhures, goza de relevante complexidade na “história dogmática do problema”, como não nos deixa esquecer Figueiredo Dias⁴⁰, para quem, “tocando o cerne da doutrina do ilícito-típico, a questão do *fundamento* e dos *limites* da punibilidade da tentativa tornou-se, nos dois últimos séculos, um dos temas mais controvertidos de toda a dogmática jurídico-penal”.

Sua condição de “especialidade” no âmbito da teoria do crime tem nos levado a buscar, em certa medida, inclusive perante a consumação, uma estruturação dogmática “autônoma” (vejam-se, como exemplo, as inúmeras teorias a respeito da tentativa), inclinando-nos, portanto, a construir a ideia de que, em sendo uma “especial forma do crime”, cujo grau de reprovabilidade social, em comparação com o objetivo inicialmente pretendido pelo agente, é menor, carece de uma “especial fundamentação”.

3.1. Sua relação de (in)dependência perante a consumação

Dado o *déficit* no desvalor do resultado, carece o crime tentado, num espaço democrático, de maior esforço do intérprete no sentido de justificar suficientemente sua punição. Inês Almeida Costa⁴¹ não nos deixará olvidar que, “aos olhos de todos”, a ausência do resultado típico que evidenciaria a consumação “faz com que não se mobilizem meios demasiado severos” para o enfrentamento de situações consideradas como “menos graves”. Esse, na generalidade, seria o caso da tentativa. Há, pois, ainda segundo a autora, uma legalmente consagrada excepcionalidade na punição.

³⁹ PALMA, Maria Fernanda. *Da “tentativa possível” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006, pág. 24.

⁴⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I, 2ª ed., Coimbra: 2012, pág. 688.

⁴¹ COSTA, Inês Almeida. *A chamada tentativa inidónea por inaptidão do sujeito no contexto global do problema da tentativa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2014, pág. 36.

Todavia, cumpre frisar a “autonomia” a que já nos referimos há pouco, que não deve ser tomada como absoluta (daí estarmos a nos utilizar das aspas), sobretudo no âmbito da teoria do crime, onde as categorias dogmáticas, por formarem um verdadeiro sistema – cuja ideia fundante contemporânea, outrora centrada na conduta, tende necessariamente para a proteção de importantes bens jurídicos –, guardam necessária relação de proximidade (veja-se, por exemplo, a cinzenta fronteira entre a negligência consciente e o dolo eventual) e/ou de complementaridade (o que conceitualmente é o crime senão a junção de categorias dogmáticas, tais como, por exemplo, o fato típico, ilícito e culpável?).

Na perspectiva de Maria Fernanda Palma⁴², em trabalho dedicado à investigação da “tentativa possível”, “saber *quando, como e porque* ser punida uma acção como tentativa exige, como se disse, uma reflexão sobre a caracterização geral do ilícito”. Dessa forma, por estarem dispostas e conectadas (direta ou indiretamente) numa espécie de engrenagem sistêmica que, por consequência, acaba por impor o desenvolvimento e, não raras vezes, o estudo conjugado, de uma com a outra, a nenhuma categoria dogmática poder-se-á aplicar a pecha de *absolutamente autônoma ou independente*, sob pena de se quebrar a coerência/unidade de um ambiente que se pretende democrática e verdadeiramente sistêmico.

Nem por isso poder-se-á indicar de forma reducionista, diante de categorias dogmáticas que de algum modo se vinculam sistemicamente, que “as mesmas soluções que valem para uma devem valer para a outra”, por mais próximas que sejam. Há sim um espaço de “autonomia”, nesse caso, por vezes inflexionado pela abordagem sistêmica. Poder-se-ia, assim, denominar a conclusão a que chegamos de um verdadeiro paradoxo. Parafraseando Maria Fernanda Palma⁴³, “se resolver casos é sempre o difícil desígnio do Direito Penal, é mais difícil ainda resolver paradoxos”. Não à toa, Inês Almeida Costa⁴⁴ dirá que “a tentativa apresenta-se-nos como um dos problemas mais delicados do direito penal”. Afinal, o estudo da tentativa enquanto categoria dogmática goza ou não de

⁴² PALMA, Maria Fernanda. *Da “tentativa possível” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006, pág. 26.

⁴³ PALMA, Maria Fernanda. *Da “tentativa possível” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006, pág.164.

⁴⁴ COSTA, Inês Almeida. *A chamada tentativa inidónea por inaptidão do sujeito no contexto global do problema da tentativa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2014, pág. 13.

autonomia? A resposta, segundo pensamos, só pode ser positiva, isso dentro do espaço possível a uma “autonomia” num ambiente sistêmico.

Na perspectiva de Faria Costa⁴⁵, é de se questionar: “existirá uma relação de dependência ou, pelo contrário, a tentativa pode perfeitamente perfilar-se no universo sistêmico-compreensivo do direito penal como categoria dogmática autónoma?”. Dir-se-ia que “o dolo, enquanto elemento essencial da acção final, seja também o eixo estruturante quer do delito tentado, quer consumado”. No entanto, em atenção a uma linha “mais lógica”, e invocando o escólio de Zielinski, Faria Costa observa que “a relação de dependência não é da tentativa face à consumação, mas precisamente ao contrário”.

Se até mesmo na discussão sobre modalidades de tentativa (se possível ou impossível, idônea ou inidônea, acabada ou inacabada, por exemplo)⁴⁶ haverá diferenças qualitativas e até certo esforço argumentativo para justificar legitimamente cada uma delas, não nos sendo permitida a criticável fórmula “o que vale para uma vale para a outra”, por que então não deveria existir o mesmo cuidado e esforço entre esta e a consumação? Ademais, determinadas formas de tentativas de lesão a bens jurídicos não raras vezes são valoradas político-criminalmente como socialmente tão importantes, que acabam por ser alçadas à categoria de crime consumado (veja-se o exemplo do Artigo 308.º do Código Penal). É possível, portanto, no limite dos princípios da intervenção mínima, da exclusiva proteção dos bens, da lesividade e da ofensividade, um tal procedimento.

Nem mesmo nos limites da discussão sobre a consumação poder-se-á sustentar a já mencionada fórmula. Ou seja, não se poderá dizer que o que vale para a consumação formal valerá também para a consumação material. Em crimes onde se pode distingui-las—tome-se como exemplo o Artigo 138.º do Código Penal —, o legislador até admite que poderá não haver base para punição, tendo sido salvo o bem jurídico com a “desistência” do agente (Artigo 24.º do Código Penal). O abandono de uma criança num lugar que lhe

⁴⁵ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 749-750.

⁴⁶ Por ora, aprofundadas discussões (tão importantes quanto) atinentes às modalidades da tentativa (se idônea ou inidônea, acabada ou inacabada, objetiva ou subjetiva...) ficarão suspensas, muito embora saibamos da necessidade de abordá-las mais detidamente, até mesmo porque, importa-nos reconhecer, a depender da modalidade de tentativa abordada, como no caso da inidônea, por exemplo, nosso argumento pode tender a ficar “mais forte” ou “menos forte”.

represente sério risco (consumação formal), cuja mãe, arrependida, retorna algumas horas após para impedir lesão ou morte (consumação material) ao filho, outrora por ela abandonado, está acobertado pelas previsões benéficas da legislação portuguesa, tornando inviável sua punição.⁴⁷

Inês Almeida Costa⁴⁸, após apontar a tentativa como “um *minus* quando comparada com a consumação”, em abordagem sucinta sobre o tema, diz-nos que a “punição da tentativa terá de arvorar-se na norma da PE do CP que descreva o crime que o agente queria praticar”, ou seja, para ser aplicada a norma do Artigo 22.º do mesmo diploma é preciso recorrer a um de seus pontos de referência espalhados pela parte especial. Ponto este vinculado à punição pelo crime consumado. Até aqui não nos parece haver dificuldade em concordar, muito embora o uso deste “ponto de referência” seja apontado como aquilo que justificaria a legitimidade da fórmula “o que vale para a consumação também vale para a tentativa”, já que ambos gozam do mesmo “ponto de referência”.

Esse tipo de visão, “da regra: *a maiori ad minus*”, não é isento de críticas, pois, segundo Faria Costa⁴⁹, a perspectiva, de “sabor escolástico”, remete-nos a uma lógica silogística, e, “como bem se sabe, um tal modo de raciocinar é insitamente falacioso”:

Com efeito, aquela regra só poderá ter sentido se a diminuição do universo compreensivo da tentativa, enquanto entidade representante do *minus* face à consumação (*maius*) não afectar precisamente o elemento que se postula igualmente válido para os dois casos. Isto é – e ainda em termos lógicos, que apesar de não serem os nossos se devem continuar a empregar para demonstrar a maneira írrita deste discorrer só aparentemente inatacável –, a tentativa, enquanto realidade lógica cujo âmbito é menor que o da consumação, pode perfeitamente não admitir o dolo eventual como seu elemento.[...]Deve-se, primeiro, provar que a diminuição não levou ao afastamento do dolo eventual do âmbito da tentativa. [...] Ora, isso não está demonstrado.

Ocorre que, desenvolvendo o tema, Inês Almeida Costa, assim como a doutrina quase que à unanimidade⁵⁰, vincula esse tipo de necessária providência (a utilização do

⁴⁷ O exemplo é da Professora Doutora Susana Aires de Sousa, em aula de Direito Penal no Mestrado em Direito: Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses (2015/2106), da Universidade de Coimbra.

⁴⁸ COSTA, Inês Almeida. *A chamada tentativa inidónea por inaptidão do sujeito no contexto global do problema da tentativa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2014, pág. 91-92.

⁴⁹ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 747-748.

“ponto de referência”) a uma necessária dependência, ou falta de “autonomia”, da tentativa diante do delito consumado. Segundo ela, “não nos arrepia considerar o tipo da tentativa como um *tipo dependente*, uma vez que está sempre referido a um tipo penal (de delito consumado) consagrado em lei”; nesse sentido, não haveria uma “tentativa por si mesma”. Apesar do posicionamento que nos contraria, Inês Almeida Costa reconhece que sua perspectiva não é isenta de debate e elenca as posições doutrinárias com as quais teve contato. Em nota de rodapé, conclui:

Decorre do exposto que consideramos a tentativa um *modelo distinto* do delito consumado. Concebemos o tipo da tentativa como um “*tipo complexo*” e um “*tipo de integração*”, na esteira de autores como H.-H. JESCHECK/T. WEIGEND, MIR PUIG, CEREZO MIR, SOLA RECHE, G. MARQUES DA SILVA, ALCÂNCER GUIRAO e M. FERNANDA PALMA. No entanto, cumpre destacar que não é esta questão isenta de debates. Por um lado, FERRER SAMA, embora também considerando a tentativa como um tipo distinto, furta-se à conjugação de normas avançada em texto e alicerça a tentativa apenas no preceito da PG que prevê a sua punibilidade. Ainda considerando a tentativa como uma figura típica, mas diferentemente, vendo-a como uma extensão da tipicidade básica (e não como um tipo distinto), BELING, M. E. MAYER, ZIMMERI, MAURACH, entre outros. Mais distante das posições descritas é aquela que concebe a tentativa como uma figura atípica (RODRÍGUEZ DEVESA).⁵¹

No caso do atual ordenamento jurídico português – que é o espaço comunicativo sistêmico que, *a priori*, vai nos interessar –, em termos mais práticos, o crime tentado disporá de um tratamento especialmente diferenciado, ou seja, em termos gerais, conforme as disposições do Artigo 23.º do Código Penal: (1) salvo disposição em contrário, a tentativa só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão; (2) a tentativa é punível com a pena aplicável ao crime consumado, especialmente atenuada; e (3) a tentativa não é punível quando for manifesta a inaptidão do meio empregado pelo agente ou a inexistência do objeto essencial à consumação do crime.

Tentativa e consumação, pelo que se percebe, parecem andar sempre juntas, aliadas, interdependentes, mas, não percamos de vista o que nos interessa, são essencialmente diferentes e não merecem tratamentos formalmente igualitários. Daí a necessidade da construção de estruturas dogmáticas próprias. Poder-se-á, desde já,

⁵⁰ COSTA, Inês Almeida. *A chamada tentativa inidónea por inaptidão do sujeito no contexto global do problema da tentativa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2014, pág. 93.

⁵¹ COSTA, Inês Almeida. *A chamada tentativa inidónea por inaptidão do sujeito no contexto global do problema da tentativa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2014, pág. 91.

questionar, como, por exemplo, o faz Maria Fernanda Palma⁵², se “tentar um crime (tentar matar outra pessoa) e consumá-lo (matá-la) não deverão ter idêntico merecimento numa perspectiva de ilicitude e de culpa?”, ou então, como conclui a autora, “E, opostamente, por que razão de ilicitude e de culpa deve ser punido quem se limita a tentar, se nada de lesivo acontecer?”. Figueiredo Dias⁵³ dá-nos a pista: “**o desvalor do resultado será sempre menor** na tentativa. Daí a existência de regras especiais quanto à punição desta”.

3.2. *As inconveniências da adoção de um pensamento lógico-formal*

Observe-se que, como já se anteviu (*capítulo 2*), as respostas que temos procurado passar pela perspectiva dogmática a que se aderir, ou seja, diante de tais reflexões, o investigador deve questionar: o que, diante desse emaranhado, especificamente devo levar em conta? Quais os meus objetivos e o que me é legítimo para alcançá-los? Logo, indo direto ao ponto, numa perspectiva do Direito Penal do fato, portanto, democrática, onde residiria o fundamento da punição do crime tentado?

Várias são as teorias a respeito (objetivas e subjetivas)⁵⁴, mas a que nos interessa e com a qual tendemos a aderir – não sem ressalvas⁵⁵, por nos parecer menos extremada, e, portanto, mais razoável – é justamente a que resulta da ponderada combinação de elementos objetivos e subjetivos, denominada *teoria da impressão*, cujo fundamento da punição da tentativa, em suma, consiste numa vontade (elemento subjetivo) de violar a norma, exteriorizada com a prática de atos de execução de um tipo legal de crime (elemento objetivo), pondo-se em causa a confiança da comunidade em sua vigência. Nesse aspecto, esse é nosso ponto de partida, não de chegada.

De todo modo, feitas as considerações primárias, não pode, e nem deve, reforçar-se, o manuseio da tentativa ser tratado na mesma esfera de discussão do crime consumado,

⁵² PALMA, Maria Fernanda. *Da “tentativa possível” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006, pág. 16.

⁵³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I, 2ª ed., Coimbra: 2012, pág. 712. Grifos no original.

⁵⁴ Inês Almeida Costa resume parte delas: COSTA, Inês Almeida. *A chamada tentativa inidónea por inaptidão do sujeito no contexto global do problema da tentativa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2014, pág. 60 e ss.

⁵⁵ Pensamos que, pelo menor grau de reprovabilidade da tentativa em relação à consumação, a intenção de realizar o tipo, que discutiremos mais adiante, parece-nos se colocar de forma mais acentuada nesse contexto analítico, sem que nos afastemos de um direito penal do fato. Por isso, não perdemos de vista a perspectiva de Schimdhäuser e Alwart, ambas sucintamente expostas em: COSTA, Inês Almeida. *A chamada tentativa inidónea por inaptidão do sujeito no contexto global do problema da tentativa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2014, pág. 71.

como se iguais fossem⁵⁶, pois aquela tem características essencialmente próprias⁵⁷, não sendo, desde logo, aplicável à máxima lógico-formal de que “aquilo que vale para a consumação vale para a tentativa”. Há, de modo geral, na doutrina penal, como se pôde antever, uma ideia de que “não existe uma tentativa em si”, levando-se a concluir pela sua completa dependência com o tipo consumado.

Hans-Heinrich Jescheck⁵⁸, em análise sobre a legislação alemã, argumenta:

[...] la tentativa precisa de tres requisitos: la resolución de realizar el tipo, como elemento subjetivo, el dar comienzo directo a la realización del tipo, como elemento objetivo, y la falta de consumación del tipo, factor negativo conceptualmente indispensable. Los tres factores han de examinarse siempre en respecto a un tipo concreto. Por eso, la **tentativa** es un tipo dependiente, puesto que sus elementos no han de entenderse en sí mismos, sino que deben referirse al tipo de una determinada clase de delito (no existe ninguna “tentativa en sí”, sino sólo, por ejemplo, tentativa de asesinato, de hurto o de estafa).

Em crítica aos escólios de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangelli, Faria Costa⁵⁹ afirma de maneira contundente que a ideia de que “a tentativa não é um tipo independente, porquanto não existe uma ‘tentativa em si’ mas sim tentativas de delitos determinados, não é explicativa de nada, nem reflexiva sobre coisa alguma, mas antes redundante”. Agir de tal modo seria fomentar “um discurso dogmático que veicula, mais do que uma solução doutrinal, uma forma mentis redutora da complexidade da problemática”. Para o autor, tanto quanto existem tentativas de delitos determinados, existem também consumações de delitos determinados.

Ainda segundo Faria Costa⁶⁰:

É claro que o legislador acha normativamente coerente punir aquela conduta que parece não ter desvalor de resultado e se mostra tão-só na nudez do desvalor da intenção [como é o caso da tentativa]. E de que instrumento teórico se socorre? Não por certo da estrutura normativa dos actos consumados mas sim da autónoma estrutura normativa dos actos tentados.

⁵⁶ “Temos de ter em conta não as aparências, mas o essencial”. FARIA COSTA, José de. A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social. In: *Revista de Direito e Economia*, ano IX, nº 1-2, 1983, pág. 48.

⁵⁷ Servindo, dada a sua importância, como critério para a determinação da competência (Artigo 23.º c/c 73.º do Código Penal).

⁵⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Direito Penal – parte general*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4ª ed. Granada: Comares, 1993, pág. 466. Grifo no original.

⁵⁹ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 751.

⁶⁰ FARIA COSTA, José de. A análise das formas (ou a análise das “formas do crime”: em especial a tentativa). In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 139, nº 3.962, 2010, pág. 298-299.

[...] Com efeito, o art. 23.º, n.º 2, diz-nos que “a tentativa é punível com a pena aplicável ao crime consumado, especialmente atenuada”. Isto é: a leitura primeira a uma tal narrativa jurídica parece querer indicar que o cerne, o pilar está nos actos consumados e que é aí que devemos encontrar o referente. Sucede que essa é uma leitura. Outras há que, no fundo, nos parecem mais consistentes.

Por sua vez, a obra de Ferré Olivé⁶¹, prefaciada por Claus Roxin e dedicada às nuances do direito brasileiro⁶², apontará para a *técnica legislativa* como um dos problemas que comprometem a compreensão da natureza da tentativa. Dirá o autor:

Na doutrina (por todos, ELENA FARRÉ e SANTIAGO MIR PUIG) estima-se que nestes casos, a tentativa constituirá uma forma de delito distinto do tipo consumado, ao qual faltaria o resultado e que derivaria da conjugação do artigo correspondente da parte especial com os arts. 14, I, e 17 do CP.

Segundo este critério que, em princípio, subscrevemos, não parece lógico negar à tentativa o carácter de figura típica, limitando-a somente às tipologias descritas na parte especial do Código Penal. Poder-se-ia ter estabelecido junto à figura típica, por exemplo, do art. 121 (homicídio), outra análoga ao art. 14, II (como na Alemanha, §§216 e 218 do StGB), ou se ter definido em um parágrafo do art. 121 que se castigaria a tentativa, o que seria uma inútil repetição. Em todo caso, trata-se de um problema de técnica legislativa.

Sendo assim, da mesma forma que quando a lei estabelece uma pena entende-se que a impõe aos autores da infração consumada, o legislador estabelece nos arts. 14, II, e 17 uma ampliação da punição ao definir a tentativa, pois se assim não fosse tais atos permaneceriam impunes, o que pareceria contraditório com o ideal de proteger bens jurídicos de lesão ou da colocação em perigo.

Certamente, não há uma tentativa em si, senão somente, por exemplo, tentativa de homicídio, tentativa de furto, tentativa de estelionato etc. Mas isto não impede que se faça uma distinção entre delito consumado e tentado como tipos de injustos diferentes, posto que neste último falta, pelo menos, o resultado.

Diante das ponderações até aqui feitas, questiona-se se, de fato, uma resposta há de ser tão simples assim, ou seja, “o que vale para a consumação deve valer para a tentativa”. Prevaleceria, no fundo, uma lógica do “quem pode o mais pode o menos”? Assim, para nos adiantarmos ao que se aprofundará adiante, se o dolo eventual é admissível para o crime consumado (o “mais”), por que não valeria para o tentado (o “menos”)? Na cadeia de desenvolvimento causal que desemboca no crime, a tentativa, como sabemos, assume posição intermédia entre o início e o fim do *iter criminis*. Seus

⁶¹ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal brasileiro – parte geral: princípios fundamentais e sistema*. Apresentação e prólogo de Claus Roxin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pág. 577.

⁶² Código Penal brasileiro: Artigo 14 - Diz-se o crime: [...] II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. [...] Artigo 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime.

principais elementos seriam “passagem obrigatória” rumo à consumação. Isso, então, serviria para legitimar a tão sedimentada ideia que buscamos refutar? Cremos que não.

Josep-Maria Tamarit Sumalla⁶³, com amparo em Elena Farre Trepát, esta última então professora da Universidade Autônoma de Barcelona, aponta que a conclusão a que se chega pelo raciocínio lógico-formal hoje usual, para resumir, é amparada em duas fundamentais premissas, quais sejam: 1) a inserção do dolo eventual (que será nosso foco no próximo capítulo) nos domínios do dolo junto ao direto de primeiro e de segundo grau; 2) e a coincidência entre a parte subjetiva do tipo da tentativa e a correspondente ao delito consumado.

Como se percebe, as discussões sobre a tentativa, encontrando-se relativamente prejudicada a parte objetiva do tipo, não preenchido à integralidade por circunstâncias alheias ao agente – logo, falta-lhe a consumação –, estão mais direcionadas à sua parte subjetiva, o que tem servido mais propriamente para legitimar sua punição. É que, apesar de ter exteriorizado, mas de não haver concretizado a espécie de lesão objetivamente prevista pelo tipo, *decidiu* cometê-la, contrariando a norma e pondo em sério risco a perseguida integridade do bem jurídico e a consequente paz social. E nesse particular, tem dito quase que em uníssono a doutrina, contra o que nos insurgimos, que essa parte subjetiva do tipo tentado deve coincidir com a do consumado.

É justamente a *qualidade* dessa decisão (de cometer o tipo legal de crime), exigida para que se possa responsabilizar alguém por um crime doloso, o que discutiremos com mais propriedade nas próximas etapas do presente trabalho, o que tem sido aplicado de maneira indiscriminada entre consumação e tentativa, isso por intermédio da fórmula “o que vale para uma vale para outra”. A conclusão, dirá Elena Farre Trepát⁶⁴, é a de que sempre que o dolo eventual for suficiente para um (consumação), deve sê-lo também para

⁶³ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992, pág. 516.

⁶⁴ FARRE TREPAT, Elena. Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución – comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1982. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, serie 1, número 3, 1986, pág. 264.

o outro (tentativa). Esse tipo de equiparação, lembra-nos Inês Almeida Costa⁶⁵, levanta, ainda que escassa, certa discordância, senão vejamos:

STRUENSEE parte da consideração de que o tipo subjectivo há-de ser influenciado pelo próprio tipo objetivo, na medida em que o processo psíquico que subjaz àquele se vai incrementando à medida que os actos de execução se vão desenvolvendo. Nesta óptica, faz uma bipartição entre a consumação e a tentativa acabada (ao seguir o subjectivismo de ARMIN KAUFMANN), por um lado, e a tentativa inacabada, por outro. Defende que aquelas primeiras se caracterizam pela “representação da realização completa de actos decididos”, enquanto nesta última “a consciência se dirige, retrospectivamente e para o futuro, a um dever de realização posto por si mesma, mas ainda aberto”, na medida em que a decisão de cometer o delito “fica pela metade do caminho no verdadeiro sentido da expressão”. Cf. E. STRUENSEE, *Dolo*, pp. 25 e ss., especialmente, pp. 36 e s. MIR PUIG também faz uma cisão entre tentativa acabada e inacabada quando atende ao seu tipo subjectivo. O autor entende que nos casos de tentativa inacabada o tipo subjetivo é distinto (“menor”) por se observar um dolo diferente do verificado no delito consumado, já que apenas atende à parte de execução conseguida, e por se verificar um “*elemento subjectivo do ilícito* adicional que exige a intenção de completar a execução”. Já o dolo da tentativa acabada é considerado como idêntico ao delito consumado – consideração esta que decorre logicamente da concepção de ilícito por si defendida. Cf. MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 354 e s. Por fim, JAKOBS também milita no sentido de uma diferenciação entre tipo subjetivo da tentativa inacabada em relação ao da tentativa acabada: “naturalmente, na tentativa inacabada a vontade de realizar o último acto parcial não está ainda *executada*; nessa medida existe um déficit de vontade de *execução* em relação à tentativa acabada e à consumação”. Cf. JAKOBS, *Derecho Penal*, pág. 866.

Já se percebem fraturas, ainda que pontuais e relacionadas a determinadas modalidades de tentativa, na ideia lógico-formal até aqui tratada como legítima quase que à unanimidade pela doutrina penal, em especial a portuguesa. E delas (das fraturas encontradas) nos valeremos.

Por fim, mas não por último⁶⁶, não negamos que haja uma relação conceitual de íntima proximidade entre tentativa e consumação. Não se trata disso, pois seria impensável defender o contrário. São categorias que se constituem numa espécie de binômio conceitualmente ligado ao crime (que, obviamente, pode ser tentado ou consumado), cuja presença de uma de suas partes acaba por justificar, preenchidos os requisitos legais e observada com cuidado a parte subjetiva, a efetiva responsabilização penal do agente. Para que isso seja feito a contento, tem-se que partir de um ponto de referência. Esse é justamente o papel dos tipos penais, que descrevem as elementares que possibilitarão, caso

⁶⁵ COSTA, Inês Almeida. *A chamada tentativa inidónea por inaptidão do sujeito no contexto global do problema da tentativa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2014, pág. 93.

⁶⁶ Desenvolveremos abaixo, no *subtítulo* 5.2.

preenchidas na integralidade, o grau máximo de violação prevista *a priori* para o bem jurídico. Deságua-se, assim, no crime dito consumado.

Há, desde logo, reforce-se, pois já o deixamos claro, uma relação de interdependência por ambas constituírem categorias dogmáticas de um mesmo sistema, nesse caso o sistema penal, conectadas pela necessidade de se justificar uma responsabilização penal, sempre com vistas à preservação de bens importantes à manutenção de condições aceitáveis de sobrevivência. Bem sabemos, explica Faria Costa⁶⁷, que “a protecção precípua do direito penal visa evitar, sem sombra de dúvida, a consumação do crime”, mas também visa evitar que ele seja posto em sério perigo, imiscuindo-se o sujeito, indevidamente, em seu entorno⁶⁸. Nesse contexto, a ideia de protecção penal a que se chega é a seguinte:

Daí que a protecção penal a título de tentativa deva ser vista, enquanto compreensão global do fenómeno da protecção penal, como um alargamento materialmente complementar da consumação, se bem que, depois, a própria tentativa, enquanto figura dogmática, se possa estruturar em tipo de tentativa autónomo.

Nesse primeiro momento, o que nos tomou a atenção foram as inconveniências da adoção de um pensamento lógico-formal, vinculando categorias dogmáticas, tão importantes quanto complexas, aos mesmos resultados só por estarem de algum modo ligadas, fazendo-nos parecer ainda estarmos numa época em que as ciências naturais, soberanas e praticamente alheias ao subjetivismo, ditavam os rumos do Direito Penal. É preciso reconhecer que “estão ultrapassados os tempos de uma equiparação simplista entre a tentativa e a consumação”⁶⁹.

⁶⁷ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 690.

⁶⁸ “Daí que a violação dessa zona antecipada, desse halo, dessa periferia, seja o fundamento material da punibilidade”. FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 721-722.

⁶⁹ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 693.

Josep-Maria Tamarit Sumalla⁷⁰ reflete o problema com o qual temos dialogado até aqui da seguinte forma:

La afirmación “lo que vale para el delito consumado vale para la tentativa” no se compadece con la tesis de la autonomía típica de la tentativa. Ello no quiere decir que quede ya automáticamente demostrado lo contrario, sino precisamente que la solución no puede provenir del mecánico recurso a un silogismo. La concepción de los tipos de imperfecta ejecución como tipos de delito dotados de autonomía y sustantividad propia, obliga a fundamentar la decisión a partir de una profundización en la naturaleza y estructura típica de la tentativa, y, previa consideración de grupos de casos, valorar si la punibilidad de la tentativa con dolo eventual puede ser mantenida en todos ellos sin llegar a soluciones sistemáticamente incongruentes o político-criminalmente inconvenientes.

Se, ao final da investigação, pudermos chegar à segura conclusão de que será sim possível responsabilizar-se penalmente alguém por um crime tentado, isso por intermédio de dolo eventual, que é o nosso foco, tal não ocorrerá pelo simples fato de se admitir uma tal resposta lógico-formal, ou até pragmática⁷¹, diante de um crime consumado, mas porque as características dogmáticas modernas da tentativa, num ambiente verdadeiramente democrático, estão a permitir isso, sem que seja necessária alguma espécie de reducionismo em nome de um pretensão ideal de “justiça”.

4. Reflexões sobre o dolo eventual e sua estrutura (limites e fundamentos)

Como se anteviu, por se caracterizar a tentativa numa realização “especial” do tipo legal de crime, a discussão, que já estamos a desenvolver, certamente se localizará prioritariamente na primeira fase – “decisão de cometer...” – (ou na articulação entre esta e a segunda – “prática de atos de execução”), muito embora saibamos que solitariamente não seja ela punível (*cogitationes poenam nemo patitur*), justamente por se constituir num processo mental, “insuscetível, em si mesmo, de violar interesses socialmente relevantes”⁷². Logo, como diz Faria Costa⁷³, “a pedra de toque não residirá tanto ou sequer minimamente na tentativa, mas antes, em bloco, na estrutura, função e conteúdo do chamado dolo eventual”.

⁷⁰ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992, pág. 547.

⁷¹ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992, pág. 547.

⁷² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I, 2ª ed., Coimbra: 2012, pág. 682.

⁷³ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 756.

Em termos de metodologia, com amparo na doutrina de Claus Roxin, Inês Almeida Costa⁷⁴ nos lembrará de que, “ao contrário do que acontece na consumação – onde toda a investigação parte do tipo objetivo, o qual é posteriormente complementado pelo tipo subjectivo – na tentativa é premente optar pela ordem inversa”, isso por ser demasiadamente importante neste estudo saber no que o autor estava resolvido. Josep-Maria Tamarit Sumalla⁷⁵ recorda-nos que “la asimilación del dolo eventual al dolo dista de ser una cuestión pacífica, y se realiza a partir de un concepto normativo de dolo capaz de albergar en su seno realidades ontológicamente diferentes”.

Sobre o dolo, onde se acha sua modalidade *eventual*, aponta-nos Eduardo Correia⁷⁶ que a doutrina costuma indicar dois elementos imprescindíveis para a sua existência: “um *intelectual*, outro *volitivo ou emocional*”. Segundo o mencionado autor, o primeiro se traduziria “no conhecimento dos elementos e circunstâncias descritas nos tipos legais de crimes; é costume distinguir entre o conhecimento *material* desses elementos e o conhecimento do seu *sentido ou significação*”. Já o segundo⁷⁷ “traduz-se numa especial direcção da vontade”. Faria Costa⁷⁸, por sua vez, dirá que “é a partir destes dois eixos da vida psíquica – cognoscibilidade e vontade – que se chega ao conceito de dolo”; e acrescenta que tais “pilares anímicos” são *conditio sine qua non* para se afirmar o dolo, excluindo-o, pois, caso um deles ou ambos estiverem “abalados ou tortos”.

Armin Kaufmann⁷⁹, por exemplo, com objetivos explícitos de “encontrar fundamento ontológico *in re* insuscetível de debates posteriores e expurgar da discussão o que chamou de elementos emocionais do dolo”, lembra-nos Pedro Jorge Costa⁸⁰, admite

⁷⁴ COSTA, Inês Almeida. *A chamada tentativa inidónea por inaptidão do sujeito no contexto global do problema da tentativa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2014, pág. 92.

⁷⁵ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992, pág. 540-541.

⁷⁶ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015, pág. 367.

⁷⁷ “Tudo é ainda mais complexo e intrincado no plano volitivo.” FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de Direito Penal – fragmenta iuris poenalis*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pág. 376.

⁷⁸ FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de Direito Penal – fragmenta iuris poenalis*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pág. 365.

⁷⁹ KAUFMANN, Armin. Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. In: KAUFMANN, Armin. *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert: gesammelte Aufsätze und Vorträge*. Köln; Berlin; Bonn; München: Carl Heymanns, 1982.

⁸⁰ A quem devemos todo o desenvolvimento do parágrafo seguinte, inclusive com as obras de referência dos autores que citamos. In: COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. Vol. III. São Paulo: Atlas, 2015, pág.105.

uma “teoria generalizadora do dolo eventual” e defende que “nele está o mínimo suficiente para que o comportamento seja considerado doloso”. Kaufmann⁸¹ aduz ainda que:

La frontera entre dolo eventual y culpa consciente se busca frecuentemente en una *valoración* del contenido psíquico. Este método, manejado conscientemente por M. E. Mayer¹⁸ y Bockelmann¹⁹, juega un papel en muchas teorías, especialmente en las llamadas “emocionales”²⁰.

Na perspectiva “indiferente” de Karl Engisch⁸², inserida nas chamadas teorias da atitude interna – tal como denominado por Ingeborg Puppe⁸³ –, exigem-se “dados psíquicos relacionando o agente às consequências de seu ato para a caracterização do dolo eventual”⁸⁴. Noutro lado, em Günter Stratenwerth⁸⁵, “toda a estrutura do dolo parte de uma concepção da relação do homem com o mundo”⁸⁶, e não passivamente (ante o mundo), como tem sustentado a doutrina tradicional.

Teríamos, portanto, caso tivéssemos o tempo e o espaço necessários, de nos imiscuir com considerável pormenor no campo subjetivo das intenções, da vontade, do querer, da dúvida, da representação, da conformação, da aceitação, da aquiescência, da verossimilhança, da possibilidade, da probabilidade, dentre outras características igualmente difíceis e escorregadias⁸⁷, mas extremamente importantes no debate sobre a estrutura do dolo eventual. Justamente por se tratar de categorias tão consentâneas do campo das subjetividades, da psique humana, e, por consequência, tão suscetíveis à falibilidade, as provas a esse respeito precisam revestir-se de um cuidado reforçado.

Segundo António Manuel de Almeida Costa⁸⁸, o “*ilícito doloso* traduz-se na prática consciente e voluntária de uma conduta dirigida à lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico”. Nessa esteira, de modo geral, caracterizando-se o dolo direto pela firme decisão de cometer o crime, aliada, obviamente, da previsibilidade do resultado

⁸¹ KAUFMANN, Armin. *Estudios de Derecho Penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2013, pág. 106.

⁸² ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Aalen: Scientia, 1964. Reimpressão da edição de Berlim, 1930.

⁸³ PUPPE, Ingeborg. Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, B. 103, 1991, pág. 1-42.

⁸⁴ COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. Vol. III. São Paulo: Atlas, 2015, pág. 97 e ss.

⁸⁵ STRATENWERTH, Günter. Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 71, n°1, 1959, pág. 51-71.

⁸⁶ COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. Vol. III. São Paulo: Atlas, 2015, pág. 113 e ss.

⁸⁷ Um rápido, porém rigoroso, resumo sobre a problemática que reveste o dolo eventual pode-se encontrar em: CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015, pág. 378 e ss.

⁸⁸ ALMEIDA COSTA, António Manuel de. *Ilícito pessoal, imputação objetiva e participação em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2014, pág. 717. Grifos no original.

penalmente relevante, no dolo eventual não é bem assim que as coisas funcionam. Neste, apesar de também se prever um resultado penalmente relevante, a decisão tomada é a de realização de uma conduta que “eventualmente leve à efetiva prática de uma infração”. Dirá, *a priori*, a esse respeito, Figueiredo Dias⁸⁹ que o dolo eventual se caracteriza “antes de tudo pela circunstância de a realização do tipo objectivo de ilícito ser representada pelo agente apenas ‘como consequência **possível** da conduta’ (art. 14.º -3)”.

Hans-Heinrich Jescheck⁹⁰, por sua vez, conclui que “el autor **considera seriamente como posible la realización del tipo y se conforma con ella**”.

4.1. Elementos para uma perspectiva essencialmente crítica

Assim, no dolo eventual, “o agente representa como possível a realização de um facto e com isso se conforma”⁹¹. Essa possibilidade de vir a acontecer algo como consequência de um comportamento do agente, que, a depender das circunstâncias, pode ser maior ou menor, tendo sido admitida por ele, é o que nos serve como paradigma no estudo do dolo eventual.

O exemplo de Faria Costa⁹², para começar, esclarece e instiga, senão vejamos:

Imaginemos, então, que *A* subjectivamente quer ajudar *B*, que está economicamente necessitado, e para cumprir esse objetivo compra um bilhete de lotaria e lho dá. Poder-se-á dizer que *A* se decidiu objectivamente a ajudar *B*? Penso que nem o pensamento penal nem o cidadão comum se inclinarão para uma resposta afirmativa. O que *A* se decidiu foi por uma conduta, um comportamento, que *possivelmente* pode vir a ajudar *B*. Isso e só. Não se pode afirmar, em termos do valor de linguagem inerente à esfera do leigo, que *A* tenha tentado ajudar *B*.

O resultado, portanto, na cabeça do agente, não é tão certo como o é no dolo direto, mas apenas representado como possível. Apresenta-se, o evento, na sua esfera de previsibilidade. No vasto campo das interpretações, *admitir como possível* e *querer* podem até se assemelhar, tais como irmãos gêmeos, mas jamais serão considerados um só, não se

⁸⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I, 2ª ed., Coimbra: 2012, pág. 368. Grifos no original.

⁹⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Direito Penal – parte general*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4ª ed. Granada: Comares, 1993, pág. 269. Grifos no original.

⁹¹ FÁRIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 769.

⁹² FÁRIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual revisitados. In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 132, nº 3.907, 2000, pág. 311-312.

tratando, portanto, de mero problema linguístico. Tal como dirá Faria Costa⁹³, “tentar enquadrar realidades jurídicas diferentes em um mesmo denominador comum pode ser tarefa aliciante, mas não é com certeza objectivo que favoreça o desenvolvimento da doutrina penal”.

O que há, por parte do agente, é uma decisão calcada na vontade de realização dos atos executórios de um tipo legal de crime, com a consciência da possibilidade de que um resultado representado poderá advir, o que não pode ser confundido com uma decisão calcada na vontade direcionada à obtenção da efetiva consumação daquilo representado, característica essencial do dolo direto.⁹⁴ Na perspectiva de Faria Costa⁹⁵, “o querer só tem sentido enquanto plena manifestação da vontade, quando se estriba no conhecimento, nisso se distinguindo do mero desejo”.

O que não se pode, sob a perspectiva que temos comungado, é, diante das dificuldades⁹⁶ que existem tanto em definir/valorar quanto em provar no caso concreto essas questões⁹⁷, qualquer que seja o critério adotado (aprovação, consentimento, indiferença, fórmula de Frank), simplesmente adotar uma solução generalizante e ao mesmo tempo reducionista, que rigorosamente iguala duas circunstâncias (*admitir como possível e querer*) com características próprias, apesar de semelhantes, sobretudo quando a discussão sobre a utilização de ambas se presta a restringir a esfera da liberdade alheia.

Diante de tais dificuldades, mais nocivo ainda é o movimento de mera presunção de quaisquer delas, sobretudo nos casos em que o investigado silencia – aliás, um direito que lhe assiste⁹⁸, não podendo, por isso, ser repreendido. E, o que é pior, utilizar-se o julgador da vida pregressa do investigado para chegar a uma conclusão a esse respeito.

⁹³ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 740.

⁹⁴ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992, pág. 539.

⁹⁵ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 711.

⁹⁶ “¿Dónde se sitúa la frontera entre culpa consciente y dolo eventual? En opinión de WELZEL, es esta la más difícil y discutida pregunta del Derecho penal”. In: DÍAZ PITA, Maria del Mar. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo blanch, 1994, pág. 15.

⁹⁷ “Portanto, não há meios de prova específicos para os componentes empíricos do dolo. Provar os elementos empíricos do dolo é provar o comportamento do agente em um contexto.” COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. Vol. III. São Paulo: Atlas, 2015, pág. 197.

⁹⁸ Artigo 32/5, da CRP.

Todos os que lidam com a dogmática penal democrática sabem que há limitações ao percorrer o tempo na busca por respostas ao caso concreto. Notadamente as circunstâncias que devem interessar para o seu deslinde são aquelas presentes no momento do fato, não aquelas eventualmente presentes, por exemplo, na vida pregressa do investigado. Nela não estará o dolo. Proceder como tal é fazer homenagem a um autoritário direito penal do autor.

Veja-se, a propósito, o que diz Bustos Ramírez⁹⁹ sobre as características de ambas as circunstâncias em discussão, depois de concluir pelo autoritarismo de semelhante política criminal:

Juan quiere matar a José, coge para ello el medio apto – una pistola – y dispara sobre él. En cambio en los hechos definidos como de dolo eventual la constelación es diferente. Hay un suceso posible – que la bala del cazador alcance a José – y un resultado posible – la muerte de José –, todo lo cual sería aceptado, asentido, tomado a cargo o probado. Es decir, en los casos de dolo eventual se sustituye un proceso real por uno totalmente hipotético; luego no se puede hablar de realización volitiva, sino exclusivamente de hipótesis aceptada. De modo que claramente se trata de cosas totalmente diferentes que, sin embargo, se identifican, sin que para ello se pueda dar una explicación conceptual dogmática y entonces habría que recurrir a un argumento de carácter exclusivamente político-criminal: la gravedad de los hechos que se interpretan bajo la fórmula denominada dolo eventual serían equivalentes a los de dolo en general. [...] este ánimo criminal no es igual en el dolo eventual y en el dolo, pues en éste es animo realizado, es intensidad criminal puesta en acción; en cambio, en el dolo eventual es juzgamiento del puro y exclusivo ánimo, ya que está puesto en relación sólo con un procedimiento hipotético.

Mas, afinal, por qual razão tanto a lei quanto a doutrina (muito mais esta) se prestam, na grande maioria das vezes, a distinguir as modalidades de dolo, ou, para ser fiel ao questionamento feito por Tamarit Sumalla¹⁰⁰, inspirado em Gimbernat Ordeig, os fatos dolosos e culposos? Quer-se, por óbvio, distinguir entre delitos mais graves e menos graves, pois isso certamente deverá influenciar tanto nas suas constituições quanto nas sanções aplicáveis. E mesmo entre as modalidades de dolo (também nas de culpa) há necessidade de se observar as diferenças para esse fim.

⁹⁹ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Política criminal y dolo eventual. In: *Revista Jurídica da Catalunya*, II, 1984, pág. 33.

¹⁰⁰ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992, pág. 543.

Beleza dos Santos¹⁰¹, por sua vez, dirá:

A necessidade prática de distinguir o *dolo* da *culpa* resulta, pelo menos em parte, da necessidade de reprimir diversamente o facto, de empregar meios penais de intensidades diversas, porque a capacidade criminosa revelada num caso é diferente da traduzida no outro, porque a possibilidade de repetição do facto ou de outros factos ilícitos pelo agente ou pelas outras pessoas é de grau distinto, porque o alarme e a reprovação social não são idênticos, como igualmente o não são o ressentimento da vítima ou dos seus próximos provocado pelo crime.

Como já dissemos, *querer* não é o mesmo que *admitir como possível*, muito embora ambos comportem uma certa *vontade* do agente. *Diferença conceitual*, na essencialidade, que, por via de consequência, deve acarretar *diferenças de tratamento*. No dolo eventual, dirá Faria Costa¹⁰², o resultado se apresentará “de um modo meramente possível”; já no dolo direto, “o agente traduz o resultado em termos cognitivos como altamente provável ou como certo, isto é, como uma quase necessidade face ao seu querer traduzido na conduta”. Para o autor, “o problema põe-se, com efeito, quando o agente representa os elementos do tipo de uma maneira meramente eventual ou possível”. Logo, é de se perguntar: “qual a diferença entre probabilidade e possibilidade?”. Assim conclui o citado autor: “e se, em nosso entender, o critério da possibilidade se tem de detectar na probabilidade, qual, então, o padrão inferior? Julgamos que terá de ser procurado na incerteza. Mas onde termina a ínfima possibilidade e começa a mínima certeza?”.

Miguel Reale Júnior¹⁰³, professor da Universidade de São Paulo – USP, no Brasil, sobre o dolo eventual, esclarece:

Quando o agente assumiu o risco de produzir o resultado. Dessa forma, a ação não tem o fim direto de cometer crime, que se mostra, no entanto, como eventual. Daí a doutrina ter proposto que se configuraria o dolo se houvesse a possibilidade de ocorrer o evento, ou, em grau mais acentuado, a probabilidade.

Faria Costa¹⁰⁴, por sua vez, indica que seria “jurídico-penalmente inconsequente e mesmo ineficaz tentar construir uma distinção entre possibilidade e probabilidade”. Para ele:

¹⁰¹ BELEZA DOS SANTOS, José. Crimes de moeda falsa (continuado do n° 2.511, pág. 36). In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 67, n° 2.512, 1934, pág. 52.

¹⁰² FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 696-697.

¹⁰³ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal – Parte Geral*. Vol. 1. Rio de Janeiro: editora Forense, 2009, pág. 227.

[...] mais importante que a razão analítica que nos permitisse destrinçar a forte possibilidade da mínima probabilidade é o sentido normativo com que o agente representa (como possível, é evidente) alguns dos elementos previstos no tipo. Isto é, o que se exige é que aquela representação seja levada a cabo de um modo sério e que simultaneamente se nos apresente como actual.

De forma introdutória, ainda Faria Costa¹⁰⁵, em referência a Mezger e Blei, assevera: “o âmbito do dolo eventual é o âmbito da *dúvida*”; há uma “consciência insegura do fato”, algo, portanto, vinculado ao referente volitivo. É justamente o que vai nos interessar. Diferentemente do que se observa no dolo necessário, move-se o agente, nesse caso, “ao nível ético-jurídico no plano da certeza”. Dirá ele que “esta unidade de dúvida que trespassa toda a tensão espiritual do agente é, quanto a nós, a pedra de toque, para a correcta compreensão da problemática do dolo eventual”.

Estamos, pois, diante de uma “especial forma de dolo”. É preciso ter sempre presente “que um dos pontos nevrálgicos do dolo eventual reside na projecção da possibilidade de virem a ocorrer, em qualquer circunstância, dois ou mais resultados”. O autor¹⁰⁶ também se insurge contra os reducionismos constantemente observados nessa discussão. Na perspectiva dele, que, anteveja-se, também é a nossa, não se pode aceitar a “máxima voluntarista ‘tu queres, logo tu sabes’, por evidente írrita redução do modo de ser espiritual da pessoa”. O que, na prática, o Catedrático de Coimbra parece dizer é que precisamos evitar a embriaguez dos extremos ou a inadvertida redução das complexidades.

4.2. A relevância como requisito subjetivo para a responsabilização penal

Como já se pôde antever, com todas as vênias possíveis aos que aderem à corrente lógico-formal majoritária, não é tão simples assim, até mesmo porque o próprio conceito de dolo eventual, diga-se, sofreu resistência de parte da doutrina penal, apontando-o como “instrumento próprio de um Direito Penal autoritário”¹⁰⁷. Para Helmut Ostermeyer¹⁰⁸, o

¹⁰⁴ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 704.

¹⁰⁵ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 695-698-708-709-711.

¹⁰⁶ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 696.

¹⁰⁷ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992, pág. 524, nota 33.

dolo eventual conduziria a uma espécie de responsabilidade objetiva. Quintero Olivares¹⁰⁹ chega mesmo a afirmar que “si únicamente se castiga la comisión dolosa, el recurso al dolo eventual puede esconder el propósito de punir un hecho imprudente no previsto legalmente, y, en todo caso, es cierto que el riesgo mencionado aumenta notoriamente”.

Veja-se ainda, por exemplo, como bem nos lembra Tamarit Sumalla¹¹⁰, o que disseram Franz Von Liszt¹¹¹ e Bustos Ramírez¹¹² a respeito, sobretudo no crime tentado. Além desses, com um pouco menos de repercussão, de maneira “inflamadamente contra” o dolo eventual, Karl Stoss¹¹³, redator do Código Penal suíço, e Von Bar¹¹⁴, também se pronunciaram.

Em nota de rodapé, Faria Costa¹¹⁵ chama a atenção para a interessantíssima argumentação de Stoss sobre o dolo eventual:

[...] porque a tentativa não é concebível através de uma acção subjectivamente orientada pelo dolo eventual, este não deveria pertencer ao conceito de dolo. Arranca-se de uma posição inversa à da maioria dos autores que não admitem a congruência entre tentativa e dolo eventual, se bem que partindo de pressuposto do paralelismo entre o dolo de consumação e o dolo de tentativa, cf. Stoss, “Dolus eventualis und Gefährdung”, *ZStW* 15 (1985), pág. 200.

Von Liszt¹¹⁶, apesar da crítica, que chega a atribuir ao dolo eventual a pecha de “uma invenção de juristas doutrinadores reaccionários”¹¹⁷, e de apontar o que nos parece certa confusão doutrinária, admite o dolo eventual como forma de alcançar a tentativa:

¹⁰⁸ OSTERMEYER, Helmut. *Apud* FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 699, nota 41.

¹⁰⁹ OLIVARES, Quintero. *Apud* TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992, pág. 548-549.

¹¹⁰ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992, pág. 524.

¹¹¹ VON LISZT, Franz. Die Behandlung des dolus eventualis im Strafrecht und Strafprozess. In: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge von Liszt*, II, Berlin, 1905, pág. 281.

¹¹² BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Política criminal y dolo eventual*. In: *Revista Jurídica da Catalunya*, II, 1984, pág. 29.

¹¹³ STOSS, Karl. *Apud* FARRE TREPAT, Elena. Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución – comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1982. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, serie 1, número 3, 1986, pág. 265.

¹¹⁴ BAR, Von. *Apud* FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 699.

¹¹⁵ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 699.

Para la tentativa es suficiente el *dolo* (Vorsatz), el *designio* (Absicht) no se exige, a pesar del texto §43, así como tampoco es necesario para la consumación. Es confuso R., VII, 119. En todo caso basta el dolo indeterminado (eventual); así opinan también: Finger, I, 310; Meyer-Allfeld, 211; y R., XII, 64, xix, 90. En contra cf., von Bar, 543, y dudoso Frank, §43, VII, 1. El más grave de los resultados representado decide, entonces, en la apreciación.

Sobre a posição de Von Bar, também Ingeborg Puppe¹¹⁸ se pronunciou da seguinte forma:

Por tanto, más bien hay que concordar con el juicio que emitió von Bar hace más de 100 años, sobre la concepción del *dolus eventualis* como sustituto de la voluntad: “Es sólo un fantasma que induce a errores y, por eso, desconcertante, apropiado para hacer caer en descrédito a la justicia penal ante el pueblo”. (ZStW, t. 19 [1898], pág. 534 [555]).

Em análise, Beleza dos Santos¹¹⁹ expõe as controvérsias de há muito estabelecidas pela doutrina penal sobre a existência do dolo eventual e da complexa subjetividade que o cerca, o que demonstra não existir uma aceitação pacífica da própria existência/relevância de tal categoria dogmática¹²⁰. Afirma ele:

34. – O dolo, diz GRIFFON, não pode ser constituído pela *previsão* de um possível resultado a que não tendia o esforço do agente. E acrescenta – referindo-se àqueles que querem ver uma modalidade de *dolo* nos casos em que o agente, prevendo o facto como *possível*, se *conforma* com sua produção, isto é, o *aceita* – que esta doutrina leva ao absurdo de fazer dizer ao agente do facto: “eu não quero produzir um resultado, mas, se ele acontecer, então tê-lo-ei querido”. Isto, declara GRIFFON, é lógicamente inadmissível.

A conclusão, segundo esta corrente doutrinal é, portanto, que só pode haver *dolo directo* e que fora dele, existe unicamente a *simples culpa*.

Na sequência, após um apanhado das discussões existentes, o também Catedrático de Coimbra arremata:

O debate entre as doutrinas incide essencialmente sobre a qualificação do elemento *subjectivo* nestes casos duvidosos. As soluções racionalmente possíveis são quatro: a) há sempre dolo; b) há sempre culpa; c) há uma terceira modalidade

¹¹⁶ VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal* – tomo III. 3ª ed. Trad. Luis Jiménez de Asua. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1987, pág. 4.

¹¹⁷ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 699.

¹¹⁸ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia* – comentario al §15 del código penal alemán. Trad. Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, pág. 132.

¹¹⁹ BELEZA DOS SANTOS, José. Crimes de moeda falsa (continuado do nº 2.402, pág. 306). In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 66, nº 2.503, 1934, pág. 321.

¹²⁰ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 700.

do elemento subjectivo que não é dolo nem culpa; d) em certos casos há dolo e noutros simples culpa¹²¹.

[...]

Por isso, posta a questão no terreno da pura noção psicológica da vontade, têm razão os que condenam em nome dela o *dolo eventual* e só admitem o *dolo directo*¹²².

[...]

Numa palavra, deve reputar-se doloso não só o que foi *querido* na acepção restritiva da palavra, mas aquilo que *juridicamente* deve tratar-se *como se fosse querido*.

Como sucede com outros conceitos, este é o dever ser essencialmente jurídico, isto é, elaborado segundo as exigências do direito e não segundo noções preconcebidas de outras ciências¹²³.

Apenas para ilustrar as diversas perspectivas das críticas na construção dessa modalidade de dolo (o eventual) – pois já anunciamos alhures que faremos apenas “apontamentos” sem pretensão alguma de esgotar o tema–, Liepmann¹²⁴, por exemplo, chegou a afirmar que “el dolo eventual no era sino una expresión de la justicia de clases, pues en definitiva toda decisión al respecto llevaba siempre a concluir que era el pobre diablo el que actuaba com dolo eventual”.

Por fim, tal como na tentativa, acreditamos, com Faria Costa¹²⁵, que “a aceitação da ideia de dolo eventual implica também, se bem que por razões diferentes das de BINDING, um alargamento [nesse caso, para nós, demasiadamente perigoso e indevido] das condutas jurídico-penalmente puníveis”. Arremata o autor: “O sancionar como dolosa a conduta em que o agente prevê o resultado como possível e em que ‘se acomoda no seu foro íntimo aquela consequência’ não pode deixar de constituir uma extensão da punibilidade a título de dolo”.

¹²¹ BELEZA DOS SANTOS, José. Crimes de moeda falsa (continuado do n° 2.505, pág. 355). In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 66, n° 2.506, 1934, pág. 369.

¹²² BELEZA DOS SANTOS, José. Crimes de moeda falsa (continuado do n° 2.507, pág. 387). In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 66, n° 2.508, 1934, pág. 404.

¹²³ BELEZA DOS SANTOS, José. Crimes de moeda falsa (continuado do n° 2.508, pág. 404). In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 67, n° 2.509, 1934, pág. 3.

¹²⁴ LIEPMANN, Otto. *Apud* BUSTOS RAMIREZ, Juan. Política criminal y dolo eventual. In: *Revista Jurídica da Catalunya*, II, 1984, pág. 29.

¹²⁵ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 700.

5. A possibilidade de congruência entre a tentativa e o dolo eventual

Passamos agora a tratar especificamente da possibilidade de congruência entre a *tentativa* e o *dolo eventual*, não sem antes começarmos com uma nota de caráter geral, que reputamos de extrema importância nesse debate.

De início, faz-se importante lembrar, tal como o fez Faria Costa¹²⁶, que “a forma das coisas é o seu lado externo”, devendo-se levar em conta, portanto, que a forma é “tão só a representação das coisas, o seu rosto, o seu perfil, a sua figuração, a sua morfologia”. Na já citada reflexão, o Catedrático de Coimbra leva-nos, pois, a verificar que, apesar de possuir força e importância, a forma não pode nem deve ser supervalorizada em detrimento do que é substancial, em detrimento daquilo que é, portanto, o conteúdo. Nesse passo, não deveriam os legisladores levar a cabo sua atividade principal desconsiderando a essência das categorias dogmáticas que, diga-se de passagem, guardam importante relação de interdependência e são objeto de intermináveis discussões na comunidade doutrinária.

Modernamente, “com o advento do afluxo urbano”¹²⁷, o Estado passou a agir mais intensamente no sentido de evitar a concretização de riscos; é “tempo de cuidado”, o que gera na esfera penal verdadeiras “zonas antecipadas de proteção”¹²⁸. Logo, era preciso aperfeiçoar-se e desenvolver mecanismos mais eficazes nesse sentido.

Deve-se justamente a essa época uma crescente produção teórica sobre a tentativa, como nos dá pista Faria Costa¹²⁹. Utilizando-se da perspectiva de Bauman, o já mencionado Catedrático de Coimbra deixa claro que a própria punibilidade da tentativa é uma consequência do movimento da modernidade no Direito Penal¹³⁰, ou seja, “a defesa desses bens”, de seu entorno, teria de ser “efectuada mesmo quando se não verificasse a consumação da efectiva e real violação”.

¹²⁶ FARIA COSTA, José de. A análise das formas (ou a análise das “formas do crime”: em especial a tentativa). In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 139, nº 3.962, 2010, pág. 290.

¹²⁷ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 682-728.

¹²⁸ FARIA COSTA, José de. *O perigo em Direito Penal* (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas). Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

¹²⁹ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 683.

¹³⁰ Alguns dos artífices desse movimento foram citados, com a indicação de suas respectivas obras de referência, no capítulo 2.

Boa parte desse interesse do legislador, sobretudo na direção de estabelecer definições ou formas essenciais de categorias que não lhes “pertencem”, acaba por interferir em atividade que prioritariamente não deveria lhes dizer respeito, mas à doutrina, com todo o rigor científico devido. Atualíssima, portanto, a crítica anunciada por Hans Welzel¹³¹, quando alerta para a crença, segundo ele, “errónea” e “perigosa”, de que o tratamento do Direito Penal seria um assunto de mera “técnica jurídica”. Bem sabemos que não o é. Para o professor de Bonn, erram aqueles que, sob a perspectiva positivista, cômoda, contemplativa e asséptica, supõem que “el derecho em su integridad es un producto del legislador”, e assim arremata:

que el legislador puede administrar arbitrariamente la materia jurídica y que la dogmática jurídica es, por tanto, sólo la elaboración técnica de esta materia jurídica “causal”. Si esto fuera cierto, entonces estarían acertadas las palabras del procurador del Estado, VON KIRCHMANN, sobre la ciencia jurídica: “Tres palabras rectificadoras del legislador, y bibliotecas enteras se convierten en inútiles pliegos impresos”. [...] El legislador no es en manera alguna omnipotente, y que está ligado a determinados límites dados en la materia del derecho. Encontrar y llevar al conocimiento estos límites, es la misión de una tarea científica en derecho penal.

Contudo, sabe-se que, numa democracia, ao Legislativo é dado o poder de fazer as leis, desde que respeitadas as hierarquias do ordenamento posto. Disso não duvidamos. Mas, por outro lado, dar isso como o suficiente, ou perspectivar um problema com base no teor literal da lei, em nosso sentir, é uma das piores formas de tentar compreendê-lo e de buscar uma justa e democrática resolução para ele.

É preciso, portanto, no exercício dessa tarefa, respeitar a essência das categorias dogmáticas, ainda que se reconheça, tal como Claus Roxin¹³², mas não na mesma medida dele, que há sim espaços para a articulação entre a dogmática penal e os postulados da política criminal, sob pena de engessarmos, com radicalismos, a criatividade desta última. Não nos interessa o extremismo, sobretudo em ambiente democrático, como também não nos interessa o demasiado relativismo. Apesar de sabermos da existência de uma recíproca relação de influência entre a dogmática penal e a política criminal, é aquela quem deve servir como norte principal, funcionando, inclusive, como limite. Não por acaso, a

¹³¹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal* – parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, prólogo.

¹³² ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

problemática das definições legais também foi objeto de preocupação de Faria Costa¹³³, em quem nos apoiamos para situarmo-nos diante das tradicionais assertivas de que “é exatamente isso o que está na lei (!)”, como se ainda nos achássemos sob a égide do código napoleônico. Diz ele:

a complexa questão que envolve o sentido, o significado e a relevância jurídica – muito particularmente a jurídico-penal – das definições legais quando estas visam conceitos ou categorias que se prendem estritamente com radicais dogmático-científicos, perfila-se-nos como uma das mais pertinentes problemáticas, não só em termos gerais, com, em especial, no contexto deste específico trabalho. O que torna desde logo questionável a asserção que dê como líquida a bondade de uma interpretação baseada no mero teor literal do texto legislativo.

5.1. Doutrina favorável à congruência

O tema, ainda pouco presente em livros com a profundidade que se recomendaria, uma vez que desaguará na legítima possibilidade ou não de punição de um indivíduo, como já se percebeu, é dado como “pacificado”, até mesmo com amparo em inúmeros nomes de relevo na doutrina penalista ao redor do mundo (como, por exemplo, Antón Oneca, Vives Antón, Silva Sánchez, Rodríguez Mourullo, Luzón Peña, Gimbernat Ordeig, Claus Roxin, entre outros)¹³⁴. Assim, desde Mezger ou Welzel, constata Josep-Maria Tamarit Sumalla¹³⁵, “cabe destacar un grupo extenso de penalistas que se alinean, normalmente sin detenerse en argumentaciones ni introducir matizaciones o reservas, tras la tesis dominante”.

Apesar de reconhecer as diferenças existentes no âmbito das modalidades de dolo, assevera Figueiredo Dias¹³⁶ que “não existe nenhuma incompatibilidade lógica e dogmática entre o tentar cometer um facto doloso e a representação da realização apenas como possível, conformando-se o agente com ela”; admite-se, conseqüentemente, sua punição. Manuel de Oliveira Leal-Henriques e Manuel José Carrilho de Simas Santos¹³⁷,

¹³³ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual revisitados. In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 132, nº 3.903, 1999, pág. 182.

¹³⁴ Para uma visão panorâmica da visão de tais autores: TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992.

¹³⁵ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992, pág. 520.

¹³⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I, 2ª ed., Coimbra: 2012, pág. 695.

¹³⁷ LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira; SIMAS SANTOS, Manuel José Carrilho. *Código Penal anotado – volume I (art.ºs 1.º a 130.º)*. 3ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2002, pág. 289.

em anotações ao Código Penal português, aduzem que a tentativa seria compatível com quaisquer das formas de dolo, seja ele direto, necessário ou eventual e, “assim, o requisito ‘decidir cometer um crime’ (art. 22.º, n.º 1, do C. Penal de 1982) pode satisfazer-se com a representação da realização de um facto como consequência possível da conduta, tendo o agente actuado conformando-se com aquela realização”.

Para Maria Fernanda Palma¹³⁸, que se contrapõe aos argumentos de Faria Costa (*subtítulo 5.2.*), há compatibilidade, pelo menos em certos casos, entre o dolo eventual e a decisão criminosa. E após argumentar com base na filosofia, conclui que “na perspectiva do desvalor da acção, do ilícito, não há qualquer razão para diferenciar qualitativamente o dolo eventual”. Inês Almeida Costa¹³⁹, que também se filia à doutrina majoritária, defende que, em *primeiro* lugar, “à tentativa não devem ser feitas exigências mais severas que aquelas feitas para qualquer tipo de ilícito doloso, pelo que, se aqui basta a verificação do dolo eventual, também assim ali será”; em *segundo*, na mesma linha de Figueiredo Dias, “não há qualquer incompatibilidade entre tentar cometer um facto doloso e a representação do resultado tão-só como possível”; e *terceiro*, “tais hipóteses gozam de igual dignidade punitiva e de semelhante necessidade de pena em relação aos restantes casos de tentativa, não sendo justificável um tratamento distinto”.

Em Farre Trepats¹⁴⁰ podemos encontrar uma espécie de sumário da linha seguida por aqueles que geralmente defendem a congruência entre a tentativa e o dolo eventual, e a consequente possibilidade de punibilidade. Segundo ela:

Ciertamente, quien mantiene esta posición no argumenta casi nunca el porqué de la punibilidad de estos supuestos. No obstante, puede observarse que ésta surge como consecuencia de la aceptación de dos premisas previas. En primer lugar, la consideración, apenas discutida actualmente, de que el dolo eventual constituye una forma de dolo junto al dolo directo. En segundo lugar, la afirmación de que la parte subjetiva del tipo en las formas de imperfecta ejecución coincide por completo con la parte subjetiva del tipo del delito consumado. La conclusión a la que se llega es, por consecuente, que siempre que el dolo eventual sea suficiente para el delito consumado lo será también para la tentativa o la frustración.

¹³⁸ PALMA, Maria Fernanda. *Da “tentativa possível” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006, pág. 80-81.

¹³⁹ COSTA, Inês Almeida. *A chamada tentativa inidónea por inaptidão do sujeito no contexto global do problema da tentativa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2014, pág. 94.

¹⁴⁰ FARRE TREPAT, Elena. Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución – comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1982. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, serie 1, número 3, 1986, pág. 264.

Como se anteviu, não é pela impunidade do crime tentado com dolo eventual que majoritariamente tem se pronunciado a doutrina penal; esta tem preferido abrigar-se na perspectiva lógico-formal, fazendo coro com os tribunais. Dentre outros, Enrique Bacigalupo¹⁴¹ sustenta que “si para la consumación es suficiente con el dolo eventual, también lo será para la tentativa”. Outro jurista espanhol, Francisco Muñoz Conde¹⁴², aduz que “la tentativa es un *tipo dependiente*, ya que todos sus elementos van referidos a un delito consumado”, e afirma inexistir uma tentativa “en sí”; conclui que “el *dolo* sea el mismo que en el delito consumado”. Também assim se posiciona Hans-Heinrich Jescheck¹⁴³ quanto à tentativa, para quem “el dolo cabe igualmente en su modalidad de *eventual*, siempre que éste sea suficiente conforme al tipo respectivo”.

No mesmo sentido já havia se manifestado (lógico-formalmente) Hans Welzel¹⁴⁴:

Tentativa es la concreción de la decisión de realizar un crimen o delito a través de acciones que constituyen un comienzo de ejecución del delito (§43). El tipo objetivo no está plenamente cumplido en la tentativa. En cambio, el tipo subjetivo debe existir completamente y, por cierto, en la misma forma como debe ser en el delito consumado. **Por lo tanto, si basta para la consumación el *dolus eventualis*, entonces basta, también, para la tentativa** (RG., 68-341). [grifo nosso]

Como destacamos no início de nosso percurso investigativo, o Acórdão de 3 de julho de 1991 do Supremo Tribunal de Justiça portuguesa é paradigmático no tocante a essa temática. Naquela oportunidade, o Supremo Tribunal de Justiça admitiu a validade teórica da tese de Faria Costa (este, desde logo contrário à congruência entre tentativa e dolo eventual, como se verá na sequência.), muito embora, por não adotá-la, haja elaborado sua própria via de justificação dogmática para afirmar serem congruentes ambas as categorias que ora nos servem de objeto de estudo. Nesse passo, destaca o Acórdão:

Efectivamente, os fatos de a lei censurar criminalmente o dolo (como propósito de praticar um acto ilícito), e de qualificar como forma do dolo a conformação do agente com a possibilidade de produção de um certo resultado ilícito, correspondem à imposição, ao mesmo agente, da obrigação de abstenção da

¹⁴¹ BACIGALUPO, Enrique. *Comentários al código penal* – arts. 1 al 108. Barcelona: Editora Bosch S.A., 2007, pág. 119. Também em: BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal* – parte geral. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005, pág. 431.

¹⁴² MUÑOZ CONDE, Francisco; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pág. 454.

¹⁴³ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Direito Penal* – parte general. Trad. José Luis Manzaneres Samaniego. 4ª ed. Granada: Comares, 1993, pág. 466.

¹⁴⁴ WELZEL, Hans. *Derecho Penal* – parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, prólogo.

conduta que conduza ou possa conduzir, ainda que não necessariamente e só potencialmente, à produção desse resultado.

Tais factos geram, assim, um específico dever de omissão daquela conduta potencialmente geradora do resultado proibido, que, não obstante se encontrar formulado de uma maneira genérica, não deixa de caber na previsão daquele n.º 2 do artigo 10.º [o que estabelece o dever de garante], na medida em que resulta de uma concreta previsão legal¹⁴⁵.

Note-se que a referida decisão conseguiu a proeza de levantar questionamentos até mesmo de parte da doutrina que advoga a legítima congruência entre tentativa e dolo eventual. Veja-se, por exemplo, nessa linha crítica, a conclusão a que chegou Taipa de Carvalho¹⁴⁶ (partidário da possibilidade de congruência entre as categorias dogmáticas aqui enfatizadas) sobre a “inovação” do Tribunal em termos de fundamentação.

Abrindo-se um breve parêntese, no caso do Brasil, apenas para, uma vez mais, não deixarmos de citar nossa pátria de origem e reforçar, ainda mais, os históricos laços que unem a doutrina penal luso-brasileira, o tema também é dado como pacificado¹⁴⁷, sobretudo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça¹⁴⁸, cuja competência está determinada no art. 105 da Constituição Federal de 1988. Num dos últimos Acórdãos mais recentes, em pesquisa sobre a matéria, pode-se ver:

AgRg no REsp 1322788 / SC – Agravo Regimental no Recurso Especial 2012/0097135-0 – Ministro Sebastião Reis Júnior – Sexta Turma – 18/6/2015

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO. CRIME TENTADO. DOLO EVENTUAL. COMPATIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. FRAÇÃO. TENTATIVA. CARÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. EXASPERAÇÃO. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DELITO CONSUMADO. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. IDADE DA VÍTIMA. MENOR DE 18 ANOS. ELEMENTO DO TIPO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA.

1. Segundo precedentes desta Corte Superior, a tentativa é compatível com o delito de homicídio praticado com dolo eventual, na direção de veículo automotor.

¹⁴⁵ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual revisitados. In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 132, n.º 3.903, 1999, pág. 178.

¹⁴⁶ TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *A legítima defesa*. Coimbra: Coimbra editora, 1995, pág. 225.

¹⁴⁷ Há, segundo sustenta a doutrina prevalente, uma equiparação legal entre os dolos, conforme presente no artigo 18, inciso I, do Código Penal brasileiro: “Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;”.

¹⁴⁸ Também o Supremo Tribunal Federal – STF: No HC: 114.223 SP, Relator Min. Teori Zavascki, 2/4/2013.

2. O fato de que o veículo foi conduzido pela contramão de direção perigosa em rodovia federal, durante largo período, mesmo recebendo sinalização de outros transeuntes da manobra equivocada, justifica a negatização das circunstâncias do crime.
3. A matéria referente à fração adotada na redução decorrente da tentativa carece de prequestionamento, incidindo o óbice da Súmula 282/STF.
4. A idade da vítima (18 anos) não autoriza o desvalor atribuído às consequências do delito de homicídio consumado, por ser inerente ao delito.
5. Agravo regimental parcialmente provido.

5.2. Doutrina contrária à congruência

Além de Faria Costa e Maia Gonçalves em Portugal, outros nomes igualmente importantes em outros países, mas (ainda) menos numerosos, encabeçam a corrente doutrinária que, apesar de pequena, mostra-se igualmente forte em termos argumentativos, isso, obviamente, no sentido da incongruência entre tentativa e dolo eventual, conforme aqui veremos. Apesar do “clima de aceitação inquestionada”, pensamos que, como bem diagnosticado por Josep-Maria Tamarit Sumalla¹⁴⁹, “lejos de presentarse como una cuestión pacífica, la complejidad de la materia subyacente y la multiplicidad de dimensiones en las que se proyecta la hacen merecedora de un creciente interés”. Justamente por isso, aqui nos deteremos um pouco mais, tanto pela necessidade de contrapor um “estado de coisas” quanto por ser nosso tendencial ponto de vista.

O entendimento de Faria Costa, atento às implicações dogmáticas, não se coaduna com a paradigmática resposta do Supremo Tribunal de Justiça português (no *subtítulo* 5.1.). Sustenta o Catedrático de Coimbra a impossibilidade de “uma configuração de tentativa com dolo eventual”, ao menos no atual estágio da legislação portuguesa, apontando, por via de consequência, para a necessidade de advogar-se uma “absolvição do arguido pela prática de uma tal infração”¹⁵⁰. Ou seja, conforme ele mesmo observa, “se o agente disparou, representando como possível a morte a que ia associada a conformação a

¹⁴⁹ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992, pág. 515.

¹⁵⁰ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual revisitados. In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 132, nº 3.903, 1999, pág. 181.

esse mesmo resultado, e se, por exemplo, a bala passa ao lado da vítima, um tal comportamento deve ficar impune?”¹⁵¹.

Mesmo concordando com a necessidade de reprovação do já referido comportamento, sobretudo quando se estiver falando de suposto homicídio tentado, alerta Faria Costa¹⁵² para que a vontade de “justicialismos” não atue como fonte de perversão dogmática. E isso, por certo, não deveria acontecer. A célebre máxima maquiavélica não deve encontrar arrimo num moderno Direito Penal. Os fins, portanto, não se prestam a justificar os meios. Não se poderá permitir, portanto, dirá Faria Costa, “que a pura ideia de necessidade se apodere do fundamento material do direito penal”. Não em um ambiente que preza pelos valores democráticos, “pois que, desse jeito, aquela tudo explicaria, mesmo as mais consequentes arbitrariedades ou as não menos intoleráveis injustiças”. Assim, dirá o autor¹⁵³, “se o discorrer dogmático nos aponta em uma direção em que não seja possível punir, impune deve ficar a conduta”.

Nessa mesma linha, inolvidável é a lição de Josep-Maria Tamarit Sumalla¹⁵⁴, quando denuncia o *pragmatismo*¹⁵⁵ geralmente escondido na via adotada pela jurisprudência dominante sobre o tema, como nos parece ser o caso da portuguesa e de tantas outras. Para o autor, o recurso à punição da tentativa com dolo eventual presta-se, na prática, a preencher determinados “espaços de impunidade”. Vai, nessa perspectiva, justamente ao encontro, agora dizemos nós, daquele movimento, dito “populismo penal”, que, preocupado com o nível de frustração social, invade o Direito Penal na tentativa de desvirtuar suas verdadeiras finalidades democráticas.

¹⁵¹ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual revisitados. In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 132, nº 3.907, 2000, pág. 308.

¹⁵² FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 688.

¹⁵³ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual revisitados. In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 132, nº 3.907, 2000, pág. 309.

¹⁵⁴ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992, pág. 547.

¹⁵⁵ No sentido da “filosofia dos resultados”, “a subordinação do valor teórico ao critério da eficácia na ação prática”. In: *Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira*, vol. XXIII, pág. 31.

Apontando para a melhor (ou a mais coerente) exegese do dispositivo¹⁵⁶ português ora em vigência, que estabelece a forma tentada do crime, muito embora já tenhamos alertado para as limitações que esse tipo de procedimento (legalista) possui, Maia Gonçalves¹⁵⁷ também conclui que não é admissível a punibilidade da tentativa apenas com dolo eventual. Em sua perspectiva, “o adicionamento de *que decidiu cometer*” teria o escopo de “salientar um *elemento de interioridade*, parecendo assim que o dolo, na tentativa, terá de assumir a forma de directo (intenção criminosa directa), excluindo-se, portanto, o dolo eventual”. Já para Eduardo Correia¹⁵⁸, que participou ativamente das discussões sobre o Código Penal português ora em vigência, equiparando intenção com dolo eventual, a conclusão é a seguinte:

[...] evidente nos parece, por outro lado, e ao contrário de Frank, que paralelamente à intenção se deve colocar o dolo necessário ou eventual, já que se trata de formas inteiramente equivalentes de um ponto de vista normativo e, portanto, que devem merecer o mesmo tratamento.

Insurgindo-se contra a opinião dos autores alhures mencionados (*subtítulo 5.1.*), que, como dissemos, representa uma gama considerável da doutrina, diversas são as oportunidades em que Faria Costa¹⁵⁹ procura refutar a “lógica” ali defendida, senão vejamos:

Na verdade, não está demonstrado, em primeiro lugar, que haja uma equiparação normativa entre “intenção do agente” e “decidiu cometer”, o que aliás é reconhecido quando se exprime opinião de que a actual formulação é “menos incisiva” que a anterior. Pareceria até, porque menos incisiva, que deveria abranger menos casos, restringir o seu âmbito de aplicação, logo, afastar o dolo eventual. Mas dê-se, todavia, de barato, a reversibilidade desta argumentação. O que continua a ser patente, julgamos, é o carácter indemonstrado da mencionada equiparação.

[...]

“decisão” e “intenção” não são realidades psicológicas idênticas, nem posturas ético-jurídicas de igual significado ou valência normativas. É claro que se atribuímos à “intenção” a especificidade que o chamado dolo intencional

¹⁵⁶ Artigo 22.º Tentativa. 1 – Há tentativa quando o agente praticar actos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se.

¹⁵⁷ MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes. *Código Penal Português – anotado e comentado – legislação complementar*, 18ª ed., Coimbra: Almedina, 2007, pág. 132.

¹⁵⁸ CORREIA, Eduardo. *Direito criminal: I – Tentativa e frustração. II – Participação criminosa. III – Pena conjunta e pena unitária*. Coleção Stvdivm – temas filosóficos, jurídicos e sociais. Coimbra: Coimbra Editora, 1953, pág. 31-32.

¹⁵⁹ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 742-743-757-759-765.

encerra, então pouco ou nada separará aquelas duas noções. Mas ajuizar desse modo leva necessariamente a que a tentativa exija um dolo específico, o que afasta meridianamente e de modo límpido o dolo eventual. E é precisamente nesta linha que vai toda a jurisprudência e doutrina francesas.

[...]

Uma coisa é certa: perante a nova formulação legal só há tentativa “quando o agente pratica actos de execução de um crime que *decidiu* cometer”. Vale dizer: tem de haver uma irrecusável e inequívoca *decisão* de querer praticar um crime.

[...]

Afirmar-se que o querer intencionado pode perfeitamente compatibilizar-se com a representação eventual do resultado afigura-se-nos inconsequente.

É de se destacar a jurisprudência italiana a respeito do assunto. De modo diverso do que ocorre em Portugal, Espanha ou Alemanha, a Corte de Cassação italiana, em diversas oportunidades, tem decidido pela incongruência entre tentativa e dolo eventual. Tem-se sedimentado que a tentativa apenas se compatibiliza juridicamente com o dolo na forma intencional, não se admitindo uma tentativa com dolo eventual, porquanto o ato idôneo deve ser dirigido de modo unívoco à realização do resultado típico que o agente perseguiu¹⁶⁰.

A utilização generalizada do critério lógico-formal no presente contexto acaba por afrouxar perigosamente, assim nos parece, os limites da responsabilização penal, permitindo, inclusive, hipoteticamente admitir que, se para determinados crimes consumados tem-se levado em consideração a própria negligência, para a tentativa, seu necessário “caminho de passagem”, portanto, o seu “minus”, isso também já não seria nenhum absurdo. Afinal, “o que vale para uma vale para a outra”. A esse respeito, Josep-Maria Tamarit Sumalla¹⁶¹ criticamente aduz que se há razões para “equiparar el tratamiento del dolo eventual al dolo directo en ciertas ocasiones, también puede haberlas para asimilarlo en otros casos a la culpa consciente, y eso es lo que debiera suceder en los tipos de imperfecta realización”.

¹⁶⁰ Conforme sentença de Cassação de 21 de outubro de 1970. Várias outras sentenças são elencadas em: TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992, pág. 526 e ss.

¹⁶¹ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992, pág. 551.

O caso de Jiménez de Asúa, nesse contexto, parece-nos mais emblemático, tal como apontado por José Arturo González Quintanilla¹⁶². Segundo o professor mexicano, Asua chega a falar “en ocasiones de una posible tentativa culposa”. Para este¹⁶³, “no nos parece posible asignar la característica de la tentativa en el dolo, mucho más si, como hoy se afirma, cabe tentativa con dolo eventual y hasta se discute si puede haber tentativa en los delitos culposos (vid. *Infra*, núms. 2310 y 2314)”. Na sequência, apesar de reconhecer não ser fácil sustentar a punibilidade da tentativa com o dolo eventual, o referido autor arremata:

El aserto de que en la hipótesis acabada de plantear parece posible la tentativa en los delitos culposos, no quiere decir que lo sea en la dogmática española y argentina: *de lege lata* no es posible construirla en las acciones culposas, y solo quedarían las observaciones que preceden para la posible reforma de la ley penal; es decir, *de lege ferenda*.

Na perspectiva de Francesco Carrara¹⁶⁴, “imaginar uma *tentativa culposa* é o mesmo que sonhar um *monstro* lógico”. Apenas para que possamos deixar claro nosso entendimento sobre essa específica matéria, alinhamo-nos também aqui com Faria Costa¹⁶⁵ quando sustenta que “a punibilidade da tentativa a título de negligência seria não uma contradição, mas antes uma incongruência”, pois, para ele:

[...] já que a introdução da punibilidade da conduta no âmbito da dignidade penal tem de corresponder à valência axiológica que aquela explicita e, manifestamente, a hipótese jurídica de uma tentativa presidida subjectivamente pela negligência não é abarcada sequer pelo limiar mínimo do sentido unitário que buscamos.

De todo modo, antes de seguirmos o curso planejado, importa lembrar que há doutrina que nos ensina haver uma classe de crimes culposos que admitem a tentativa. Seriam, segundo Damásio de Jesus¹⁶⁶, os crimes praticados por culpa imprópria, “em que o resultado é querido, mas o sujeito incide em erro de tipo inescusável”. Na verdade, o que

¹⁶² GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. *Derecho penal mexicano – parte general y parte especial*. 5ª ed. México: Editora Porrúa, 1999, pág. 514.

¹⁶³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal – el delito y su exteriorización – tomo VII*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1977, pág. 507-509-918.

¹⁶⁴ CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal – parte general*. Trad. José J. Ortega Torres e Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1971, pág. 254.

¹⁶⁵ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 684.

¹⁶⁶ JESUS, Damásio E. de; *Direito Penal – parte geral*. 33ª ed. São Paulo: 2012, pág. 378.

ocorre é que há uma tentativa dolosa, mas a pena a ser aplicada, por questões de política criminal, é que seria a de um crime negligente.

É, pois, justamente a “qualidade” da *decisão* do agente que nos interessa nessa cadeia de acontecimentos que deságua no crime tentado. Seria, portanto, o dolo eventual suficiente para preencher esse momento subjetivo da cadeia de desenvolvimento que acima expressamos na realização do crime tentado? Ou precisaríamos ser mais exigentes, levando em conta apenas o dolo direto (também aqui abriremos mão, dadas as circunstâncias, de discussões sobre dolo direito de primeiro ou de segundo grau)? A obra capitaneada por Juan Carlos Ferré Olivé¹⁶⁷ nos dá a pista:

De um ponto de vista valorativo, o injusto que se realiza por meio de dolo eventual é algo menor que o daquele que atua com dolo direto, e algo maior com relação ao que faz com culpa consciente. Por esse motivo, alguns autores consideram o dolo eventual como uma forma de dolo *atenuada ou debilitada*, sem consequências penais (CLAUS ROXIN), ou postulam por um abrandamento da pena a ser imposta (DIEGO LUZÓN PEÑA). Outros o consideram como uma forma agravada de culpa que recebe a pena do dolo (JUAN BUSTOS RAMÍREZ).

Não se pode olvidar que, como já sedimentado antes (*subtítulo 3.2.*), não só não se pode atribuir o tratamento da tentativa pela mesma via da consumação, ou seja, utilizando a fórmula de que “o que serve para uma serve para a outra”, como também não se pode admitir que as modalidades de dolo também assim o sejam, mesmo sabendo-se que o dolo eventual é uma forma de dolo¹⁶⁸. De acordo com a regra do “*maiori ad minus*”, nesse contexto, pode-se inclusive remeter à violação do n.º 3 do art. 1.º do Código Penal, que proíbe a analogia incriminadora¹⁶⁹.

Veja-se o que diz Faria Costa¹⁷⁰:

¹⁶⁷ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal brasileiro – parte geral: princípios fundamentais e sistema*. Apresentação e prólogo de Claus Roxin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pág. 339.

¹⁶⁸ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 766.

¹⁶⁹ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 770.

¹⁷⁰ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 774.

Por isso são exactas e dogmaticamente correctas as considerações de MANTOVANI ao afirmar: “quem visando outros fins aceita, todavia, o risco de vir a verificar-se um delito, não representa e não quer os actos como directos à produção do mesmo delito. O que quer dizer que só há delito tentado se o sujeito age com dolo intencional e que não é possível punir a tentativa com dolo eventual sem violar a proibição *in malam partem*”.

Em dado momento do desenvolvimento de seu argumento, Faria Costa¹⁷¹ invoca a perspectiva de Ernst-Joachim Lampe; este sustenta que “em parte alguma é dada uma fundamentação para uma tal opinião”. Deve-se, aliás, dirá ele, questionar-se a “bondade” desse tipo de equiparação, desse “paralelismo de tratamento”.

Vale, portanto, o alerta de Marcelo Tenca¹⁷²:

El dolo directo y el eventual tienen estructuras diametralmente opuestas. Como hemos analizado, en el dolo directo el autor quiere el resultado prohibido, mientras que en el dolo eventual ello no sucede. En este último caso, conforme la posición del autor de que se trate, se lo “representará”, se lo “consentirá”, se lo “aceptará”, se lo “tolerará”, se lo “asentirá”, pero nunca se “querrá” el resultado prohibido y se elegirá un medio para conseguirlo. En cuanto al segundo de los considerandos, cabe decir que la estructura del dolo del delito consumado y la del dolo de la tentativa son completamente diferentes.

Aproveitando o ensejo da citação de Faria Costa alhures, o Código Penal italiano, por exemplo, requer basicamente três requisitos para a punibilidade da tentativa: 1º) intenção delituosa não equívoca; 2º) idoneidade dos atos; 3º) ter ficado incompleto o fato típico.¹⁷³ Logo, “é preciso que os atos realizados revelem *em si mesmos* – pelo que são, pelo modo como foram praticados – a existência de uma vontade dirigida a cometer um delito”, diz Giulio Battaglini¹⁷⁴. A exigência, portanto, dessa *não equivocidade*, segundo pensamos, enfraquece a tese da congruência entre a tentativa e o dolo eventual.

Ferrando Mantovani¹⁷⁵ expõe sua preferência da seguinte forma:

¹⁷¹ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 745-746.

¹⁷² MARCELO TENCA, Adrián. *Dolo eventual* – viabilidad de su aplicación a los delitos en particular – diferencias con la culpa – política criminal – autoría – participación – tentativa – crisis de la figura – jurisprudencia aplicable. Buenos Aires: Editora Astrea, 2010, pág. 215.

¹⁷³ Enumerados em: MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale italiano* – volume secondo. Chieri: Unione Tipografico-editrice torinese, 1950, pág. 426 e ss.

¹⁷⁴ BATTAGLINI, Giulio. *Direito Penal parte geral* – 2º volume. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Armida Bergamini Miotto. São Paulo: Editora da USP, 1973, pág. 502.

¹⁷⁵ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale parte generale*. 6ª ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2009, pág. 434.

Preferibile appare la tesi negativa [pela incongruência], per cui il dolo del tentativo è intenzione di commettere il delitto perfetto, con conseguente esclusione del dolo eventuale. Essa si fonda sul duplice argomento: a) dello stesso concetto di tentativo, che implica una volontà orientata verso uno scopo e non la mera accettazione di un rischio di possibile evento; b) della ricezione di tale concetto nella dizione legislativa della “direzione univoca” degli atti, la quale, pur riguardando innanzitutto il comportamento materiale, implica anche un corrispondente atteggiamento della volontà. E, pertanto, ha una funzione limitatrice anche del dolo del tentativo.

Em termos de incongruência entre as categorias já anunciadas, convém ainda citar o escólio de Farre Trepas¹⁷⁶, que em seção dirigida por Santiago Mir Puig comenta Acórdão do Tribunal Supremo da Espanha:

La última ocasión en que se ha planteado la impunidad de la tentativa con dolo eventual en todo caso ha sido en un artículo de E. J. Lampe (35). Este autor afirma que en el dolo eventual el sujeto acepta el resultado “para el caso en que éste se produzca” (36). Por ello, “el dolo eventual no puede en ningún caso imaginable fundamentar la pena de la tentativa” (37).

Também assim, sob a perspectiva da exegese da lei penal, apesar de vacilante, tem se pronunciado parte da doutrina e da jurisprudência¹⁷⁷ argentina. Ricardo Núñez¹⁷⁸, por exemplo, diz que “la lenguaje de la ley habla claramente a favor de que la tentativa requiere que su autor tenga por objeto motivo de su acción el logro de un determinado delito”, o que, para ele, só se compatibiliza com o dolo direto. Carlos Creus¹⁷⁹ destaca que haverá tentativa quando o autor realizar atos com o “fin de cometer un delito determinado” e explica:

En principio, el que quiere consumar un particular delito y actúa con esa finalidad, lo hace con dolo directo, pero no con *dolo eventual* ya que en éste su querer no puede contener el *fin* de cometer un delito, sino la *previsión* de cometerlo: el autor no se dirige a la “comisión” con su conducta, sino que sólo admite la perpetración del delito como una contingencia de la actividad que despliega en procura de otro fin. En nuestro derecho al menos, dado lo estricto

¹⁷⁶ FARRE TREPAT, Elena. Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución – comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1982. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, serie 1, número 3, 1986, pág. 266.

¹⁷⁷ Várias são as decisões colacionadas por Marcelo Tenca que indicam a incompatibilidade, sob a perspectiva da legislação argentina, entre tentativa e dolo eventual. In: MARCELO TENCA, Adrián. *Dolo eventual – viabilidad de su aplicación a los delitos en particular – diferencias con la culpa – política criminal – autoría – participación – tentativa – crisis de la figura – jurisprudencia aplicable*. Buenos Aires: Editora Astrea, 2010, pág. 221.

¹⁷⁸ NÚÑEZ, Ricardo. *Apud* MARCELO TENCA, Adrián. *Dolo eventual – viabilidad de su aplicación a los delitos en particular – diferencias con la culpa – política criminal – autoría – participación – tentativa – crisis de la figura – jurisprudencia aplicable*. Buenos Aires: Editora Astrea, 2010, pág. 218

¹⁷⁹ CREUS, Calos. *Apud* MARCELO TENCA, Adrián. *Dolo eventual – viabilidad de su aplicación a los delitos en particular – diferencias con la culpa – política criminal – autoría – participación – tentativa – crisis de la figura – jurisprudencia aplicable*. Buenos Aires: Editora Astrea, 2010, pág. 218.

de la definición legal del art. 42 del Cód. Penal, la tentativa parece incompatible con el *dolo eventual*.

O escólio de Mir Puig¹⁸⁰ aclara as ideas até aquí expostas quanto ao desacerto da fórmula de que “aquilo que vale para a consumação vale para a tentativa”, senão vejamos:

La necesidad de la resolución de consumir el delito se interpreta a veces el sentido de que la tentativa no se distingue del delito consumado en su tipo subjetivo, sino sólo en su tipo objetivo. Ello se confirmaría por el hecho de que *también deben concurrir en la tentativa los elementos subjetivos del tipo* propios del delito consumado. Esto último es cierto. Debe matizarse, en cambio, la afirmación de que la tentativa posee el mismo tipo subjetivo que el delito consumado. La voluntad de realización de los actos ejecutivos efectivamente practicados no puede identificarse con el dolo del delito consumado. Que el autor haya querido realizar (haya impulsado la realización de) una parte de la ejecución con ánimo de consumación (esto es la tentativa) no prueba *todavía* que el mismo hubiera mantenido su voluntad hasta llegar a la total ejecución.

Já na perspectiva de Ingeborg Puppe¹⁸¹, a tentativa com dolo eventual seria impunível “por analogia com a tentativa acabada, quando o agente vem a impedir a consumação”, uma vez que está em jogo justamente a preservação do bem jurídico que justificou a proteção da norma penal. A autora¹⁸² ainda dirá, em outra obra:

Verdad es que entre dolo e imprudencia existe un “limite fluido”, y que su separación es, en cierta medida, “artificial” (Arzt, *FS-Rudolphi* [2004], pág. 3[4]). Pero, en la práctica, la mayor parte de los casos podría ser **resuelta de modo inequívoco** mediante el criterio del método idóneo. Pero univocidad y exactitud absolutas no se puede esperar de un concepto del lenguaje natural; entonces, tampoco de un concepto jurídico. El dolo eventual es una especie de **forma** raquítica, en la cual el verdadero elemento del dolo, a saber, la voluntad, sólo está desarrollado débilmente.

5.3. Posição intermediária

Pérez Barberá¹⁸³ apresenta-nos uma parte do quadro atual na doutrina mais produtiva a respeito do assunto:

En Alemania, como es sabido, la doctrina dominante acepta la punibilidad de la tentativa con dolo eventual, sin perjuicio de una minoría que opina lo contrario, y a la cual Roxin considera “digna de atención” (cf. las pertinentes referencias bibliográficas en Roxin, AT II [2003], § 29, nm. 71); entre los autores que

¹⁸⁰ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal* – parte general. 3ª ed. Barcelona: PPU, 1990, pág. 370.

¹⁸¹ PUPPE, Ingeborg. *Apud* FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal* – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime, tomo I, 2ª ed., Coimbra: 2012, pág. 695.

¹⁸² PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia* – comentario al §15 del código penal alemán. Trad. Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, pág. 98-136.

¹⁸³ BARBERÁ, Gabriel Pérez. *Dolo como reproche* – Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/dolo-como-reproche.pdf>. Acesso em: 3 de novembro de 2015.

niegan la punibilidad de la tentativa con dolo eventual cita Roxin a Schmidhäuser (aunque sólo con relación a la tentativa inidónea: Schmidhäuser, Studienbuch2 [1984], 11/19); Puppe, NSTZ 1984, pág. 491; Streng, JZ 1990, p. 219 (este último de *lege ferenda*). También en España la doctrina dominante acepta la punibilidad de la tentativa con dolo eventual: así, entre muchos, Alcácer Guirao, Tentativa (2000), pág. 228 y s., esp. nota a pie Nº 789, con ulteriores referencias bibliográficas (como contraria, en España, a la punibilidad de la tentativa con dolo eventual, señala este autor sólo a Tamarit Sumalla, ADPCP 1992, pág. 515 y ss.).

No meio dessa disputa, há, ainda, aqueles que adotam uma posição, digamos, intermediária. Aceitam a punibilidade da tentativa com dolo eventual em determinadas situações, muito específicas, como é o caso de Salm, Schmidhäuser e Kölz-Ott, vinculando essa possibilidade ao grau de perigosidade da conduta¹⁸⁴. Segundo Farre Trepát¹⁸⁵, os mencionados autores pretendem limitar a punição com base na menor ou nula possibilidade de o resultado representado acontecer. Ainda de acordo com Farre Trepát:

A través de caminos distintos excluyen del ámbito de la punición aquellas tentativas cometidas con dolo eventual en las que no concurre ningún peligro objetivo. Es decir, ante la inexistencia de una peligrosidad objetiva de la acción, el dolo eventual se considera insuficiente para fundamentar la pena de la tentativa.

Segundo Inês Almeida Costa¹⁸⁶, Schmidhäuser e Alwart sustentam que a tentativa apenas seria punível na medida em que fosse preenchido um de dois fundamentos: “a intenção de realizar o tipo ou a intenção de conduzir a um perigo objetivo da mesma. Sendo assim, a tentativa inidónea só seria punível quando houvesse uma actuação intencional – e não quando o autor actuasse com dolo necessário ou eventual”.

Mas, perguntamos: como medir esse grau de perigo? Através de pesquisas? Quais os critérios e a metodologia? Ainda que aceitássemos essa flexibilização, por razões de política criminal tão somente, as fronteiras permaneceriam tão fluidas que de qualquer forma estaríamos não apenas a contrariar a dogmática a que nos filiamos, mas, além disso, e de acordo com nossa perspectiva, estaríamos a mitigar a segurança jurídica.

¹⁸⁴ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992, pág. 529 e ss.

¹⁸⁵ FARRE TREPAT, Elena. Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución – comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1982. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, serie 1, número 3, 1986, pág. 268.

¹⁸⁶ COSTA, Inês Almeida. *A chamada tentativa inidónea por inaptidão do sujeito no contexto global do problema da tentativa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2014, pág. 71.

6. Conclusão

Esgotar o assunto não estava entre nossos objetivos, sobretudo por sua abrangência, mas, o principal deles, manter o debate em evidência e revisitar páginas outrora consideradas já “viradas”, parece-nos ter sido relativamente cumprido. Há, importa-nos reconhecer, argumentos respeitáveis em ambos os lados, até mesmo porque o assunto trata de categorias dogmáticas que nos permitem o debate dentro de uma margem subjetiva incomodamente ampla. Por isso, ter em conta o tipo de perspectiva prévia adotada (*capítulo 2*) durante o percurso era demasiado importante. Assim o fizemos. Expusemos os principais questionamentos, as eventuais incoerências sistêmicas, as dúvidas mais prementes, e procuramos sugerir respostas sem que, com isso, nos tenha restado a sensação de que “o assunto está encerrado”. Tanto é assim que, no âmbito de nossa carreira acadêmica, a intenção é continuar a investigá-lo.

Não advogamos a imutabilidade do sistema ou qualquer espécie de imobilismo dogmático¹⁸⁷. Longe disso. As mudanças, sobretudo aquelas que aprimoram os valores democráticos, são sempre bem vindas. Mas também não concordamos com o manuseio de categorias dogmáticas que possuem como horizonte apenas as finalidades “em si” ou as necessidades de se fazer “justiça”, ou de punir, por exemplo. Os valores democráticos parecem impor (por mais paradoxal que possa ser esta “autoritária expressão”, mas é a que nos cabe agora apenas para lhe pôr acento tônico) que, para se alcançar os fins legítimos (a proteção de bens jurídicos e todas as consequências que isso poderá gerar, tais como a paz social, a segurança jurídica, a confiança entre as pessoas, etc.), é necessária a utilização de meios igualmente legítimos.

Dessa forma, uma vez mais com Faria Costa¹⁸⁸, acreditamos que este trabalho de construção dogmática precisa ser “fundamentalmente referencial e não rigidamente lógico-sistemático”, o que se faz, não raramente, “por tentativas, por inêxitos e por cortes transversais à própria produção teórica que entrementes se vai elaborando”. Para ele, assim como para nós também, “outras referências, outros pontos de contacto teórico a elas se

¹⁸⁷ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 743, nota 97.

¹⁸⁸ FARIA COSTA, José de. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984, pág. 743, nota 97.

ligaram ou vêm a conxionar, nascendo, assim, uma nova validade”. É preciso, portanto, estarmos abertos aos contrapontos teóricos, mormente no contexto de uma “sociedade hipercomplexa”¹⁸⁹ em que as demandas fomentam a tendência por certa expansão de direitos, garantias, deveres e, claro, mecanismos eficientes de controle.

A doutrina prevalente, em nossa perspectiva, enclausura-se em argumentos lógico-formais, silogísticos, mecânicos, difíceis de contrapor, mas sustentados em premissas, no mínimo, duvidosas. Circunstâncias típicas de sistemas herméticos e de viés autoritário, a que Josep-Maria Tamarit Sumalla¹⁹⁰ se contrapõe, com amparo em Schünemann, sustentando que o “empleo de la lógica formal, caracterizada por la regla según la cual la verdad de las premisas se traslada directamente a la conclusión, no puede tener un carácter prevalente, sino que habrá de someterse al imperio de razonamientos axiológicos y teleológicos”. Continuaremos, pois, a investigar, nutridos pela sensação de que reside razão na ideia de que são incongruentes categorias como *tentativa* e *dolo eventual*.

Não percamos de vista que, no final das contas, as implicações que estivemos a discutir, apesar da subjetividade, da inacessibilidade ao “mundo psíquico do agente”¹⁹¹, têm grande relevo prático, longe, portanto, de ser algo puramente metafísico. Destinam-se a fundamentar, em última análise, a privação da liberdade alheia, grave interferência em um direito fundamental. Ferré Olivé¹⁹², ao versar sobre o dolo eventual, indica que este “é um dos temas mais polêmicos da dogmática jurídico-penal”. Para o mencionado autor, implicações como as que destacamos não são exclusivamente teóricas, “pois optar por um delito doloso ou culposo possui enormes consequências práticas, já que poderá ocasionar a maior pena do delito doloso, a menor culpa ou, em certas ocasiões, a impunidade, caso o tipo em questão não possua uma modalidade culposa”.

¹⁸⁹ FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de Direito Penal – fragmenta iuris poenalis*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pág. 371.

¹⁹⁰ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992, pág. 546.

¹⁹¹ No que o autor chama “caixa preta”. FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de Direito Penal – fragmenta iuris poenalis*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pág. 377.

¹⁹² FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal brasileiro – parte geral: princípios fundamentais e sistema*. Apresentação e prólogo de Claus Roxin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pág. 339.

Em termos bem sucintos, significa: punir ou não punir? Privar ou não privar? Coagir ou não coagir? Impõe-se refletir: tudo isso, à custa do quê? Do reforço à vigência da norma? Do ideal de “justiça”? Da necessidade de prevenção geral? Não à toa, Josep-Maria Tamarit Sumalla¹⁹³ assevera que “de un modo o de otro, la admisión de la tentativa con dolo eventual constituye una amenaza para las libertades individuales, habida cuenta del riesgo de que redunde en una utilización desmedida del Derecho Penal”. Logo, ainda na esteira do autor¹⁹⁴, a decisão político-criminal de punir, fazendo coro à necessidade de se voltar o Direito Penal à criação dos riscos advindos da modernidade, deve necessariamente se integrar de maneira coerente e segura às categorias dogmáticas.

Nesse sentido, é de se concluir que a quantidade de dúvidas que ainda persistem no debate sobre as categorias dogmáticas de que tratamos, em especial sobre a estrutura e os fundamentos do dolo eventual, não nos deveria permitir encontrar tanta passividade doutrinal e jurisprudencial quanto à possibilidade de suas congruências. Poderíamos até, num nível mais avançado do debate, concluir o contrário, mas a utilização da perspectiva lógico-formal, que ainda predomina, naturaliza a resposta e trava o debate. Afinal, quem haverá de se insurgir contra o que é “natural”? Preferimos, portanto, nos filiar a Faria Costa, pelo menos por ora, justamente porque isso nos permite refletir mais criticamente sobre o assunto e nos deixa, senão uma porta, algumas frestas abertas para arejar o debate, a permitir que se possa aprimorar a estrutura conceitual do crime.

¹⁹³ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992, pág. 548.

¹⁹⁴ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992, pág. 558.

Bibliografia

ALMEIDA COSTA, António Manuel de. *Ilícito pessoal, imputação objetiva e participação em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2014.

BACIGALUPO, Enrique. *Comentários al código penal – arts. 1 al 108*. Barcelona: Editora Bosch S.A., 2007.

_____. *Direito Penal – parte geral*. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARBERÁ, Gabriel Pérez. *Dolo como reproche – Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/dolo-como-reproche.pdf>. Acesso em: 03 de novembro de 2015.

BARRETO, Tobias. Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: *Estudos de filosofia*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Editorial Grijalbo, 1977, p. 366-353. Disponível em: http://www.cdpb.org.br/estudos_tobias_partes_1_e_2.pdf. Acesso em 14 de maio de 2016.

BATTAGLINI, Giulio. *Direito Penal parte geral - 2º volume*. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Armida Bergamini Miotto. São Paulo: Editora da USP, 1973.

BELEZA DOS SANTOS, José. Crimes de moeda falsa (continuado do nº 2402, pág. 306). In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 66, nº 2503, 1934.

_____. Crimes de moeda falsa (continuado do nº 2505, pág. 355). In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 66, nº 2506, 1934.

_____. Crimes de moeda falsa (continuado do nº 2507, pág. 387). In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 66, nº 2508, 1934.

_____. Crimes de moeda falsa (continuado do nº 2508, pág. 404). In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 67, nº 2509, 1934.

_____. Crimes de moeda falsa (continuado do nº 2511, pág. 36). In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 67, nº 2512, 1934.

BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal – la doctrina del delito-tipo*. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002.

BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretun: Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des delikts*. Leipzig: W Englemann, 1877.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de derechos para el concepto de delito*. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2010.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. Política criminal y dolo eventual. In: *Revista Jurídica da Catalunya*, II, 1984.

CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal* – parte general. Trad. José J. Ortega Torres e Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1971.

CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015.

_____. *Direito criminal: I – Tentativa e frustração. II – Participação criminosa. III – Pena conjunta e pena unitária*. Coleção Stvdivm – temas filosóficos, jurídicos e sociais. Coimbra: Coimbra Editora, 1953

COSTA, Inês Almeida. *A chamada tentativa inidónea por inaptidão do sujeito no contexto global do problema da tentativa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2014.

COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. Vol. III. São Paulo: Atlas, 2015.

DÍAZ PITA, Maria del Mar. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Aalen: Scientia, 1964. Reimpressão da edição de Berlim, 1930.

FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de Direito Penal* – fragmenta iuris poenalis. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

_____. A análise das formas (ou a análise das “formas do crime”: em especial a tentativa. In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 139, nº 3962, 2010.

_____. Tentativa e dolo eventual revisitados. In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 132, nº 3903, 1999.

_____. *O perigo em Direito Penal* (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas). Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

_____. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). In: *Estudos em homenagem ao prof. Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. I, 1984.

_____. A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social. In: *Revista de Direito e Economia*, ano IX, nº 1-2, 1983.

FARRE TREPAT, Elena. Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución – comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1982. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, série 1, número 3, 1986.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal brasileiro* – parte geral: princípios fundamentais e sistema. Apresentação e prólogo de Claus Roxin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal*. Tradução: Eugenio Raúl Zaffaroni e Irmã Hagemer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*, tomo I, 2ª ed., Coimbra: 2012.

_____. *Liberdade culpa Direito Penal*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. *Derecho penal mexicano – parte general y parte especial*. 5ª ed. México: Ediora Porrúa, 1999.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Direito Penal – parte general*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4ª ed. Granada: Comares, 1993.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal – parte geral*. 33.ª ed. São Paulo: 2012.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal – el delito y su exteriorizacion – tomo VII*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1977.

KAUFMANN, Armin. *Estudios de Derecho Penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2013.

_____. Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. In: KAUFMANN, Armin. *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert: gesammelte Aufsätze und Vorträge*. Köln; Berlin; Bonn; München: Carl Heymanns, 1982.

LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira; SIMAS SANTOS, Manuel José Carrilho. *Código Penal anotado – volume I (art.ºs 1.º a 130.º)*. 3ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2002.

LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal – tomo III*. 3ª ed. Trad. Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1987.

_____. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. Berlin: Guttenberg, 1905.

_____. *Die Behandlung des dolus eventualis im Strafrecht und Strafprozess*. In: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge von Liszt, II*, Berlin, 1905.

_____. *Tratado de Direito Penal Alemão – tomo I*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899.

MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes. *Código Penal Português – anotado e comentado – legislação complementar*, 18ª ed., Coimbra: Almedina, 2007.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale parte generale*. 6ª ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2009.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale italiano – volume secondo*. Chieri: Unione Tipografico-editrice torinese, 1950.

MARCELO TENCA, Adrián. *Dolo eventual – viabilidad de su aplicación a los delitos en particular – diferencias con la culpa – política criminal – autoría – participación – tentativa – crisis de la figura – jurisprudencia aplicable*. Buenos Aires: Editora Astrea, 2010.

- MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*. Trad. Ana Prata. 3ª ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal – parte general*. 3ª ed. Barcelona: PPU, 1990.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NAUCKE, Wolfgang. *Derecho penal. Una introducción*. Trad. Leonardo Germán Brond. Buenos Aires: Astrea, 2006.
- PALMA, Maria Fernanda. *Da “tentativa possível” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006.
- PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia – comentario al §15 del código penal alemán*. Trad. Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.
- _____. Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, B. 103, p. 1-42, 1991.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal – Parte Geral. Vol. 1*. Rio de Janeiro: editora Forense, 2009.
- ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- STRATENWERTH, Günter. Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 71, nº1, p. 51-71, 1959.
- TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *A legítima defesa*. Coimbra: Coimbra editora, 1995.
- TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria. La tentativa con dolo eventual. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLV, 1992.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal – parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.