

A CODIFICAÇÃO DO DOLO EVENTUAL NO MOVIMENTO PARA A REFORMA DO CÓDIGO PENAL ITALIANO

THE CODIFICATION OF DOLUS EVENTUALIS IN THE REFORM OF THE ITALIAN CRIMINAL CODE

SHEILA JORGE SELIM DE SALES*

RESUMO

A partir do final dos anos oitenta, o dolo eventual tem sido tema de reflexão constante no direito penal em todo o mundo. Não sem razão, o conceito de dolo eventual, além de servir a uma ideologia expansiva do direito penal, pode ser, também, facilmente manipulado para aplicação em fatos culposos. Tal como é previsto na legislação penal brasileira, trata-se de conceito cuja flexibilidade, na praxe, faculta seu manejo em prejuízo do denunciado, sendo pouco compatível com o direito penal de garantia, ideário dos Estados de Direito democráticos. O tema ainda desperta interesse em face do denominado direito penal de risco, voltado para a contemporânea sociedade mundial do risco, caracterizado pela diminuição dos requisitos para a responsabilidade penal, e também pelo seu caráter preventivo e simbólico. Pensando na atualidade da discussão sobre o tema, que sem dúvida trata-se de um conceito em crise, e no interesse que os estímulos e experiências que o direito comparado podem trazer, realiza-se uma breve exposição sobre a codificação do dolo eventual nos diversos projetos para reforma penal italiana, como modelos que podem apresentar interesse para o debate sobre matéria no direito penal brasileiro.

ABSTRACT

From the late eighties, eventual intent (dolus eventualis) has been the subject of constant discussion on criminal law around the world. Not without reason, the concept of dolus eventualis serves to the hypertrophy of criminal law and also this concept can be easily manipulated for applying to criminal negligence. As stated in the Brazilian criminal legislation, it is a concept whose flexibility makes it possible to be used in prejudice to the condemned, not being compatible with the criminal law of warranties, one of the principles of Democratic Rule-of-Law States. The subject also arouses interest regarding the so-called criminal law of risk, especially in the contemporary world risk society. The criminal law of risk is characterized by a reduction of the requirements for criminal liability, and also for its preventive and symbolic aspects. Thinking about the intense debate on the subject, which undoubtedly is a concept in crisis, and the interest that comparative law study can bring, we make a brief presentation on the codification of eventual intent (dolus eventualis) in the various projects of Italian penal reform, which could be useful models to the debate about this subject in the Brazilian criminal law.

* Professora Associada de Direito Penal na Faculdade de Direito da UFMG. Mestre em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da UFMG. Doutora em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de Roma – *La Sapienza*. Pós-doutorado na Universidade de Roma – *La Sapienza*.
sheilasales@task.com.br

PALAVRAS-CHAVE: Dolo eventual. Codificação. Itália. Código penal. Projetos de reforma.

KEYWORDS: *Dolus eventualis*. Coding. Italy. Criminal Code. Reform projects.

SUMÁRIO: 1- CONSIDERAÇÕES INICIAIS: DO DOLO EVENTUAL COMO UM CONCEITO EM CRISE 2- O DOLO EVENTUAL NA LEGISLAÇÃO PENAL ITALIANA. 3- DO DOLO EVENTUAL: DOUTRINA DOMINANTE. 4- ASPECTOS DA CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA SOBRE O DOLO EVENTUAL; 4.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS; 4.2. A CRÍTICA DE ADELMO MANNA; 4.3. POR UMA TERCEIRA FORMA DE IMPUTAÇÃO SUBJETIVA. 5- A REFORMA PENAL ITALIANA. 6- O ESQUEMA PAGLIARO. 7- O PROJETO RIZ. 8. O PROJETO GROSSO. 9- O PROJETO NORDIO. 10- O PROJETO PISAPIA. 11- À GUIA DE CONCLUSÃO. 12. REFERÊNCIAS.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS: DO DOLO EVENTUAL COMO UM CONCEITO EM CRISE

A partir do início dos anos noventa, o dolo eventual tem sido tema de reflexão constante no direito penal em todo o mundo.¹ Não sem razão, o conceito de dolo eventual, além de servir a uma ideologia expansiva do direito penal,² pode

1 Apenas para ilustrar, mencionamos aqui alguns volumes monográficos sobre o tema: no direito penal italiano, CANESTRARI, Stefano. *Dolo eventuale e colpa cosciente: ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999; e PROSDOCIMI, Salvatore. *Dolus eventualis*, 1993. Nos países de língua espanhola, cf. os trabalhos monográficos de PITA, Del Mar Diaz. *El dolo eventual*, 1994; SANCHEZ, Bernardo Feijóo. *El dolo eventual*, 2004; e TENCA, Adrian Marcelo. *Dolo eventual*, 2010.

2 Assim, no direito penal brasileiro, cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual*. RBCrim, v. 64, p. 222-238.

ser, também, facilmente manipulado para aplicação em fatos culposos.³

No direito penal brasileiro, em vista da vaga formulação legislativa do dolo eventual no art. 18, *in fine*, do código penal, também já se afirmou que “em face da equivocidade dos seus termos, a fórmula do código é evidentemente incompatível com um direito penal de garantia, o que está a exigir uma precisa tomada de posição da doutrina para delimitá-lo no seu verdadeiro sentido.”⁴

Com efeito, o dolo eventual, como previsto em nossa legislação, trata-se de criação dogmática, cuja flexibilidade, na praxe, faculta seu manejo em prejuízo do denunciado, sendo pouco compatível com o direito penal de garantia, ideário dos Estados de Direito democráticos.

O tema ainda desperta interesse em face do denominado direito penal de risco, voltado para a contemporânea sociedade mundial do risco,⁵ no qual há uma “redução dos requisitos de responsabilidade, que se exprimem na mudança de paradigma da lesividade do bem jurídico à perigosidade para o bem jurídico, como o fulcro da reprovação.”⁶

O direito penal de risco é caracterizado não apenas pela hipertrofia, mas também pelo seu caráter preventivo e simbólico. Numa orientação como esta, o dolo eventual desvela-se como

3 Neste sentido, cf. BATISTA, Nilo. *Novas tendências do direito penal*, p. 24.

4 TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 350.

5 Segundo BECK, Ulrich. *Un mondo a rischio*. Trad. Laura Castoldi, Torino: Einaudi, 2003, p. 17-18. Na denominada “sociedade mundial do risco”, as atividades que habitualmente praticamos “não nascem de uma relação idílica de todos com todos. Nascem de uma situação de perigo gerada pelas consequências do atuar da nossa civilização, prescindindo do fato que esta globalidade de consequências seja o fruto da rede informática, da circulação de capitais, dos desastres naturais, dos símbolos culturais, das modificações climáticas ou da ameaça terrorista.”

6 PRITTWITZ, Cornélius. *Società del rischio e diritto penale*. Trad. Valeria Torre. In: AA.VV. *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*. A. c. di Luigi Stortoni e Luigi Forfani. Milano: Giuffrè, 2004, p. 376.

construção dogmática de fácil instrumentalização, em face de seu potencial expansivo e da facilidade com que pode ser estendido ao âmbito dos delitos culposos.

Pensando na atualidade da discussão sobre o tema e no interesse que os estímulos e experiências que o direito comparado podem nos trazer,⁷ realizaremos uma breve exposição sobre a codificação do dolo eventual na reforma penal italiana, precedida de algumas considerações sobre o estado do debate sobre o tema na doutrina penal peninsular.

Procura-se, desta forma, referir novos paradigmas de codificação do dolo eventual, que podem apresentar interesse para o debate sobre matéria, no direito penal brasileiro.

Em relação à contribuição que nos pode trazer o direito penal alemão, que serviu de modelo para codificação vigente do dolo eventual no direito penal brasileiro, e às orientações que a rica doutrina alemã nos pode oferecer, já foi acentuado que as definições de dolo eventual contidas nos projetos oficial e alternativo alemão, são “modelos úteis para a discussão da matéria.”⁸

Por isso, nesta exígua sede, nos limitaremos a transcrever a pesquisa feita tão somente no direito penal italiano.

Para tanto, ressaltamos, desde já, que a tentativa de definir legalmente o significado das palavras ou expressões – *in casu*, o “dolo eventual” – para limitar a aplicação dos diversos institutos previstos nos códigos, nem sempre significa maior precisão ou consenso sobre eles, em sede interpretativa.

Por isso, em relação ao árduo e árido conceito de dolo eventual, atualmente em crise, seja na praxe, seja no debate

7 GORLA, Gino. Prolegomeni ad una storia del diritto comparato europeo. *Il Foro Italiano*, col. 17, atenta para o fato que “ao jurista contemporâneo atribui-se a tarefa de adquirir o hábito do pensamento jurídico transnacional...” Também sobre a importância da comparação, à qual sempre recorrem também os penalistas brasileiros, cf. JESCHECK, Hans Heinrich. *Dogmática penale e política criminale nuove in prospettiva comparata*, p. 507 et seq.

8 SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 61.

doutrinário, resta sempre atual o brocardo: *Omnis definitio in iure periculosa*.

2. O DOLO EVENTUAL NA LEGISLAÇÃO PENAL ITALIANA

A legislação penal italiana apresenta algumas peculiaridades que a diferenciam da nossa realidade normativa.

O art. 43 do Código Penal italiano, sob a rubrica “elemento psicológico do crime”, define textualmente o dolo direto, a preterintenção e a culpa como formas de imputação subjetiva.

Nos termos do art. 43, “o delitto é doloso ou segundo a intenção, quando o evento danoso ou perigoso, resultante da ação ou omissão [...] é previsto e querido como consequência da própria ação ou omissão.”⁹ A legislação penal italiana cinge-se pois a definir o denominado dolo direto.

Porém, a definição do dolo contida no art. 43 é considerada parcial e incompleta, porque se restringe a estabelecer o “núcleo do dolo.”¹⁰ Por isso, consideram-se também, para delimitar o conceito de dolo, outras disposições legais, *e.g.*, os arts. 5° (da ignorância da lei penal) e 47 (do erro sobre o fato).¹¹

9 *In verbis: 43. Elemento psicologico del reato. Il delitto: è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione; è preterintenzionale, o oltre all'intenzione, quando dall'azione o omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente; è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline.*

10 Cf. MANTOVANI, Ferrando. *Principi di diritto penale: parte generale*, p. 145.

11 Sobre o ponto, cf. RAMACCI, Fabrizio, *Corso di diritto penale*, p. 340 *et seq.*; FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale: parte generale*, p. 355 *et seq.*; PAGLIARO, Antonio; ARDIZZONE, Salvatore. *Sommario del diritto penale italiano: parte generale*, p. 181 *et seq.*; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale*

A doutrina italiana aponta três espécies de dolo: intencional (ou direto de primeiro grau), quando coincidem o fato querido pelo sujeito e o fato realizado; direto (ou de segundo grau), caracterizado pela certeza na previsão do resultado lesivo; e o dolo eventual,¹² também denominado condicionado ou indireto. É interessante pontuar que, mesmo sendo esta a doutrina dominante, Pagliaro¹³ e Prosdocimi¹⁴ fazem distinção entre dolo indireto e eventual, com fulcro no diferente grau de previsão e, por consequência, da aceitação do resultado. Na realidade, compreendem como indireto a espécie de dolo que a doutrina dominante considera como dolo direto de segundo grau.

Note-se que o mencionado art. 43 não define o dolo eventual e, ao descrever a culpa, não distingue entre culpa consciente e inconsciente. Porém, no artigo 61 do Código Penal italiano, dentre as circunstâncias agravantes genéricas previstas no art. 61, o n. 3 estabelece como tal a culpa consciente, nos casos em

di diritto penale: parte generale, p. 247 *et seq.*

- 12 Cf., RAMACCI, Fabrizio. *Corso di diritto penale*, p. 357. Cf. também FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*: parte generale, p. 361.
- 13 Pagliaro e Ardizzone distinguem entre *dolo intencional ou direto* “quando a vontade tem em mira o resultado típico; [...] *indireto* quando a vontade do agente se comporta como consenso, isto é, não se dirige diretamente em direção ao resultado típico, mas o abraça como consequência necessária da conduta [...]”; diverso é o *dolo eventual*. Aqui, o sujeito não representa como certo o resultado acessório; ele o compreende apenas possível” (PAGLIARO, Antonio e ARDIZZONE, Salvatore. *Sommario del diritto penale italiano*: parte generale, p. 185-186). Em seguida, Pagliaro passa a tratar da distinção entre dolo eventual e culpa consciente.
- 14 Prosdocimi também trata sobre a distinção: “A nosso ver, a expressão dolo indireto é muito oportuna quando o resultado (o fato) é querido não de per sé, mas apenas porque considerado necessariamente conexo ao resultado perseguido intencionalmente [...]. Notada é, sem dúvida, a afinidade entre dolo indireto e dolo eventual, em especial do ponto de vista da componente volitiva. Em todos os dois casos, o fato entra na esfera da vontade apenas pela sua posição ‘colateral’ em relação à intenção do agente. Diverso é o tipo de grau da representação, uma vez que a realização do fato no dolo eventual é considerada pelo agente possível ou provável (exatamente ‘eventual’); no dolo indireto, segura (ou altamente provável)”. (PROSDOCIMI, Salvatore. *Dolus eventualis*, p. 136).

que o agente tiver atuado nos crimes culposos, “não obstante a previsão do evento.”¹⁵

O conceito de dolo eventual, portanto, é fruto de construção doutrinária e jurisprudencial naquele país, não sendo objeto de codificação.

Ainda assim, resta sempre clara a preocupação, nos trabalhos monográficos sobre a matéria, em estruturar o conceito de dolo eventual sobre os mesmos elementos constitutivos do dolo direto e, por razões de garantia, de atribuir proeminência ao elemento volitivo também ao dolo eventual.

3. DO DOLO EVENTUAL: DOUTRINA DOMINANTE

O art. 43, como visto antes, diz que o delito doloso realiza-se “segundo a intenção” e, em relação ao delito culposo, estabelece que este é “contra a intenção”. A doutrina italiana nunca se eximiu de afirmar que o dolo eventual somente é configurável quando o agente atua sem a intenção de cometer crime: se assim o fizer, haverá dolo intencional.

Para a configuração do dolo eventual, requerem-se os elementos intelectual e volitivo. O elemento intelectual é constituído pela representação da “concreta possibilidade” de um resultado lesivo;¹⁶ ou requer que o resultado seja representado como “seriamente possível”;¹⁷ ou, ainda, que sobrevenha como consequência provável de uma conduta que o agente realiza para obter outros efeitos, como, *e.g.* acontece no caso do jovem

15 *In verbis: Art. 61. Circostanze aggravanti comuni – aggravano il reato, quando non sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali, le circostanze seguenti:*

[...];

3) *l’averne nei delitti colposi, agito nonostante la previsione dell’evento;*

[...].

16 Cf. FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale: parte generale*, p. 362.

17 Cf. MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale: parte generale*, p. 254.

que, incomodado por um grupo de rapazes que gritam e fazem barulho pelas ruas, da varanda de sua casa joga contra eles uma garrafa de vidro, mesmo prevendo possíveis ferimentos e termina por ferir, de fato, um deles.¹⁸

O elemento volitivo é identificado na aceitação do resultado lesivo, assim representado como consequência acessória, eventual, de uma conduta dirigida a outros fins. A doutrina dominante, portanto, sustenta uma concepção eclética que une a teoria da probabilidade à teoria do consentimento à produção de um resultado lesivo para bens jurídicos. Dessa forma, segundo Ramacci, haverá dolo eventual “quando à representação do resultado lesivo como provável se une a aceitação do risco de concretizar aquela probabilidade: se o resultado ‘de risco’ é *aceito* como consequência prevista e provável, o próprio resultado é *querido*.”¹⁹

Para Mantovani, no dolo eventual, o resultado é aceito nas hipóteses em que o agente: a) representa, pelo menos, a “possibilidade *positiva e concreta*” da realização do resultado; b) mantém-se na convicção ou “apenas na *dúvida*” de que o resultado possa *concretamente* acontecer; c) ainda assim, pratica a conduta, sem se importar com o êxito: “mesmo a custo de dar causa ao resultado e, por isso aceitando o seu risco.”²⁰

Atente-se para o fato de que o objeto da aceitação é o “resultado” e não o “mero ou simples perigo de sua verificação”. Com efeito, ao se afirmar ser objeto do dolo eventual o simples perigo de realização do resultado, “transforma-se os crimes de

18 O exemplo é de Fiandaca e Musco (FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *loc. cit.*, p. 362).

19 Cf. RAMACCI, Fabrizio, *Corso di diritto penale*, p. 365. No mesmo sentido, cf. FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *op. cit.*, p. 363-364; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *op. cit.*, p. 254-255; ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte generale*, p. 353.

20 Cf. MANTOVANI, Ferrando. *Principi di diritto penale*, p. 146-146.

resultado em crimes de perigo. Na realidade, o que *o agente deve aceitar* é exatamente o resultado.”²¹

Ao conceito de dolo eventual atribui-se dupla importância: 1) servir como limite para a imputação subjetiva do fato, quando este é previsto apenas na forma dolosa; e 2) estreitar os casos de imputação por dolo da imputação a título de culpa, nos casos em que o fato é previsto nas formas dolosa e culposa.²²

4. ASPECTOS DA CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA SOBRE O DOLO EVENTUAL

4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Evidentemente, num país de rica e vasta elaboração doutrinária, onde se pode afirmar que existem mais divergências que consensos, há quem sustente posição diversa e até mesmo faça críticas contundentes quanto à adoção dessa espécie de dolo, negando a possibilidade de sua configuração em face da normativa vigente.

Afirma Pagliaro que “em tempos recentes tornou-se dominante em doutrina – e é algumas vezes aceita em modo explícito pela jurisprudência – a idéia de que o dolo eventual seria a ‘aceitação do risco de produzir o evento’. Pensa-se, com esta definição, colocar a salvo o princípio de culpabilidade.”²³ Sustenta Pagliaro que

a culpabilidade pela aceitação de um risco não consentido corresponde à culpabilidade própria do crime culposos [...]; aceita um risco não consentido não apenas quem incendia uma casa

21 MARINUCCI Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale*: parte generale, p. 255.

22 Cf. MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *loc. cit.*

23 PAGLIARO, Antonio; ARDIZZONI, Salvatore. *Sommario del diritto penale italiano*: parte generale, p. 186.

prevendo como possível conduta acessória a verificação da morte de um homem (caso comumente considerado como de dolo eventual), mas também quem dirige seu próprio carro em velocidade excessiva em uma rua aglomerada de pessoas, ou o operário que fuma em um local cheio de substâncias inflamáveis (casos reportados ao esquema da culpa consciente). No dolo eventual, portanto, deve existir algo a mais que a pura e simples aceitação do risco.²⁴

Ainda segundo Pagliaro, no âmbito da doutrina dominante, diz-se que se o sujeito exclui “com certeza” a possibilidade da ocorrência do resultado, haverá culpa consciente, bem como que, nos casos de “dúvida”, haveria dolo eventual ou culpa consciente.²⁵ O “aparentemente insolúvel” problema do dolo eventual só pode ser resolvido admitindo-se que tal conceito seja normativo e tenha como *ratio* satisfazer exigências do direito e não simplesmente adequar-se à substância de acepções extrajurídicas.

Seria imprescindível indagar, diz Pagliaro, se “ao lado dos casos de verdadeira e própria *vontade* do resultado, outros existam nos quais o ordenamento penal advirta uma gravidade substancialmente semelhante e, portanto, claramente maior que aquela reconhecida à culpa com previsão.”²⁶

A nosso ver, não procede em toda sua extensão a crítica de Pagliaro, pois a doutrina dominante na Itália não cuida de traçar o elemento volitivo como mera “aceitação do risco”, mas, sim, como visto, da aceitação do risco de produzir um resultado lesivo previamente previsto como séria probabilidade, como consequência de uma conduta a ele não dirigida, mas nele consentindo.

24 PAGLIARO, Antonio; ARDIZZONI, Salvatore. *loc. cit.*

25 PAGLIARO, Antonio; ARDIZZONI, Salvatore. *Sommario del diritto penale italiano: parte generale*, p. 187.

26 PAGLIARO, Antonio; ARDIZZONI, Salvatore. *loc. cit.*

4.2. A CRÍTICA DE ADELMO MANNA

Também apresenta interesse para melhor situar o estado da discussão doutrinária sobre a matéria, a cuidadosa crítica de Adelmo Manna, que se refere ao dolo eventual como hipótese controvertida. No dolo eventual, diz Manna, a vontade é substituída pelo consenso e, atualmente, tendo em vista doutrina e jurisprudência dominantes, pelo critério da aceitação do risco de ocorrência do resultado previsto no tipo.

No direito penal italiano, em especial, segundo Manna, o dolo eventual teria sido acolhido primeiro na jurisprudência, permitindo ao juiz, na hipótese em que a lesão corporal voluntária assumisse uma gravidade tal a comportar a aceitação do risco de morte da vítima, imputar ao agente o fato a título de homicídio tentado.²⁷

Em crítica a essa espécie de dolo, realiza as seguintes objeções:

a) O art. 43, ao mencionar expressamente o vocábulo “intenção”, contrasta, aberta e inevitavelmente, com a aceitação do risco, porque a menção é dirigida apenas ao dolo intencional e ao dolo direto; portanto, o dolo eventual não poderia ser outra coisa senão “uma extensão analógica *in malam partem* do art. 43.”²⁸

b) A teoria da aceitação do risco oferece critério hábil para a verificação judicial da culpa, talvez a culpa grave, isto é, a culpa consciente, mas não do dolo.²⁹

c) O critério da doutrina dominante parte do conceito de risco e, assim como Manna identifica risco com perigo, o

27 MANNA, Adelmo. *Corso di diritto penale*: parte generale, p. 325.

28 MANNA, Adelmo. *Corso di diritto penale*: parte generale, p. 326.

29 *Ibidem*, p. 325. No mesmo sentido, cf. EUSEBI, Luciano *Appunti sui confini tra dolo e colpa nella teoria del reato*, p. 1.089; e FORTE, Giacomo. *Ai confini tra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, p. 279 *et seq.*

conceito comportaria “uma sub-reptícia transformação do dolo de dano em dolo de perigo.”³⁰

d) Em sede probatória, concretiza-se, ainda, a dificuldade em distinguir culpa consciente e dolo eventual, refletida na jurisprudência em alguns notados julgamentos ocorridos na Itália. A título de exemplo, mencionamos um caso muito comentado: o marido, contagiado pelo vírus da AIDS, manteve, durante dez anos, relações sexuais com a esposa, transmitindo-lhe o vírus que lhe causou a morte. Por este fato, ele foi condenado por crime culposos.³¹

e) A utilização da fórmula de Frank, para fins de demonstrar o consenso no dolo eventual, em sede processual, termina por substituir os dados concretos por dados hipotéticos “o que não parece consentido, exatamente porque o dolo consta de fenômenos psicológicos reais.”³²

f) Manna se mostra crítico em relação a posição de Canestrari sobre o tema: esta seria “uma recente tentativa, finamente argumentada, de salvar o dolo eventual”. Para distinguir dolo eventual da culpa consciente, Canestrari toma em consideração o *honus eiusdem conditionis et professionis*: na culpa consciente, diz Manna, recorrer-se-ia ao “homem modelo”, como um padrão para análise do caso concreto e, no dolo eventual, seria perigoso particularizar o homem modelo, que “assume o risco”, bem como “uma regra cautelar que se possa dizer violada, cuja existência pressuporia que se atue em um contexto ilícito de base.”³³ Essa tese, segundo Manna, conduz: 1) à inevitável normatização do conceito de dolo, com matiz do *dolus in re ipsa*; e 2) ao levar em consideração os dados do *honus eiusdem conditionis* e da existência de uma regra cautelar

30 MANNA, Adelmo. *Corso di diritto penale*: parte generale, p. 326.

31 MANNA, Adelmo. *Corso di diritto penale*: parte generale, p. 326-327.

32 MANNA, Adelmo. *Corso di diritto penale*: parte generale, p. 327.

33 MANNA, Adelmo. *Corso di diritto penale*: parte generale, p. 327.

aplicável, toma como base critérios próprios ao conceito de culpa, que é tendencialmente normativa, e não do dolo, cuja natureza é psicológica e, por isso, nada acrescenta “de verdadeiramente significativo sobre a vertente deliberativo-voluntarística.”³⁴

g) Finalmente, assevera Manna que a nota residual da característica psicológica ou voluntária no dolo eventual, contida na “resignação” que o agente teria em relação ao resultado lesivo, “representa um fato integralmente interior, cuja prova é dificilmente extraível do comportamento exterior do próprio agente: “Foi observado que, a não ser que seja o próprio imputado a admitir tal fato interior, o juiz penal não poderá extraí-lo dos acontecimentos exteriores, que seriam os mesmos em ambos os casos.”³⁵

4.3 POR UMA TERCEIRA FORMA DE IMPUTAÇÃO SUBJETIVA

Notado segmento doutrinário cogita sobre a tendência a propor, *de lege ferenda*, a união entre dolo eventual e culpa com previsão, criando-se uma “terceira espécie de imputação subjetiva, resultante de um consciente mal-estar que os intérpretes enfrentam para indicar com clareza os critérios para distinguir-se o primeiro da segunda.”³⁶

34 MANNA, Adelmo. *Ibidem*, p. 328. Manna afirma ainda que “tal fórmula, portanto, não parece introduzir um critério unívoco de distinção entre dolo eventual e culpa com previsão, sobretudo se se considera que, nem sempre, o confim entre risco consentido ou lícito e situação ilícita de base emerge com a necessária clareza. Ademais, deve considerar-se que também da culpa consciente uma certa dose de aceitação do risco é implícito na conduta do sujeito” (*loc. cit.*)

35 MANNA, Adelmo. *loc. cit.* Ainda na vertente crítica do conceito de dolo eventual no direito penal italiano, cf. CURI, Francesca. *Tertim datur, passim* e, em especial, p. 201 *et seq.*; FORTE, Giacomo. *Ai confini tra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente? Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 279 *et seq.*

36 CANESTRARI, Stefano. La definizione legale del dolo: il problema del doli eventualis, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 907.

Certo é que essa tendência toma como modelo o conceito de desconsideração ou descuido – denominado *recklessness*³⁷ –, advindo do direito penal anglo-americano, ocupando espaço de amplo debate na doutrina italiana. Esta é a posição de Giacomo Forte, que sustenta ser desprovida de qualquer significado a distinção entre culpa consciente e dolo eventual, porque “estes constituem uma idêntica figura.”³⁸

Tendo em vista a ausência de definição do dolo eventual na legislação italiana, as oscilações jurisprudenciais e as controvérsias no labor doutrinário, Forte propõe que seja concedido ao dolo eventual o tratamento legislativo de culpa agravada: “o legislador deveria qualificar expressamente a aceitação do risco como hipótese de culpa agravada.”³⁹

Francesca Curi também postula uma terceira espécie de imputação subjetiva, expondo os modelos inglês, espanhol e francês.⁴⁰

5. A REFORMA PENAL ITALIANA

Como se vê, na doutrina italiana, as divergências e o debate sobre o tema é intenso e recaem sobre o problema da

37 Sobre a dificuldade de tradução do vocábulo *recklessness* e seu significado técnico-jurídico no âmbito penal para a línguas espanhola, acentua Rochefort: “É necessário fazer presente os problemas de tradução da palavra *recklessness*. Uma primeira precisção é que, ainda quando uma de suas acepções pode aproximar-se da idéia de descuido, aquela que pode ser análoga ao ‘dolo eventual’ da tradição continental não encontra uma tradução adequada. Por agora, basta ter presente que, quando se fala de *recklessness* (ou inclusive descuido) em termos gerais, seu alcance refere-se tanto o descuido, como àquelas hipóteses em que o agente representa o risco e atúa (seja porque o desestima, ou porque aceita que o dano sobrevenha”. (ROCHEFORT, Juan Ignacio Piña. *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del “common law”*. Granada: Colmares, 2002, p. 86, nota 189).

38 FORTE, Giacomo. *Ai confine fra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, p. 276.

39 FORTE, Giacomo. *loc. cit.*

40 CURI, Francesca. *Tertium datur: per una scomposizione tripartita dell’elemento soggettivo del reato, passim.*

denominação do dolo eventual, a própria adoção do conceito e o conteúdo técnico da expressão.

Em face das oscilações jurisprudenciais e da disparidade de posições doutrinárias, os sucessivos projetos de reforma penal, apresentados a partir da década de 1990 – excetuando-se o projeto Pagliaro –, buscaram definir o dolo eventual.

Na Itália, o Código Rocco (1930) continua vigente, com inúmeras reformas parciais e intervenções da Corte Constitucional.⁴¹ Ao lado do Código encontra-se extensa legislação complementar – fenômeno ainda em expansão –, que é, há muito, criticada na doutrina peninsular.⁴²

41 Sobre as diversas e individuadas leis que introduziram modificações na parte geral e na parte especial do código e da legislação penal a ele complementar, bem como as várias intervenções da Corte Constitucional Italiana, cf. DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Manuale di diritto penale*: parte generale, p. 21-23. Fiandaca e Musco acentuam, sem qualquer temor, que “o atual aparato da tutela codicística não reflete adequadamente o sistema de valores susceptíveis de tutela em um Estado democrático como aquele prefigurado pela Constituição: daqui a exigência de uma reforma que, apesar de projetada em um futuro de confins incertos, cabe em qualquer caso à hodierna ciência penalística projetar” (FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*: parte generale, p. 39-45). Pagliaro sustenta que as intervenções legislativas foram modestas e “quanto à Corte constitucional que começou a funcionar em 1956 para apagar do ordenamento italiano as leis não conformes à ordem constitucional delineado em 1947, esta se limitou, no seu primeiro decênio de atividades, a pronunciar-se apenas em casos esporádicos e marginais a ilegitimidade de normas contidas no código penal” (PAGLIARO, Antonio. *Sommario del diritto penale italiano*: parte generale, p. 50)

42 Sobre o fenômeno denominado “expansão do direito penal”, cf. SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. *L'espansione del diritto penale*. Tradução de Vincenzo Militello. Milano: Giuffrè, 2004. No direito penal brasileiro, expondo resumidamente alguns critérios de recodificação elaborados pela doutrina italiana, resumidamente, cf. SALES, Sheila Jorge Selim de. Parte especial do código e parte especial do direito penal: o problema da legislação complementar. In: *Escritos de direito penal*, p. 3-44. Para maior aprofundamento sobre o tema nas doutrinas italiana e brasileira, com ampla pesquisa doutrinária e precisos dados estatísticos sobre a expansão do direito penal brasileiro, com gráficos que demonstram os números do incremento ano a ano até 2008, bem como a minuciosa análise das causas que levaram à expansão e proposta de critérios para a recodificação em nosso direito penal, cf. MARTINS, Fabiano Augusto. *Do crescimento do direito penal*: medições, análises e a interação entre ciência e política no processo de reforma legislativa. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008. (Inédito)

Com o declínio do regime fascista, a partir do final da década de 1940, inicia-se na Itália o movimento que postula a necessidade de reforma do Código de 1930.⁴³ A partir do final da década de 1980, porém, resta generalizado, na doutrina, o sentimento de premência da reforma. Desde então, o que se vê são sucessivas tentativas com diversos projetos – ora cuidando apenas da reforma da parte geral, ora da parte especial. Nenhuma delas vingou.⁴⁴ Ainda assim, é reconhecida a necessidade de nova legislação penal, constituída por um corpo normativo coerente, hábil a agasalhar os valores e os princípios constitucionais que inspiram o Estado Democrático italiano, bem como para harmonizar o evidenciado desequilíbrio entre a parte especial do código penal e a legislação complementar.

Como exposto, o dolo eventual não foi objeto de definição legal no código penal italiano de 1930. Entretanto, trata-se de conceito acolhido pela doutrina e objeto de vasta construção jurisprudencial.

43 Em 1949 e 1950, o Ministero di Grazia e Giustizia chegou a publicar um projeto preliminar de código penal que, em razão das contundentes críticas que lhe foram feitas, não logrou êxito. O mesmo ocorreu com outro projeto apresentado em 1960 (primeiro projeto Gonella). Em 1968, mais uma vez, foi realizada a tentativa de reforma, apresentando-se novo projeto, cuja parte geral chegou a ser aprovada pelo Senado com diversas modificações em janeiro de 1971, mas foi reelaborado pelo Senado posteriormente, em 1973, sendo abandonado nas legislaturas que se seguiram. Sobre o ponto, para maior aprofundamento, cf. VASSALLI, Giuliano. Presentazione. In: PISANI, Mario (A. c. di). *Per un nuovo codice penale*, p. 1-6. Cf., ainda, o profundo escrito, do mesmo notado penalista, que fez parte da primeira Comissão criada pelo Governo (1945) e de quase todas as Comissões para redigir um novo código penal, antes de se tornar Ministro da Justiça na década de 1980, VASSALLI, Giuliano. *Riforma del codice penale: se come e quando*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 10-13, e ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte generale*, p. 24.

44 Sobre a necessidade de uma reforma do código penal italiano e o insucesso das diversas tentativas realizadas até 2005, cf. RAMACCI, Fabrizio. *Riforme e codice. Diritto Penale e Processo*, Milano: IPSOA, 2004, p.269-270. Cf., também, RAMACCI, Fabrizio. *I perché del codice che non c'è. Diritto penale e processo*, p. 929-930. Cf., ainda, ROMANO, Bartolomeo. *La riforma del codice penale nel progetto della commissione Pisapia*. In: *Índice penale*, p. 474-475.

Em especial nos últimos decênios, o conceito tem sido muito aplicado e, como visto, é objeto de vasta elaboração doutrinária.

Sobre o ponto, adverte Vassalli que:

(...) numa época, o dolo eventual era uma figura quase marginal, fortemente condicionada pelas dificuldades probatórias sobre uma íntima atitude do pensamento ou da vontade do agente e, portanto, de limitada aplicação. Ao invés, pouco a pouco, este foi estendido pela jurisprudência de modo absolutamente impróprio. Hoje, o problema do legislador italiano é aquele de colocar um limite a esta extensão, e, portanto, encontrar uma formulação vinculante que coloque decisivamente o assento sobre o requisito da vontade: vontade de produzir o evento delituoso, ainda que seja na forma da consciente aceitação de sua eventual verificação.⁴⁵

As dificuldades relativas à aplicação do dolo eventual, além daquelas probatórias, dizem respeito, também, ao seu cotejo com outras disposições do Código Penal italiano como, *e. g.*, a tentativa. Por isso, a tendência no direito penal italiano é normatizar o dolo eventual, para conter a utilização do conceito de maneira equivocada.

6. O ESQUEMA PAGLIARO

Em 1988, foi designada por Giuliano Vassalli, então Ministro da Justiça na Itália, uma Comissão para elaborar um *Schema di disegno di legge-delega* para a elaboração de um novo código penal.⁴⁶

45 VASSALLI, Giuliano. *Riforma del codice penale: se come e quando*, p. 32.

46 A Comissão – constituída apenas por docentes e designada pelo Decreto *di nomina* do Ministro de Grazia e Giustizia, Giuliano Vassalli, publicado em 8 de fevereiro de 1988, teve como presidente Antonio Pagliaro e como componentes Franco Bricola, Angelo Raffaele Latagliata, Ferrando Mantovani, Mario Romano, Túlio Padovani e Antonio Fiorella. Para a metodologia utilizada e para as diretrizes gerais seguidas no trabalho, cf. PAGLIARO, Antonio. *Sullo schema di disegno di legge delega per un nuovo codice penale*. In: *La Giustizia Penale*, p. 170-192.

A comissão apresentou seu trabalho em 1991, em documento que se tornou conhecido em todo o mundo como *Schema Pagliaro*, e, na Itália, também denominado projeto *Vassalli-Pagliaro*.

Neste projeto, o dolo eventual foi expressamente tratado, mas não definido.

O art. 12, sob a rubrica “elemento subjetivo do crime”, prevê a formulação de uma definição do dolo que compreenda também aquela de dolo eventual, exigindo-se, “em todos os casos, a necessidade de que o sujeito seja consciente do significado do fato.”⁴⁷

O art. 19 (n. 1 e n. 3) exclui expressamente a possibilidade de tentativa na hipótese de dolo eventual.⁴⁸ O art. 21, *l*, estabelece a necessidade de definir como circunstância agravante comum a culpa consciente ou culpa com previsão.⁴⁹

Na *Relazione* apresentada pela Comissão, afirma-se textualmente que a exigência de que o agente atue “com a intenção ou a certeza de dar causa ao resultado”, inserida no art. 19, n. 1, tem por finalidade excluir a relevância “do mero dolo eventual”⁵⁰ na tentativa.

Não faltaram críticas à orientação adotada no projeto. Sustenta-se que, da forma como redigido o art. 12, o reclamo

47 *Per un nuovo codice penale: schema di disegno di legge delega al governo*, p. 29. Jescheck e Weigend referem-se ao art. 12 do Projeto Pagliaro como supressor da responsabilidade objetiva (cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*, p. 312, nota 1).

48 Ao prever a tentativa no art. 19, o n. 3 aponta textualmente a necessidade de “estabelecer que os requisitos do delito tentado refiram-se também aos delitos de atentado e aos delitos nos quais a conduta típica seja descrita como dirigida a produção de um resultado lesivo”, excluindo, de tal modo, a possibilidade de tentativa em relação ao dolo eventual.

49 O art. 21, 1, reconhecendo a oportunidade da revisão das circunstâncias agravantes, prevê como tal, na alínea *l*, “ter agido, nos crimes culposos, não obstante a previsibilidade do resultado”.

50 *Per un nuovo codice penale: schema di disegno di legge delega al governo*, p. 16.

de abarcar na esfera do dolo, *tout court*, o dolo eventual – considerado figura incerta e imprecisa – sem que tenha sido realizada expressa tomada de posição em termos de definição legal, trata-se de lacuna expressiva, pois fere o princípio da reserva de lei em relação a um tema nevrálgico na teoria do crime.⁵¹

Afirma-se, ainda, que apesar de todo o labor doutrinário sobre o tema, é impossível ignorar que o dolo eventual e a culpa consciente, mesmo regidos por disciplina normativa diversa em relação ao conteúdo, “sejam entre si incomparavelmente mais próximas, como não são próximos entre si o dolo eventual e o dolo direto.”⁵²

Por isso, sugere-se que a matéria seja objeto de maior reflexão, quer elaborando-se uma definição com fórmula a mais restritiva possível do dolo eventual, quer inserindo-se uma terceira forma de imputação subjetiva, como figura intermediária entre o dolo direto e a culpa inconsciente ou sem previsão, “assim como prevê o realista direito anglo-americano com a figura da *recklessness*.”⁵³

51 Sustenta Pagliaro que a comissão não julgou conveniente definir o dolo eventual em virtude das dificuldades enfrentadas em doutrina sobre o tema, afirmando ainda que *neanche il codice Rocco, con la sua predilezione per le definizioni, ne le leggi di riforma per lo StGB hanno osato di affrontarla* (PAGLIARO, Antonio. *Sullo schema di disegno di legge delega per un nuovo codice penale*, col. 181).

52 ANGIONI, Francesco. *Norme definitive e progetto di legge delega per un nuovo codice penale*, p. 193. Prossegue Angioni, em sua crítica: “A insegurança e a problematidade dos limites entre dolo eventual e culpa com previsão, reafirma-se depois, fatalmente, sobre o plano da verificação processual (e cabe aqui, a propósito, o oportuno reclamo de Franco Bricola: “*O definiendum* deve ser não apenas determinado, mas determinável no campo processual””. Para anotações críticas ao problema do *dolus eventualis*, cf. MARINUCCI, Giorgio. Note sul metodo della codificazione penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 415. Além da bibliografia mencionada sobre o *Schema Pagliaro*, cf. MANNA, Adelmo. Considerazioni sulla riforma del diritto penale in Itália. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 525-542. Com postura extremamente crítica em relação ao projeto Pagliaro, utilizando a expressão “reformas de fachada”, cf. FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. Perdita di legittimazione del diritto penale? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, em especial p. 59.

53 ANGIONI, Francesco. *Norme definitive e progetto di legge delega per un nuovo*

No mesmo sentido, adverte Marinucci que, dada a diversidade de configurações definitórias que pode assumir o dolo eventual, até mesmo alguns membros da comissão sustentam diferentes posições sobre o tema em suas publicações. Também por esse motivo, “o silêncio do projeto sobre a estrutura do dolo eventual é rumorosamente inquietante”. Ainda segundo Marinucci, “definir com precisão o dolo eventual teria sido, à evidência, o cumprimento de um dever político-criminal de primária grandeza, não delegável pelo legislador.”⁵⁴

7. O PROJETO RIZ

Em 1995, o senador Roland Riz apresentou ao Senado da República um projeto para a reforma da parte geral, de iniciativa parlamentar, que não chegou a ser debatido. Segundo Vassalli, quando o trabalho das Comissões ministeriais pareceu mostrar incerteza ou desinteresse, o Parlamento italiano tomou a iniciativa.⁵⁵

O projeto de 1995, sob a rubrica “elemento psicológico do crime”, dispôs sobre o dolo e a culpa no art. 38, 1-5. A definição de dolo eventual foi prescrita no n. 2: “Responde também a título de dolo quem prevê o evento como consequência inevitável conexas e concretamente possível da própria ação ou omissão”.

codice penale, p. 194.

54 MARINUCCI, Giorgio. *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 429-430. O autor faz uma homenagem póstuma a Franco Bricola, membro da Comissão Pagliaro, ao reconhecer sua “lúcida honestidade intelectual ao afirmar, sobre o projeto Pagliaro, de cuja redação participou, que “ao nos encontrarmos de frente às singulares definições, criamos definições que, sem dúvida, não individualizam um critério de disciplina” (p. 429).

55 VASSALLI, Giuliano. *Riforma del codice penale: se, come e quando*, p. 15. Informa o penalista que o projeto foi apresentado com a assinatura de quarenta e seis senadores, de todos os partidos políticos.

A culpa consciente, por sua vez, foi mantida como agravante no art. 61, alínea *i*.

Na *Relazione* do projeto, resta esclarecido que o dolo eventual foi um dos temas mais debatidos pela comissão, sendo, até mesmo, proposta a discussão sobre “a conveniência de descrevê-lo no código, para ter a noção mais bem definida, ou deixar ao intérprete doutrinador ou judicial o encargo de fixar os limites da responsabilidade pela aceitação do risco [...]. A comissão chegou à conclusão de que era conveniente estabelecer extremos e limites do dolo eventual.”⁵⁶

8. O PROJETO GROSSO

Também no Projeto Grosso,⁵⁷ de 1999, o documento da Comissão de Reforma trata a codificação do dolo eventual como um ponto delicado, dada a variedade de opiniões existentes na doutrina e as oscilações jurisprudenciais detectadas na praxe.

O item 2.1 da *Relazione* de 1999, ao tratar do dolo, compreendia que o ponto mais controvertido, tanto do ponto de vista teórico, como prático, residia no problema da formulação definitiva do dolo eventual. Naquele momento, a necessidade de ancoragem normativa não mais se discutia: o que importava era circunscrever o dolo eventual, confiná-lo em limites precisos.

56 DISEGNO di legge n. 2038. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 943.

57 No dia 15/07/1999, foi apresentada a primeira *Relazione* da Comissão Grosso, instituída pelo D.M. 1º/10/1998, constituída por Carlo Federico Grosso (presidente), Francesco Palazzo, Paolo Pisa, Domenico Pulitanò, Sergio Seminara, Filipo Sgubbi, Giovanni Canzio, Giovanni Silvestri, Giuliano Turrone, Vladimiro Zagrebelsky, dentre outros. Sobre o ponto, cf. RELAZIONE della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con D. M. 1º. Ottobre 1998. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 600-650. Para uma visão crítica dessa primeira *Relazione* da Comissão Grosso, cf. PAGLIARO, Antonio. Il documento della Commissione Grosso sulla riforma de diritto penale: metodo di lavoro e impostazione generale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 1.184-1.200. Para ampla exposição e crítica sobre a codificação do dolo eventual nos Projetos Nordio, Riz e Grosso, cf. CURTI, Francesca, *Tertium datur*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 40-46.

Para tanto, prossegue a *Relazione*: o critério da “aceitação do risco tem caráter meramente retórico.”⁵⁸ Na praxe, tal critério demonstra que, sob os aspectos de sua definição e de sua verificação em sede probatória, há perigo de alargamento do conceito de dolo e, por isso, importa determinar as condições mínimas que devem sustentar a censura pela realização voluntária do fato, nas hipóteses em que a representação do agente, sobre o resultado lesivo, não ocorra em termos de certeza. Com base nessas considerações, afirma a *Relazione* de 1999 que centrado-se na

experiência, o legislador poderia utilmente estabelecer: a) que é necessário, em qualquer caso, para a imputação por dolo, uma representação da realização do fato típico em termos de ‘alta probabilidade’ e não de genérica possibilidade; b) que o objeto da representação em termos de probabilidade e não de certeza, deve ser o fato realizado em concreto, e não uma genérica representação de alguma coisa ilícita.⁵⁹

Em 12/9/2000, foi apresentado o “Projeto preliminar de reforma do código penal – parte geral”, cuja *Relazione* esclarece que, coerente com o documento de 15/7/1999, acolheu sugestões de alguns membros da Comissão ao definir o dolo eventual no art. 30, *b, in fine*.⁶⁰ Os objetivos da definição seriam demarcar a necessidade de que a representação seja qualificada em termos de probabilidade, bem como para precisar que o dolo eventual é diverso do dolo direto, no qual se exige a certeza do resultado e não a mera aceitação do risco.⁶¹ Assim, afirma-se na *Relazione*

58 RELAZIONE della Commissione Ministeriale per la Riforma del codice penale istituita con D. M. 1º. Ottobre 1998, p. 605.

59 *Ibidem*, p. 606.

60 RELAZIONE della Commissione Ministeriale per la Riforma del codice penale istituita con D. M. 1º. Ottobre 1998, p. 601-602. O originário art. 30 dispunha: “Risponde a título de dolo quem, com uma conduta voluntária ativa ou omissiva, realiza um fato constitutivo de crime:

a) se age com a intenção de realizar o fato;

b) se age representando a realização do fato como certa ou como altamente provável, *accettandone il rischio*”.

61 I LAVORI della commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita

que a Comissão optou por defini-lo, justificando que

para efeitos da realização da hipótese marginal de dolo, é necessária uma representação da realização do fato em termos de probabilidade. A indicação da probabilidade como *alta* tende a qualificar o dolo em termos restritivos, opondo-se às tendências, não estranhas na jurisprudência, a dilatar o conceito de dolo eventual sobre a base de uma genérica previsão do evento como possível.⁶²

Canestrari realizou severa crítica à orientação inicial do Projeto Grosso, cuja definição do dolo eventual, inicialmente posta pelo art. 30, *b, in fine*, dizia expressamente que deveria responder por dolo (eventual) o agente que “age representando o fato como [...] altamente provável, *accetandone il rischio*.”

Afirma Canestrari que a inclusão da fórmula relativa à “alta probabilidade” no texto cede passo a um “critério quantitativo de difícil determinação, que não compensa nem a ausente definição do requisito estrutural do ‘perigo’, nem a caracterização volitiva *assai scolorita* pela fórmula da ‘aceitação do risco.”⁶³

Ainda em crítica ao projeto, Canestrari também sugere expressa referência à “irrelevância do mero dolo eventual no delito tentado.”⁶⁴

con D. M. 1°. Ottobre 1998. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 602.

62 RELAZIONE della Commissione Ministeriale per la Riforma del codice penale istituita con D. M. 1°. Ottobre 1998, p. 602.

63 CANESTRARI, Stefano. La definizione legale del dolo: il problema del *dolus eventualis*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 944. Após a crítica, sugere-se uma definição legislativa que, segundo Canestrari, seria hábil para afirmar a autonomia conceitual do dolo eventual, delineando sua distinção da culpa consciente, a saber: “Há dolo eventual quando o agente representa concretamente a realização do fato típico como consequência provável da própria conduta, e aceita sua verificação. O risco de realização do fato típico deve ser não consentido, e de natureza tal que a sua assunção não pode nem mesmo ser tomada em consideração por uma pessoa conscienciosa do círculo de relações ao qual pertence o agente, colocada na situação em que se encontrava o sujeito em concreto e em posse dos seus conhecimentos e capacidades.”

64 CANESTRARI, Stefano. *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, p. 945.

Com base nas sugestões e críticas recebidas,⁶⁵ a comissão modificou a definição do dolo eventual, inserindo-a na alínea c do art. 27.⁶⁶

A propósito, esclarecem-se, no n. 4 da *Relazione*, as modificações ao projeto na reunião de 24 de maio de 2001 que, acolhendo

as observações críticas enunciadas em relação à formulação do dolo

65 Julgamos conveniente, para fins de melhor compreensão do texto, transcrever os itens 2, 3, 5 e 6 constantes da publicação de nova *Relazione*, bem como do articulado “projeto preliminar de reforma do código penal – parte geral” em 2001 (I LAVORI della commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita com D. M. 1º. Ottobre 1998. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 574), a saber: [...] 2. Il 15 luglio 1999 la Commissione ha consegnato al Ministro Diliberto il testo di un documento nel quale erano tracciate le linee di una possibile riforma della parte generale del codice penale ed impostati i problemi del suo coordinamento con la parte speciale e la legislazione penale speciale (documento pubblicato sul questa rivista, 1999, p. 600s.).

3. Il Ministro Diliberto ha subito dopo incaricato la Commissione di procedere ad una consultazione con le Università e gli organismi della Magistratura e della avvocatura sul contenuto del documento 15 luglio 1999, con lettera 22 settembre 1999 ha dato l’incarico alla Commissione di procedere altresì alla stesura dell’articolato della parte generale del codice penale.

[...] 5. Il Ministro Fassino com lettera 16 settembre 2000 há pubblicato ‘articolato e la Relazione 12 settembre 2000 sotto la veste di ‘Progetto preliminare di riforma del codice penale. Parte generale’. ed ha disposto che il progetto preliminare fosse a sua volta sottoposto a pubblico dibattito com le Università e gli organismi della Magistratura e della Avvocatura, in vista della elaborazione di un progetto definitivo, incaricando ulteriormente la commissione di procedere ai necessari coordinamenti della nuova parte generale del codice com il diritto penitenziario ed alcuni istituti processuali, ed alla stesura della parte speciale.

6. La Commissione ha quindi proceduto alla consultazione richiesta del Ministro ed ha apportato talune modificazioni al testo originario dell’articolato 12 settembre 2000, tenendo conto delle osservazioni emerse nel corso del dibattito. Il nuovo testo dell’articolato della parte generale del codice penale [...] è stato approvato dalla Commissione nella seduta del 26 maggio 2001, e successivamente consegnato al Ministro Fassino per la pubblicazione.”

66 I LAVORI della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita com D.M. 1º. Ottobre 1998, p. 602. Seguindo esta linha de idéias, o dolo é definido da forma seguinte:

Art. 27. (Dolo) – 1. Risponde a titolo di dolo chi, con una condotta volontaria attiva od omissiva, realizza um fatto costitutivo di reato:

a) se agisce con la intenzione di realizzzare il fatto,

b) se agisce rappresentandosi la realizzazione del fatto come certa,

c) se agisce accettando la realizzazione del fatto, rappresentato come probabile.

eventual, centradas sobre a utilização do conceito de “aceitação do risco” ao lado da indicação do nível de representação do fato em termos de “alta probabilidade”, definiu-se o dolo eventual como o dolo de quem, com uma conduta voluntária ativa ou omissiva, realiza um fato constitutivo de crime *se age aceitando a realização do fato, representado como provável*.⁶⁷

9. O PROJETO NORDIO

O articulado da Commissione Nordio,⁶⁸ designada em 2001 para a reforma do código penal italiano, define o dolo no 19 e, *in fine*, codifica o dolo eventual, equiparando-o ao dolo direto: “O crime é doloso quando o agente pratica a conduta com a intenção de realizar o evento danoso ou perigoso constitutivo do crime, ou com a representação que após sua conduta, a realização do evento ofensivo é certa ou altamente provável”.

A definição do dolo eventual é similar àquela encontrada na primeira redação do Projeto Grosso e, por isso, suscita as mesmas críticas e perplexidades.

Pagliari, em incisiva crítica à fórmula do Projeto Nordio, compreende que nela se encerra a definição da culpa consciente.⁶⁹

Para ilustrar sua posição, Pagliaro menciona o exemplo da enfermeira que deixa de subministrar ao paciente os remédios prescritos, representando como altamente provável que de tal fato poderá sobrevir uma lesão corporal. Afirma o autor que, aplicando a definição contida no art. 19 do Projeto Nordio, esse

67 I LAVORI della commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita com D. M. 1º. Ottobre, p. 655.

68 Referida Comissão foi instituída com o Decreto-Lei de 23/11/2001 e dela participaram professores, magistrados e advogados. Dentre os membros da Comissão, destacamos Carlo Nordio (presidente) e os Professores Fabrizio Ramacci, Alberto Calvi Antonio Fiorella, Ivo Caraccioli e Mario Trapani.

69 PAGLIARO, Antonio. Il reato nel progetto della Commissione Nordio. *In: Cassazione penale*, p. 14.

seria um caso de dolo eventual, enquanto, a seu ver, trata-se de um caso grave de culpa consciente, sendo esta seguramente a interpretação que a jurisprudência faria de tal hipótese. Sustenta Pagliaro que é “melhor retornar à pesquisa de uma diversa definição do dolo eventual. E se não for possível formular uma que seja capaz de unir a precisão do conteúdo à concisão do texto normativo, renunciar à definição para confiar, como agora, na sensibilidade dos juízes e nas teorias da ciência do direito.”⁷⁰

10. O PROJETO PISAPIA

A Comissão Pisapia para a reforma do código penal,⁷¹ em seu articulado, propõe a previsão do dolo eventual no art. 13, n. 1, c, enunciada da forma seguinte:

Artigo 13. Dolo, culpa, culpa grave

1. Prever que:

[...];

c) o crime seja doloso também quando o agente queira o fato, cuja realização seja representada como altamente provável, apenas por tê-lo aceitado, e isto resulte de elementos unívocos, ressalvando-se em tal caso a aplicação de uma atenuante facultativa.⁷²

70 PAGLIARO, Antonio. Il reato nel progetto della Commissione Nordio. In: *Cassazione penale*, p. 14.

71 Informa Romano que referida Comissão foi instituída por um *decreto istitutivo* (del 27 Luglio 2006) e *quello integrativo* (del 29 novembre 2006) (ROMANO, Bartolomeo. *La riforma del codice penale nel progetto della commissione Pisapia*, p. 476, nota 9.)

72 *Articolo 13 (Dolo, colpa, colpa grave)*

1. *Prevedere che:*

2. [...];

c) *il reato sia doloso anche quando l'agente voglia il fatto, la cui realizzazione sia rappresentata come altamente probabile, solo per averlo accettato, e ciò risulti da elementi univoci, salva in tal caso l'applicazione di un'attenuante facultativa.*

Na *Relazione* da Comissão Pisapia de 19/11/2007,⁷³ afirma-se no item XII que, inicialmente, a comissão tinha o propósito de excluir textualmente a viabilidade de imputação subjetiva a título de dolo eventual.

Posteriormente, optou por prevê-lo (art. 13, *c*) descartando a adoção de um terceiro critério de imputação subjetiva, postulado por alguns segmentos da doutrina italiana, como o descuido ou a desconsideração (*Recklessness*), sedimentado instituto do *Common Law* e a “colocação em perigo” (*mise en danger délibérée*) do código penal francês,⁷⁴ soluções hoje postuladas por não poucos autores italianos, como antes exposto.

Todavia, a fim de evitar as notadas oscilações jurisprudenciais sobre a matéria, o texto da definição legal do projeto Pisapia exige que o agente represente a realização do fato na forma de “alta probabilidade.” Para impedir que o juiz penal possa extrair intuitivamente a aceitação do resultado apenas em vista do estado intelectualivo, inseriu-se na fórmula um ulterior elemento indicativo que, a nosso ver, está contido na parte final da alínea *c*, mediante o uso da expressão “e isto resulte de elementos unívocos.”

Em relação ao dolo eventual, afirma Giuliano Pisapia:

Após uma inicial proposta dirigida a excluir taxativamente tal figura, considerando também (mas não apenas) a não unívoca

73 Para as afirmações contidas na *Relazione* expostas *supra*, cf. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Commissione Pisapia: per la riforma del codice penale* (27 luglio 2006) – *Relazione*. Disponível em: www.Giustizia.it. Ministero della Giustizia Dettaglio Pubblicazioni, Studi, Ricerche. Acessado em 12 de outubro de 2009. Para uma visão geral dos aspectos críticos do projeto Pisapia, embora sem deter-se no problema do dolo eventual, cf. ROMANO, Bartolomeo, *La riforma del codice penale nel progetto della commissione Pisapia*, p. 473s.

74 Sobre a *mise en danger*, prevista no código penal francês, cf. PIN, Xavier. *Droit penal general*. 3ª. ed., Paris: Dalloz, 2009, p. 157-158; e BOULOC, Bernard. *Droit penal general*. 21. ed., Paris: Dalloz, 2009, p. 247-248. Sobre o tema, no direito penal brasileiro, cf. SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do dolo eventual: entre velhas e novas incertezas*. Tese apresentada ao concurso para Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da UFMG, 2010. (Inédito).

interpretação da jurisprudência (representação como possível, como provável, como altamente provável), prevaleceu a decisão de defini-lo em nível normativo, para colocar fim, tanto quanto possível, às oscilações jurisprudenciais. Como conclusão de um acirrado debate, nos orientamos em favor de uma formulação já feita pelo projeto Grosso, mesmo se com uma significativa especificação dirigida a ancorar a aceitação do fato baseada sobre ‘elementos unívocos.’⁷⁵

Ainda sobre a matéria, a *Relazione* (n. XII) ressalta a importância da previsão de uma atenuante facultativa a ser imposta nas hipóteses de dolo eventual, que permite ao juiz abrandar o radicalismo de uma decisão que poderia ser inquietante e complexa, em especial nos casos-limite.

11. À GUIA DE CONCLUSÃO

Na realidade, as controvérsias doutrinárias, as oscilações jurisprudenciais e os sucessivos projetos de reforma na Itália demonstram que o dolo eventual é um conceito em crise como, aliás, ocorre na doutrina e na jurisprudência de outros países.

Ainda assim, não obstante todas as críticas que possam ser realizadas, deve-se reconhecer que o dolo eventual é uma realidade jurídica: se o agente tem a consciência da probabilidade de provocar um eventual resultado lesivo para bens jurídicos e, ainda assim, pratica a conduta, ele quer realizar o tipo.

Embora o conceito seja legitimado na reforma penal, a crítica da doutrina italiana às disposições sobre a matéria, contidas nos diversos projetos, indicam apenas que as “fórmulas definitórias” não têm logrado estabelecer com precisão o traço psicológico do qual se reveste o dolo e, de consequência, deveria revestir também o dolo eventual.

75 PISAPIA, Giuliano. La riforma del codice penale muove i primi passi: le scelte della Commissione ministeriale per una nuova parte generale *In: Diritto penale e processo*, p. 566.

Um traço, no entanto, resta claro em todos os projetos. Procura-se, com efeito, reduzir a abrangência do conceito de dolo eventual, delimitando-se o seu âmbito de aplicação, mediante a formulação de preceitos que o definem, que dispõem sobre a sua incompatibilidade com a tentativa e, até mesmo, estabelece causa geral de diminuição de pena nos casos em que o fato praticado é regido por dolo eventual.

Neste último caso, reconhece-se que o desvalor de ação relativo ao fato-crime cometido mediante dolo eventual é menor que aquele encontrado no fato cometido mediante dolo direto de primeiro e de segundo grau, seja porque no dolo eventual o agente não quer o resultado, seja porque o resultado não é representado como uma conseqüência certa ou segura.

As diversas formulações legais demonstram, ainda, preocupações relativas às dificuldades probatórias sempre enfrentadas na aplicação do dolo eventual e voltadas para a contenção do conceito que, sem dúvida, pode ser facilmente instrumentalizado em prejuízo do acusado.

Terreno fértil para uma aplicação assim orientada são as novas realidades de risco consentido a bens jurídicos que nos apresentam a vida moderna, *e. g.*, trânsito, o vírus da AIDS e seu contágio, produção industrial e lesões a saúde e a vida do trabalhador e ao meio ambiente, etc.⁷⁶

Estas realidades formam um amplo espectro no qual possíveis lesões a bens jurídicos podem ser imputadas a título de dolo eventual em contextos fáticos nos quais seria possível identificar tão somente a culpa consciente.

O dolo eventual, portanto, trata-se de tema atual, cujo debate se impôs na doutrina e nos diversos projetos de reforma italianos por real preocupação de ordem garantista, em especial tendo em vista os princípios da legalidade, da intervenção mínima e da culpabilidade.

76 Sobre o dolo eventual e as fenomenologias de risco consentido, cf. CANESTRARI, Stefano. *Dolo eventuale e colpa cosciente*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 143s.

REFERÊNCIAS

ANGIONI, Francesco. Norme definitorie e progetto di legge delega per un nuovo codice penale. In: AA.VV. *Il diritto penale Alla svolta della fine milenio*. A. c. di Stefano Canestrari. Torino: Giappichelli, 1998.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*: parte generale. 16^a. ed., Milano: Giuffrè, 2003.

BATISTA, Nilo,. *Novas tendências do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BECK, Ulrich. *Un mondo a rischio*. Trad. Laura Castoldi. Torino: Einaudi, 2003.

BOULOC, Bernard. *Droit penal general*. 21. ed., Paris: Dalloz, 2009.

CANESTRARI, Stefano. La definizione legale del dolo: il problema del *dolus eventualis*. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 906-945.

CANESTRARI, Stefano. *Dolo eventuale e colpa cosciente*: ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologia delittuose. Milano: Giuffrè, 1999.

CURI, Francesca. *Tertium datur*: per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato. Milano: Giuffrè, 2003.

DISEGNO di legge n. 2038. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 927-1002.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Manuale di diritto penale*: parte generale. 2^a. ed., Milano: Giuffrè, 2006.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*: parte generale. 5^a. ed. Bologna: Zanichelli, 2008.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. Perdita di legittimazione del diritto penale? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 1994, p. 19-63.

FORTE, Giacomo. Ai confini tra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 228-290.

FRANÇA, Júnia Lessa; VASCONCELLOS, Ana Cristina de. *Manual para normalização de publicações técnico-científicas*. 8ª Ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

GORLA, Gino. Prolegomeni ad una storia del diritto comparato europeo. *Il Foro Italiano*. Roma, 1980, p. 11-25.

I LAVORI della commissione ministeriale per la riforma código penale istituita con D. M. 1º. Ottobre 1998. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 574-696.

ITÁLIA. Leis, decretos, etc. *Codice penale e leggi complementari*. A. c. di Fabrizio Ramacci. Milano: Giuffrè, 2009.

ITALIA. Leis, decretos, etc. *Per un nuovo codice penale: schema di disegno di legge delega al governo*. A. c. di Mario Pisani. Padova: Cedam, 1993.

JESCHECK, Hans Heinrich. Dogmática penal e política criminal newe in prospettiva comparata. *L'Indice penale*. Trad. Massimo Donini. Padova: Cedam, 1985, p. 507-533.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5ª. ed. Granada: Colmares, 2002.

MANNA, Adelmo. *Corso di diritto penale: parte generale*. Padova: Cedam, 2007, v. 1.

MANNA, Adelmo. Considerazioni sulla riforma del diritto penale in Itália. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 525-542.

MANTOVANI, Ferrando. *Principi di diritto penale: parte generale*. 2ª. ed., Padova: Cedam, 2007.

MARINUCCI, Giorgio. Note sul metodo della codificazione penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 385-418.

MARTINS, Fabiano Augusto. *Do crescimento do direito penal: medições, análises e a interação entre ciência e política no processo de reforma legislativa*. Tese (Doutorado em Ciências Penais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2008, (Inédito).

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA. *Commissione Pisapia*: per la riforma del codice penale (27 luglio 2006) – Relazione. Disponível em: <www.Giustizia.it.> Ministero della Giustizia Dettaglio Pubblicazioni, Studi, Ricerche. Acessado em 12 de outubro de 2009.

PAGLIARO, Antonio; ARDIZZONE, Salvatore. *Sommario del diritto penale italiano*: parte generale. 2ª. ed., Milano: Giuffrè, 1996.

PAGLIARO, Antonio. Sullo schema di disegno di legge delega per un nuovo codice penale. *In: La Giustizia Penale*, Roma, 1993, p. 170-192.

PAGLIARO, Antonio. Il documento della Comissão Grosso sulla riforma de diritto penale: metodo di lavoro e impostazione generale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 1.184-1.200.

PAGLIARO, Antonio. Il reato nel progetto della Commissione Nordio. *In: Cassazione penale. Cassazione penale*. Milano, 2005, p. 4-15.

PIN, Xavier. *Droit pénal general*. 3ª. ed., Paris: Dalloz, 2009.

PISAPIA, Giuliano. La riforma del codice penale muove i primi passi: le scelte della Comissão ministeriale per una nuova parte generale. *Diritto penale e processo*. Milano: Ipsoa, 2007, p. 565-569.

PITA, Ma. del Mar Diaz. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

PRITTWITZ, Cornélius. Società del rischio e diritto penale. Trad. Valeria Torre. *In: AA.VV. Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*. A. c. di Luigi Stortoni e Luigi Forfani. Milano: Giuffrè, 2004, p. 371-412.

PROSDOCIMI, Salvatore. *Dolus eventualis*: Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali. Milano: Giuffrè, 1993.

RAMACCI, Fabrizio. *Corso di diritto penale*; parte generale. 4ª. ed. Torino: Giappichelli, 2007.

RAMACCI, Fabrizio. Riforme e codice. *Diritto Penale e Processo*. Milano: Ipsoa, 2004, p.269-270.

RAMACCI, Fabrizio. I perché del codice che non c'è. *Diritto penale e processo*. Milano: Ipsoa, 2005, p. 929-930.

ROCHEFORT, Juan Ignácio Piña. *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del "common law"*. Granada: Colmares, 2002.

ROMANO, Bartolomeo. La riforma del codice penale nel progetto della commissione Pisapia. In: *Indice penale*. Padova: Cedam, 2008, p. 473-495.

SALES, Sheila Jorge Selim de. Parte especial do código e parte especial do direito penal: o problema da legislação complementar. In: *Escritos de direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do dolo eventual: entre velhas e novas incertezas*. Tese apresentada ao concurso para Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG, 2010. (Inédito).

SANCHEZ, Bernardo Feijóo. *El dolo eventual*. Bogotá: Externado de Colômbia, 2004.

SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. *L'espansione del diritto penale*. Tradução de Vincenzo Militello. Milano: Giuffrè, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 64, p. 222-238.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TENCA, Adrian Marcelo. *Dolo eventual*. Buenos Aires: Astrea, 2010.

VASSALLI, Giuliano. *Riforma del codice penale: se come e quando*. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 10-38.

Recebido em 11/07/2012.

Aprovado em 19/09/2012.

