



Marcio Donadon: Uma reflexão necessária sobre o dolo eventual

12/06/2023

Está pautado para esta terça-feira (13/6), na 6ª Turma do STJ (Superior Tribunal de Justiça), sob a relatoria do ministro Rogério Schietti, o julgamento do recurso da boate Kiss que anulou o júri. Independente da discussão a respeito das nulidades, já passou da hora de abriremos uma discussão que, com certeza, enseja maiores reflexões: como admitir que o julgador tenha a capacidade ou *expertise* para alcançar a mente do acusado e reconhecer que ele aceitou ou foi indiferente ao resultado.

É possível, epistemologicamente, (re)conhecer o dolo eventual a partir das provas produzidas ou a modalidade se converte em fundamento retórico utilizado para condenar quando já se decidiu antes mesmo de julgar, como, insistentemente, alerta Lênio Streck [1] em suas obras? Com isso, adverte o doutrinador, a decisão passa a ter cunho discricionário, o que não é nada democrático. Discricionariedade e Direito não coabitam o mesmo espaço [2]. Há, nesse proceder, transgressões epistêmicas de que fala Rachel Herdy[3] e outros doutrinadores, porque o juiz invade uma área de conhecimento — psicológica — que ele não possui?

Como admitir, como no caso da boate Kiss, que o sujeito assumiu e aceitou o resultado que, inclusive, atingia a sua própria vida, a da mulher e a do filho que ela carregava no ventre?

Diante de um fato que causa comoção social, especialmente, de grande repercussão midiática, como o caso pautado, a tendência é que o julgador, ao invés de proceder a uma análise acurada do elemento subjetivo (dolo direito), passe a utilizar da figura que melhor preserva o seu estado de espírito mental inicial, ante as pressões populares, midiáticas e, por que não, pessoais.

Por isso é que dissemos no início que a figura do dolo eventual passa a ser fundamento retórico para confirmar o que já estava decidido pelo julgador. A decisão, com esse proceder, adquire um caráter genérico e enigmático, porque com a impossibilidade de alcançarmos a mente do acusado, por consequência, a do julgador, prejudicado está o controle da sua legalidade que é essencial num Estado Constitucional de Direito.

O fundamento do dolo eventual, nessa perspectiva, impede que se reconheça o acerto ou erro do raciocínio lógico do julgador, levantando dúvidas sobre os critérios e parâmetros utilizados, de modo, como destacado por Marcella Mascarenhas Nardelli, ao tratar sobre o dever de *accountability* das decisões do júri, a não saber se a decisão foi tomada, de fato, com fundamento na apreciação das provas ou influenciada por pré-conceitos, fatores midiáticos ou subjetivos [4].

A construção de uma decisão fundamentada não pode deixar dúvidas quanto ao caminho seguido pelo julgador. É preciso reconhecer, de uma vez por todos, que há limitações de ordem científica para alcançarmos a mente de uma pessoa. O juiz não é um sujeito paranormal dotado de superpoderes. Precisamos garantir que as decisões sejam fundamentadas e coerentes com

as *expertises* de outros ramos exigidos para o caso. Inclusive, para reconhecemos o direito fundamental à devida cognição reduzindo os efeitos das dissonâncias cognitivas que afetam *"diretamente a análise complexa dos elementos de prova. Avaliados em sua totalidade, torna-se mais fácil tomar-se uma decisão condenatória"*. *"Com a seleção dos meios de prova que devem ser levados em consideração no momento de decidir, igualmente se verifica a 'descomplexificação' da situação jurídica que requer decisão, sendo mais fácil, assim, encontrar elementos consonantes."* [5]



Alexandre Moraes da Rosa [6] adverte, no campo da

prova, e é o que nos interessa, porque o reconhecimento do dolo eventual passa, obrigatoriamente, pela análise dos fatos e provas, que os agentes previamente convencidos da culpa adotam mecanismos de *"manutenção da consonância, consistentes na 'supervalorização' da evidência/argumento irrelevante/insignificante e na 'sobrevalorização' da evidência robusta contrária, em face da busca de equilíbrio interno"*. Esse preço a pagar da dissonância comportamental, nas palavras do autor, *"é mais um dos sintomas da ausência de accountability dos agentes públicos"*, por corolário, das decisões que deles são proferidas.

Essa carga de subjetividade, prejuízos cognitivos e, especialmente, a ausência de controle epistêmico que carrega a aplicação da figura do dolo eventual permite que se reconheça a sua incompatibilidade com as garantias constitucionais de um julgamento justo e imparcial.

O direito penal, já dizia Carnelutti [7], não pode ficar nas mãos do juiz, porque não se sabe o conceito de justiça que ele adota. Mas, também, deixá-lo, apenas, nas mãos dos legisladores de forma a permitir que o cidadão saiba antes as consequências dos seus atos, por si só, é uma ingenuidade quando esse, inconscientemente, coloca sobre um fato uma abstração genérica que entrega seu reconhecimento à discricionariedade do juiz, colocando-o como protagonista do reconhecimento do fato.

Urge a criação de filtro constitucional. Quando um sujeito é acusado de matar alguém por disparo de arma de fogo, as circunstâncias que envolvem os fatos, permitem que o cidadão, antecipadamente, saiba das consequências dos seus atos. Ou seja, se atirar diretamente demonstrará a intenção de matar; por outro lado, se atirar na perna pode indicar uma situação

de apenas lesionar.

A questão posta é hipotética e pode haver outras variações, mas, apenas a demonstrar o "furo" existência do dolo eventual. Considerando a última situação (tiro na perna com a intenção de lesionar): o sujeito, diante de uma situação de risco, atira na perna de um desafeto, com a intenção de lesionar, interrompendo o ato. Um tiro. O desafeto, em razão do tiro na perna, morre. Detalhe o desafeto é figura pública importante e o caso ganha notoriedade mundial. A questão que fica é: o agente quis, apenas, lesionar ou assumiu o risco de causar um resultado maior, mostrando-se indiferente ou, ainda, assumindo o risco esperava que o resultado não acontecesse?

Note que no singelo exemplo há uma facilidade de o juiz adotar a figura que mais o conforta cognitivamente, de forma que resta prejudicado o controle epistêmico da decisão, porque, insista-se, é impossível alcançar a mente do agente para, de fato, adotarmos o melhor caminho. Não se trata de discutirmos a questão do mito verdade no processo penal, muito bem trabalhada pela doutrina [8], mas, de reconhecermos que o elemento de vontade no dolo eventual é de difícil alcance científico, mais ainda jurídico.

Voltando ao caso Kiss. Todos os *players*, emprestamos o termo usado por Alexandre Moraes da Rosa, de um processo penal sabem que o STJ possui um súmula de barreira da era jurássica (Súmula 7) que impede a análise conjunto fático e probatória de um caso, naquele Corte Superior. Pois bem. Considerando, como vimos, que a questão do dolo é, estritamente, de ordem probatória, como poderia àquela Corte Superior, no caso da boate Kiss, admitir a presença do dolo eventual, alterando a decisão do tribunal, e determinar o julgamento pelo júri?

Os professores Alexandre Wunderlich e Marcelo Almeida Ruivo [9] alertaram sobre essa situação no parecer ofertado naquele caso deixando claro que a alteração da decisão do Tribunal de Justiça para alcançar o processamento das condutas narradas como se fossem dolosas não poderiam ocorrer sem que se procedesse ao juízo empírico de completo e profundo reexame do material probatório. Mas, não foi isso que aconteceu.

O STJ, naquela ocasião, não só analisou o mérito, mas, alcançou a mente dos acusados para concluir que estava presente sim a figura do dolo eventual, permitindo o julgamento pelo Tribunal do Júri. Decisão, não só equivocada, mas midiática, porque atendia ao pleito de um certo número de pessoas e imprensa, o que demonstra a zona cinzenta que é o dolo eventual.

As razões que levam a segunda parte do inciso I, do artigo 18, do Código Penal brasileiro a não encontrar amparo na Constituição são relevantes e não podem ser normalizadas, porque é impossível admitir que dentro de um sistema constitucional acusatória seja permitido que o julgador faça uso de fundamentos de retórica, sem controle epistêmico e científico, para condenar o cidadão por *dolo eventual*.

Não se pretende, aqui, esgotar a discussão. Longe disso. O que esperamos é que o debate entre em cena e que se possa, diante deste singelo *start*, fazemos um constrangimento epistemológico, ou ao menos tentemos, para utilizar as palavras do professor Lenio Streck, a academia.

A ver como caminha o julgamento e a comunidade jurídica.

[1] STRECK, L.L. O que é isto – Decido conforme minha consciência, Livraria do Advogado Editora; 6ª edição, 7 julho 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 5ª ed., rev, mod e ampl, São Paulo: Saraiva 2014.

[2] STRECK, L.L. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte (MG), Letramenti. p. 61, 2017

[3] <https://www.conjur.com.br/2022-ago-26/limite-penal-transgressoes-epistemicas-processo-criminal>

[4] <https://www.conjur.com.br/2022-out-28/tribunal-juri-dever-accountability-segundo-john-jackson>

[5] Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2015, VOL. 117 (NOVEMBRO-DEZEMBRO 2015). Ricardo Jacobsen Gloeckner, PROCESSO PENAL. PRISÕES CAUTELARES, CONFIRMATION BIAS E O DIREITO FUNDAMENTAL À DEVIDA COGNIÇÃO NO PROCESSO PENAL

[6] Rosa, Alexandre Morais da. Guia do processo penal estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A, Florianópolis, SC, Emais, 2021, p. 41.

[7] CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. Edjur, p. 61.

[8] Ferrer Beltrán (2005); Taruffo (2010); Khaled Jr. (2013), dentre outros

[9] WUNDERLICH, Alexandre; RUIVO, Marcelo Almedia. Dolo eventual. Imputação e determinação da pena — estudos sobre o caso Boate Kiss, Livraria do Advogado, 2022.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-jun-12/marcio-donadon-dolo-eventual-reflexao-necessaria/>