UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

FELIPE JOSÉ ALEKSY VICENTE SALES

O DOLO À LUZ DAS TEORIAS NORMATIVAS ATRIBUTIVAS

Recife
2024

FELIPE JOSÉ ALEKSY VICENTE SALES

O DOLO À LUZ DAS TEORIAS NORMATIVAS ATRIBUTIVAS

Trabalho de Conclusão apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas – Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo.

Recife

2024

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Sales, Felipe José Aleksy Vicente.
O dolo à luz das teorias normativas atributivas / Felipe José Aleksy Vicente Sales. - Recife, 2024.
48 p.

Orientador(a): Teodomiro Noronha Cardozo
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2024.

1. Direito Penal. 2. Dolo. 3. Consciência. 4. Vontade. I. Cardozo, Teodomiro Noronha. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

FELIPE JOSÉ ALEKSY VICENTE SALES

O DOLO À LUZ DAS TEORIAS NORMATIVAS ATRIBUTIVAS

Trabalho de Conclusão apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas – Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em: 15/03/2024.

BANCA EXAMINADORA

_____

Profº. dr. Teodomiro Noronha Cardozo (orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

_____

Profª. Ângela Simões de Farias (Examinadora Interna)
Universidade Federal de Pernambuco

_____

Profº. Paulo Simplício Bandeira (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Josy e Gustavo, agradeço por serem minha base de vida e conseguirem, com muito esforço, me proporcionar tudo aquilo que nunca tiveram. Sem vocês eu não seria nada e não teria chegado onde cheguei. Obrigado por toda a confiança e motivação. Amo vocês infinitamente.

À toda minha família, avós, tios, tias e primos agradeço por sempre torcerem por mim e me inspirarem a ser quem sou. Apesar da vida ter sido sempre difícil, vocês fizeram o possível e o impossível para que minha geração pudesse acreditar que tudo é alcançável.

À Thainá, minha melhor amiga, agradeço pelo simples fato de ter entrado na minha vida. Sem você, a rotina da faculdade seria monótona e, com certeza, eu não teria as conquistas profissionais que tive e os resultados acadêmicos que colecionei. Obrigado pelo carinho e companhia de sempre, és muito importante para mim. Te amo!

A Beltrão, agradeço por estar comigo em todos os momentos. Seja no colégio, faculdade, jogos do Náutico ou na boemia da vida, estamos sempre juntos fazendo aquela resenha. És o irmão que não tive.

À Eliza, minha amiga há mais de dez anos, agradeço por acreditar em mim e me apoiar durante tanto tempo. Sei que sempre posso contar contigo. Te amo!

A Vinícius, agradeço por, desde os tempos de colégio e cursinho de redação, compartilhar o sonho de ingressar na FDR e ser minha maior referência dentro do estudo das ciências criminais. Conseguimos, irmão! E já fomos muito além do que imaginávamos.

A Felipe, que já foi meu monitor na disciplina de Processo Penal II e orientador na III CBDPP, agradeço por ser esse cara sensacional e também uma referência para mim. Tenho certeza que ganhei um grande amigo.

À Bia e Mari agradeço por toda ajuda durante a graduação, tanto em questões acadêmicas quanto pessoais. Vocês foram companhias indispensáveis.

A Filipe agradeço por ter sido um grande parceiro na sala de aula e ter me ajudado bastante nesse processo de escrita, sempre me incentivando a ir em frente.

A Vinícius Araújo, meu grande amigo baiano, agradeço por ter sido minha companhia durante a passagem na UFPB. Nossas conversas na escadinha do DCJ me trouxeram afago em momentos difíceis, você é o cara!

Aos meus amigos, em especial aos que fazem parte do grupo “DDRS”, agradeço por estarem comigo durante todo esse percurso, desde os tempos de colégio. Nossa resenha diária deixa a rotina mais leve e isso é muito importante para mim. Amo vocês!

Ao professor Teodomiro, agradeço pela brilhante orientação nesta monografia e pela inspiração em estudar os temas da teoria do delito. Suas aulas despertaram em mim a vontade de seguir como pesquisador das ciências penais. Muito obrigado!

Ao Ministério Público da Paraíba, à Procuradoria do Município do Recife, ao Caribé Advogados e ao Ministério Público Federal, agradeço pelos ensinamentos durante o período de estágio. Todas essas experiências foram essenciais para minha formação profissional.

Por fim, agradeço a todos os servidores e professores que compõem o Departamento de Ciências Jurídicas (UFPB) e a Faculdade de Direito do Recife (UFPE), pessoas que aqui não foram citadas nominalmente, mas foram fundamentais para o meu crescimento enquanto estudante.

RESUMO

O presente trabalho de monografia apresentará o tema “O dolo à luz das teorias normativas atributivas”, sendo desenvolvido ao longo de 3 (três) capítulos. No primeiro, discorre-se sobre a estrutura do dolo na teoria do delito, sendo analisada as concepções epistemológicas, os elementos e as espécies do dolo. No segundo, serão expostas as críticas da teoria cognitiva em relação aos problemas estruturais e conceituais advindos do elemento volitivo do dolo. No terceiro, serão apresentadas algumas teorias normativas atributivas, com o intuito de verificar a possibilidade de ser adotado um conceito de dolo sem vontade na legislação brasileira. Por intermédio do método hipotético-dedutivo foi verificada se as premissas das teorias que consideram o dolo sem o elemento volitivo permanecem válidas, por meio da revisão de literatura foram examinadas as contribuições de diversos autores sobre o assunto em questão, por meio de consulta a livros, artigos científicos e periódicos acadêmicos.

Palavras-chave: Direito Penal; Dolo; Consciência; Vontade.

ABSTRACT

This monograph work will present the theme “The Intent in the light of attributive normative theories”, being developed over 3 (three) chapters. In the first, the structure of intent in the theory of crime is discussed, analyzing the epistemological conceptions, elements and species of intent. In the second, the criticisms of cognitive theory will be exposed in relation to the structural and conceptual problems arising from the volitional element of intent. In the third, some attributive normative theories will be presented, with the aim of verifying the possibility of adopting a concept of willful intent in Brazilian legislation. Finally, using the hypothetical-deductive method, it was verified whether the premises of the theories that consider fraud without the volitional element remain valid. To this end, a literature review was used as support, the contributions of various authors on the subject in question were examined, through consultation of books, scientific articles and academic journals.

Keywords: Criminal Law; Intent; Conscience; Willing.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO **9**
1.1 Problemática. 9
1.1.1 Hipótese da pesquisa 9
1.1.2 Pergunta preliminar 10
1.1.3 Resposta preliminar 10
1.2 Metodologia 10
1.3 Objetivo geral 10
1.4 Objetivos específicos 11
1.5 Justificativa 11
2 O DOLO NA TEORIA DO CRIME **13**
2.1 As concepções epistemológicas do dolo 13
2.1.1 Concepção causal-naturalista 13
2.1.2 Concepção neokantista 15
2.1.3 Concepção ontológico-finalista 17
2.2 Elementos do dolo 19
2.2.1. Elemento intelectivo ou cognitivo 19
2.2.2. Elemento volitivo 20
2.3 Espécies de dolo 21
2.3.1 Dolo direto 22
2.3.3 Dolo eventual 23
3 PROBLEMAS ESTRUTURAIS DO ELEMENTO VOLITIVO DO DOLO **25**
3.1 A posição da doutrina penal brasileira 25
3.2 A ambiguidade do termo “vontade” 26
3.3 O conhecimento em sentido psicológico 27
3.4 A vontade em sentido atributivo-normativo 29
4. TRANSIÇÃO PARA O DOLO SEM VONTADE **32**
4.1 o perigo doloso em INGEBORG PUPPE 33
4.2 A indiferença ao sistema de normas em GUNTHER JAKOBS 34
4.3 o dolo como compromisso cognitivo em EDUARDO VIANA 37
4.4 Possível aplicabilidade prática e o art. 14 do Código Penal Português 39
4.5 Objeções 40
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS **44**
REFERÊNCIAS **46**

1 INTRODUÇÃO

1.1 Problemática.

O presente trabalho apresentará o tema “O dolo à luz das teorias normativas atributivas ” e objetiva analisar, de forma crítica, o caráter psicológico-descritivo do elemento volitivo do dolo. Para tanto, adota-se o posicionamento das contemporâneas teorias cognitivas para uma construção do conceito de dolo em sentido atributivo-normativo.

De forma distinta da maioria dos diplomas legais, o Código Penal brasileiro optou pelo conceito de dolo. Ocorre que esta definição, apesar de ser amplamente repetida pela doutrina ao longo dos anos, quase não foi questionada, havendo a necessidade de investigar se as premissas que justificam o atual conceito estão baseadas em razões legítimas.

A par dessas questões, será realizado um juízo de valor acerca das novas propostas disseminadas pelos defensores da teoria normativista atributiva do dolo. As teorias do perigo doloso de Puppe, da indiferença ao sistema de normas de Gunther Jakobs e do dolo inferencialista de Eduardo Viana, estabelecem novos critérios para a aferição do dolo. Resta questionar se essas teorias possuem aplicabilidade no direito brasileiro e, em caso positivo, se elas oferecem uma melhor fundamentação para a definição do dolo.

1.1.1 *Hipótese da pesquisa*

O dolo, hodiernamente entendido como a vontade consciente de cometer um delito, tem sido objeto de análise e discussões intensas na dogmática penal. O presente trabalho se propõe a realizar, sob o viés das teorias normativas atributivas, uma análise crítica do atual conceito de dolo, explorando suas limitações, desafios e as perspectivas de aprimoramento diante das contemporâneas teorias cognitivas.

1.1.2 *Pergunta preliminar*

O elemento volitivo do dolo deve ser caracterizado em sentido psicológico-descritivo ou atributivo normativo?

1.1.3 *Resposta preliminar*

Com base nas atuais teorias cognitivas, o elemento volitivo deve ser entendido em caráter atributivo normativo, pois apenas o elemento intelectivo é capaz de determinar o domínio do agente dirigido à uma finalidade.

1.2 Metodologia

Para o desenvolvimento da presente monografia será adotado o método hipotético-dedutivo de Karl Popper, que consiste em formular teses que serão submetidas a testes, por meio do confronto epistemológico, para verificar as hipóteses que persistem como válidas, resistindo à falseabilidade. Trata-se de um método de tentativas e eliminação de erros, que certamente não levará à certeza, pois esta é inalcançável, mas possibilitará um maior alcance de premissas legítimas.

O trabalho propõe uma análise acerca das teorias normativas atributivas do dolo, com o intuito de verificar se essas teorias permitem um conceito de dolo menos controverso. Para testar a validade desta hipótese, ela será submetida ao teste prático de falseabilidade, a fim de verificar se esta premissa permanece válida.

Para embasar essa investigação será realizada uma revisão bibliográfica abrangendo fontes nacionais e estrangeiras, incluindo artigos científicos, monografias, dissertações de mestrado, teses de doutorado e periódicos científicos de diversos autores especializados no assunto em questão, bem como jurisprudência dos tribunais superiores.

1.3 Objetivo geral

Verificar em termos teóricos e empíricos as teorias atributivas normativas do dolo.

1.4 Objetivos específicos

1.4.1 Realizar uma pesquisa teórica acerca das concepções epistemológicas do dolo e sua estrutura.

1.4.2 Analisar criticamente as teorias cognitivas contemporâneas acerca da atual estrutura do dolo.

1.4.3 Verificar se as teorias normativa atributiva têm aplicabilidade no direito brasileiro.

1.5 Justificativa

O sistema ontológico-finalista do delito definiu que o dolo é *querer o resultado ou assumir o risco de produzi-lo*. Toda ação possui, portanto, em seu elemento essencial, a vontade dirigida a um fim. Assim, o dolo em sua essência implicaria na intenção do sujeito em realizar determinada ação e o resultado decorrente desse intento seria a manifestação direta de seu aspecto psicológico, ou seja, de sua vontade (BRANDÃO, 2015).

Não haveria necessidade de discutir sobre a definição de dolo, uma vez que a legislação já o fez. No entanto, o aquietamento em relação ao tema não esconde os desafios atuais encontrados. A maneira como é abordado na jurisprudência revela que os aspectos do dolo requerem maior atenção e uma investigação mais aprofundada, pois constantemente ocorrem interpretações confusas e ambíguas, principalmente no que concerne ao elemento psicológico.

Após longos anos sem indagações acerca da estrutura do tipo subjetivo, o debate foi reaquecido nos anos 2000 após a publicação de três obras favoráveis à uma teoria cognitiva do dolo, que põem em xeque o elemento volitivo, quais sejam: “Distinção entre o dolo e a culpa” de Ingeborg Puppe, “Dolo Sem Vontade” de Luís Greco e “Problemas estruturais do conceito volitivo do dolo” de Humberto Souza Santos (AMARAL, 2023).

A partir dessas reflexões realizar-se-á a pesquisa acerca da significação do dolo, principalmente no que concerne ao elemento volitivo. Essa necessidade se justifica não só pela controversa fundamentação das teorias volitivas, mas também pela complexidade em se provar um dado psicológico, que está intrínseco ao pensamento do agente e, via de regra, não é exteriorizado ou aferível de maneira precisa.

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo investigar o dolo, analisando sua origem, evolução e características, bem como apresentar e discorrer acerca dos argumentos que corroboram a favor da implementação de um dolo em sentido atributivo-normativo, assentado nas contemporâneas teorias cognitivas do dolo, apontando também algumas das críticas direcionadas a essas concepções.

Para essa verificação, serão utilizados exemplos práticos, com o intuito de verificar a adequação desses conceitos ao ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando a adoção de critérios juridicamente mais assertivos. Feitas as objeções por alguns teóricos, como Juarez Tavares (2020) e Nilo Batista (2023), acerca das teorias cognitivas, será realizado um juízo valorativo dessas críticas ao final.

2 O DOLO NA TEORIA DO CRIME

2.1 As concepções epistemológicas do dolo

Antes de abordar a estrutura do dolo na teoria do delito será apresentada uma breve introdução sobre cada uma das concepções epistemológicas do dolo, para que sejam recordadas suas premissas teóricas. Serão tratadas a concepção causalista, impulsionada por Franz Von Liszt e Ernst Von Beling; a concepção neokantista, que tem como Edmund Mezger seu principal expoente; e a concepção ontológico-finalista, potencializada por Hans Welzel (BRANDÃO, 2015).

2.1.1 Concepção causal-naturalista

O modelo clássico de ação, desenvolvido na segunda metade do século XIX, teve como principais expoentes os teóricos Franz Von Liszt, Ernst Von Beling e Gustav Radbruch. A matriz filosófica desse modelo era o positivismo, tendo em vista a redução dos fenômenos sociológicos em leis gerais e determinadas, baseadas nas ciências naturais, podendo-se afirmar que essa teoria coincide com a fase inicial do próprio desenvolvimento científico do Direito Penal. Nessa concepção, a validade de uma teoria dependia de uma comprovação de veracidade de seus conceitos, como ocorre nas ciências exatas (Brandão, 2015, p. 24).

Para Brandão, a teoria causalista define a ação como "*o movimento corpóreo voluntário que causa modificação no mundo exterior"*. Nessa teoria, a volição assume um papel central, pois é a partir dela que decorre a modificação no mundo exterior.

Na concepção de Liszt, a ação pode ser caracterizada como uma *"conduta voluntária no mundo exterior; causa voluntária ou não impediente de urna modificação no mundo exterior"*. Portanto, a ação deve ser entendida como a vontade objetivada, pois a vontade é realizada no mundo dos fatos, sendo objetivamente concretizada (Brandão, 2015, p. 25).

Continua o citado autor discorrendo sobre os três elementos que estruturam a concepção de Liszt, como a modificação no mundo exterior e o nexo de causalidade, que liga a ação ao resultado. A vontade e a modificação no mundo

exterior formam o conceito de manifestação da vontade, que pode ser caracterizada como *"toda realização ou omissão voluntária de um movimento corpóreo que, livre de qualquer violência, está motivada pelas representações mentais do agente; em poucas palavras é a vontade objetivada."*[1]

Pela ótica da teoria causalista, a manifestação da vontade causa uma modificação no mundo exterior e que esta modificação é chamada de resultado, sendo este perceptível aos sentidos humanos. Para Liszt, não é suficiente que o resultado possa ser objetivamente atribuído à escolha consciente do indivíduo; é igualmente requerido que dentro da culpabilidade exista a conexão subjetiva que possibilite a imputação pelo resultado gerado (Liszt, 2003, p. 17).

Consequentemente, a imputação do resultado ocorre quando a ação é dolosa, ou seja, quando o indivíduo a realiza mesmo antevendo o resultado. Para Liszt (2003) o dolo é a representação da relevância do ato voluntário como causa.

Beling descreve que a ação é um comportamento corpóreo que é gerado pelo controle que o indivíduo tem sobre o corpo, pouco importando se essa seja positiva (comissão) ou negativa (omissão). Assim, Beling define que os três elementos componentes da ação são a manifestação da vontade, o resultado e a relação de causalidade, sendo o conteúdo psicológico (dolo) deslocado para a culpabilidade (Cardozo, 2017, p. 49).

Segundo Cardozo, na teoria causal-naturalista, o dolo não possui a consciência de antijuridicidade, sendo a culpabilidade o vínculo psíquico que liga o autor ao fato:

> A tipicidade para a teoria causal, no primeiro momento, exercia papel puramente descritivo e autônomo. Depois, por influência de Max Ernst Mayer, passou a funcionar como um indício de antijuridicidade, no qual incidirá "um juízo de valor extraído da dedução das normas jurídicas, em sua totalidade". O injusto, para a teoria causalista, em face de sua estrutura, não possui conteúdo e a lesão a um bem jurídico corresponde a um desvalor tão somente do resultado, porquanto a ação somente é valorada na culpabilidade e o resultado mantém relação íntima com a ação. Isto porque a ação se exaure na simples produção do resultado.

[1] Brandão ainda aborda que o conceito de vontade pode ser definido como o liame que possibilita a imputação de um resultado como consequência de uma manifestação da vontade, ou seja, se confunde com o significado de nexo de causalidade.

Já Radbruch entende que a omissão, por ser um não fazer, não possui relevância para a relação de causalidade, pois, segundo o autor, não pode existir causalidade entre a falta de um movimento e um resultado, devendo ser buscado outro fundamento para a omissão (Brandão, 2015, p. 26).

Para os causalistas o dolo não deve estar inserido na ação, mas sim na culpabilidade, já que não importa se a modificação no mundo exterior foi intenção do agente – conduta dolosa – ou se a finalidade foi dirigida para um fato que não é proibido pelo direito, sendo apenas censurados os meios que o agente utilizou para obter o resultado. (Brandão, 2015, p. 26).

2.1.2 Concepção neokantista

Em reação à metodologia positivista o neokantismo surgiu como um pensamento filosófico que proporciona consideráveis transformações na teoria do delito. Essa concepção estabelece que o estudo dos objetos relacionados às ciências da natureza não pode ter a mesma abordagem que os objetos vinculados às ciências humanas, pois segundo os teóricos dessa corrente, o direito é objeto inerente à cultura e não pode ser regido por leis gerais e determinadas (Brandão, 2015, p. 15).

Partindo desse ponto, os pensadores neokantistas entendiam que o método empírico das ciências naturais, consistente em observar um fenômeno e descrevê-lo, não conseguiria fundamentar toda a ação criminosa. Para tanto, o direito penal foi adequado aos conceitos da ciência do espírito[2], estabelecendo, assim, um juízo valorativo sobre as condutas típicas.

O filósofo austríaco Franz Brentano, no final do século XIX, diferenciou os fenômenos psíquicos dos físicos, atribuindo aos primeiros o aspecto da *intencionalidade*. Segundo o teórico, todo ato psíquico aponta para um objeto determinado, pois se você possui um desejo, este incide sobre algo, não sendo apenas um impulso nervoso (Toledo, 1994, p. 94).

---

[2] Kant, ao explicitar as bases das “ciências do espírito”, entende que os fenômenos naturais, por si só, são insuficientes para explicar as relações de causa e efeito das condutas humanas. Ao realizar essa diferenciação, surge uma distinção primordial da ciência do direito: ser e dever-ser.

Ainda conforme Francisco de Assis Toledo, a inserção da característica da intencionalidade criou as condições necessárias para uma nova concepção da teoria da ação. Esse novo conceito não rompeu totalmente com o sistema causal-naturalista, mas construiu a ideia de uma causalidade dirigida pela intenção do agente.

Para além dessas considerações epistemológicas, observou-se que o conceito causal de ação encontrou barreiras para fundamentar alguns tipos de crimes, como os crimes omissivos, já que restou insuficiente uma relação de causalidade entre a não realização de um movimento corporal e o resultado (Bitencourt, 2020, p. 592).

Cezar Bitencourt também verifica essa dificuldade em relação ao instituto da tentativa ao afirmar que: *"se o dolo pertence ao injusto da tentativa, não pode ser somente elemento da culpabilidade na consumação, especialmente quando se admite que a distinção entre tentativa e consumação carece de relevância material"*.

Na concepção neoclássica, a ação assumiu um significado valorativo, em detrimento do movimento natural, redefinindo, assim, o comportamento humano voluntário. A tipicidade, que antes possuía natureza não valorativa, passou a assumir elementos normativos, objetivos e também subjetivos. A culpabilidade que antes tinha conteúdo psicológico, obteve um significado normativo, pela reprovação pessoal do agente em ter agido contrário ao dever (Cardozo, 2017, p. 50).

Edmund Mezger, um dos principais teóricos neokantistas, ao citar Belling, afirma que para confirmar a existência de uma ação basta verificar se o sujeito agiu voluntariamente. Ou seja, para o referido autor o conteúdo da vontade é irrelevante e apenas tem importância na questão da culpabilidade. A partir desse entendimento, observa-se que, diferentemente do sistema causalista, a concepção neoclássica entende que o conceito causal da ação não é puramente neutro e possui um elemento valorativo intrínseco, ao exigir que a ação ou omissão seja voluntária (Bitencourt, 2020, p. 594).

Com os estudos de Sauer a ação passa a ser uma causalidade dotada de relevância jurídica, sendo a conduta do agente condicionada a obter um resultado juridicamente relevante. Destaca o referido autor que aos juristas somente importa

se uma decisão, voluntariamente livre, é a causa final de um resultado socialmente útil.

2.1.3 Concepção ontológico-finalista

A teoria ontológico-finalista desenvolvida, em sua maior parte, por Hans Welzel, sustenta que a ação humana deve partir de um pressuposto ontológico. Explica o teórico que o conceito de ação deve ser compreendido como um acontecimento dirigido a um fim. Isso significa que a ciência penal não deve abordar meros processos causais, mas sim proibir atos finalisticamente orientados. Essa premissa tem como pressuposto que o homem, ao praticar uma ação, tem a plena capacidade de prever as consequências geradas por sua própria conduta (TOLEDO, 1994, p. 96).

A consequência dessa reformulação teórica aplicada pelo finalismo é a noção de que o homem, com base no conhecimento causal que é extraído a partir da realidade na qual está inserido, pode orientar sua atividade para atingir determinado objetivo. A causalidade que antes era “cega”, por não extrair nenhum dado valorativo dos movimentos corpóreos, agora passa a ser “vidente”, já que se tornou possível compreender a intenção do agente ao praticar determinada conduta (TOLEDO, 1994, p. 97).

Do ponto de vista estrutural e dogmático, Francisco de Assis Toledo afirma que:

> E assim procede por considerar, sem rodeios, que o ordenamento jurídico também tem os seus limites: pode ele selecionar e determinar quais os dados da realidade que quer valorar e vincular a certos efeitos (efeitos jurídicos), mas não deve pretender ir além disso, porque não pode modificar os dados da própria realidade, quando valorados e incluídos nos tipos delitivos. Isso significa que a ciência penal, embora tenha sempre como ponto de partida o tipo delitivo (*Tatbestand*), necessita transcendê-lo para descer à esfera ontológica e, com isso, conseguir corretamente compreender o conteúdo dos conceitos e igualmente o das valorações jurídicas.

A partir desta transcendência ontológica, a natureza da ação humana passou a obter uma estrutura lógico-objetiva (BITENCOURT, 2020, p. 595), cuja essência é guiada pela vontade dirigida a um fim. Pode-se afirmar, inclusive, que esta foi a grande inovação da escola finalista em relação aos neokantianos, pois

diferentemente destes, o finalismo impôs que o conteúdo valorativo da ação não está na ação em si, mas sim no processo cognitivo que o indivíduo desenvolve sobre esta determinada ação.

Para Bitencourt (2020, p. 597), a influência mais notável do finalismo (que já havia sido inaugurada pelos neokantistas) consistiu na exclusão dos elementos subjetivos que compunham a culpabilidade, resultando, desse modo, em uma concepção estritamente normativa. Nesse sentido, pode-se resumir que o sistema finalista removeu o dolo da culpabilidade e o conduziu ao centro injusto.

Outro ponto a se destacar é que, a partir do finalismo, os diversos tipos de crimes passaram a ter um encaixe mais adequado à realidade empírica, oferecendo respostas mais concretas em relação às escolas causalista e neokantista. Isto porque, a análise da representação e da intenção do agente na ação delituosa contribuiu, por exemplo, para a diferenciação entre homicídio doloso e culposo (já que o dolo foi integrado ao tipo), além de oferecer uma concepção eficiente para o injusto da tentativa (Bitencourt, 2020, p. 598).

Essas alterações metodológicas foram imprescindíveis no processo de estruturação da teoria do delito, já que fora oferecido um ponto de referência consistente para a interpretação e implementação das normas penais, assegurando, assim, a segurança jurídica das decisões judiciais na seara penal.

Ocorre que, apesar dos reconhecidos avanços, há de se destacar que o modelo finalista é alvo de críticas por parte de alguns doutrinadores. Bitencourt (2020 *apud* PUIG, 1998), por exemplo, observa que o ontologismo finalista parte de um *objetivismo essencialista* que desconsidera o fato de que os conceitos pré-determinados são construções humanas que não necessariamente refletem a realidade empírica, o que motivaria o desenvolvimento de conceitos normativos.

Para Toledo (1994, p. 98), a teoria finalista apresenta problemas, pois nem todo ato humano é dirigido finalisticamente a um fim, devendo ser considerados os atos inconscientes, bem como o comportamento culposo, sobretudo na culpa consciente. Outro ponto destacado pelo autor reside no esvaziamento da culpabilidade, já que o dolo e a culpa foram retirados da culpabilidade e realocados para o tipo.

Destaca-se, ainda, as críticas tecidas por Busato (2020, p. 338), entendendo que o finalismo esgotou sua capacidade de oferecer soluções para a teoria do delito, além de apresentar problemas relacionados às estruturas lógico-objetivas imutáveis:

> [...] a crítica fundamental que sofre todo o raciocínio sistemático jurídico--penal ancorado em teorias ontológicas é justamente sua evidente contradição para com a própria concepção de direito. O direito, como sistema de valores confeccionado para gerir a vida social, é absolutamente incompatível, em seus fundamentos, com a pretensão de neutralidade que representa a confecção de um sistema fechado, cujas bases metodológicas estejam vinculadas exclusivamente a imutáveis princípios ontológicos. O modelo de sistema penal proposto pelo finalismo foi pressionado claramente em duas frentes. Uma delas, relacionada com sua aplicação, pela frequente confrontação de resultados insatisfatórios derivados da rigidez do modelo de imputação proposto, principalmente em face da moderna realidade criminológica. A segunda, um desmantelamento de sua própria teoria de base: o neo-ontologicismo.

Quanto a essas críticas, elas serão objetos de maior análise ao longo deste trabalho. Por ora, importa asseverar que o finalismo, em relação às teorias causal-naturalista e ao neokantismo, trouxe respostas satisfatórias no que concerne a algumas lacunas que haviam nos sistemas causal-naturalista e neokantista, como no instituto da tentativa e dos crimes omissivos, por exemplo, que passaram a apresentar requisitos mais robustos e a oferecer maior segurança jurídica.

2.2 Elementos do dolo

À medida que a doutrina penal brasileira atual entende que o dolo consiste em buscar realizar os elementos objetivos do tipo representados pelo agente, a natureza subjetiva dolosa se desdobra em duas fases separadas: uma de caráter cognitivo (intelectual) e outra de caráter volitivo. Dessa forma, sustenta-se que o dolo é composto por dois elementos, o conhecimento (elemento cognitivo) e a vontade (elemento volitivo), que serão examinados a seguir.

2.2.1. Elemento intelectivo ou cognitivo

O elemento cognitivo (consciência) refere-se à percepção do mundo exterior. Assim, para agir com dolo, isto é, para buscar efetivar os elementos objetivos do tipo (Brandão 2015 *apud* Mir, 1999, p. 71), é necessário que o agente tenha conhecimento prévio deles, uma vez que não é possível ter a intenção de realizar

determinada conduta sem ter ciência do que esta pode provocar no mundo dos fatos.

O entendimento necessário para o dolo engloba as técnicas que o autor domina para consumar o fato. Dentro de um contexto cognitivo, o indivíduo antecipa o propósito e prevê os métodos que devem ser empregados para atingi-lo, a maneira como esses métodos devem ser utilizados, o que ele poderia ou não prever e as consequências certas e possíveis resultantes de sua conduta e assim entender, pelo menos é o que se pretende, suas intenções manifestadas na conduta (Busato, 2020, p. 592).

Com relação ao elemento intelectivo, deverá ser avaliado, em primeiro lugar, todos os elementos objetivos do tipo: a ação, o objeto, o resultado, o nexo de causalidade, bem como as circunstâncias relacionadas ao agente: a vítima, o lugar, o tempo, os meios e o modo de execução. Importa salientar que, neste caso, o dolo não incorpora os juízos de exclusão da imputação objetiva, já que são padrões normativos e não estão sujeitos à percepção, mas abarca todos os atributos causais de sua conduta, incluindo os potenciais riscos que ela acarreta (Tavares, 2020, p. 291).

Consoante Bitencourt (2020, p. 800), o dolo deve incluir também a compreensão dos “caracteres negativos”, ou seja, de alguns termos previstos na legislação penal, tais como “sem licença de autoridade competente” (art. 166 do CP) e “nascimento inexistente (art. 241 do CP)”. Na ausência de um destes componentes do tipo, o dolo não se constitui.

Busato (2020, p. 592) adverte que não se requer para o dolo um conhecimento total ou preciso dos elementos componentes do tipo de ação ou omissão, devendo o agente ter uma noção aproximada do significado social da conduta realizada. Fala-se assim, em uma *“valoração paralela na esfera do leigo”*.

Caso assim não fosse, apenas os juristas cometeriam crimes. Inclusive, a ausência de conhecimento de que a ação constitui uma conduta típica provoca a atuação em erro, o que excluiria o dolo. No mais, recomenda-se que, para a caracterização do elemento intelectivo, seja necessário que a representação ou

conhecimento seja contemporânea à atuação do agente, enquanto o juízo de valor sobre esta ação seja realizado em momento posterior.

2.2.2. Elemento volitivo

Para efeitos de identificação do dolo, não é suficiente a simples representação dos elementos objetivos do tipo pelo agente, uma vez que a consciência não resulta necessariamente em ação finalística. O aspecto cognitivo, na realidade, é um pressuposto do aspecto volitivo, já que não se pode querer aqui que não se representou (Brandão, 2015, p. 71).

Quanto ao elemento volitivo, destaca-se que, a partir da teoria finalista da ação, o dolo é caracterizado no sentido de querer a realização da conduta típica e o seu resultado. Tavares (2020, p. 293) afirma que não é qualquer vontade que constitui o dolo, mas sim a *vontade de realização*. Esta vontade tem de ser incondicionada, de maneira que o sujeito deve querer algo e eleger o objeto dessa sua vontade. É precisamente a habilidade efetiva de impactar sobre o evento que confere ao elemento volitivo uma natureza prática e não meramente abstrata.

Cláudio Brandão (2020, p. 72), ao analisar a descrição elaborada por Carnelutti (1933, p. 160), dispõe que o processo que forma a vontade do sujeito possui três fases. A primeira pode ser compreendida como a representação mental na situação à qual o agente está inserido, desembocando numa antecipação do resultado no plano abstrato. A segunda fase consiste no desejo do sujeito em realizar uma ação em que ele julga necessária. Por fim, como conclusão do processo volitivo, a terceira fase caracteriza-se por uma valoração do sujeito sobre o resultado da conduta, podendo ser chamada de previsão. Ao aceitar o resultado da ação, o agente constitui o elemento volitivo.

Assim, o dolo, de natureza essencialmente psicológica, realiza-se plenamente com a vontade e a consciência da ação, do desfecho tipificado como injusto e da relação causal, sem a presença de qualquer outro componente constitutivo (Bitencourt, 2020, p. 801). A fusão dialética entre o elemento cognitivo e o elemento volitivo produz diferentes graus de intensidade do dolo, que serão vistos a seguir.

2.3 Espécies de dolo

Conforme dispõe o art. 18, I, do Código Penal brasileiro, a modalidade dolosa pode ser categorizada como direta *"quando o agente quis o resultado"* ou eventual *"assumiu o risco de produzi-lo*". No entanto, a doutrina propõe uma classificação tripartida do dolo, abrangendo o dolo direto de primeiro grau, o dolo direto de segundo grau e o dolo eventual, dependendo do grau de intensidade com que os elementos cognitivo e volitivo se manifestam durante a conduta.

Embora a pena seja idêntica em casos envolvendo qualquer das formas de dolo, a divisão conceitual é amplamente difundida na doutrina, pois "facilita a organização de diversos conteúdos da percepção e da intenção em categorias dogmáticas distintas, de acordo com variações na intensidade dos elementos cognitivo e volitivo do dolo e, consequentemente, nas nuances do envolvimento subjetivo do autor com o tipo específico de crime" (SANTOS, 2008, p. 65).

2.3.1 Dolo direto

A primeira espécie de dolo (querer o resultado) se refere como o dolo direto. Como já adiantado, o dolo direto divide-se em dolo direto de primeiro grau e dolo direto de segundo grau. Nesse caso, as duas modalidades integram a *esfera da formação da vontade* e, por este fato, fazem parte do dolo direto (Brandão, 2015, p. 69).

O dolo direto de primeiro grau pode ser caracterizado como uma aspiração de concretização do desfecho típico que se manifesta de maneira evidente nas circunstâncias em que ocorre a conduta e que denota um forte comprometimento com a efetivação do resultado. Importante salientar que a determinação contextual do significado de uma previsão por parte do autor não evidencia uma certeza, uma vez que, em algumas situações, a execução concreta da conduta com dolo direto pode não atingir o resultado, resultando em possíveis casos de tentativa (Busato, 2020, p. 598).

Ainda de acordo com Busato, no dolo direto de segundo grau, percebe-se nas circunstâncias que a ação do indivíduo não apenas indicava a presença de uma

previsão de um fim almejado, mas também de resultados secundários essenciais para alcançar aquilo que era pretendido. A título de exemplo, esse seria o caso de um terrorista que, visando matar um Cônsul, coloca uma bomba no veículo em que a autoridade vai ser transportada junto ao motorista. Por obviedade, a explosão atingirá ambos e, embora a intenção seja matar o Cônsul, a morte do motorista é necessária para o atingimento do objetivo.

O dolo *enquanto vontade de realizar o resultado abarca a finalidade e as consequências necessárias concomitantes a consecução do fim do agente* (BRANDÃO, 2015 apud WELZEL, 1956). A partir dessa concepção, faz-se a distinção entre dolo direto de primeiro grau (entendido como a vontade do agente) e dolo direto de segundo grau (a aceitação das consequências necessárias à vontade dirigida a um fim).

Um ponto considerável a se evidenciar no que concerne ao dolo direto de segundo grau é a de que não se pode estabelecer um critério de certeza em relação à confirmação de um fato não é possível; o que se pode fazer é estabelecer uma conexão de elevada probabilidade, ou quase certeza, de sua ocorrência. Veja-se a análise de Juarez Tavares (2020, p. 300):

> [..] se o fundamento do dolo direto de segundo grau reside justamente na certeza da ocorrência do evento, estar-se-á diante de uma argumentação puramente simbólica. Nesse caso, então, o chamado dolo direto de segundo grau, na versão que nele compreende o resultado como certo, mas não necessário, só poderá ser considerado como modalidade de dolo eventual. Quanto à outra indagação, o pleno conhecimento de um fato ou a certeza ou a alta probabilidade de sua ocorrência não se equiparam à vontade, porque a vontade implica o poder de decidir e dominar o desenrolar da causalidade até a produção final do resultado. Se a doutrina reconhece que há, então, um déficit de elemento volitivo, nesse caso, a conclusão será também sempre a mesma: não se trata de dolo direto.

A divisão do dolo direto em primeiro e segundo grau não é unanimidade na doutrina, já que, para muitos doutrinadores, o dolo direto de segundo grau deve ser incluído no dolo direto de primeiro grau ou no dolo eventual, tendo em vista que o dolo direto de segundo grau não abrange efeitos possíveis ou prováveis como aqueles que podem ocorrer como consequência do primeiro resultado produzido.

2.3.3 Dolo eventual

Conforme estabelecido na segunda parte do art. 18, I, do CP, haverá dolo eventual quando o agente não quiser diretamente a consumação do fato típico, mas aceitá-lo como possível ou provável, assumindo o risco de produzir o resultado. Como afirmou Bitencourt, ao citar Hungria (1953) assumir o risco vai além de ter conhecimento efetivo desse risco; é concordar antecipadamente com o resultado, caso ele se concretize. Ou seja, o dolo eventual ocorre tanto quando a vontade do agente é dirigida a um *fim penalmente típico* como quando é orientada a um desfecho extratípico.

Em relação ao dolo eventual, foi adotada a teoria do consentimento, que entende haver presença do dolo sempre que o sujeito representar mentalmente o resultado e consentir com a sua consumação, assumindo o risco de produzi-lo (Brandão, 2015, p. 70). Ainda disciplina Brandão que, caso o agente represente o resultado, mas afaste a sua ocorrência, ao invés de incorrer em dolo eventual, será considerada a culpa consciente.

Inclusive, a diferença entre dolo eventual e culpa consciente é um tema que vem provocando intensa discussão na doutrina ao longo dos anos. Para Juarez Tavares, a diferença é nítida a partir dos casos emblemáticos que envolvem acidente de trânsito.

Nessa perspectiva, como afirma BUSATO (2020, p. 600), no dolo eventual, o compromisso para a produção do resultado se concretiza pelo *desprezo das possibilidades* e não por meio do reconhecimento do significado de uma orientação na intenção de alcançar o resultado, como acontece no dolo direto.

De acordo com o mencionado autor, importa asseverar que, num contexto de desvalor penal, a postura de quem atua com dolo eventual, ainda que descuidada, não é hostil, e, mesmo não existindo diferença técnica entre as diferentes categorias de dolo no que se refere à imputação, a avaliação da pena, devido à aplicação do princípio da culpabilidade, necessariamente discriminará entre as categorias de dolo

3 PROBLEMAS ESTRUTURAIS DO ELEMENTO VOLITIVO DO DOLO

3.1 A posição da doutrina penal brasileira

Conforme exposto no capítulo anterior, grande parte da doutrina brasileira, amparada pelas teorias volitivas[3], entende que o elemento volitivo do dolo consubstancia-se em um *querer realizar* a conduta prevista no tipo objetivo. Esse desejo, que pode ser entendido como uma projeção da energia psíquica lesiva de bens jurídicos tutelados[4], deve provocar a modificação no mundo exterior de forma que o resultado se adeque ao tipo penal.

A partir dessa concepção adotada pelo Código Penal Brasileiro, a doutrina dominante, por muito tempo, acomodou-se em estabelecer que o conceito de dolo estava consolidado e nada mais havia a debater sobre o tema. No entanto, autores como Luís Greco, Humberto Souza Santos e Eduardo Viana elaboraram trabalhos que questionam o elemento volitivo no conceito de dolo (AMARAL, 2023).

Para esses autores, as teorias volitivas apresentam problemas estruturais em sua fundamentação, além de uma ambiguidade nos termos empregados na redação do art. 18, I do CP. Isto porque, o termo *querer o resultado* pode ser compreendido tanto em um sentido psicológico (desejo) quanto em um sentido normativo (responsabilidade sobre a conduta mesmo sem almejá-la), sendo a aplicação do dolo direto de segundo grau um reconhecimento da atribuição da “vontade” em sentido normativo[5].

---

[3] As teoria volitivas, em síntese, exigem, além do aspecto cognitivo, um dado de cunho volitivo do agente, uma intenção em praticar uma conduta típica. No Brasil, as teorias volitivas da vontade e do consentimento (anuência) fundamentam, respectivamente, a aplicação do dolo direto e do dolo eventual.

[4] Humberto Souza Santos, citando o professor Juarez Cirino dos Santos, afirma que a vontade, em um sentido material, deve se caracterizar como a intenção em lesionar um bem jurídico tutelado, mas tal intenção há de ser incondicionada e totalmente capaz de influenciar o acontecimento real, de modo que o resultado típico seja entendido como verdadeira consequência da ação praticada pelo autor.

[5] Greco afirma que, por uma ambiguidade, as teorias cognitivas são compatíveis com o CP vigente, pois ao admitir crimes dolosos em casos em que não há vontade psicológica do autor, como na aplicação do dolo direto de segundo grau, abre-se brecha para uma interpretação em sentido normativo do termo “querer o resultado”.

Apesar de haver uma consolidação sobre o conceito de dolo pela maior parte da doutrina brasileira, em decorrência da positivação desse conceito na legislação penal brasileira, este trabalho se propõe a analisar a crítica realizada pelos autores que aspiram uma mudança para um conceito cognitivo em relação ao dolo, tendo em vista que, segundo esses teóricos, o elemento volitivo do dolo causa problemas estruturais na imputação subjetiva, conforme se verá a seguir.

3.2 A ambiguidade do termo “vontade”

Consoante afirmado no capítulo anterior, os teóricos cognitivos sustentam que há uma ambiguidade substancial em relação ao termo vontade. Para Greco (2009), o termo vontade é empregado em dois sentidos distintos. O primeiro, se caracteriza por um estado mental, algo que acontece na psique do autor. Nesse sentido, a proposição “a vontade do autor estava dirigida a X” teria conteúdo fático, sendo a vontade entendida como conceito psicológico-descritivo.

Em um segundo sentido, a vontade não teria um sentido psicológico em relação ao autor, mas sim atributivo-normativo. Isto é, afirmar que “a vontade do autor estava dirigida a X” significa, com base nesta segunda interpretação, que o autor não poderá se isentar da responsabilidade de ter praticado o fato típico alegando que não teve intenção em praticar o resultado (GRECO, 2009).

Para exemplificar esses dois entendimentos conflitantes, Greco (2009) utiliza o seguinte exemplo:

> As diferenças ficam mais claras se imaginamos o caso do estudante que não estuda até a véspera da prova e, ao abrir livro, recebe um telefonema, sai, bebe, não dorme e chega direto da discoteca para fazer a prova. Pode ser que ele lamente com sinceridade a reprovação: “Minha vontade não era isso”, “foi sem querer”. O amigo honesto talvez responda: “não reclame, você quis ser reprovado”. Neste diálogo, o estudante usa o termo vontade em sentido psicológico- -descritivo, o amigo em sentido atributivo-normativo.

Desta maneira, “querer” a realização do tipo ou conformar-se com o resultado pode se referir tanto a uma concepção psicológica quanto uma descrição atributiva-normativa. Nesse sentido, Greco (2009) se refere ao conhecido caso do atirador de Lacmann[6], para exemplificar a atribuição do dolo sem vontade:

[6] O caso do atirador de Lacmann foi parcialmente modificado por Greco, no caso original é oferecida

> Dois fazendeiros que brincam de tiro ao alvo numa feira popular decidem fazer uma aposta. O desafio: que o primeiro deles atire no chapéu da menina que se encontra vinte metros adiante, sem a ferir. O prêmio: todo o patrimônio do perdedor. O primeiro fazendeiro atira e ocorre o duplamente indesejado, a menina é atingida e morre. Neste caso, é óbvio que o atirador não quis, em sentido psicológico-descritivo, o resultado. Era-lhe sumamente indesejado sequer ferir a menina, uma vez que isso significaria a perda de todo o seu patrimônio. Ainda assim, parece que ninguém hesitará em afirmar o dolo, e se essa conclusão é correta, isso significa que tanto o Código, quanto a doutrina dominante conhecem casos de dolo sem vontade em sentido psicológico. (GRECO, 2009)

A partir dessa perspectiva, pode-se alegar que as teorias volitivas amparam-se em uma análise ambígua do termo vontade, já que esta muitas vezes é entendida em um sentido normativo. Ao adotar essa concepção normativa, as teorias volitivas acabam desprezando suas premissas ontológicas, principalmente nos casos de dolo direto de segundo grau e dolo eventual, em que a vontade psíquica do autor é totalmente desconsiderada.

3.3 O conhecimento em sentido psicológico

Assim como a “vontade”, o elemento cognitivo (conhecimento) também apresenta a uma ambiguidade. Isto porque, conhecimento pode designar tanto um estado mental quanto pode ser entendido em sentido psicológico-descritivo, como uma interpretação, algo dotado de um sentido atributivo-normativo. Para exemplificar, Greco (2009) utiliza o mesmo exemplo do estudante:

> Para usar outro exemplo da vida cotidiana: ao invés de submeter-se à prova e depois lamentar a nota baixa, o nosso estudante poderia sequer tê-la escrito. Ele vai da discoteca não para a sala de aula, e sim para a casa de uma nova amiga, onde se entretém com questões mais urgentes, sem sequer pensar na prova a que tinha de comparecer. Ele poderá, depois, sinceramente dizer: “eu me esqueci da prova”, ou, em juridiquês, “no momento da não-prática da ação demandada, eu não tinha conhecimento da prova, não sabia dela”. Já o amigo novamente poderá responder: “você sabia, sim”. Os participantes deste diálogo podem usar as mesmas

---

vantagem pecuniária a um garoto caso ele consiga acertar um tiro em uma bola de vidro que está na mão de uma jovem que trabalha na tenda de tiro ao alvo.

> palavras, mas falam, aqui também, língua diversa: o estudante usa o termo "saber" em sentido psicológico, o amigo em sentido normativo.

A questão é saber se o conhecimento, para fins da aferição do dolo, deve ser entendido em sentido psicológico-descritivo ou atributivo-normativo. Para chegar a essa resposta, Gunther Jakobs aborda o problema da chamada cegueira diante dos fatos[7].

Segundo Greco (2009), essa teoria se baseia no funcionalismo normativo, em que considera metodologicamente suspeito inferir quaisquer implicações jurídicas a partir de meros fatos naturalísticos, especialmente dados psicológicos.

A teoria de Jakobs sugere uma reavaliação normativa do conceito de dolo, de modo que o elemento decisivo para o dolo não seja o dado psicológico de quem pratica uma conduta, mas sim o significado social que essa conduta transmite. O dolo, portanto, consistiria na indiferença à validade da norma; é a expressão de que o autor não reconhece a norma como um padrão de conduta ao qual ele está submetido.

É preciso analisar se o dolo deve ou não apresentar o conhecimento em sentido psicológico. Para Greco (2009), o conhecimento é o elemento subjetivo primordial para determinar se o autor tinha domínio ou controle sobre suas ações iminentes, já que aquele que compreende o que está fazendo e as possíveis consequências de suas ações, de certa forma, controla o que faz e as consequências de suas próprias ações. Esse conhecimento é essencial para o domínio sobre a execução do ato, e esse domínio gera duas razões convincentes para que quem o detém seja tratado com mais rigor.

Conforme Greco a primeira dessas razões possui uma natureza consequencialista, pois relaciona-se com os bons resultados que pode-se obter de uma punição mais gravosa de quem atua com conhecimento[8]. Nesse sentido,

---

[7] Esta teoria, suscitada por Jakobs, entende que um sentido pode ser expressado tanto por atitudes praticadas com conhecimento em sentido psicológico como por atitudes em que este conhecimento não esteja presente, se essa ausência decorrer da indiferença do autor. Nesses casos de indiferença, em que a ação do autor merece a mesma reprovação que a ação de alguém que age conscientemente, Jakobs chama de "cegueira diante dos fatos".

[8] Segundo Greco, a prevenção de crimes gera custos, então é lógico que deve-se empenhar um maior esforço em prevenir condutas que, por possuírem domínio, são mais perigosas para os bens jurídicos tutelados. Consequentemente, a existência de um domínio sobre a produção do resultado criminoso gera uma maior necessidade de prevenção.

"*ações praticadas com conhecimento e, portanto, com domínio são ações que "pertencem" àquele que as pratica de uma maneira muito mais íntima do que ações praticadas sem esse conhecimento".*

O segundo motivo diz respeito a uma razão de ordem deontológica, pois deve ser verificado se essa punição mais gravosa de quem atua com conhecimento acaba causando uma objetificação do autor. Para Greco (2009) a razão de haver essa punição mais gravosa também reside no fato de que aquele que age com domínio total sobre a ação, possui, de certa maneira, *ceteris paribus*[9] e uma maior responsabilidade pela prática dessa conduta e pelas consequências que podem vir a decorrer dela.

Entende-se que o conhecimento em sentido psicológico é necessário para o dolo, tendo em vista que *"só o conhecimento gera domínio sobre a realização do fato, domínio esse que justifica uma punição mais severa tanto por aumentar as necessidades de prevenção, como a responsabilidade de quem atua"* (GRECO, 2009).

3.4 A vontade em sentido atributivo-normativo

A questão que deve ser abordada agora é se além do conhecimento, a vontade também necessite de um conteúdo psicológico. De acordo com Greco (2009), se a punição de um agente que pratica uma ação na qual ele não controla for tão severa quanto àquela do agente que controla o que realiza, estar-se-ia "*reconhecendo que a vontade contrária ao direito é suficiente para fundamentar uma punição por dolo"*.

Ocorre que, conforme Greco (2009) se a punição da mera vontade contrária ao direito for equivalente à punição da ação que possui domínio sobre o fato, estar-se-ia diante de um direito penal que não está submetido a um estado de direito, pois só em estados totalitários é que a vontade interna de um indivíduo é punida, e não apenas o resultado decorrente de sua ação, como, de fato, acontece em um estado democrático de direito.

---

[9] Expressão utilizada por Greco que em latim e aplicada no direito significa que o resultado se concretizará se nenhum imprevisto ocorrer.

No sentido atributivo-normativo, entende-se como dolo a deliberação do agente em relação à produção do resultado. Se o dolo for concebido como um processo decisório em vez de intencional, só poderia ser avaliado por um terceiro, como o juiz, que tem a capacidade de relacionar a conduta com o resultado, mesmo que o agente não o tenha desejado efetivamente (Tavares, 2020 *apud* VIANA, 2017). A consequência imediata da adoção de um critério normativo para definir o dolo é a exclusão da vontade como seu elemento fundamental.

Segundo Greco (2009), "*a mera vontade não pode transformar em dolosa uma realização de tipo objetivo que o autor não domina"*. Nesse caso, na hipótese de o autor representar o fato e tiver domínio sobre ele mas não querer o resultado, essa ausência de vontade não poderá excluir o dolo:

> Se o domínio já é suficiente para fundamentar o tratamento mais severo que se reserva aos casos de dolo, uma vez que faz surgir uma maior necessidade de prevenção e uma maior responsabilidade, não se vê que papel uma vontade pode ainda ter, qualquer que seja o seu sentido, coincidente ou contrário àquilo que o autor conhece e, portanto, domina. Ou o agente quer o que domina, e neste caso a vontade parece redundante; ou ele não o quer, e neste caso não se vê porque o que ele não quer tem de ter mais importância do que aquilo que ele conscientemente domina. A vontade não acrescenta, nem retira nada às necessidades de prevenção e possibilidades de responsabilização geradas pela existência do domínio.

Reconhecer como crucial para o dolo a intenção da pessoa que está agindo implica, em última análise, conceder a essa pessoa a autoridade para determinar a presença ou ausência de dolo. No entanto, é o direito, não o agente, que deve exercer tal autoridade (GRECO, 2009).

Além disso, a vontade em sentido psicológico-descritivo apresenta um grave problema relacionado à prova do dolo, pois qualquer que seja o elemento volitivo que se considere correto, nunca é realmente possível provar a sua existência de maneira compatível com as exigências dos princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo* (GRECO, 2009).

Devido ao chamado acesso exclusivo que o autor possui aos seus estados mentais, sempre será tecnicamente viável para ele negar ter agido com o estado mental referido pela teoria volitiva preferida, sem que o juiz possa verificar se o autor está mentindo. O fato de ainda haver condenações por dolo, mesmo em

situações sem confissão, sugere que, fundamentalmente, a vontade em termos psicológicos nunca foi tratada com grande seriedade (GRECO, 2009).

A crítica elaborada por Greco (2009) concentra-se em afirmar que o elemento volitivo, ainda que pudesse ser estabelecido com precisão, não deve compor a estrutura do dolo, pelo fato de não haver uma fundamentação coerente para tanto.

4 TRANSIÇÃO PARA O DOLO SEM VONTADE

As teorias normativas atributivas, em contraposição às teorias da vontade, consistiram em excluir, em definitivo, a vontade meramente psicológica da verificação do injusto doloso. O aspecto cognitivo, anteriormente derivado da estrutura interna psicológica do agente, agora, sob essa ótica, passa a ser determinado por um juízo de atribuição do magistrado, a quem compete interpretar, com base na aplicação de um conjunto de critérios estabelecidos pelo Direito, se há ou não dolo.

Ao revisitar os princípios fundamentais do elemento doloso, sob essa ótica, a intenção já não é concebida como um fenômeno interno à mente de um indivíduo, mas sim como uma atribuição, ou seja, uma maneira de compreender um comportamento, com considerável independência do estado psicológico do agente (GRECO, 2009).

Nessa perspectiva, nas teorias normativas atributivas, observa-se uma rejeição genuína da vontade puramente psicológica, sujeita, dentro do escopo das teorias normativas sobre a intenção criminosa, à avaliação da aplicação de critérios objetivos e externos ao indivíduo que comete o delito.

O elemento cognitivo também sofre esse processo de redefinição. Como mencionado anteriormente, nessas novas correntes teóricas, a representação assume um papel crucial na imputação subjetiva. Em sua maioria, os teóricos da concepção normativa consideram que apenas o aspecto cognitivo é capaz de fornecer condições para a imputação dolosa. Para esse novo pensamento, o conhecimento é um elemento subjetivo que possibilita considerar se o autor tinha domínio ou controle sobre suas ações planejadas (GRECO, 2009).

No entanto, dentro desse novo paradigma teórico, a representação não opera mais com os mesmos fundamentos. Aqui, o componente cognitivo só pode ser considerado quando atribuído ao agente, segundo certos parâmetros estabelecidos

pelo Direito. Entretanto, a controvérsia não se concentra mais na busca pelo método ideal para compreender a tomada de decisão do agente, de uma perspectiva psicológica, no momento do ato, como pretendem os ontologistas, mas sim em outra questão: identificar quais critérios jurídicos são os mais adequados para orientar o julgador na atribuição ou não da intenção criminosa.

Feitas essas considerações preliminares, a seguir, serão examinadas algumas das principais sugestões da abordagem normativas atributivas em relação à intenção subjetiva. Apesar de haver diversas teorias, no presente trabalho serão o abordadas as seguintes propostas: a) o perigo dolo em Ingeborg Puppe; b) a indiferença ao sistema de normas em Gunther Jakobs; e c) o dolo como compromisso cognitivo em Eduardo Viana.

4.1 o perigo doloso em INGEBORG PUPPE

Ingeborg Puppe pode ser reconhecida como uma das principais pioneiras das teorias normativas sobre o dolo na área da doutrina penal moderna. Essa estudiosa expressa forte crítica às teorias ontologistas do dolo, as quais vinculam a imputação dolosa à avaliação da disposição interna do sujeito (PUPPE, 2009).

Para Puppe (2019), tanto as teorias volitivas quanto as teorias cognitivas falharam em oferecer uma resposta adequada às teorias ontologistas. Para ilustrar a inadequação das teorias ontologistas, a autora menciona o caso da barraca de tiros de Lacmann (já tratado no presente trabalho).

Ao analisar as circunstâncias que levaram a esse caso, a jurista alemã conclui que as teorias que se baseiam na vontade ou na cognição não conseguiram oferecer uma explicação satisfatória para a imputação de culpa ou dolo no caso em que o atirador. Isto porque, Puppe (2019) observa que qualquer consideração sobre a intenção do agente no momento do incidente seria insignificante em comparação com a integridade física da garota, que ele colocou em grande perigo.

Conforme Ingerborg Puppe, um caso emblemático para o ordenamento jurídico alemão foi o caso do Racha em Berlim[10], pois representou uma mudança de

[10] O caso do “racha em Berlim” configurou uma importante mudança na jurisprudência alemã. Nesse caso, jovens que promoviam disputas automobilísticas nas avenidas da capital alemã foram condenados por colidir com um carro que estava ocupado por uma família. O Tribunal de Justiça

um entendimento volitivo para a aplicação do sentido normativo-atributivo na imputação subjetiva dolosa. A partir do entendimento da justiça alemã, Puppe (2021) afirma que o cerne da questão para verificação do dolo está refletida exclusivamente no grau de perigo que o autor representa diante da conduta a qual irá praticar.

Segundo Puppe (2006), o conceito normativo do dolo assegura uma maior segurança jurídica em relação ao conceito volitivo. Diante da limitação das teorias ontologistas, a teórica alemã desenvolve, como alternativa, uma nova teoria normativa sobre a intenção criminosa: a chamada teoria do perigo doloso.

A premissa central desse enfoque teórico, em contraste com o que é defendido pelas teorias tradicionais da representação sobre a intenção criminosa, é propor não apenas um conceito quantitativo, "mas sim um conceito qualitativo do perigo grave, cuja representação fundamenta a intenção criminosa do agente" (PUPPE, 2006).

O parâmetro, então, na sugestão de Puppe, para determinar se o agente criminoso criou uma situação de perigo doloso e, assim, deve ser responsabilizado pelo ato praticado com dolo, inclusive, na forma de dolo eventual, é o do indivíduo racional; é o de que uma pessoa racional não poderia ter prosseguido acreditando que o resultado não aconteceria (PUPPE, 2019).

Caracteriza-se, portanto, um perigo doloso, o que permite a imputação do resultado como dolo eventual em situações em que o autor realiza uma ação que é amplamente reconhecida como capaz de provocar o resultado - mesmo que o autor não tivesse a intenção de causá-lo na situação específica (PUPPE, 2006).

Para que o juiz determine esse perigo doloso, Puppe, embora não tenha oferecido uma especificação sobre o assunto, argumenta que tal atribuição legal deve ser estabelecida, justificada e definida pela lei, com base no estabelecimento de uma interpretação jurisprudencial consistente sobre essa questão (PUPPE, 2019). Dessa forma, para a renomada jurista alemã, a teoria do perigo doloso

---

Federal da Alemanha (BGH) entendeu que o dolo estava configurado pelo perigo relevante da produção do resultado e não por um consentimento do autor.

deveria ser aplicada pelos juízes sob critérios pré-definidos, levando em consideração aspectos estritamente normativos.

4.2 A indiferença ao sistema de normas em GUNTHER JAKOBS

Além dos diversos avanços trazidos à teoria do crime, Gunther Jakobs se destacou pelas contribuições oferecidas à questão da definição e determinação do dolo, especialmente no que diz respeito ao dolo eventual. No contexto hodierno da doutrina penal, esse jurista foi pioneiro na formulação das teorias normativas atributivas relacionadas ao dolo.

Antes de explorar as ideias desse jurista alemão, é relevante observar que tais conceitos são permeados por sua perspectiva funcionalista do crime; ou seja, ele argumenta, em resumo, que o sistema das normas penais deve ser guiado pelos fins do direito penal. No caso de Jakobs, ele busca proteger o sistema normativo, que serve como principal princípio em sua abordagem da problemática do dolo eventual.

De forma resumida, em sua teoria funcionalista sistêmica do crime - influenciada pela teoria dos sistemas de Luhmann[11] - ele parte do princípio de que o Direito Penal, como parte integrante da estrutura social, desempenha um papel de fortalecimento das normas sociais (JAKOBS, 1995).

Nesse âmbito, dentro do paradigma funcionalista sistêmico, os indivíduos têm a responsabilidade de assegurar a manutenção dessas expectativas. Conforme expresso por Jakobs, eles desempenham um papel crucial na preservação da coesão social. (GRECO, 2000).

Esse é o ponto central do sistema de imputação elaborado por Gunther Jakobs. No paradigma funcionalista sistêmico, o foco da imputação de uma conduta não está na idiossincrasia do sujeito para o Direito Penal, mas sim nos conceitos desenvolvidos no meio social, ou seja, a pessoa, a esfera de competência e a norma enquanto expectativa social institucionalizada (JAKOBS, 1996).

[11] Com o intuito de elaborar uma teoria geral que explicasse a sociedade, Niklas Luhmann desenvolveu a teoria dos sistemas, entendendo que os diversos sistemas que compõem o corpo social são autopoiéticos e interagem dialeticamente entre si.

Ao transportar essas concepções para a questão do dolo, Jakobs argumenta que é inadequado considerar a vontade psicológica do agente na atribuição do dolo, pois, dentro da perspectiva funcionalista, o foco não está na pessoa que causa ou poderia evitar um evento, mas naquela que é competente para tal; em outras palavras, o indivíduo capaz de garantir as expectativas sociais (GRECO, 2000).

Na atribuição de culpa dolosa, o foco é nas pessoas e não nos sujeitos, de acordo com a perspectiva funcionalista. Os entendimentos atuais da pessoa carecem da relevância atribuída pela dogmática tradicional, naturalista e centrada no fato psicológico (JAKOBS, 1996). Em síntese, esses são os principais motivos pelos quais se reconhece a Jakobs o mérito de ter elaborado uma teoria normativa inovadora sobre o dolo, pois, nesse contexto, são os padrões de comportamento socialmente estabelecidos[12] e não os indivíduos subjetivamente avaliados que determinam a atribuição da conduta dolosa ao autor do delito.

Segundo Jakobs, o dolo representa a falta de consideração pela aplicação da norma, demonstrando que o autor não aceita a norma como um padrão de conduta ao qual está submetido (GRECO, 2009). Desta maneira, no ato doloso, o executor não possui consciência do que está realizando, nem se preocupa com a tipicidade do seu ato, pois isso não lhe desperta interesse, ou seja, essa informação é totalmente desconsiderada por ele.

O dolo é definido aqui, por Jakobs, como uma violação das expectativas sociais relacionadas à convivência em sociedade, o que leva à responsabilização do indivíduo pela aplicação da lei, e não à intensidade de sua vontade interna e psicológica no momento da ação. Portanto, na teoria funcionalista sistêmica, a indiferença não se trata de uma apatia psicológica subjetiva, mas principalmente de uma indiferença padronizada.

Essa indiferença, característica do dolo, não se enquadra na categoria de imprudência. A imprudência, segundo Jakobs, é resultado, conforme suas próprias afirmações, de uma falta de conhecimento decorrente de um erro de cálculo que

---

[12] Esse pensamento está associado a outra teoria desenvolvida por Jakobs, a dos papéis sociais. Segundo o autor, a imputação objetiva deve levar em consideração o papel social que o sujeito tem de desempenhar perante a sociedade, ou seja, o indivíduo tem de se comportar da maneira em que a sociedade espera dele, pois ele possui uma conduta que deve ser submetida ao dever que lhe foi dado.

surge de uma falha no planejamento do comportamento (JAKOBS, 1996). Em outras palavras, é considerada imprudente a conduta realizada sem pleno conhecimento de suas consequências, a ponto de colocar em perigo o próprio autor da ação.

Em relação ao dolo eventual, Jakobs adota um conceito também baseado em atribuição normativa. De acordo com esse estudioso, o dolo eventual ocorre quando, no momento da ação, o autor acredita que a realização do tipo não é improvável como consequência dessa ação. Esse entendimento sobre a realização do tipo é determinado por elementos intelectuais, os quais são analisados não com base na representação interna e psicológica do agente, mas sim por meio de um julgamento objetivo e normativo (JAKOBS, 1995).

Diante do exposto, observa-se que a teoria de Jakobs pretende avaliar a conduta dolosa mediante critérios puramente objetivos, excluindo toda a subjetividade do autor em relação à conduta Esses critérios objetivos correspondem a uma indiferença ao sistema de normas, que fazem com que o sujeito não se importe com as consequências impostas em razão de seu ato delituoso..

4.3 o dolo como compromisso cognitivo em EDUARDO VIANA

Reconhecido como um dos pioneiros da abordagem normativa sobre o elemento doloso no Brasil, Eduardo Viana, baseado nas contribuições trazidas por Greco e por Puppe, destaca-se por sua proposta inovadora. Assim como muitos seguidores da corrente normativa atributiva, Viana estabelece como base teórica de sua construção a falência das teorias tradicionais, tanto aquelas que se concentram no aspecto volitivo quanto no aspecto intelectual, para resolver a difícil questão de definição e determinação do dolo.

Em sua tese de doutorado, intitulada como *“O dolo como inferência. Uma contribuição para o dolo sem vontade”*, Viana (2017) argumenta que fundamentar a imputação dolosa na demonstração da representação e vontade do agente apenas sob uma perspectiva psicologista implica submetê-la a um aspecto da conduta humana difícil de comprovar, e não aborda a variedade de casos nos quais o cerne

do debate sobre a ocorrência do dolo não se concentra nas categorias da vontade e da representação.

Quanto a este ponto, o autor também utiliza o exemplo dos tiros de Lacmann, exaustivamente abordado neste trabalho. Segundo Viana (2019), os autores do delito representaram e desejaram, de fato, que o resultado morte da jovem não ocorresse, devido aos danos potenciais resultantes de sua concretização.

Assim sendo, a análise dos aspectos subjetivos do ilícito deve ser realizada por meio de um julgamento de atribuição, aplicando critérios estabelecidos pelo Direito. Conforme salienta o estudioso brasileiro, a autoridade para determinar se a representação do perigo é ou não suficiente para configurar o dolo não está nas mãos do autor da conduta, mas sim nas mãos do sistema jurídico (VIANA, 2019).

Essa concepção do agente, anteriormente baseada em uma perspectiva psicológica da conduta, é interpretada por Viana a partir do conceito de perigo. É a representação do perigo que fornece uma justificativa mais robusta para o poder punitivo na imputação dolosa, ao servir como ponto de distinção entre os elementos do dolo e da culpa, além de oferecer uma justificativa de política criminal mais aceitável para a punição mais severa da conduta dolosa, já que a representação total do perigo evidencia um completo domínio sobre a conduta (VIANA, 2020).

A característica principal do elemento doloso é o *compromisso cognitivo* do agente com a *realização do perigo representado*" (VIANA, 2017). Contudo, esse perigo que deve ser a base para a atribuição dolosa só será reconhecido como tal após passar por uma análise rigorosa de sua significância qualitativa; isto é, quando for comprovado de forma qualitativa que representa um perigo verdadeiramente doloso.

Para qualificar esse perigo doloso e, consequentemente, permitir a atribuição da conduta como dolo, Eduardo Viana submete à avaliação de um terceiro (o juiz), responsável pela atividade de imputação, devendo ser avaliado um conjunto de critérios que inferencialmente determinarão o nível qualitativo do perigo causado pelo agente (VIANA, 2017).

A evidência da objetiva periculosidade do perigo está sujeita, por sua vez, ao que Viana denomina conjunto de critérios para o dolo inferencial (VIANA, 2017).

Esses critérios buscam fundamentar qualitativamente a ligação entre o perigo gerado pelo autor do delito e suas consequências. Tais filtros se referem, respectivamente, ao agente, considerando: a *gravidade objetiva do perigo representado* e a característica predominante de sua ação; à vítima, em relação ao nível de sua vulnerabilidade; e às circunstâncias em que os comportamentos ocorreram (VIANA, 2017).

A gravidade objetiva do perigo gerado está associada ao nível de ameaça causado pelo agente, de forma que, quanto mais significativo o risco produzido, mais óbvia será a intenção da conduta. Por outro lado, a característica predominante da ação age como um elemento que reforça ou enfraquece a conexão entre o ato criminoso e suas consequências. Esse elemento será crucial para confirmar se a imputação é dolosa ou não, dependendo se o comportamento do agente no momento da ação foi caracterizado por um compromisso ou falta de compromisso com os resultados (VIANA, 2017).

Junto com a gravidade objetiva do perigo gerado, os dois critérios mencionados anteriormente são os elementos mais significativos para reconhecer o compromisso cognitivo do autor. O nível de fragilidade da vítima combinado com uma situação de perigo extremo é o que determinará, com maior clareza e precisão, a intenção da conduta (VIANA, 2017). Verifica-se se a vítima estava em posição de se proteger ou não. Isso é particularmente evidente em casos de crimes cometidos contra crianças e idosos: vítimas que, por natureza, têm em sua vulnerabilidade um fator que aumenta o risco de concretização do crime.

Como mencionado anteriormente, todos esses critérios são utilizados para determinar a viabilidade de atribuir a conduta ao agente como dolo. É a qualificação qualitativa do perigo doloso, avaliada através da análise desses diversos critérios (gravidade objetiva do perigo, grau de vulnerabilidade da vítima e circunstâncias específicas do caso), que sustentará o quão comprometido cognitivamente e, consequentemente, com maior domínio, o agente estava em relação ao resultado.

4.4 Possível aplicabilidade prática e o art. 14 do Código Penal Português

Após a explicação dos fundamentos das teorias normativas atributivas mencionadas anteriormente, a questão agora cinge-se em analisar a possível aplicabilidade prática dessas teorias no ordenamento jurídico brasileiro. É preciso analisar (de forma superficial pelas limitações próprias de um Trabalho de Conclusão de Curso) a hipótese do Código Penal Brasileiro adotar um dispositivo que definisse o dolo sem qualquer conteúdo psicológico.

Como exaustivamente abordado no presente trabalho, o Brasil adotou as teorias da Vontade de do Consentimento para fundamentar o conceito do dolo. Acontece que, como demonstrado nos capítulos anteriores, essas teorias encontram problema em suas fundamentações, além de trazerem problemas estruturais sérios, como a obscura delimitação entre o dolo e a culpa.

Outros países do mundo, diferentemente do caso brasileiro, acabam por adotar um conceito mais normativo do dolo, ou até mesmo não defini-lo em um código positivado. O Código Penal Português, por exemplo, adota uma postura que deve ser observada. O art. 14 desenvolve três formas de dolo: dolo direto de primeiro grau, dolo direto de segundo grau e o dolo eventual:

> 1 - Age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, actuar com intenção de o realizar.
> 2 - Age ainda com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta.
> 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.

Observa-se, assim, que a lei portuguesa nem sempre exige a presença de um conteúdo volitivo para que se configure a conduta dolosa, como pode ser compreendido pela redação do inciso II, que apenas fala em *representar a realização de um fato*, não possuindo alguma conotação volitiva.

Um dispositivo semelhante no Código Penal Brasileiro traria algumas consequências de ordem prática que merecem ser levantadas. Apesar de haver uma diferença substancial entre as teorias volitivas e cognitivas quanto ao dolo direto de primeiro grau, a questão primordial reflete-se nas áreas limítrofes entre o dolo e a culpa. A escolha do legislador português em retirar o conteúdo volitivo da definição do dolo direto de segundo grau oferece coerência, já que, como

demonstrado anteriormente, a doutrina e jurisprudência brasileira, por muitas vezes, atribui um sentido normativo na aplicação do dolo direto de segundo grau.

Desta maneira, verifica-se que a incorporação de um dispositivo que não apresente conteúdo volitivo seria cabível no direito brasileiro e, possivelmente, traria mais coerência na aplicação do dolo direto de segundo grau e no dolo eventual.

4.5 Objeções

Em contraponto às teorias normativas atributivas, alguns teóricos como Juarez Tavares (2020) e Nilo Batista (2023) publicaram trabalhos que oferecem críticas contra a concepção cognitiva do dolo. Na égide de uma visão volitiva, esses autores apontam incongruências sistêmicas no conceito normativo que serão tratadas a seguir

Conforme Tavares (2020), o pensamento cognitivista, em especial Eduardo Viana, pretende substituir o termo "probabilidade" por "inferência racional" mantendo essencialmente o mesmo significado, uma vez que os princípios subjacentes são os mesmos daqueles utilizados nas análises baseadas em critérios de probabilidade.

Nessa perspectiva, a expressão "inferência racional", sem o respaldo de dados empíricos, permaneceria puramente abstrata e de difícil compreensão, reduzindo-se a enunciados de mera lógica formal. No entanto, para o citado autor, fundamentar o conhecimento unicamente no raciocínio da lógica formal resulta em uma inversão completa do processo de investigação científica, pois negligencia a importância da evidência empírica.

Seguindo ainda o pensamento de Tavares (2020), a vontade constitui elemento essencial no reconhecimento do autor como ser humano que possui subjetividades:

> A busca de um critério prático ou mesmo objetivamente mais apreensível para o reconhecimento do dolo seria até louvável, como meio de superação das incertezas subjetivas, mas parece que a questão é outra. A questão é a seguinte: como é possível descartar toda atividade subjetiva do agente, que está baseada na estrutura psicológica da vontade, se o próprio dolo se expressa como vontade? Ou seja, é possível extirpar da vontade sua

> estrutura psicológica? Pode-se até radicalizar a pergunta: não existe vontade?

Em igual sentido, Batista (2023) entende que mesmo alheia à análise estritamente jurídica, a vontade assumiu uma posição significativa em outros domínios, começando pela esfera da filosofia. Filósofos com perspectivas diversas e até opostas em relação à questão penal - como o *retributivismo de Kant*, *o preventivismo geral de Schopenhauer* (influenciado por Feuerbach) e o *abolicionismo niilista-aristocrático de Nietzsche* - convergem para reconhecer na vontade o principal indicador da imputabilidade subjetiva de certos comportamentos humanos. Assim, segundo o catedrático, essa função de imputação, que representa apenas uma pequena parte do vasto corpo de reflexão filosófica ocidental sobre a vontade, sempre foi defendida na filosofia.

Para Schopenhauer, por exemplo, há evidente predominância da vontade sobre o conhecimento, pois o indivíduo “quer e depois conhece o que quer”. Nesse aspecto, “a vontade é o conhecimento a priori do corpo, e o corpo é o conhecimento a posteriori da vontade”. Para ele, “nossas ações são o reflexo de nossa vontade”, e seu valor moral é dado pela intenção que as inspira (BATISTA, 2023).

Juarez (2020) justifica que “a adoção de um fundamento normativo-atributivo do dolo tem a finalidade de eliminar do sujeito a possibilidade de invocar em seu proveito a ausência de vontade”. Ou seja, o critério utilizado pelos autores cognitivistas reflete uma política criminal baseada estritamente na interpretação do julgador em detrimento da realidade empírica em que o sujeito está inserido.

Acontece que, em um estado democrático, a condição de sujeito de direitos e deveres pressupõe uma concepção psicológica, “pela qual o indivíduo poderá ser reconhecido como pessoa deliberativa”. Como pessoa deliberativa, o indivíduo opera no mundo real de forma que suas ações sejam impulsionadas pela afirmação de sua própria legitimidade, em razão da validade da norma. A vontade, portanto, é um componente crucial de sua estrutura psicológica (JUAREZ, 2020).

Segundo as observações de Tavares (2020), a incorporação de um princípio normativo-atributivo implica em um grave desarranjo metodológico: a mistura entre a

definição do dolo, com base em seus componentes empíricos ou até mesmo ontológicos, com a problemática de sua validação epistemológica, relacionada à sua prova no processo penal".

Para Zaffaroni (2018) as teses que excluem o elemento volitivo do tipo doloso devem ser rechaçadas:

> Na imputação subjetiva, com todo acerto, são rechaçadas as teses de dolo que não é dolo, ao privá-lo de seu conteúdo de vontade. É claro que os esforços normativistas por construir um dolo sem vontade se traduzem, antes ou depois, em uma claríssima presunção de dolo, ainda que isso seja negado, rotundamente, por seus formuladores. Trata-se de uma moderna tentativa de regressão, por via doutrinária, à presunção legislativa de dolo dos velhos códigos penais.

Outro ponto desenvolvido pela teoria crítica é a de que a concepção do dolo cognitivo promove a expansão do poder punitivo. Para Juarez (2020), o dolo constitui um requisito fundamental para determinar a amplitude do poder punitivo. No caso dos crimes dolosos, a aplicação da pena só será justificada quando a ação for intencionalmente direcionada para causar dano ou representar perigo concreto ao bem jurídico.

Por isso, para o supracitado autor, faz-se necessário submeter qualquer teoria à avaliação de sua conformidade com a legislação penal, especialmente quando a negligência em relação à sua descrição, em favor de uma argumentação meramente retórica ou apoiada em outros purismos dogmáticos, resulta em uma séria restrição aos direitos.

Se essa abordagem não for seguida, toda a estrutura de proteção dos direitos fundamentais perde seu propósito, já que os tribunais poderiam, então, ignorar os requisitos legais e, simplesmente, justificar o exercício do poder punitivo (JUAREZ, 2020).

Ante o exposto, verifica-se que os representantes da teoria crítica objetam a criação de um dolo sem vontade. Através da filosofia, justificam que a vontade é elemento essencial no reconhecimento do indivíduo como ser pensante. Esse pensamento está relacionado a uma concepção penal liberal que acredita que as

subjetividades do indivíduo não devem ser ignoradas, pois isso causaria uma desordem metodológica, além de favorecer um avanço da repressão punitiva.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito estabelecido para este trabalho foi oferecer uma análise do atual conceito de dolo, de maneira a identificar equívocos em relação aos aspectos do elemento volitivo com a consequente exposição de teorias que buscam uma fundamentação mais normativa para o conceito de dolo. Em síntese, a discussão girou em torno de estabelecer se a vontade deve ter sentido psicológico ou atributivo-normativo.

O objetivo aqui traçado não é responder de forma categórica qual deve ser o sentido da vontade, ou se ela nem deve ser considerada, mas sim de trazer contribuições para esse atual debate. O que procurou-se demonstrar é que a fundamentação usada pela doutrina brasileira para positivar o conceito de dolo (art. 18, I, CP) não encontra respaldo na realidade empírica. Diante dessa constatação, chega-se a algumas conclusões.

Como um aspecto da psicologia humana, a vontade é influenciável, uma vez que uma pessoa, ao realizar uma ação, experimenta uma gama de emoções que não podem ser reduzidas à mera oposição entre "fez porque quis" e "fez sem querer". Para a imputação subjetiva, seria mais proveitoso entender que a vontade é sempre o que se faz.

Os argumentos voluntaristas que defendem a periculosidade subjetiva compartilham da mesma base substantiva, de natureza moral, aproximando-se perigosamente de uma abordagem de direito penal centrada no autor. Portanto, ao priorizarem não as ações do autor, mas sim sua volição interna, esses fundamentos não são compatíveis com um direito penal situado em uma sociedade democrática.

Os teóricos da teoria volitiva, utilizando-se de mera retórica e chavões terminológicos, sustentam que toda expansão do poder punitivo é ilegítima à luz dos direitos fundamentais. No entanto, a própria Constituição Federal apresenta um conjunto de regras que determinam normas criminalizadoras e assume a validade da tutela penal. Portanto, percebe-se que uma teoria do direito penal que considere

o poder de punir como completamente ilegítimo e apenas sujeito a contenção não está alinhada com a atual constituição brasileira.

Aceitar a premissa de que o poder punitivo é ilegítimo e esperar que isso influencie a atividade judicante é colocar o juiz em uma situação complicada: Ou o juiz deve reconhecer a ilegitimidade de seu próprio poder ao impor medidas de cunho punitivo como a prisão preventiva ou o mesmo juiz deve reconhecer que, apesar da ilegitimidade, tanto a Constituição quanto a legislação exigem que ele exerça esse poder de qualquer maneira.

Não restou demonstrado pelos voluntaristas que as abordagens cognitivas geralmente resultam em uma ampliação da punibilidade em comparação com as abordagens volitivas. Para concordar com a ideia de que o elemento volitivo sempre atuará como um filtro adicional para conter o poder de punir, é necessário supor que toda teoria baseada na vontade limita a punição em casos concretos em comparação com qualquer teoria cognitiva. Parece que a teoria crítica se padece apenas de uma equação matemática supondo que ter dois critérios limitaria melhor o poder punitivo do que ter apenas um.

O problema do conceito de dolo talvez seja um problema filosófico. Mas o que cabe ao direito é decidir qual critério seria mais justificável para conceituar o dolo. A solução tanto das teorias volitivas quanto das teorias cognitivas parece-me simplória, reduzindo toda a questão. Não deve ser descartada a possibilidade das duas concepções coexistirem, de forma parecida como escolheu o legislador português.

A escolha de cometer ou não um crime é uma decisão que depende de diversas variáveis. Aquele que opta por cometer um delito muitas vezes age por motivações que nem ele mesmo compreende totalmente, às vezes surpreendendo a si mesmo, experimentando arrependimento. O aspecto social, por muitas vezes, talvez tenha mais influência do que a subjetividade do sujeito. O dolo, portanto, não é simplesmente aferível por um simples exercício de adivinhação em relação a psique do indivíduo e as teorias do dolo terão que sistematizar uma nova forma de atribuir o dolo, sem que isso favoreçam uma expansão irracional ao poder de punir.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Rodrigo. **Resenha ao livro "dolo como compromisso cognitivo"**. Revista Científica do CPJM, Rio de Janeiro, vol. 1, n. 02, 2021, pp. 397-49.

BATISTA, Nilo. Dolo sem vontade?!. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 97. ano 31. p. 139-154. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. art. 1 a 120. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do crime**. 2. ed. São Paulo, Atlas, 2015.
BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 30 jan. 2024.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Gen Jurídico, 2020.
CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Tópicos de direito penal:** parte geral. 1. ed. D'Plácido, 2017.

GOMES, Enéias Xavier. **Dolo sem vontade psicológica:** perspectivas de aplicação no Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general:** fundamentos y teoría de la imputácion. Trad. Joaquin Cuello Contreras y Jose Luís Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Ed. Marcial Pons. 1995.

JAKOBS, Günther.. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feiióo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996.

PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

PUPPE, Ingeborg. **Dolo eventual e culpa consciente.** Tradução: Luís Greco. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 58.

PUPPE, Ingeborg. **O dolo eventual e sua prova** in: Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal. Org. Beatriz Corrêa Camargo et al; tradução: Luis Greco. Imprenta: São Paulo, Marcial Pons, 2019.

PUPPE, Ingeborg. Homicídio doloso mediante corridas ilegais? Comentários sobre o “Racha em Berlim” (BGH, Urt. v. 18.6.2020. 4 StR 482/19). Trad. Emília Merlini Giuliani. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 295-306, 2021. DOI: 10.46274/1909-192XRICP2021v6n2p295-306.

PRADO, Luis Regis. **Tratado de direito penal brasileiro:** parte geral (arts. 1° a 120). 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SANTOS, Humberto Souza. **Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo**. In: GRECO, Luís, LOBATO, Danilo (coords.) Temas de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch,2020.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VIANA, Eduardo. A imputação dolosa no caso do "racha em Berlim": comentários à decisão do tribunal de Berlim. **Revista de Estudos Criminais.** Porto Alegre, v. 18, n. 73, p. 105-130, abr./jun. 2019. Disponível em: https://www.mpgo.mp.br/boletimdompgo/2019/09-setembro/artigos/artigoAdrianoTeixeira pdf. Acesso em: 28 fev. 2024.

VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

VIANA, Eduardo. **Dolo como inferência: uma contribuição para o conceito de dolo sem vontade**. 2017. 482 f. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

VIANA, Eduardo**. Punição por dolo no caso brumadinho**, Jota, 2019b. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/punicao-por-dolo-nocaso-brumadinho-25022019. Acesso em: 28 fev. 2024.