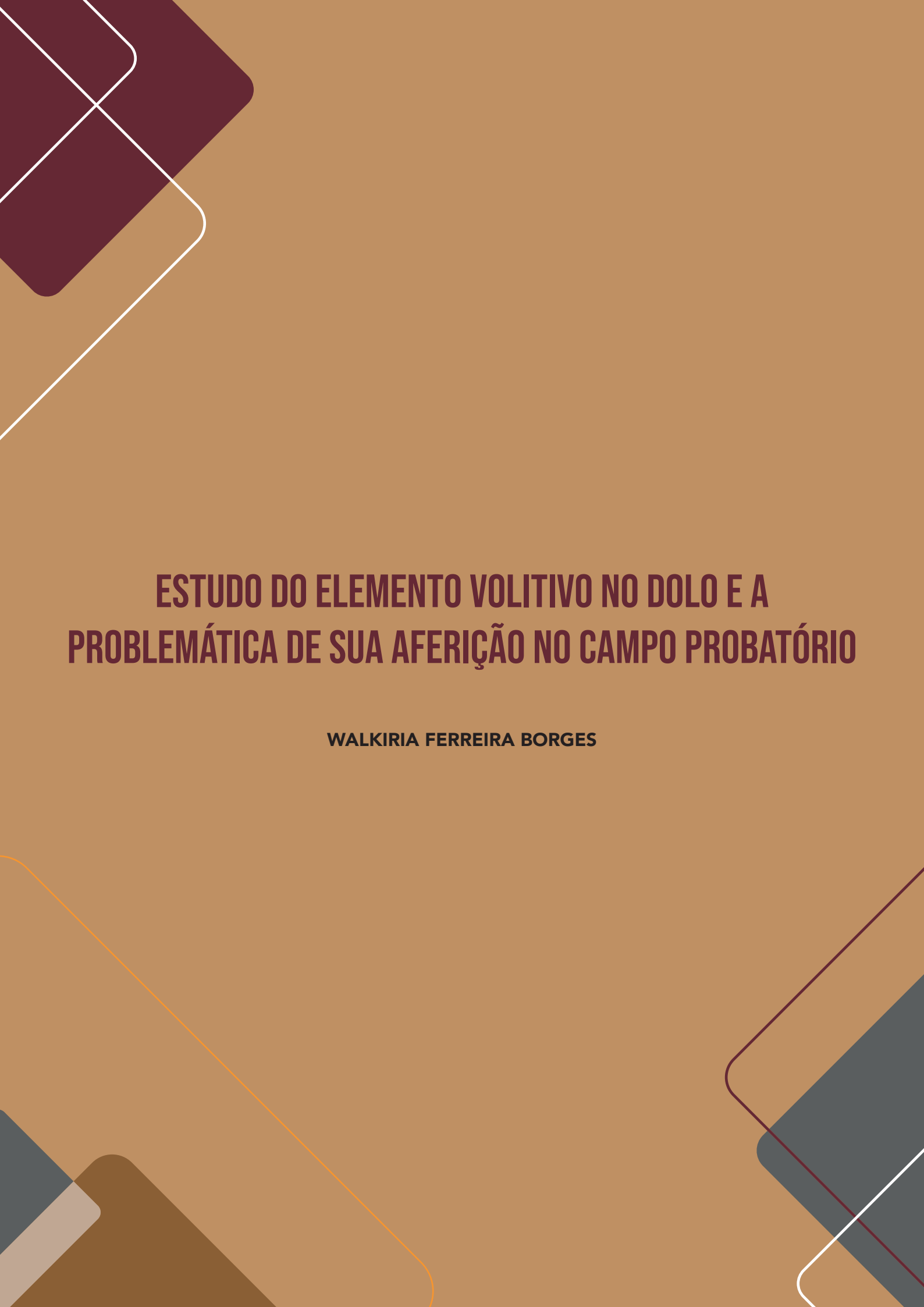




ESTUDO DO ELEMENTO VOLITIVO NO DOLO E A PROBLEMÁTICA DE SUA AFERIÇÃO NO CAMPO PROBATÓRIO

WALKIRIA FERREIRA BORGES

ESTUDO DO ELEMENTO VOLITIVO NO DOLO E A PROBLEMÁTICA DE SUA AFERIÇÃO NO CAMPO PROBATÓRIO

WALKIRIA FERREIRA BORGES

PROFESSOR ORIENTADOR: WAGNER MARTELETO FILHO

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO	408
2 - O CONCEITO E ESPECIES DE DOLO NA DOGMATICA PENAL BRASILEIRA	408
2.1 - CONCEITO	408
2.2 - CARACTERÍSTICAS DO DOLO	409
3 - ESPÉCIES DE DOLO	409
3.1 - DOLO DIRETO	409
3.2 - DOLO INDIRETO	410
4 - TEORIAS DO DOLO	411
4.1 - TEORIAS VOLITIVAS DO DOLO	411
4.2 - TEORIA DA REPRESENTAÇÃO	412
4.3 - TEORIA DA VONTADE	412
4.4 - TEORIA DO CONSENTIMENTO	412
5 - TEORIAS COGNITIVAS DO DOLO	413
6 - TEORIAS DA PROBABILIDADE	415
7 - TEORIA DO RISCO	415
7.1 - TEORIA DO RISCO COBERTO E DO RISCO DESCOBERTO	416
8 - ELEMENTOS DO DOLO VONTADE E CONHECIMENTO	416
COMO ELEMENTOS PSICOLÓGICOS – DESCRITIVOS-NORMATIVOS	
8.1 - VONTADE COMO ELEMENTO PSICOLÓGICO-DESCRITIVO	416
8.2 - CONHECIMENTO COMO CONTEÚDO PSICOLÓGICO – DESCRITIVO	417
9 - DOLO E A CONSTRUÇÃO NORMATIVA DE SEUS ELEMENTOS	418
10 - DOLO PSICOLÓGICO E SUA DIFÍCIL AFERIÇÃO NO CAMPO PROBATÓRIO	420
11 - CONCLUSÃO	422
REFERÊNCIAS	423

1 - INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objeto a análise da vontade como elemento psicológico do dolo e a dificuldade de sua aferição prática no campo probatório. Tradicionalmente, o dolo é apontado como preenchido por dois elementos, o volitivo que expressa o querer do agente quanto a prática de um crime e o intelectual, que corresponde a sua compreensão quanto aos fatos e circunstâncias envolvidos na conduta praticada.

Esta é uma construção que tem sido aceita no campo doutrinário, mas que dada a natureza psíquica atribuída aos seus elementos, mormente ao elemento volitivo, um campo de discussões abriu-se nos últimos anos, apontando uma tendência a relativização e normatização desses elementos em contraponto à posição finalista.

Desse modo, o que se pretende através da concentração desse estudo no elemento volitivo, é questionar se o querer psicológico apresenta critérios seguros para configuração do dolo e também é nossa intenção discutir se a vontade psicológica é mesma necessária para sua configuração.

Através dos estudos das teorias volitivas e cognitivas será discutido se são fornecidos critérios seguros para a sua aplicação, ou se dada a subjetividade que lhe é atribuída não acontece um alargamento das circunstâncias onde o magistrado, a luz de suas próprias convicções, determine o que é querer.

Além disso, verificaremos como a doutrina no Brasil e no direito comparado tem trabalhado a ideia de um dolo sem vontade psicológica e os reflexos de se compreender à vontade sob um viés normativo-atributivo.

Por fim, será apresentada nossas conclusões sobre esse intrigante tema, demonstrando nossas reflexões sobre a possibilidade de reconhecimento do dolo sem vontade psicológica – descritiva.

2 - O CONCEITO E ESPECIES DE DOLO NA DOGMÁTICA PENAL BRASILEIRA

2.1 - CONCEITO

Os primeiros conceitos de dolo o atrelavam à ideia de artifício, astúcia e fraude, a partir das conceituações do direito civil. Após a lei das XII tábuas do Direito romano, começa-se a enfatizar o elemento subjetivo interno ao agente, adotando-se o chamado *dolus malus*, em que para caracterização do dolo era a imprescindível a intenção direta do agente. Identificando-o com a má intenção do agente¹.

A dogmática penal contemporânea vem se debruçando sobre o conceito e significado do dolo como elemento subjetivo do fenômeno criminoso, que quando presente permite a atribuição da responsabilidade penal.

O tipo legal é constituído de elementos do tipo subjetivo e tipo objetivo introduzidos pelo finalismo na moderna sistemática penal. O elemento geral dos tipos dolosos é o dolo, a energia fundamental dos crimes dolosos, que normalmente preenche todo o tipo subjetivo.²

Em termos legais, o Código Penal Brasileiro estabeleceu em seu artigo 18, I, que o crime é doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

Um conceito bem aceito na doutrina moderna é que dolo representa a vontade livre e consciente de realizar o tipo objetivo - elemento anímico volitivo e o intelectual que representa o conhecimento quanto aos fatos e circunstâncias que compõe este tipo objetivo, também definidos por saber e querer.

Preferimos o conceito finalista de dolo, ou seja, é a vontade consciente de realizar a conduta típica. Estamos convencidos de que todas as questões referentes à consciência ou noção da ilicitude deve ficar circunscritas à esfera da culpabilidade. Quando o agente atua, basta que objetive o preenchimento do tipo penal incriminar, pouco importando se ele sabe ou não que realiza algo proibido³.

1 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 28.

2 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 128.

3 Nucci, Guilherme de Souza, Manual de Direito Penal, 6ª edição, editora RT, 2009, p. 225.

Neste mesmo sentido caminha a jurisprudência dos Tribunais Superiores:

A doutrina penal brasileira instrui que o dolo, conquanto constitua elemento subjetivo do tipo, deve ser compreendido sob dois aspectos: cognitivo, que traduz o conhecimento dos elementos objetivos do tipo, e o volitivo, configurado pela vontade de realizar a conduta típica. O elemento cognitivo consiste no efetivo conhecimento de que o resultado poderá ocorrer, isto é, o efetivo conhecimento dos elementos integrantes do tipo penal objetivo. A mera possibilidade de conhecimento, o chamado “conhecimento potencial”, não basta para caracterizar o elemento cognitivo do dolo. No elemento volitivo, por seu turno, o agente quer a produção do resultado de forma direta -dolo direto - ou admite a possibilidade de que o resultado sobrevenha - dolo eventual -. AgRg no REsp 1.043.279/PR, Rel Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 6ª Turma, j. 14.10.2008.

Desse ponto de vista, dolo representa a base subjetiva do agente que consubstanciados em um vínculo psicológico seria responsável por ligá-lo a conduta penal praticada. O elemento volitivo do dolo é representado pela vontade, preenchida pelo conhecimento de realizar o tipo objetivo e o cognitivo ou intelectual representa o conhecimento por parte do agente quanto aos fatos e circunstâncias da conduta que ele está em vias de praticar.

2.2 - CARACTERÍSTICAS DO DOLO

Uma das características do dolo gira em torno de sua abrangência, que deve envolver todos os elementos objetivos do tipo, assim como deve ser atual, vez que a *atualidade* é uma característica que impõe a necessidade de que o dolo deve estar presente no momento da ação, afastando assim, a existência de dolo subsequente ou antecedente.

O dolo⁴ como fundamento subjetivo da realização do plano delituoso deve existir durante a realização da ação, o que não significa durante toda realização da ação, que desencadeia o processo causal típico. Consequentemente não

existe dolo anterior, nem posterior à realização da ação típica.

A *possibilidade de influenciar o resultado* é outra característica indispensável, posto que a vontade do agente deve ser capaz de produzir o evento típico. Na lição de Welzel a vontade impotente não é um dolo relevante de um ponto de vista jurídico penal.⁵

3 - ESPÉCIES DE DOLO

3.1 - DOLO DIRETO

Delimitando as formas possíveis de crimes dolosos, posto se tratar de tipo penal fechado, a lei⁶ penal brasileira define duas espécies possíveis de realização de crime dolosos: dolo direto e dolo eventual.

A primeira modalidade - dolo direto ou determinado, estará presente quando o agente desejar o resultado de lesão ou de perigo ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Dolo direto, também denominado dolo determinado, intencional, imediato ou, ainda, dolo incondicionado, é aquele em que a vontade do agente é voltada a determinado resultado. Ele dirige sua conduta a uma finalidade precisa. É o caso do assassino profissional que, desejando a morte da vítima, dispara contra ela um único tiro, certo e fatal⁷.

O dolo de 1º grau tem por conteúdo o fim proposto pelo agente, que pode ter entendido como pretensão dirigido ao fim ou ao resultado típico⁸.

É a vontade do agente dirigida especificamente à produção do resultado típico, abrangendo os meios utilizados para tanto⁹.

A fim de ilustrar o seu entendimento Guilherme Nucci¹⁰ cita como exemplo o caso de o agente querer subtrair bens da vítima, valendo-se de

4 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 152.

5 Guilherme Nucci Manuel de Direito Penal 6ª edição 2009 p. 226.

6 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 225.

7 MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado – parte geral. Vol. 1. 8. Ed. São Paulo: Método, 2014, p. 352.

8 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 128.

9 Nucci, Guilherme de Souza, Manual de Direito Penal, 6ª edição, editora RT, 2009, p. 226.

10 Ibidem, p. 226.

grave ameaça. E, dirigindo-se ao ofendido, aponta-lhe uma arma, anunciando o assalto e carrega consigo os bens encontrados em seu poder. A vontade se encaixa com perfeição ao resultado. É também denominado de dolo de primeiro grau.

O fim ou resultado intencionado deve ser representado pelo agente como certo ou possível, de modos a constituir risco juridicamente relevante, excluindo, resultados meramente acidentais.

Assim, existe dolo quando em disparo com arma de fogo a longa distância, com a finalidade de homicídio, mas não existe dolo quando se convence alguém a passear na tempestade na esperança de vir a ser fulminado por um raio¹¹.

Existe também o dolo de 2º grau ou de consequências necessárias, no caso em que o agente, persegue um resultado determinado, efetivamente desejado, mas que a utilização dos meios necessários para o seu atingimento, inclui efeitos colaterais, tidos como certo.

Ressalta-se, que neste caso, é o meio utilizado para atingir o fim diretamente intencionado, que produz o resultado, previsto e aceito, nem sempre querido ou até mesmo lamentado, que justifica o reconhecimento desse dolo, atribuído doutrinariamente, como dolo de 2º grau.

É possível, inclusive, que tais consequências¹² sejam lamentadas por ele, o que não é suficiente para afastar a imputação a título de dolo direto de segundo grau. O exemplo é do matador que, pretendendo atingir determinada pessoa, situada em lugar público, planta uma bomba, que ao detonar, certamente matará outras pessoas ao redor, ainda que não queira atingir essas vítimas, tem por certo o resultado, caso a bomba estoure como planejado.

Necessário destacar que o elemento volitivo, no que se refere à consequência necessária de uma conduta, é evidentemente menos intenso que com relação ao fim pretendido primariamente pelo agente. Dessa forma, pode-se afirmar que no dolo direto de primeiro grau prepondera o elemento

vontade, ao passo que no dolo direto de segundo grau prepondera o elemento cognitivo na medida em que o agente toma como certo a consequência criminosa em razão do meio escolhido.¹³

Observa-se, neste caso, uma maior intensidade na vontade para com as consequências necessárias, do que para com o fim primariamente tencionado pelo agente. Entretanto, ainda que em intensidades desiguais a doutrina aponta a presença de dolos diretos distintos, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de sua produção¹⁴.

Desse modo, pode-se dizer que há dolo direto quando o agente quis o resultado como fim ou como consequência necessária em razão do meio utilizado.

3.2 - DOLO INDIRETO

No caso do dolo eventual o resultado é aceito como possibilidade. Não há uma pretensão anímica de produzi-lo, mas uma assunção como uma eventualidade, que se ocorrer, será aceita.

A teoria do consentimento, elaborada por Mezger define dolo eventual pela atitude de aprovação do resultado típico previsto como possível, que deve agradar ao autor.¹⁵

O indivíduo deve se sentir indiferente com a possível produção do resultado através de sua atitude. Este entendimento guarda estreita relação com a teoria da indiferença desenvolvida por que identifica dolo eventual na atitude de indiferença do autor quanto a possíveis resultados colaterais típicos, excluídos os resultados indesejados, marcados pela expectativa de ausência.¹⁶ Se o sujeito mentaliza o evento e pensa “pra mim é indiferente que ocorra, tanto

faz, dane-se a vítima, pouco me importa que morra”, tratar-se-á da forma eventual. Se essa

11 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6º. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 133.

12 Nucci, Guilherme de Souza, Manual de Direito Penal, 6º edição, editora RT, 2009, p. 221.

13 Análise do dolo sob o viés da Teoria Cognitiva acessível em [://www.bdm.unb.br/bitstream](http://www.bdm.unb.br/bitstream), acesso em 17/05/2024

14 BRASIL, Código Penal Brasileiro, op. cit.

15 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 145.

16 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 146.

atitude subjetiva¹⁷ passa pela mente do sujeito durante a realização da conduta, trata-se de dolo direto, uma vez que a previsão e o acréscido consentimento concreto, claro e atual, não se tratando de simples indiferença ao bem jurídico, equivalem ao querer direto.

Como no caso do dolo de 2º grau, existe a representação mental quanto a possibilidade da ocorrência de um resultado diverso do pretendido, inicialmente.

Acontece que no caso do dolo eventual esse resultado não ocorre por conta dos meios de execução da conduta (explodir uma bomba em local público para atingir vítima determinada), mas como resultado causal do risco criado relativamente ao bem jurídico.

Observa-se, então, neste caso, a importância da representação psíquica do resultado como possível, sem o qual não existe o dolo, bem como a diminuição da importância do elemento volitivo para a sua configuração. Dolo eventual¹⁸, em grande parte das vezes, extrai-se da situação fática esquematizada e não da mente do indivíduo, como seria de se supor.

4 - TEORIAS DO DOLO

4.1 - TEORIAS VOLITIVAS DO DOLO

Conforme já demonstrado anteriormente, a dogmática penal explica o dolo por uma atividade duplamente psíquica - vontade e conhecimento. De base eminentemente psicológica, as teorias volitivas tradicionais ou restritas atrelavam a imputação de um ponto de vista subjetivo, posto que entre a conduta praticada e o resultado produzido haveria de existir um querer no sentido de efetiva aprovação interna.

As teorias volitivas,¹⁹ por influência especial de Anselmo Feuerbach, sucederam a teoria do *dolus indirectus*, para quem vontade era propósito, intenção, alcançando um conceito exclusivamente psicológico.

A partir daí, a doutrina Alemã desenvolveu as primeiras teorias da vontade psicológica²⁰, aceitação, aprovação, consentimento e representação, com a finalidade especial de conceituar o dolo eventual. Tendo como ponto em comum entre todas elas, o aspecto interno do agente, ou seja, exigiam para a vontade uma efetiva aprovação interna do resultado pelo autor.

Não bastava o querer da ação, mas exigia também a intenção do resultado²¹. Em linhas gerais as teorias volitivas interpretam o elemento volitivo como uma ligação emocional do autor com o fato, consubstanciada numa postura interna de aprovação quanto ao resultado. A configuração do dolo²² dependia do elemento cognitivo – conhecimento e a efetiva aprovação do resultado por parte do agente.

Aponta-se que após o advento da segunda grande guerra, este viés psicológico que restringia o conceito de dolo como movimento interno de efetiva aprovação, recebeu uma ampliação, ao passar a inserir na área do dolo as consequências não queridas, apontando para análise desse elemento de um ponto de vista jurídico. O aprovar no sentido jurídico²³ já não mais se confunde com a vontade em sentido psicológico- descritivo.

Assim, as representações de ânimo²⁴ do agente não são determinantes para a imputação dolosa, mas sim se ele decidiu, a partir de uma análise jurídica, a favor de uma possível realização do tipo.

A interpretação da vontade no sentido jurídico²⁵ tenta refutar uma acusação de exagerado psicologismo, indicando que a interpretação da

17 JESUS, Damásio de. Direito penal: volume 1: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 330.

18 MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado, parte geral. Vol. 1. 8. Ed. São Paulo: Método, 2014. p. 350

19 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 42.

20 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 33.

21 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 32

22 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020, p. 93.

23 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020, p. 101

24 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 45.

25 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020, p. 101.

vontade não se refere à determinação de um puro estado psíquico emocional, mas sim a um juízo realizado pelo sujeito em face da possível realização do tipo, seguindo um critério de racionalidade.

Não sendo a intenção deste trabalho apresentar um aprofundamento teórico acerca das teorias que buscam conceituar o dolo, mesmo porque, se trata de um conteúdo amplo e de difícil esgotamento, mas demonstrar as bases sobre as quais foram construídas as conceituações a cerca do elemento subjetivo do tipo e a inúmeras discussões sobre a necessária mudança na forma de interpretá-lo, no sentido de sua compatibilização com a dogmática penal contemporânea, apresentaremos a seguir, em apartada síntese, movimentos teóricos acerca do elemento volitivo, seja na forma consentida ou representada.

4.2 - TEORIA DA VONTADE

Embora tenha havido mudanças na forma de interpretar o elemento volitivo do dolo, inicialmente partiu-se da adoção de um conceito de um querer psicológico, muito atrelado à aprovação interna do resultado, que por óbvio haveria de ser conhecido.

Desse modo, para esta teoria, a vontade é um importante elemento estruturador do dolo. Trata-se de uma vontade dirigida à produção de um resultado típico. A ação passa a constituir uma intervenção guiada pela vontade em um acontecimento causal.²⁶

A corrente volitiva define dolo como de natureza normativista volitiva, sendo que esta teoria atribui a preponderância da vontade como caracterizadora do dolo. Dolo é conhecimento e vontade.²⁷

Conforme dito alhures, os estudos acerca das teorias dos elementos do dolo foram propostos, inicialmente, pelo direito Alemão, influenciando toda Europa do século XIX início do século XX, adotando, naquele momento, um conceito restrito de vontade psicológica, associada ao querer que evidenciasse prazer quanto ao resultado.

Desse ponto, a rejeição interna e a desaprovação quanto ao resultado afastaria *per se* o dolo²⁸, aflorando ainda mais a celeuma já existente acerca do que seria necessário para configuração do dolo eventual, já que neste caso, os efeitos colaterais da conduta, dentro de um sentido psicológico restritivo, não seriam aceitos/queridos pelo agente.

4.2 - TEORIA DA REPRESENTAÇÃO

A teoria da representação parece adotar um critério mais objetivo, segundo o qual, dolo é a vontade de realizar a conduta, prevendo a possibilidade de o resultado ocorrer, sem conduto, desejá-lo. Denomina-se teoria da representação, porque basta ao agente representar (prever) a possibilidade de o resultado para a conduta ser classificada como dolosa.²⁹

Neste caso, observa-se uma supervalorização da representação mental do resultado como possível ou provável, para que se possa configurar o dolo. Não é que a vontade não importe, mas não é ela quem conduz o dolo, segundo seus adeptos.

Segundo a teoria da representação, cujos principais defensores, em sua fase inicial, foram Von Liszt e Frank, para a existência do dolo é suficiente a *representação subjetiva* ou a previsão do resultado como certo ou provável. Essa é uma teoria hoje completamente desacreditada, e até mesmo seus grandes defensores, Liszt e Frank, acabaram, enfim, reconhecendo que somente a representação do resultado era insuficiente para exaurir a noção de dolo, sendo necessário um momento de mais intensa ou íntima relação psíquica entre o agente e o resultado, que, inegavelmente, identifica-se na vontade [...] na verdade, a simples representação da probabilidade de ofensa a um bem jurídico não é suficiente para se demonstrar que o agente tenha *assumido o risco* de produzir determinado resultado [...] (BITTENCOURT, 2014, p.357).

Para alguns doutrinadores a teoria da representação fundamenta o dolo eventual, que conforme dito alhures, se contenta com a previsão quanto a ocorrência do resultado como possível. Neste caso, não se indaga se agente quis ou as-

26 Farias, Dermeval. Dogmática Penal. Ed. Juspodvim, ano 2022. p. 72.

27 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020, p. 93.

28 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020, p. 93.

29 CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral. 22. Ed. São Paulo:Saraiva Educação, 2018, p 220.

sumiu o risco de produzi-lo, mas tão somente foi capaz de representá-lo, psiquicamente.

4.3 - TEORIA DO CONSENTIMENTO

A teoria do consentimento aponta para a necessidade de aprovação interna do agente quanto ao resultado, ainda que não tencionado ou tido como necessário. A aprovação, neste ponto, significa um alargamento do conceito de querer psicológico para abarcar situações em que o resultado foi querido pelo agente, posto que ao ser previsto, foi aceito.

Nesta perspectiva não havia que se falar em vontade³⁰, nos casos em que o agente embora reconhecesse a possibilidade do resultado delituoso, o considerasse internamente como desagradável.

Os Alemães foram aos poucos abolindo a ideia de um dolo volitivo onde o querer necessitava de aprovação interna do resultado, se aproximando de um dolo para cuja configuração exigia-se apenas consentimento quanto ao resultado, tendo como marco histórico o julgamento conhecido na Alemanha como caso “correia de couro”, sentenciado em 22/04/1955, oportunidade em que foi discutido se o conceito de querer exigia aprovação interna ou se bastava a conformação quanto ao resultado previsto.

A decisão ampliou definitivamente o conceito de dolo ao admitir a representação e a consciência do perigo aliadas a admissão do resultado como suficientes para a caracterização da vontade, ainda que o sujeito não quisesse as consequências advindas da conduta³¹.

Essa mudança paradigmática trouxe reflexos no entendimento quanto ao dolo eventual e imprudência consciente, cujo ponto diferenciador estaria alojado no elemento volitivo – dolo como aceitação resignada. Atualmente, entre as principais teorias que trabalham com critérios fundados na vontade, aponta-se a teoria do consenti-

mento, (ou aprovação), a teoria da indiferença e a teoria da vontade de evitação não comprovada.

5 - TEORIAS COGNITIVAS DO DOLO

As teorias volitivas apresentadas esbarram numa dificuldade comum de constatação e prova do elemento volitivo do dolo. Dessa inquietação surgiu no direito comparado um movimento de valorização do elemento intelectual do dolo, que vem sendo explorado através das teorias cognitivas.

Trata-se de teorias que visam demonstrar a suficiência do elemento cognitivo na configuração do dolo, propondo o fornecimento de critérios mais seguros para configuração desse importante elemento anímico, autorizador da responsabilidade penal subjetiva. Essas teorias aproximam-se do conceito de “representação” e possuem como representantes as teorias do conhecimento; da possibilidade; da probabilidade; do risco e do risco protegido³².

Os defensores da teoria da representação³³, em suas variadas acepções, assinalam que a essência do dolo é o conhecimento/representação do resultado ilícito, e não a vontade de produzi-lo, partem da premissa de que a vontade se situa no plano da ação, de que o resultado não pode ser querido, mas, apenas, representado.

O limite do dolo neste caso repousaria na ação concreta, a partir da qual seria possível identificar o querer. Não há vontade³⁴ fora da ação e não há vinculação do querer no que se refere ao resultado, que só pode ser conhecido.

Conforme se verá um pouco mais adiante, variadas vertentes foram desenvolvidas a partir da ideia de dolo como representação, algumas com diferenças de entendimento sutis, cujas linhas centrais pode se dizer, partiram da ideia da prevalência do conhecimento como elemento orientador do dolo, e a vontade, sem autonomia, orientadora do resultado, partindo da análise de

30 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 34.

31 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 35.

32 SOUZA, Luciano Anderson de. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 298.

33 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020, p. 121.

34 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020, p. 151.

que a ação só foi executada, por que querida. Um homem racional³⁵, só teria atuado como atuou se tivesse querido o resultado.

Se o ponto de partida das teorias cognitivas, é a rejeição da vontade como elemento autônomo e a identificação do elemento cognitivo, como único pressuposto necessário para a imputação do dolo, aponta-se como divergência, a atribuição da competência para julgamento da avaliação do risco criado.

Enquanto parcela da doutrina, parte de um subjetivismo, atribuindo ao próprio agente o julgamento do perigo, outra parcela entende que cabe ao magistrado essa, análise, exigindo-se apenas que o agente reconheça o perigo, definida segundo uma tábua de racionalidade³⁶.

Acerca desse empasse, fala-se numa normatização do elemento cognitivo, ao se permitir uma análise normativa quanto a avaliação do risco criado, segundo uma medida racional. Aquele sujeito que conhece o risco e o processa de modo irracional³⁷, e confia seriamente na boa saída, não tem a advertência necessária para recuar, sendo esta advertência necessária para a responsabilidade dolosa.

A configuração do dolo³⁸ depende da execução da ação querida, ainda quando não seja querida por si mesma. Ou seja, a idéia central repousa na ação, "deve se verificar, se o agente, no momento da conduta, poderia ou não evitar o resultado, controlando, dirigindo a situação".

*Ingerborg Puppe*³⁹ apontada como uma professora Alemã que tece ferrenhas críticas quanto ao elemento volitivo do dolo e os posicionamentos jurisprudenciais, entende, que a ausência de clareza permite decisões casuísticas, e desiguais, suscetíveis ao clamor social e as suas contingências.

Para superação dessa ausência de clareza, *Puppe* propõe a adoção do chamando normativis-

mo cognitivo, segundo o qual, o que importa é a qualidade de um perigo conscientemente realizado. Nesta perspectiva o risco⁴⁰ deve ser conhecido pelo agente, independentemente de ser por ele julgado, valorado, pois esta tarefa compete ao direito. O determinante é se o autor reconheceu determinado perigo que deveria ser tomado, ainda que em seu âmbito psíquico não o tenha tomado como relevante.

Como já se viu, *Puppe*⁴¹, defensora de uma tese cognitivista-objetiva insiste em que a falta de conhecimento, por mais censurável e escandalosa, que se apresente, deve manter as coisas na grelha da negligência.

Neste sentido, conforme já mencionado, em linhas gerais, os adeptos das teorias cognitivas repousam seus argumentos sob a criação de um risco proibido pela lei penal, aliado a um critério de racionalidade.

Parcela da doutrina aponta que a teoria da representação desenvolvida pelo Alemão Schröder, no pós-guerra, e aperfeiçoada posteriormente por *Schmidhäuser*, foi uma das primeiras linhas teóricas que pretendia furtar-se do elemento volitivo para a conceituação do dolo, defendendo a ideia de que a mera representação da possibilidade de ocorrência do resultado já deveria fazer com que o agente desistisse de sua ação.

O elemento querer, neste caso, é minimizado por considerar que a mera representação do resultado, pelo agente - conhecimento dos fatos e circunstâncias que envolvem a ação que esta preste a ser praticada, significa que ele quis, anuiu.

A representação, neste ponto, equivale ao conhecimento quanto ao resultado, que quando ausente afastaria o próprio dolo.

Na condição de defensor das teorias cognitivas⁴²,

35 Ibidem, p. 154.

36 Ibidem, p. 189.

37 Ibidem, p. 189.

38 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 56.

39 Xavier apud Puppe, 2017, p. 63.

40 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 67.

41 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.390.

42 GRECO, Luís. **Dolo sem vontade**. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 885-903. Disponível em: academia.edu. Acesso em 10 maio 2024.

entende o conhecimento como conteúdo eminentemente psicológico e fundamental para configuração do dolo, vez que pressupõe domínio ou controle sobre o fato que se está em vias de praticar.

O conhecimento equivale ao aspecto psicológico do dolo, posto que ligado ao domínio da ação criminosa, pressupondo que quem conhece domina. Não parece possível que, num direito penal de fato, uma mera vontade, sem domínio⁴³, possa equivaler ao domínio.

Apona-se, que no Brasil, ao traduzir as ideias da obra da professora alemã *Ingeborg Puppe* "distinção entre dolo e culpa, o professor Luís Greco introduziu em solo nacional a teoria cognitiva do dolo ou teoria do dolo sem vontade, atuando como seu defensor.

6 - TEORIAS DA PROBABILIDADE

A teoria da probabilidade⁴⁴, cujo desenvolvimento se inicia no século XIX, com Luca,

Grossmam, Exner, Mülle, Sauer, dentre outros, foi retomada especialmente por *Hellmuth Mayer*

e renuncia, de todo, ao elemento volitivo, a considerar que o dolo depende de conhecimento, por parte do agente, de que o resultado ilícito se afigura provável.

Para esta teoria, o dolo na representação é analisado do ponto de vista da probabilidade. Neste caso, o conhecimento pelo agente acerca da ocorrência do risco, já representado psiquicamente, é analisado do ponto de vista da intensidade quanto a probabilidade de sua ocorrência.

A ideia geral é a de que o agente se revela tanto mais indiferente quanto mais provável se revela a probabilidade de entrada do resultado ilícito, daí se fundamentando a censura mais intensa.⁴⁵

As teorias clássicas⁴⁶ da probabilidade, partem da análise da probabilidade de realização do tipo, e não na busca da vontade psicológica (sob quaisquer de suas formas: anuência, aprovação, etc), sendo que, a conduta perigosa é o determinante para o enquadramento do fato como doloso.

Quanto mais intensa a probabilidade (conhecimento) acerca do resultado, mais intenso seria o dolo, residindo aqui, críticas quanto a essa teoria. Isso porque, se o dolo restaria configurado quanto maior fosse a probabilidade de o resultado típico acontecer, a baixa probabilidade, que apesar de ínfima viesse a se concretizar, afastaria por si so o dolo? Assim, aponta-se que para esta teoria a verificação do dolo estaria atrelado a critérios estáticos.

Outro ponto criticado, seria o apontamento no caso concreto de onde começa a probabilidade e onde há apenas possibilidade.

Por essa razão *Puppe* defende a adoção da teoria da probabilidade sem a utilização de critérios de quantificação, partindo da ideia da qualidade do perigo⁴⁷.

Neste caso, para a caracterização do dolo basta o elemento cognitivo. O conhecimento, pelo sujeito, de que está realizando um risco proibido, com certa probabilidade de acontecer. Não uma probabilidade quantitativa, mas pautada na qualidade do risco.

7 - TEORIA DO RISCO

A teoria do risco de *Frisch*⁴⁸ conduz uma modificação do conteúdo do dolo, especialmente em termos de objeto de referência. Nestes termos, objeto de referência do conhecimento só pode ser a norma de comportamento subjacente ao tipo, precisamente o conhecimento do comportamento em sua relevante dimensão típica.

43 GRECO, Luís. **Dolo sem vontade**. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 885-903. Disponível em: academia.edu. Acesso em 10 maio 2024.

44 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.137.

45 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.137

46 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 52.

47 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 53.

48 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.139.

Aqui não importa o resultado, que se vincula a norma de sanção, mas sim ao comportamento do agente, por (re)conhecimento como contrário à norma de comportamento típico⁴⁹. A valoração, neste caso, recai sobre o comportamento, que do ponto de vista da ordem jurídica não é tolerado. Assim, Frisch defende que ação dolosa⁵⁰ consiste na decisão contra a norma de comportamento típica subjacente (e não, diretamente contra o bem jurídico): atua dolosamente quem “atribui-por-si- mesmo” a seu comportamento uma dimensão de risco, o qual faz do comportamento, um comportamento típico.

Sob o aspecto psicológico, á luz da sua própria ação, o agente, dirige -se contrariamente à norma, e tem seu comportamento valorado como decisão contra o bem jurídico. Essa decisão em contrário *sensu* ao atuar doloso, deixar de evitar um resultado que poderia ser evitado. Dolo, segundo, Frisch⁵¹, então repousa no comportamento que afronta a norma proibitiva, uma tomada de decisão baseada na racionalidade, num atuar doloso.

7.1 - TEORIA DO RISCO COBERTO E DO RISCO DESCOBERTO

Na posição assumida por Herzberg o dolo deve ser aferido a partir do perigo não tolerado pelo direito. Considerada uma variante da teoria da probabilidade, retira o elemento volitivo do conteúdo do dolo, com o as formulações modernas da teoria da representação.⁵²

A teoria do risco descoberto⁵³ defende que o determinante para o dolo é o aspecto qualitativo do perigo, o chamado risco coberto ou descoberto. O primeiro seria aquele que o sujeito ativo ou passivo pode evitar o resultado, o risco descoberto, seria então, aquele em que o agente cria um risco que não pode contar com nenhuma reserva de proteção.

Pois bem, desde que introduzido no Brasil, o as-

sunto passou a ser objeto de pesquisa por autores brasileiros, destacando-se as teses de doutorado de Wagner Marteleto Filho, cuja obra inspirou o presente trabalho de conclusão de curso, Enéias Xavier Gomes e Eduardo Vianna, por nós exploradas.

8 - ELEMENTOS DO DOLO VONTADE E CONHECIMENTO COMO ELEMENTO PSICOLOGICOS - DESCRITIVOS-NORMATIVOS

8.1 - VONTADE COMO ELEMENTO PSICOLÓGICO-DESCRITIVO

O modelo final da ação, introduzido na dogmática penal por Welzel, ao retirar dolo e culpa da culpabilidade e transferi-los para a conduta, estabeleceu que a ação é sempre dirigida a um fim, ou seja, a finalidade é determinada pela própria ação. O acontecer típico como demonstração de intenção.

Então, em contraponto ao modelo causal, o finalismo entende que não basta que uma pessoa tenha causado um resultado típico, há de existir uma atuação da vontade do agente. A ação passa a constituir uma intervenção guiada pela vontade em um acontecimento causal.⁵³

Portanto, ação dolosamente dirigida a um fim não desejado pelo direito penal, é uma ação volitiva, entendida e aceita pelo agente.

Por vezes, designa-se por vontade um estado mental, algo que ocorre literalmente na cabeça do autor, uma entidade empírica que pertence ao universo psíquico de alguém⁵⁴.

A vontade de realizar⁵⁵ o tipo penal conhecido pelo agente deve se concretizar no mundo real, por isso o querer, deve ser acompanhado de um verbo auxiliar realizar, posto que é necessária a manifestação concreta da conduta idealizada.

49 Marteleto Filho, *apud*, Schroth, 2020, p. 140.

50 Marteleto Filho, *apud*, Frisch, 2020, p. 141.

51 Marteleto Filho, *apud*, Frisch, 2020, p. 141.

52 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 56.

53 Farias, Dermeval. Dogmática Penal. Ed. Juspodvim, ano 2022, p. 72.

54 GRECO, Luís. **Dolo sem vontade**. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 885-903. Disponível em: academia.edu. Acesso em 12/05/2024.

55 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 131.

A vontade definida como *querer realizar* o tipo objetivo de um crime deve apresentar duas características para constituir elemento do dolo; primeiro, a vontade deve ser *incondicionada* no sentido de constituir uma ação já definida, segundo a vontade deve ser capaz de influenciar o acontecimento real, de modos que o acontecimento típico possa ser definido como obra do autor⁵⁶.

Isto implica na criação, pelo autor, de um risco ao bem jurídico, e a realização desse risco no resultado

Entretanto, apontando a insuficiência na apresentação do conceito tradicional de dolo pelo Código Penal, Damásio de Jesus,⁵⁷ entende que o dolo significa mais do que o mero desejo de produzir determinado resultado ou assumir o risco de produzi-lo, pois envolve a interpretação do estado anímico do agente.

Numa discussão mais filosófica acerca do tema o penalista Brasileiro Rogério Greco apontando este conceito como uma "visão simplificada das coisas"⁵⁸, estabelece: "ainda que se reconheça nos termos "intenção" ou "conformando-se com" (art. 14 I e III, Código Penal Português), "quis" ou "assumiu o risco" (art. 18 I Código Penal Brasileiro) uma conotação volitiva, há uma ambiguidade fundamental que nos permite questionar as certezas da postura dominante.

Desse ponto, a vontade pode ser concebida num aspecto psicológico-descritivo, que tenta descrever a real disposição interna do agente, quanto normativo- atributivo, sendo que, nesse último caso, é valorado através da conduta exteriorizada, conforme será visto adiante.

Ele propõe uma revisão normativista do conceito de dolo⁵⁹, de maneira que o decisivo para o dolo passa a ser não o que ocorre na cabeça de quem pratica certo comportamento, e sim o sentido social que esse comportamento expressa.

8.2 - CONHECIMENTO COMO CONTEÚDO PSICOLÓGICO – DESCRITIVO

Dolo é conhecimento, segundo a doutrina majoritária. A consciência é seu elemento cognitivo ou intelectual, que revela o conhecimento, a representação a nível mental, por parte do agente, acerca dos dados da realidade que caracterizam a conduta.

Toda ação consciente⁶⁰ é dirigida pela consciência do que se quer e pela decisão de querer realizá-la, ou seja, pela vontade.

A consciência, assim como a vontade, é característica subjetiva do agente, pois integra a esfera intelectual. Logo, é necessário que o sujeito compreenda estar realizando as condutas descritas nas elementares do tipo.

Assim, a consciência do autor deve autorizar a presunção de sua ciência quanto aos elementos configuradores da conduta típica, a previsão do resultado e a relação de causa e efeito como resultado desta ação.

Desse modo, o dolo, para ser caracterizado, precisa abarcar todas as elementares e circunstâncias que se encontrem presentes no tipo penal. Caso reste comprovada a sua ausência acerca de qualquer parte do crime cometido, restará caracterizado o instituto do erro de tipo⁶¹.

A consciência tida como elementar do dolo e que neste ponto trabalhamos, deve ser atual, efetiva, verificável no momento da prática da conduta. Por esse motivo não pode ser confundida com a consciência da ilicitude.

Quando o agente atua, basta que objetive o preenchimento do tipo penal incriminador⁶², pouco importando se ele sabe ou não que realiza algo proibido.

56 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 131.

57 JESUS, Damásio de. Direito penal: volume 1: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 380.

58 GRECO, Luís. Dolo sem vontade. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 885-903. Disponível em: academia.edu. Acesso em 15/05/2024

59 GRECO, Luís. Dolo sem vontade. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 885-903. Disponível em: academia.edu. Acesso em 15/05/2024

60 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. Manual de direito penal: 27 ed. São Paulo: Atlas, 201, p. 351

61 CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral. 22. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 6.

62 Nucci, Guilherme de Souza, Manual de Direito Penal, 6ª edição, editora RT, 2009, p. 201.

Assim, leva-se em consideração para a consciência do dolo⁶³, a representação dos elementos integradores do tipo penal, sendo suficiente o conhecimento das circunstâncias de fato necessárias à composição da figura típica.

O agente então, tem a consciência do ato, a vontade de agir, decide por assim fazer e, por fim, concretiza a conduta; por meio de uma ação.

Por essas considerações, quase sempre se entende o dolo como o “saber e querer (conhecimento e vontade)” de todas as circunstâncias do tipo legal.

Um outro ponto, seria o conhecimento como elemento psíquico que indica o domínio⁶⁴ sobre a ação. O conhecimento é necessário para a existência de domínio sobre a realização do fato, e esse domínio dá origem a duas fortes razões para que aquele que o possui receba um tratamento mais severo.

Esta nova abordagem do conceito de vontade, agora, atrelada a ideia normativo - atributivo, não está no plano interno, mas um conceito normativo e de atribuição, ou seja, não é algo que está vinculado a mente humana, ao que efetivamente ocorreu no plano interno do agente.

Contemporaneamente, têm sido designadas, como elemento normativo-volitivos, a construção do conceito de dolo a partir da *ratio* da incriminação – dolo como decisão contra o bem jurídico⁶⁵.

9 - DOLO E A CONSTRUÇÃO NORMATIVA DE SEUS ELEMENTOS

Normatização⁶⁶ em uma primeira aproximação, significa a transição para uma compreensão

conceitual, que leva em conta, essencialmente a função do conceito no interior de um conjunto de regras do Direito (penal, no caso).

Trata-se da perspectiva de se trabalhar institutos jurídicos a partir da escolha de um método, que pode ser psicológico empírico ou funcional teleológico. Mas uma escolha que não pressupõe exclusões, já que nenhum conceito pode ser considerado exclusivamente descritivo ou valorativo, posto que inseparáveis.

Não se extraem valores diretamente de fatos brutos (por exemplo afirmar se vontade é dolo ou se conhecimento é dolo), sob pena de se incorrer na falácia naturalista, de outra banda não há puramente valoração⁶⁷.

Importa, que a valoração pressupõe uma premissa descritiva⁶⁸ e que a descrição dessa premissa a partir de um conceito normativo não pode ser afastado, sob uma argumentação valorativa. Assim, se dolo é considerado conhecimento de um ponto de vista normativo (do ponto de vista de uma norma), o requisito do conhecimento não pode ser afastado sob o critério da valoração.

O dolo como construção normativa então, passa por uma transição do psicologismo ao normativismo, abrangendo desde a intenção como quesito determinante, sem o qual, dolo seria facilmente afastado, para uma interpretação que exigia valoração quanto a resultados advindos de uma ação, contudo, para além dessa intenção.

Nesse ponto da investigação⁶⁹, cumpre acen-tuar o potencial da doutrina do *dolus indirectus* para o fornecimento de bases estruturais para uma consequente normatização do conceito de dolo e para o abandono de um conceito psicologista da imputação.

A necessidade de valoração quanto a esses resultados não intencionados, mas propositados,

63 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011, p. 331.

64 GRECO, Luís. Dolo sem vontade. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 885-903. Disponível em: academia.edu. Acesso em 12 de maio 2024.

65 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.155.

66 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.52.

67 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.52.

68 Ibidem , p.52.

69 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.78.

constituiu terreno fértil para estruturação do dolo indireto. Como esclarece Stuckenberg⁷⁰, o dolo, na forma de intenção (*Absicht*) na linguagem de Hegel, (em que se separa “intenção de propósito, o último sim, como *Vorsatz*”), abrange também, o resultado, não previsto, mas típico e previsível da ação, em uma perspectiva que retoma as bases do *dolus indirectus*.

Assim, se teorias tradicionais trabalham à vontade partindo de um ponto psicológico - descritivo, ou como elemento emocional, as teorias normativas contemporâneas, ou abraçam esses elementos do dolo (vontade e conhecimento), mas direcionados para a afirmação de uma decisão contra o bem jurídico, ou os afastam, negando a autonomia do elemento volitivo, mantendo, apenas o cognitivo – teorias normativas cognitivas, defendidas no direito comparado por *Puppe e Herzberg*.

Quando mantidos, os elementos conceituais do dolo, deverão ser comprovados mediante um catálogo aberto de indicadores, sendo que, sob a perspectiva da teoria da normatização do elemento cognitivo, o catálogo de indicadores é fechado⁷¹, restrito à qualidade do perigo conhecido, para a indicação do elemento cognitivo, único necessário e suficiente para a afirmação do dolo.

O catálogo fechado⁷² é construído sob as seguintes premissas: a) no plano conceitual, em termos psicológicos do dolo, deve ser considerado apenas e tão somente o conhecimento, por parte do agente, de um determinado tipo de perigo proibido, b) o perigo deve possuir determinada qualidade/entidade, ser de um determinado tipo, e é ele o indicador externo de relevo para a decisão sobre o dolo; c) fatores emocionais e subjetivos, especialmente o processamento irracional do risco conhecido, são todos irrelevantes para decisão acerca do dolo.

Retomando, aponta-se, a construção do dolo como decisão contra o bem jurídico, onde sua adscrição⁷³, se realiza com emprego de um cata-

logo aberto de indicadores, de natureza objetiva (como a qualidade do perigo, e o valor do bem jurídico em jogo) e emocional-subjetiva (relacionamento do agente com vítima, motivos, comportamento ante e pós fato, personalidade, etc).

Dentre as propostas contemporâneas que visam a construção normativo-volitivas, no grande modelo de dolo como decisão, fala-se, em apertadíssima síntese, em teoria do dolo como decisão e realização do plano, dolo como apropriação, teoria dos indicadores do dolo, enfim.

Neste ponto, interessante mencionar o modelo de proposta de dolo defendida por

Hassemer, que ao partir do conceito de dolo como decisão contra o bem jurídico, entende como acertada a direção dessa proposta contemporânea, vez que neste contexto demanda, para além do conhecimento em face do perigo, uma apropriação pessoal, isto é, que o agente aceite tal perigo para si, fazendo dele, fundamento para sua ação. Sendo assim, para Hassemer⁷⁴, o elemento volitivo se afigura irrenunciável para o reconhecimento do dolo, mas irrelevante, enquanto estados emocionais não exteriorizados na ação, posto que não tocam a decisão.

Assim, não se trata de uma interpretação vaga, mas ao contrário, que obedeça a critérios bem definidos, de modo a permitir a observância que uma certa “disposição” dolosa, seja refletida através de indicadores externos e objetivos, hábeis a indicá-la, portanto, observáveis.

Não se podem confundir os indicadores com o próprio dolo⁷⁵, antes se exigindo, na construção do conceito, decidir, fundamentadamente, sobre quais os elementos que o integram e o sentido de tais elementos, para – só então apontar os pedaços da realidade empírica, seja ela subjetiva, seja objetiva, que serão tomados em conta, na decisão, como indicadores.

70 Ibidem, p. 84.

71 Marteleto Filho *apud* Puppe, p. 430.

72 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.444.

73 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.155.

74 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p. 181.

75 Ibidem, p. 429.

Claus Roxin⁷⁶ adepto do chamado normativismo volitivo é um dos criadores da teoria do dolo como decisão contra o bem jurídico. Utiliza-se como linha mestra para a caracterização do dolo o plano do autor, ou seja, age com dolo aquele que tem consciência para a realização de um tipo reconhecidamente possível, em detrimento da proteção ao bem jurídico.

10 - DOLO PSICOLÓGICO E SUA DIFÍCIL AFERIÇÃO NO CAMPO PROBATÓRIO

Ao considerar o dolo como exercício emocional do agente frente a realização de um tipo penal, conforme pretende as teorias volitivas, desconsidera-se a complexidade das emoções humanas e a sua difícil expressão do ponto de vista jurídico. Parte - se do ponto, que a questão jurídica fundamental da imputação subjetiva não é averiguar se algum estado psicológico anima a conduta do indivíduo, senão estabelecer os critérios a partir dos quais é possível afirmar se houve, ou não, dolo.

O que levaria a passagem para uma imputação objetivamente posta, através da busca por se interpretar o comportamento humano exteriorizado através de uma ação criadora de um risco substancial e sabidamente perigoso ao bem jurídico.

A tarefa de verificação do dolo como⁷⁷ um fenômeno psicológico - descritivo, pressupõe, ante a ausência de critérios delimitados, para o problema da vontade no dolo, decisões judiciais desiguais que geram enorme insegurança jurídica.

Assim, as representações de ânimo do agente não são determinantes para a imputação dolosa⁷⁸, mas sim se ele decidiu, a partir de uma análise jurídica, a favor da possível realização do tipo, é nesse sentido que verificamos certos parâmetros normativos consistentes na análise dos atos externados de manifestação em sentido contrário ao bem jurídico, em substituição a um juízo exclusivamente psicológico.

Também se evita, por outro lado, um alargamento das circunstâncias onde o magistrado, a luz de suas próprias convicções, determine o que é querer.

São critérios que transcendem a figura do julgador⁷⁹, evitando que o conteúdo volitivo, torne-se vulnerável à lei do Juiz.

Assim, conforme visto alhures a teoria cognitiva do dolo propõe a aferição do elemento cognitivo partir de um critério objetivo, de base racional, consubstanciado no risco ao bem jurídico.

Baseadas na teoria da representação do resultado como conhecimento propõe, em linhas gerais, que a imputação objetiva parte da relação causal entre a criação de um risco e a realização desse risco no resultado.

Desse ponto, a aferição do dolo parte, inicialmente, da análise objetiva do tipo, com foco no perigo ao bem e a qualidade desse risco na efetiva produção do resultado. Assim, assume contornos de extrema relevância o nível de conhecimento que o agente demonstra ter, no caso concreto, quanto ao risco por ele produzido.

Há três outras razões a favor do dolo como representação do perigo. A primeira: quando o agente representa o perigo que decorre de sua conduta e mesmo assim age, ele viola a norma de comportamento e compromete-se com o perigo de um modo que o autor culposo não o fazer. A segunda: quem age com consciência tem domínio sobre a própria conduta de uma forma que quem age inconscientemente não possui e pode, portanto, mais facilmente agir com o fim de evitar a concretização do perigo e, desse modo, age mais gravemente. Por fim, terceira razão está baseada na ideia de prevenção geral negativa: quem atua conscientemente tem condições superiores de agir conforme a norma e evitar o perigo de realização do tipo penal e, portanto, convém que seja apenado mais intensamente. VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 188.

Dessa forma, sustenta Viana que “o dolo é o compromisso cognitivo do autor com a realização do perigo representado.”⁸⁰

76 GOMES, Eneias Xavier. *Dolo sem vontade psicológica*. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 63

77 GOMES, Eneias Xavier. *Dolo sem vontade psicológica*. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 63.

78 Ibidem, p. 45.

79 Ibidem, p. 45.

80 VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 194.

Partindo dessa premissa, a concretização do dolo como compromisso cognitivo se estabeleceria através da teoria inferencialista do dolo. O conceito de inferencialidade, seria o “juízo que permite seja estabelecida uma relação vinculacional entre uma conduta e um corpo de conhecimento”.⁸¹

Significa, que sempre que houver um vínculo racionalmente fundado entre conduta perigosa e resultado e as circunstâncias que permitem esse vínculo tivesse sido devidamente conhecida pelo autor, há uma conduta dolosa.

Em contrário *sensu* afirma,⁸² que quando se entende uma justificativa como absurda, entende-se por absurda por faltar-lhe inferencialidade.

A título de ilustração propõe como exemplo o caso do indivíduo que atira à queima-roupa em direção à cabeça da vítima, que morre na hora, e justifica-se dizendo que não teve a intenção de matar, mas somente de obter a carteira da vítima.

Do ponto de vista da inferencialidade, entende-se essa justificativa como absurda porque é de se conhecer que a conduta de atirar em direção à cabeça de uma pessoa e o resultado morte há um vínculo causal claro.

Então, neste exemplo o dolo estaria configurado, posto que presente todas as circunstâncias fáticas envolvidas. Concluindo, que a determinação da atribuição decorrerá da valoração de um complexo de dados. Por fim, aponta, que o juízo inferencial deverá considerar três perspectivas: “a que se refere ao autor (i); a que se refere à vítima (ii); a que se refere ao complexo de circunstâncias que envolvem a realização da conduta⁸³ (iii)”.

O primeiro dos parâmetros refere-se à periculosidade da conduta praticada pelo autor, a qual, segundo o seu critério, pode ser dividida em quatro níveis: “perigo *sui generis*, perigo de alta, média e baixa intensidade”⁸⁴

Os casos de perigo *sui generis* são aqueles que em razão de sua extraordinária intensidade, *per se* já são suficientes para a imputação a título de crime doloso.

Fora desses casos extraordinários de perigo *sui generis*, somente a intensidade do perigo da conduta praticada não será suficiente para afirmar a imputação, sendo necessário recorrer a dados de natureza diversa.

E esses dados serão referentes à intensidade desse perigo em relação à condição de vulnerabilidade concreta da vítima, ou segundo suas palavras, “sobre a sua condição de autossalvação”.⁸⁵

São propostos três níveis de vulnerabilidade da vítima (alto, médio e baixo), conjugados com o nível de periculosidade da conduta. Se a periculosidade da conduta e a vulnerabilidade

da vítima forem altas, já é possível afirmar, sem outras considerações, a imputação a título de dolo.⁸⁶

Outro indicador, segundo o autor, será a análise da *marca dominante da conduta*, que é “aquela que *reafirma* um vínculo relacional entre a conduta e o resultado ou aquela que *rompe* com esse vínculo relacional”.⁸⁷

A marca dominante da conduta será observada concretamente verificando a adoção, ou não, pelo agente, de meios para evitar o resultado.⁸⁸

Em caso positivo, se o agente demonstrou cuidado com o bem jurídico no momento da conduta, adotando medidas com vistas a redução de riscos, restara configurada a modalidade culposa; caso contrário, se o agente deixou de adotar meios para reduzir a periculosidade de sua conduta, mostrando desinteresse, restara tendente ao dolo.⁸⁹

81 VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 259.

82 *Ibidem*, p. 259.

83 *Ibidem*, p. 263-264

84 *Ibidem*, p.50

85 *Ibidem*, p.51

86 *Ibidem*, p.52.

87 *Ibidem*, p.52

88 *Ibidem*, p.58

89 VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 59.

Assim, não obstante a doutrina majoritária seguir com uma dupla programação psíquica para o dolo: consciência e vontade, é cada mais crescente o número de autores brasileiros e estrangeiros, que assumem uma concepção cognitiva de dolo.

Sustenta-se, a nosso ver, acertadamente, conforme dito anteriormente, que a imputação a título de dolo decorre do compromisso cognitivo que se estabelece entre o autor e o fato, conforme critérios anteriormente mencionados.

Essa é uma discussão de tendência cada vez mais crescente, posto que as razões para o distanciamento da configuração do dolo como vontade- descritiva é muito latente dado reduzido fornecimento de critérios mais seguros para a configuração dolosa.

A normatização e a objetivação do conceito de dolo⁹⁰, resultantes do abandono, ainda que parcial, da perspectiva estritamente psicológica, parece ser irreversíveis, e já encontram certo consenso em seu elemento volitivo – que atualmente ou é bem afastado, ou é bem considerado de modo *adscrito*.

E ainda que seja um movimento tímido, as discussões acerca da normatização de institutos penais devem sempre ser bem recebidos, considerando que a dogmática penal é uma ciência da cultura, que depende de valor, de construções valorativas.

11 - CONCLUSÃO

Na condição de elemento de atribuição de culpa, os limites para o exercício do poder punitivo Estatal coincidem com a identificação dos limites do dolo, que do ponto de vista da opinião doutrinária dominante é definido como a consciência e a vontade de realizar os elementos do tipo penal objetivo.

A intencionalidade, como principal elemento psicológico, aumentaria o perigo para o bem jurídico, ao mesmo tempo que denota maior grau de reprovabilidade subjetiva do agente. Acontece que, conforme demonstrado, o elemento volitivo (em sentido psicológico - descritivo), apesar de im-

portante, é incapaz de dar boas razões para sua consideração como elemento autônomo e caracterizador do dolo, sobretudo, se considerado num conceito jurídico e teleológico, por que:

Partindo da premissa de que teleologicamente o direito penal existe para proteger bens jurídicos através da imposição de sanção, e que a função do dolo, em última análise, é autorizar a aplicação dessa sanção, tem-se que, o reconhecimento como direito sancionador se funda numa atuação legítima.

O ponto de partida é a própria concepção do Direito Penal⁹¹, cuja função essencial, para Roxin, consiste na proteção de bens jurídicos, pela via da proteção geral positiva.

Neste ponto, dois pontos: i) o que legitima a atuação punitiva estatal é o uso da racionalidade, ii) a *ratio* da imposição de sanção expressa o núcleo conceitual para determinar o conteúdo do dolo.

Neste sentido, a dinâmica de dar e pedir razões próprias do exercício do *jus puniend*

estatal há de tomar como ponto de partida, a necessidade de uma forma de imputação mais segura que o mero critério de intenções anímicas. Considera-se, que o perigo ao bem jurídico não existe no estado mental, mas no método, na forma como se comporta o agente para atingir a finalidade desejada, ou seja, na ação.

Desse ponto, o desvalor recai sobre a conduta praticada pelo agente e não sobre o seu conteúdo psicológico, considerando que a vontade por si só, por mais intensa que seja, não tem o condão de modificar a natureza das coisas, já ação sim.

Assim, o ponto central para a configuração dolosa estaria fundado num critério objetivo (ação), hábil a criar um risco com potencial para produzir o resultado danoso, em face do bem jurídico que a norma visa proteger.

Desse modo, já caminhando para o final, por tudo que foi demonstrado, e sem pretensão de esgotar o tema, posto que de enciclopédia vastíssima, acredita-se que dolo seja mais que simples vontade e representação, é o compromisso cognitivo do agente com a realização do perigo representado.

90 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p. 384.

91 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p. 156.

Exige-se um nível de representação que expresse um grau qualitativo de vínculo entre o autor e o fato, conforme defende as teorias do conhecimento.

Assim, entendemos que a utilização das suas premissas junto com os critérios indicados para a imputação dolosa, forneçam terreno mais seguro para a imputação objetiva, e a decisão de dizer se o dolo resta ou não configurado, fica nas mãos do julgador, que deixa de ser refém do estado de ânimo do agente, e passar a se utilizar de critérios objetivos observáveis e demonstráveis na configuração do risco doloso.

REFERÊNCIAS

FILHO, Wagner Marteleto. Dolo e risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017.

MARCONI, Maria de Andrade e LAKATOS, Eva Maria. Técnicas de Pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

RUIZ, João Álvaro. Metodologia Científica: guia para eficiência nos estudos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

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

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 885-903. Disponível em: academia.edu. Acesso em 14 de maio 2024.

SOUZA, Luciano Anderson de. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1.

MARTELETO FILHO, Wagner. O problema do desconhecimento no dolo: os dois planos de normativização do elemento intelectual, com particular aplicação ao erro e aos desvios dos processos causais. Tese de Doutorado. Universidade de Lisboa, 2019, p. 112. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/42264/1/ULSD733934_td_Wagner_Filho.pdf. Acesso em 10 maio. 2024.

MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado, parte geral. Vol. 1. 8. Ed. São Paulo: Método, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011.

BUSATO, Paulo César. In: BUSATO, Paulo César (coord.). Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro, parte geral. 14. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. Manual de direito penal: arts 1º a 120. Do CP. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.