
TEORIA DO DOLO SEM VONTADE

Theory of Intent Without Will

Indiara Monique Frizon Taparello¹

Centro Universitário Arnaldo Horácio Ferreira – Luís Eduardo Magalhães/Bahia

indy_frizon@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/9361698689903128>

RESUMO: O trabalho possui como objeto de estudo a análise da real necessidade da vontade como elementos inerente ao dolo. Para tanto, será apresentada a proposta teórica do jurista Luis Greco, que possui artigo específico sobre a temática, intitulado “Dolo sem vontade”. É certo que o Código Penal brasileiro define o dolo como consciência e vontade; contudo, a dogmática penal ainda questiona a imprescindibilidade do elemento volitivo no dolo. É no campo da abordagem dedutiva que se desenvolve a pesquisa, sendo o estudo composto de três capítulos de desenvolvimento. O primeiro capítulo ficará responsável por apresentar o panorama geral da dogmática penal, a fim de compreender os elementos do crime, com especial atenção ao fato típico. Em seguida, no segundo capítulo, será apresentada a estrutura do crime doloso à luz do Código Penal. Por fim, no terceiro capítulo, serão apresentados os argumentos que sustentam a existência do dolo sem vontade, assim como os teóricos que discordam de tal construção. Trata-se de temática importante e sensível, na medida em que questiona toda estrutura normativa relacionada com o elemento volitivo da conduta.

Palavras-chave: Conduta. Dolo sem vontade. Elemento volitivo.

ABSTRACT: The object of study of the work is the analysis of the real need for will as elements inherent to intent. To this end, the theoretical proposal of jurist Luis Greco will be presented, who has a specific article on the subject, entitled “Dolo without will”. It is true that the Brazilian Penal Code defines intent as conscience and will; However, criminal dogmatics still question the indispensability of the volitional element in intent. It is in the field of deductive approach that the research is developed, with the study consisting of three development chapters. The first chapter will be responsible for presenting the general panorama of criminal dogmatics, in order to understand the elements of the crime, with special attention to the typical fact. Then, in the second chapter, the structure of intentional crime will be presented in light of the Penal Code. Finally, in the third chapter, the arguments that support the existence of intent without will will be presented, as well as the theorists who disagree with such a construction. This is an important and sensitive topic, as it questions the entire normative structure related to the volitional element of conduct.

¹ Especialista em Direito Constitucional Aplicado e Direito Penal. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Arnaldo Horácio Ferreira (UNIFAAHF). Professora de Direito Constitucional e de Introdução ao Estudo do Direito no Centro Universitário Arnaldo Horácio Ferreira (UNIFAAHF). Assessora Técnico-Jurídica no Ministério Público do Estado da Bahia.

* **Editora Responsável:** Fabiana Regina da Silva Grossi. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8006397305740459>.

Keywords: Conduct. I do it without will. Volitional element.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O FATO TÍPICO; 2 O CRIME DOLOSO À LUZ DO CÓDIGO PENAL; 2.1 Definição de dolo; 2.2 Elementos do dolo; 2.3 Espécies de dolo: direto e eventual; 3 TEORIA DO DOLO SEM VONTADE: ANÁLISE DO ELEMENTO VOLITIVO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objeto de estudo a análise da real necessidade da vontade como elementos inerente ao dolo. O estudo será pautado na proposta teórica do jurista Luis Greco, que possui artigo específico sobre a temática, intitulado “Dolo sem vontade”.

É certo que o Código Penal brasileiro define o dolo como consciência e vontade; contudo, a dogmática penal ainda questiona a imprescindibilidade do elemento volitivo no dolo. Trata-se de temática que envolve um dos assuntos mais sensíveis do Direito Penal, qual sejam: o dolo e a culpa.

A partir das contribuições de Hans Welzel, a teoria do crime foi substancialmente modificada, haja vista que o dolo foi retirado da culpabilidade e passou a integrar o fato típico, não mais como um dolo normativo (que exigia a consciência da ilicitude), mas sim como um dolo natural/acromático.

Quanto à metodologia, para a construção dos argumentos, optou-se por dividir o trabalho em três capítulos de desenvolvimento.

O primeiro capítulo ficará responsável por apresentar o panorama geral da dogmática penal, a fim de compreender os elementos do crime, com especial atenção ao fato típico. Enquanto elemento do fato típico, a conduta será analisada em todas as suas nuances, desde a Teoria Clássica até a Teoria Finalista.

No segundo capítulo, será apresentada a estrutura do crime doloso à luz do Código Penal, compreendendo a análise das teorias, elementos e espécies de dolo.

Por fim, no terceiro capítulo, serão apresentados os argumentos que sustentam a existência do dolo sem vontade. De igual modo, será destacada a existência de teóricos que

discordam da teoria de Luis Greco. Trata-se de temática importante e sensível, na medida em que questiona toda construção normativa relacionada com o elemento volitivo da conduta.

Com essas considerações, o intuito da pesquisa é o de que, a partir do enfrentamento dogmático desta temática, seja possível ampliar a discussão sobre o tipo doloso e seus principais componentes.

1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O FATO TÍPICO

O direito penal é um saber que, como todos os demais, deve estabelecer seus limites (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SOLIKAR, 2003, p. 38).

Conforme pontuado por Bitencourt (2018, p. 282), existem três fases de desenvolvimento da teoria do delito: o conceito clássico de delito, o conceito neoclássico de delito e o conceito finalista de delito. Todavia, as referidas fases apresentam uma certa integração.

O aludido autor anota que a atual concepção analítica de crime é produção de construção idealizada no século XIX, pela doutrina alemã (BITENCOURT, 2018, p. 282). Destaca que:

Anteriormente, o Direito comum conheceu somente a distinção entre *imputatio facti e imputatio iuris*. Como afirmava Welzel, a dogmática do Direito Penal tentou compreender, primeiro (desde 1884), o conceito de injusto, partindo da distinção: *objetivo-subjetivo*. Ao injusto deviam pertencer, exclusivamente, os caracteres externos objetivos da ação, enquanto que os elementos anímicos subjetivos deviam constituir a *culpabilidade* (BITENCOURT, 2018, p. 282).

O autor destaca que a “distinção entre injusto e imputação do fato começou a ser elaborada na primeira metade do século XIX, seguindo-se uma classificação tripartida (ação, antijuridicidade e culpabilidade), realizada por Luden”, sendo posteriormente “sistematizada por Von Liszt e Beling, com inclusão, por este último, da tipicidade” (BITENCOURT, 2018, p. 283).

Ainda, o autor lembra que foi Ihering (1867) que “desenvolveu o conceito de antijuridicidade objetiva para o Direito Civil, mas a adequação do instituto ao Direito Penal foi

obra de Liszt e Beling, com o abandono da antiga teoria da imputação” (BITENCOURT, 2018, p. 283).

A elaboração dos primeiros contornos do conceito de culpabilidade coube a Merkel. Já a tipicidade foi o último componente a ser delineado por Beling (BITENCOURT, 2018, p. 283).

Quanto ao conceito de delito, a doutrina apresenta a concepção clássica, neoclássica e finalista, cada uma com suas características essenciais.

O conceito clássico, formulado por Von Liszt e Beling, é representado por um movimento corporal (ação), produzindo uma modificação no mundo exterior (resultado). Trata-se de conceito eminentemente naturalista, que vinculava a conduta ao resultado através do nexo de causalidade. O aspecto objetivo era representado pela tipicidade e antijuridicidade, enquanto o aspecto subjetivo era representado pela culpabilidade (BITENCOURT, 2018, p. 283).

Fruto do positivismo científico, o conceito clássico conferiu tratamento exageradamente formal ao comportamento humano. Assim, seus quatro elementos seriam: a) ação: conceito puramente descritivo, naturalista e causal (Liszt definiu como “inervação muscular”); b) tipicidade: o tipo e a tipicidade representavam o caráter externo da ação, compreendendo somente os aspectos objetivos do fato descrito na lei; c) antijuridicidade: é um elemento objetivo, valorativo e formal; d) culpabilidade: aspecto subjetivo do crime, sendo espécies de culpabilidade: dolosa e culposa (BITENCOURT, 2018, p. 284).

Após sofrer profunda transformação, o conceito clássico de delito deu lugar ao conceito neoclássico, sob influência da filosofia neokantiana.

Diante disso, os elementos do crime foram reformulados. O tipo, que até então era puramente descritivo, passou a admitir elementos normativos e subjetivos. A antijuridicidade passou a trabalhar com o conceito de danosidade social (conceito material de antijuridicidade – considerações axiológicas). Por fim, a culpabilidade recebeu de Frank a “reprovabilidade” (BITENCOURT, 2018, p. 286).

O conceito de delito delineado pelo finalismo é fruto do trabalho de Hans Welzel. A teoria final da ação “tem o mérito de eliminar a injustificável separação dos aspectos objetivos e subjetivos da ação e do próprio injusto, transformando, assim, o injusto naturalístico em injusto pessoal” (BITENCOURT, 2018, p. 286).

Uma das principais contribuições do finalismo foi a retirada de todos os elementos subjetivos que integravam a culpabilidade, dando lugar a uma concepção puramente normativa. O dolo e a culpa foram deslocados da culpabilidade para o injusto, levando-se, dessa forma, a

finalidade para o centro do injusto. Na culpabilidade ficaram localizadas apenas as circunstâncias que condicionavam a reprovabilidade da conduta (BITENCOURT, 2018, p. 287).

É de fundamental importância compreender que o “crime”, atualmente, pode ser conceituado sob três perspectivas, ou seja, seguindo os critérios material, legal e analítico.

Enquanto critério material, o crime pode ser entendido como toda ação ou omissão humana que lesa ou expõe a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados.

O critério legal, por sua vez, está fixado no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei nº 3.914/1941), que assim prevê:

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Já o critério analítico de crime, que merece maior atenção neste estudo, estabelece os elementos que compõem a estrutura do crime. Para os autores que adotam a teoria tripartite, são componentes: o fato típico, ilicitude e culpabilidade. Os autores que sustentam a teoria quadripartida acrescentam aos referidos elementos a punibilidade.

Nesta perspectiva, o fato típico seria composto pela conduta, resultado, nexo causal e tipicidade. A ilicitude, por sua vez, é compreendida como a contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico, estando as causas de exclusão de ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal. Por fim, a culpabilidade é juízo de reprovabilidade da conduta.

A partir das informações apresentadas acima, é possível notar que, com o finalismo, o dolo e a culpa migraram para o fato típico (conduta). Desse modo:

Para Welzel, a vontade é a espinha dorsal da ação final, considerando que a finalidade baseia-se na capacidade de vontade de prever, dentro de certos limites, as consequências de sua intervenção no curso causal e de dirigi-lo, por conseguinte, conforme a um plano, à consecução de um fim. Sem a vontade, que dirige o suceder causal externo, convertendo-o em uma ação dirigida finalisticamente, a ação ficará destruída em sua estrutura e seria rebaixada a um processo causal cego. A vontade final, sustentava Welzel, como fator que configura objetivamente o acontecer real, pertence, por isso, à ação (BITENCOURT, 2018, p. 300).

Diante da preocupação com a finalidade da ação, Bitencourt lembra que a crítica mais contundente sofrida pelo finalismo se refere aos crimes culposos, cujo resultado se produz de forma puramente causal, não sendo abrangido pela vontade do autor (BITENCOURT, 2018, p. 301).

Assim, Welzel teria reelaborado a sua concepção de culpa, inicialmente através do critério da finalidade potencial, apontando que nos delitos culposos há uma causação que seria evitável mediante uma atividade finalista. Diante das persistentes críticas, Welzel abandonou o referido critério e passou a admitir a existência de uma ação finalista real nos crimes culposos, cujos fins são, geralmente, irrelevantes para o Direito Penal (BITENCOURT, 2018, p. 301).

Em verdade, Bitencourt anota que nos crimes culposos “decisivos são os meios utilizados ou a forma de sua utilização, ainda que a finalidade pretendida seja em si mesma irrelevante para o Direito Penal (BITENCOURT, 2018, p. 302).

Na lição de Juarez Tavares, “a violação da norma de cuidado e o risco permitido constituem, portanto, elementos essenciais para a caracterização do crime culposos” (TAVARES, 2009, p. 3).

A partir das contribuições do finalismo, maiores digressões serão realizadas sobre o crime doloso.

2 O CRIME DOLOSO À LUZ DO CÓDIGO PENAL

2.1 Definição de dolo

No exame do tipo de injusto punível, Bitencourt leciona que duas concepções devem ser consideradas: o tipo objetivo e o tipo subjetivo.

O tipo objetivo descreve todos os elementos que identificam e limitam o teor da proibição penal: o sujeito ativo, a conduta proibida, o objeto da conduta, as formas e meios da ação, o resultado, a relação de causalidade, as circunstâncias do fato, dentre outros (BITENCOURT, 2018, p. 362).

O jurista Juarez Cirino dos Santos leciona que nos tipos dolosos de resultado, a “atribuição do tipo objetivo pressupõe dois momentos distintos: a causação do resultado, explicada pela lógica da determinação causal, e a imputação do resultado, fundada no critério da realização do risco criado” (SANTOS, 2020, p. 140).

O tipo subjetivo, por sua vez, abrange todos os aspectos subjetivos do tipo de conduta proibida que, concretamente produzem o tipo objetivo. É constituído de um elemento geral – dolo –, que, por vezes, é acompanhado de elementos acidentais (BITENCOURT, 2018, p. 365).

É de fundamental importância compreender os elementos subjetivos, pois é a partir deles que será possível analisar o comportamento e a finalidade do agente.

Quanto ao elemento subjetivo geral, o Código Penal prevê que o crime doloso ocorre “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” (art. 18, I, do CP). Destaca-se que a reforma operada pela Lei nº 7.209/1984 apenas repetiu o dispositivo que tinha idêntica redação.

O jurista Paulo Queiroz faz o seguinte apontamento:

Claramente, o conceito de dolo foi pensado – e continua a sê-lo – para os crimes comissivos e de resultado (materiais), não para os delitos omissivos (próprios ou impróprios), sem resultado (formais) etc. Quase sempre os exemplos de dolo são casos de homicídio e toda a discussão se desenvolve em torno do dolo eventual. Pensa-se a partir da exceção, não da regra. No fundo, a teoria do dolo é uma teoria do homicídio doloso, não necessariamente aplicável a outros delitos. Fórmulas como “assumir o risco”, “ser indiferente ao resultado”, “perigo doloso”, “perigo qualificado”, “resultado provável” etc., a princípio não fazem muito sentido para um crime de tráfico de drogas, peculato, corrupção passiva, furto, estupro, calúnia etc (QUEIROZ, 2023).

Bitencourt define dolo como a “consciência e vontade de realização da conduta descrita em um tipo penal” (BITENCOURT, 2018, p. 365).

O autor lembra que “embora a reforma de 1984 tenha afastado a intensidade do dolo da condição de circunstância judicial de medição de pena, não se pode negar, contudo, que uma ação praticada com dolo intenso será muito mais desvaliosa” (BITENCOURT, 2018, p. 365).

Com base nisso, Bitencourt lembra que:

O dolo, enfim, elemento subjetivo da ação final, compõe o tipo subjetivo. Pela sua definição, constata-se que o dolo é constituído por dois elementos: um cognitivo, que é o conhecimento ou consciência do fato constitutivo da ação típica; e um volitivo, que é a vontade de realizá-la. O primeiro elemento, o conhecimento (representação), é pressuposto do segundo, a vontade, que não pode existir sem aquele (BITENCOURT, 2018, p. 366).

Diante da discussão acerca do elemento preponderante do dolo (elemento cognitivo ou volitivo), algumas teorias são construídas.

A teoria da vontade ou do consentimento (Carrara) indica que o dolo é a vontade dirigida ao resultado. Embora essa teoria não negue a existência da representação, defende que a essência do dolo deve estar na vontade, não de violar a lei, mas de realizar a ação e obter o resultado (BITENCOURT, 2018, p. 367).

A teoria da representação (Von Liszt e Frank), em sentido oposto, defende que para a existência do dolo é suficiente a representação subjetiva ou a previsão do resultado como certo ou provável (BITENCOURT, 2018, p. 367).

Diante disso, Bitencourt demonstra que as referidas teorias foram importantes para se chegar à conclusão de que dolo é, ao mesmo tempo, representação e vontade (BITENCOURT, 2018, p. 368).

2.2 Elementos do dolo

A partir das contribuições finalistas, o dolo passou a ser composto apenas de dois elementos: um cognitivo ou intelectual (consciência), e outro volitivo (vontade), sendo-lhe retirado o elemento normativo (consciência da ilicitude).

A consciência (previsão ou representação) deve ser atual, ou seja, deve estar presente quando a ação está sendo realizada. Assim, é insuficiente a potencial consciência das circunstâncias objetivas do tipo, uma vez que “prescindir da atualidade da consciência equivale a destruir a linha divisória entre dolo e culpa, convertendo aquele em mera ficção” (BITENCOURT, 2018, p. 369).

A representação deve abranger correta e completamente todos os elementos essenciais e constitutivos do tipo, sejam eles descritivos ou normativos. Contudo, essa representação constitui somente a consciência dos elementos integradores do tipo penal, ficando fora dela a consciência da ilicitude, que está localizada na culpabilidade (BITENCOURT, 2018, p. 369).

Neste ponto, Juarez Cirino dos Santos lembra que esse elemento intelectual pode ser deduzido a partir da regra do erro de tipo, ou seja, se o erro sobre os elementos objetivos do tipo legal exclui o dolo, então o conhecimento das circunstâncias objetivas do tipo legal integra o dolo (SANTOS, 2020, p. 152).

A vontade, que pressupõe a previsão, deve abranger a ação ou omissão (conduta), o resultado e o nexa causal, conforme lembrado por Bitencourt (BITENCOURT, 2018, p. 369).

O autor aduz que “a previsão sem vontade é algo completamente inexpressivo, indiferente ao Direito Penal, e a vontade sem representação, isto é, sem previsão, é absolutamente impossível” (BITENCOURT, 2018, p. 369).

Aduz que “a vontade de realização do tipo objetivo pressupõe a possibilidade de influir no curso causal, pois tudo o que estiver fora da possibilidade de influência concreta do agente pode ser desejado ou esperado, mas não significa querer realizá-lo” (BITENCOURT, 2018, p. 370).

2.3 Espécies de dolo: direto e eventual

As diferentes espécies de dolo surgem a partir da necessidade de a vontade consciente abranger o objetivo pretendido pelo agente, o meio utilizado, a relação de causalidade, bem como o resultado (BITENCOURT, 2018, p. 370).

No dolo direto o agente quer o resultado representado como fim de sua ação. Assim, Bitencourt (2018, p. 370) pondera que o dolo direto compõe-se de três aspectos, quais sejam: representação (do resultado, dos meios necessários e das consequências secundárias), querer (a ação, o resultado e os meios) e anuir (na realização das consequências previstas como certas).

A doutrina indica que existem dos tipos de dolo direto: de 1º grau (tem por objeto o que o autor quer realizar); de 2º grau (abrange as consequências típicas representadas como certas ou necessárias).

O dolo eventual pode ser observado quando o agente, embora não querendo diretamente a realização de um tipo, aceita como possível ou até provável, assumindo o risco da produção do resultado. Ou seja, o agente não deixa de agir.

O Código Penal na sua exposição de motivos, equipara o dolo eventual ao dolo direto, entendendo que o fato de se arriscar conscientemente a produzir um evento é igual querê-lo, ou seja o agente presta anuência ao seu advento (BITTENCOURT, 2018, p. 374)

Questão tormentosa na doutrina está relacionada com a definição de dolo eventual e sua distinção da culpa consciente (imprudência consciente – Juarez Cirino dos Santos). Assim:

O dolo eventual caracteriza-se, no nível intelectual, por levar a sério a possível produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, por conformar-se com a eventual produção desse resultado; a imprudência consciente caracteriza-se, no nível intelectual, pela representação da possível produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, por confiar na ausência

ou evitação desse resultado, pela habilidade, atenção ou cuidado na realização concreta da ação (SANTOS, 2020, p. 157/158).

Além da teoria de levar a sério (*Ernstnahmetheorie*), outras construções teóricas foram construídas para tentar diferenciar os aludidos conceitos, algumas trabalhando com critérios fundados na vontade, e outras com critérios fundados na representação.

Entre as teorias que trabalham com critérios fundados na vontade estão as teorias do consentimento (ou aprovação), a teoria da indiferença e a teoria da vontade de evitação não comprovada, a seguir apresentadas:

- a) A teoria do *consentimento*, elaborada por MEZGER, define dolo eventual pela atitude de aprovação do resultado típico previsto como possível, que deve aguardar ao autor [...].
- b) A teoria da *indiferença* ao bem jurídico, desenvolvida por ENGISCH, identifica dolo eventual na atitude e indiferença do autor quanto a possíveis resultados colaterais típicos, excluídos os resultados indesejados, marcados pela expectativa de ausência [...].
- c) A teoria da *não comprovada vontade de evitação do resultado* (também conhecida como teoria da *objetivação da vontade de evitação do resultado*), desenvolvida por ARMIN KAUFMANN em bases finalistas, coloca o dolo eventual e a imprudência consciente na dependência da ativação de contrafatores para evitar o resultado representado como possível: imprudência consciente se o autor ativa contrafatores, dolo eventual se não ativa contrafatores para evitação do resultado [...] (SANTOS, 2020, p. 159/160).

Entre as teorias que trabalham com critérios fundados na representação estão a teoria da possibilidade, a teoria da probabilidade, a teoria do risco e a teoria do perigo protegido, a seguir apresentadas:

- a) A teoria da *possibilidade* simplifica o problema, reduzindo a distinção entre dolo e imprudência ao conhecimento da possibilidade de ocorrência do resultado, eliminando a categoria da imprudência consciente porque toda a imprudência seria imprudência inconsciente: a mera representação da possibilidade do resultado típico já constituiria o dolo [...].
- b) A teoria da *probabilidade* define dolo eventual, variavelmente, ou pela representação de um perigo concreto para o bem jurídico (JOERDEN), ou pela consciência de um quantum de fatores causais produtor de sério risco do resultado (SCHUMANN), ou como (re)conhecimento de um perigo qualificado para o bem jurídico (PUPPE) [...].
- c) A teoria do *risco* de FRISCH (às vezes classificada como variante da teoria da possibilidade), define dolo pelo conhecimento da conduta típica, excluindo do objeto do dolo o resultado típico porque a ação de conhecer não pode ter por objeto realidades ainda inexistentes no momento da ação; não obstante, trabalha com o critério de tomar a sério o resultado típico e de

confiar na evitação do resultado típico para distinguir a decisão pela possível lesão do bem jurídico (dolo eventual) da mera imprudência consciente [...].

d) A teoria do *perigo desprotegido* de HERZBERG (classifica, também, como variante da teoria da probabilidade), igualmente retira o elemento volitivo do conteúdo do dolo – a principal característica da teoria da representação – e fundamenta a distinção entre dolo eventual e imprudência consciente com base na natureza do perigo, definido como desprotegido, protegido e desprotegido distante: a) o perigo desprotegido, caracterizado pela dependência de meros fatores de sorte-azar, configura dolo eventual, ainda que o autor confie na ausência do resultado [...]; b) perigo protegido, caracterizado pela evitação do possível resultado mediante cuidado ou atenção do autor, da vítima potencial ou de terceiro, configura imprudência consciente [...]; c) o perigo desprotegido distante assemelha-se ao perigo protegido, excluindo o dolo [...] (SANTOS, 2020, p. 161/163).

A partir das informações acima apresentadas, o questionamento que se impõe é: existe a possibilidade de o dolo dispensar o elemento volitivo? Tal indagação será objeto de análise no próximo capítulo.

3 TEORIA DO DOLO SEM VONTADE: ANÁLISE DO ELEMENTO VOLITIVO

Em um primeiro momento, o título “dolo sem vontade” pode causar estranheza no leitor, tendo em vista que o estudo apresentado nas páginas anteriores deixou claro que a vontade é um dos elementos do dolo, junto com a consciência.

É justamente sobre essa problemática que reside a construção teórica do jurista Luis Greco. Além de seus ensinamentos, também serão mencionadas algumas críticas feitas pelos demais estudiosos da ciência jurídica.

Para construir os seus argumentos, Greco (p. 886) esclarece que o termo “vontade” pode ser compreendido em dois sentidos diferentes: vontade em sentido *psicológico-descritivo* e vontade em sentido *atributivo-normativo*. O autor adverte que:

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 alguém. A proposição “a vontade do autor estava dirigida a X” teria, segundo esse primeiro sentido do termo vontade, conteúdo empírico, seria uma questão de fato, referida a um estado de coisas que está no mundo. Aqui “vontade” é entendida como conceito psicológico-descritivo. É possível usar o termo vontade também num segundo sentido, não mais psicológico-descritivo, e sim atributivo-normativo. Aqui, vontade não é mais uma entidade interna à psique de alguém, mas uma atribuição, isto é, uma

forma de interpretar um comportamento, com ampla independência da situação psíquica do autor. Dizer “a vontade do autor estava dirigida a X” significa, com base neste segundo entendimento, não a existência, em algum momento, de algo dentro da cabeça do autor suscetível de ser designado pelo termo vontade, mas sim que a melhor maneira de compreender o comportamento do autor é aquela que, de alguma forma, o aproxima daquilo que ele veio a realizar e o considera plenamente responsável por isso (GRECO, p. 887).

O autor questiona em que sentido usará a doutrina, então, o termo vontade? Ou seja, querer a realização do tipo, conformar-se com ela devem ser entendidos como entidades psicológicas ou como adstrições normativas? Importante advertência é realizada por Greco, ao informar que o termo “vontade”, utilizado no título de seu trabalho, é utilizado em sentido exclusivamente psicológico-descritivo (GRECO, p. 887/888).

Para exemplificar a diferença entre os sentidos, Greco cita o caso do atirador de Lacmann (com pequenas modificações).

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, p. 888).

A partir do exemplo acima apresentado, verifica-se que o elemento volitivo (vontade) que poderia ser retirado do dolo está relacionado com o sentido psicológico.

Soma-se a isso, Greco ainda adverte que o termo “conhecimento” (outro elemento do dolo) também sofreria da mesma ambiguidade apontada em relação a vontade. Pontua que o “conhecimento pode designar tanto um estado mental, isto é, tanto pode ser entendido em sentido psicológico-descritivo, como uma interpretação, algo dotado de um sentido atributivo-normativo” (GRECO, p. 889).

Em conclusão, Greco entende que o conhecimento em sentido psicológico é, portanto, necessário para o dolo, “porque 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, p. 893).

O autor faz importante colocação:

Como argumento adicional pode-se recordar a crítica feita por Herzberg e acolhida por Puppe contra a doutrina dominante. Considerar decisiva para o dolo a vontade de quem atua significa, em última análise, atribuir a quem atua a competência para decidir se há ou não dolo. Ocorre que não é o agente, e sim o direito quem tem de exercer essa competência. Não se pode relegar ao arbítrio do autor essa decisão, doutro modo — dito agora com base em nossos exemplos — todo aquele que conscientemente realiza uma ação perigosa para a vida da vítima pode escapar da responsabilização por dolo, se tiver uma segunda intenção incompatível com a morte da vítima, como por ex. a intenção de cometer um estupro (GRECO, p. 896).

Greco propõe que “se todo dolo é conhecimento, e a vontade não tem relevância alguma, não há mais qualquer razão para diferenciar dolo direto (em suas duas formas, de primeiro ou de segundo grau) e dolo eventual. Há apenas uma forma de dolo” (GRECO, p. 902).

Assim, Greco explica que para se falar em dolo, tem o autor de agir com conhecimento tal que lhe confira o domínio sobre aquilo que está realizando. Isso significa que, em princípio está correta a teoria da probabilidade, defendida na atualidade em especial por Herzberg e Puppe (GRECO, p. 902).

Em sua síntese final, Greco conclui que:

1. A opção do vigente Código Penal Português por um conceito de dolo não significa que seja descabido continuar discutindo sobre o conceito.
2. Dolo é, *ab initio*, conhecimento, porque só o conhecimento gera domínio, e só o domínio fornece razões suficientemente fortes para fundamentar o tratamento mais severo dispensado aos casos de dolo. Estas razões são a maior necessidade de prevenção diante dos riscos que se dominam e a maior responsabilidade do autor por aquilo que ele realiza sob seu domínio.
3. Na cegueira diante dos fatos não há dolo, porque não há domínio.
4. O dolo é só conhecimento, e não vontade, porque a vontade em nada altera o domínio. A presença da vontade não é suficiente para fundamentar um dolo sem domínio, sua ausência tampouco pode excluir o dolo quando há domínio.
5. Não se enxerga até a presente data qualquer fundamento convincente para exigir uma vontade no conceito de dolo.
6. Dolo é conhecimento tal que daí derive o domínio sobre o que o autor está a realizar. Há uma única forma de dolo, não devendo diferenciar-se dolo direto (de 1.º ou 2.º grau) e dolo eventual.
7. O caminho a seguir é aprimorar a teoria da probabilidade (GRECO, p. 903).

Sobre a temática, Eduardo Viana Portela Neves registra que o dolo é “uma categoria jurídica identificada por determinadas qualidades e não pela presença, ou ausência, de qualquer intencionalidade” (NEVES, 2017, p. 265).

O referido autor leciona que a “imputação a título de dolo não tem relação com a postura volitiva psíquica do indivíduo, pois dolo não é vontade, dolo é representação” (NEVES, 2017, p. 380).

A partir desta construção teórica, o jurista Paulo Queiroz apresenta argumentos críticos e discorda de algumas afirmações de Luis Greco. Reconhece que o dolo é atribuição normativa, a qual compete especialmente ao juiz (mas não só a ele), que está orientado pelo devido processo legal. Contudo, informa que isso não elimina o aspecto psicológico do dolo (QUEIROZ, 2023). Para tanto, suas considerações merecem ser transcritas:

A versão/compreensão que o próprio acusado faz de seu ato não é relevante? Se fosse assim, seria uma imputação arbitrária, antigarantista e violaria o direito de defesa, já que o principal implicado no processo penal, que praticou a conduta criminosa e sofrerá suas consequências, se condenado, não participaria desse processo. E lhe negaríamos a condição de sujeito de direito, transformando-o em objeto. Nesse sentido, a afirmação de que “o dolo não está na cabeça do réu, mas na cabeça do juiz”, é falsa do ponto de vista dos fatos, já que o dolo é um elemento da conduta do autor do crime, não da conduta do juiz; e como metáfora é uma meia verdade, visto que o juiz não pode afirmar a existência do dolo arbitrariamente (QUEIROZ, 2023).

Ainda nesta linha, Queiroz aduz que o sentido atributivo-normativo também é psicológico, ou seja, é um ato de vontade. Assim, afirma-se que há um deslocamento do psicológico do réu para o juiz. “O dolo estaria na cabeça do juiz, especialmente - aquele que imputa -, não na cabeça do réu – aquele que sofre a imputação” (QUEIROZ, 2023).

O referido autor ainda menciona o questionamento apontado por Juarez Tavares:

Como é possível descartar toda atividade subjetiva do agente, que está baseada na estrutura psicológica da vontade, se o dolo se expressa como vontade? Ou seja, é possível eliminar da vontade sua estrutura psicológica? Poder-se-ia radicalizar a pergunta: não existe vontade?

Na verdade, prossegue o autor, a adoção de um fundamento normativo-atributivo do dolo tem a finalidade de eliminar do sujeito a possibilidade de invocar em seu favor a ausência de vontade, isto é, o critério corresponde a uma política criminal fundada na decisão judicial, não na realidade empírica. Ainda de acordo com Tavares, a adoção de um fundamento normativo-atributivo contém “uma séria desordem metodológica: a confusão entre a questão da definição do dolo, com base em seus elementos empíricos ou até mesmo ontológicos, com a questão de sua afirmação epistemológica, que diz

respeito à sua prova no processo penal. (TAVARES, 2018, p. 258/259, apud, QUEIROZ, 2023).

Ainda, o autor assevera que:

Nesse sentido, Juarez Tavares conclui com razão que: a) a estrutura psicológica do sujeito se compõe de consciência e vontade, sem as quais não se lhe poderia reconhecer a qualidade de pessoa deliberativa, como condição essencial de um estado de democrático de direito; b) a vontade não pode ser eliminada da estrutura do dolo e, pois, do injusto; c) se a vontade for eliminada do âmbito do injusto, será impossível tematizar sua formação no âmbito da culpabilidade (TAVARES, 2018, p. 265, apud, QUEIROZ, 2023).

Por fim, Paulo Queiroz conclui que:

Dolo sem vontade ou dolo sem conhecimento é uma *contradictio in terminis*. A decisão de cometer ou não um delito é uma decisão complexa, que envolve atos conscientes e inconscientes, voluntários e involuntários, racionais e irracionais, previsíveis e imprevisíveis. Quem decide matar, roubar ou estuprar age por motivos que nem ele sabe bem por que, por vezes surpreende a si mesmo, arrepende-se e decide por um fim à própria vida. O homem pouco ou nada sabe de si mesmo. O homem racional é uma ficção (QUEIROZ, 2023).

Isto posto, nota-se que para Paulo Queiroz não é possível dissociar o elemento psicológico do dolo. Soma-se a isso, conforme acima apresentado, o autor defende que o elemento atributivo-normativo também seria psicológico, ou seja, é um ato de vontade.

Assim, verifica-se que os elementos do tipo doloso estão longe de ser compreendidos de forma unânime. Tais discussões são importantes dentro da ciência do Direito, como forma de expandir e questionar as “verdades” até então sedimentadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve por objeto de estudo a análise da real necessidade da vontade como elementos inerente ao dolo. O estudo esteve pautado na proposta teórica do jurista Luis Greco, que possui artigo específico sobre a temática, intitulado “Dolo sem vontade”.

Conforme demonstrado, o tipo doloso é objeto de constantes construções teóricas, por se tratar de um dos substratos mais importantes dentro da teoria geral do crime. Compreender

o “querer” ou “não querer” é fundamental para qualificar um fato social como penalmente relevante.

Verificou-se que foi a partir das contribuições de Hans Welzel que a teoria do crime foi substancialmente modificada, haja vista que o dolo foi retirado da culpabilidade e passou a integrar o fato típico, não mais como um dolo normativo (que exigia a consciência da ilicitude), mas sim como um dolo natural/acromático.

Em que pese o Código Penal brasileiro defina o dolo como consciência e vontade, alguns doutrinadores questionam a real necessidade de se exigir o elemento volitivo.

Para a construção dos argumentos, optou-se por dividir o trabalho em três capítulos de desenvolvimento.

O primeiro capítulo delineou o panorama geral da dogmática penal, a fim de compreender os elementos do crime, com especial atenção ao fato típico. Enquanto elemento do fato típico, a conduta foi analisada em todas as suas nuances, destacando-se as principais teorias (Causalista, Neokantista e Finalista).

No segundo capítulo, foi apresentada a estrutura do crime doloso à luz do Código Penal, compreendendo a análise das teorias, elementos e espécies de dolo.

Por fim, no terceiro capítulo, foram expostos os argumentos que sustentam a existência do dolo sem vontade. De igual modo, destacou-se a existência de teóricos que discordam da teoria de Luis Greco. Trata-se de temática importante e sensível, na medida em que questiona toda construção normativa relacionada com o elemento volitivo da conduta.

Com essas considerações, o intuito da pesquisa foi o de que, a partir do enfrentamento dogmático desta temática, seja possível ampliar a discussão sobre o tipo doloso e seus principais componentes.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 24 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro De 1940** (Código Penal). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

GRECO, Luis. **Dolo sem vontade**.

NEVES, Eduardo Viana Portela. **O dolo como inferência. Uma contribuição para o dolo sem vontade.** Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2017. Disponível em:
< https://www.bdttd.uerj.br:8443/bitstream/1/9355/2/Eduardo%20Viana_total.pdf>.

QUEIROZ, Paulo. **Dolo sem vontade?**. 2023. Disponível em:
<<https://www.pauloqueiroz.net/dolo-sem-vontade/>>

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TAVRES, Juarez. **Teoria do Crime Culposos**. 2009. 3 ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2009.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.