

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL, MEDICINA FORENSE E
CRIMINOLOGIA

ALÉXIA VIANA DA ROSA
Nº USP 10274627

**As teorias normativo-atributivas do dolo e a fronteira entre a
imprudência consciente e o dolo eventual**

Trabalho de Conclusão de Curso (Tese de Láurea)
Orientador: Professor Associado Luciano Anderson de Souza

SÃO PAULO
2021

ALÉXIA VIANA DA ROSA

Nº USP 10274627

**As teorias normativo-atributivas do dolo e a fronteira entre a
imprudência consciente e o dolo eventual**

Trabalho de Conclusão de Curso (Tese de Láurea),
apresentado ao Departamento de Direito Penal, Medicina
Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo, como requisito parcial para
obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Associado Luciano Anderson de
Souza

SÃO PAULO

2021

Nome: ROSA, Aléxia Viana da.

Título: As teorias normativo-atributivas do dolo e a fronteira entre a imprudência consciente e o dolo eventual

Trabalho de Conclusão de Curso (Tese de Láurea) apresentado à Banca Examinadora de Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, como requisito final para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data da avaliação:

Banca Examinadora

Prof. Associado

Luciano Anderson de Souza

Instituição:

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Julgamento:

Prof.(a) Dr.(a)

Instituição:

Julgamento:

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DOLO.....	7
1. 1. O dolo no Código Penal brasileiro.....	10
1. 2. O dolo nas teorias da ação	13
1. 2. 1. O modelo causal	16
1. 2. 2. O modelo final.....	17
1. 2. 3. O modelo social.....	19
2. AS TEORIAS DO DOLO	21
2. 1. As teorias cognitivas.....	22
2. 2. As teorias volitivas.....	25
3. A EMERGÊNCIA DE TEORIAS NORMATIVO-ATRIBUTIVAS DO DOLO	27
3. 1. A alegada dificuldade de aferição do dolo psicológico e da proposta de Hassemer	30
3. 2. As propostas normativo-atributivas	33
3. 2. 1. Princípios de normativização em Roxin	35
3. 2. 2. Teorias normativistas moderadas	39
3. 2. 3. Teorias normativistas radicais.....	48
3. 2. 4. Normativistas brasileiros.....	52
4. A PROBLEMÁTICA DA FRONTEIRA ENTRE IMPRUDÊNCIA CONSCIENTE E DOLO EVENTUAL.....	61
4. 1. A relativização da diferença entre imprudência consciente e dolo eventual nas teorias normativo-atributivas.....	64
4. 2. A potencial expansão do âmbito de caracterização do dolo	67
CONCLUSÕES	74
BIBLIOGRAFIA	78

RESUMO:

O dolo é reconhecidamente um dos temas mais controvertidos no direito penal. Sobre isso, é forte o debate acerca da distinção entre dolo eventual e imprudência consciente. Neste trabalho, busca-se discutir como as teorias normativistas do dolo, ao abandonaram ou relativizarem perspectivas majoritárias, impactam na leitura do dolo e na diferenciação destes institutos. Realiza-se uma primeira leitura do dolo no cenário brasileiro de acordo com o Código Penal e, em seguida, nas distintas teorias da ação. Após, estuda-se acerca das teorias do dolo, que podem ser cognitivas, ao reconhecerem o dolo apenas como conhecimento, ou volitivas, ao adicionarem a este elemento a vontade. Realizada tal análise, justifica-se a utilização das nomenclaturas “psicológico-descritivas” e “normativo-atributivas” para agrupar as teorias do dolo. As teorias normativo-atributivas do dolo são divididas, de acordo com os critérios escolhidos no trabalho, entre mais ou menos radicais ou moderadas. Ainda nesta parte, analisa-se a participação de ideias brasileiras para o tema. Por fim, reflete-se sobre os potenciais impactos de uma leitura normativa do dolo para a divisão entre dolo eventual e culpa consciente, assim como para a expansão do Direito Penal e sua conformidade com um Estado Democrático de Direito, o que antecede as conclusões do trabalho.

PALAVRAS CHAVES:

Direito penal, dogmática penal, dolo, dolo eventual, culpa, culpa consciente, imprudência, imprudência consciente, estado mental, normativização, psicológico-descritivas, normativo-atributivas.

RESUMEN:

El dolo es reconocidamente uno de los temas más controvertidos del derecho penal. Sobre esto, es fuerte el debate acerca de la distinción entre dolo eventual y culpa consciente. En este trabajo, se busca discutir cómo las teorías normativistas del dolo, al abandonar o relativizar perspectivas mayoritarias, impactan en la lectura del dolo y en la diferenciación de estos institutos. Se realiza una primera lectura del dolo en el escenario brasileño de acuerdo con el Código Penal y, en seguida, en las distintas teorías de la acción. Después, se estudia acerca de las teorías del dolo, que pueden ser cognitivas, al reconocer el dolo apenas como conocimiento, o volitivas, al agregar a este elemento la voluntad. Realizada tal análisis, se justifica la utilización de las nomenclaturas “psicológico-descriptivas” y “normativo-atributivas” para agrupar las teorías del dolo. Las teorías normativo-atributivas del dolo son divididas, de acuerdo con los criterios elegidos en este trabajo, entre más o menos radicales o moderadas. Aún en esta parte, se analiza la participación de ideas brasileñas para el tema. Por fin, se reflexiona sobre los potenciales impactos de una lectura normativa del dolo para la división entre dolo eventual y culpa consciente, así como para la expansión del Derecho Penal y su confirmación con un Estado Democrático de Derecho, lo que antecede las conclusiones de este trabajo.

PALABRAS CLAVES:

Derecho penal, dogmática penal, dolo, dolo eventual, culpa, culpa consciente, imprudencia, imprudencia consciente, estado mental, normativización, psicológico-descriptivas, normativo-atributivas.

INTRODUÇÃO

O dolo é, indiscutivelmente, um elemento muito controvertido dentro da doutrina e jurisprudência penal, constituindo uma das grandes discussões do ramo. Não à toa, a busca por sua definição, desde o século XIX, representa uma matéria de grande discussão entre os estudiosos da teoria do delito¹. O cenário também se repete no Brasil, ainda que o diploma repressivo brasileiro de 1940 o tenha o conceituado em seu artigo 18, I.

De acordo com o dispositivo legal, trata-se de um crime doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzí-lo². O mencionado Código Penal não esconde a influência da teoria finalista de ação welzeniana, o que acarreta no entendimento majoritário de que o dolo, em termos de conteúdo, é compreendido como consciência e vontade de realização dos elementos objetivos do tipo³.

Apesar de esta ser uma construção bastante aceita atualmente, observa-se, em contrapartida, uma crescente tendência de relativização e normativização de elementos do dolo, manifestamente contrária à posição finalista⁴. Estas teorias, que muitas vezes divergem entre si, abandonam uma concepção ontológica do dolo e inclinam-se para a caracterização deste como um critério de atribuição conforme determinadas valorações, e não mais como consciência e vontade de realização dos elementos do tipo objetivo. Grande parte destas teorias buscam fundar a responsabilidade penal por dolo em dois alicerces: ou tomam a vontade em um sentido normativo-atributivo, e não psicológico-descritivo; ou a eliminam e trabalham com o dolo apenas no plano do conhecimento⁵. Ainda que não seja a maior parte das teorias normativo-atributivas, alguns autores buscam normativizar inclusive o elemento intelectivo.

Ainda que existam divergências entre as teorias do dolo, faz-se razoável dividi-las em dois grandes grupos, o das teorias monistas, também conhecidas como cognitivistas, que se satisfazem com a presença solitária do elemento cognitivo do dolo; e o das teorias dualistas, ou volitivas, que acrescentam ao conhecimento um elemento volitivo para a caracterização da

¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Consideraciones sobre la prueba del dolo. **Revista de Estudios de la Justicia**, Chile, p. 13-26, 2014, p. 13.

² Sobre isso, Luís Greco: “Se for verdade que “onde o legislador fala, a filosofia cala”, parece não haver mais qualquer lugar para filosofarmos sobre o conceito de dolo.” GRECO, Luís. **Dolo sem vontade**. In: SILVA DIAS, Augusto. et al (Org.). Liber Amicorum de José de Sousa e Brito. Coimbra: Almedina, 2009, p. 885.

³ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 286.

⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 287.

⁵ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 279.

tipicidade subjetiva mais grave⁶. Ambas as teorias podem conter indícios de relativização ou normativização do dolo, em maior ou menor grau. A controvérsia acerca da prescindibilidade ou não do elemento volitivo (e na posição favorável pela sua presença, se ele será normativo-atributivo ou ontológico-descritivo) é primordial para o estudo sobre a distinção entre a imprudência consciente e o dolo eventual, de grande relevância prática.

Uma das críticas mais presentes nas teorias que propõem a normativização de algum elemento do dolo, principalmente a do elemento volitivo, remete a alegada impossibilidade de provar sua existência. As queixas sustentam que a aferição de um elemento psicológico do dolo representa uma tarefa impossível que, portanto, deve ser relativizada ou eliminada. Sendo inacessível o dolo como dado real, propõem que ele seja tão somente atribuído, e não descrito⁷. Tal normativização de elementos do dolo, por vezes, acabaria por ampliar o campo do dolo eventual e englobar a figura da culpa consciente⁸.

Essa visão, além de conflitar com a teoria majoritária, também é acusada de apresentar incompatibilidades ante a princípios relevantes para o Estado Democrático de Direito, já que, como mencionado, amplia substancialmente o campo de aplicação do dolo⁹. Mesmo autores que defendem uma revisão do dolo entendem que sua atribuição, como regra geral, supõe a aplicação ao autor de uma pena mais gravosa do que seria a de um crime imprudente¹⁰. Mais do que isso, a aproximação da imprudência ao dolo acarretaria na punição de condutas específicas que não seriam punidas ante a ausência de previsão de sua figura culposa.

Os estudos sempre presentes acerca do dolo justificam-se pela importante busca de critérios racionais para sua definição, considerando as manifestas influências de caráter prático na vida social. Sabendo que não existe somente um pensador para cada uma teoria, sendo verdade que até dentro de uma mesma corrente existem diversas divergências, o trabalho busca visões de distintos autores para, no fim, discutir sobre os efeitos de uma normativização do dolo para fins de distinção entre dolo eventual e culpa consciente.

⁶ 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. cap. 3, p. 77.

⁷ 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. cap. 3, p. 77.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Arts. 1º a 120 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1, n.p.

⁹ PÉREZ, María Laura Manrique. **Acción, dolo eventual y doble efecto**: Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 24.

¹⁰ 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. cap. 3, p. 76.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DOLO

O dolo é importante componente de todo o Direito Penal, tendo, inclusive, passado por uma fase em que, de maneira geral, constituía o ponto central de toda a discussão deste ramo do Direito. “Não se falava de outra coisa”: questionava-se se o dolo era natural, falava-se sobre o *dolus malus*, sobre sua localização na tipicidade ou na culpabilidade e outras demais questões¹¹. Isto posto, não pode se afirmar que se trata de um assunto esgotado, uma vez que antigas discussões sobre o dolo ressurgem com novos questionamentos e camadas. É o que acontece com o dolo que, apesar de tradicionalmente entendido como psicológico, passa, em uma crescente bastante visível, a ser questionado.

Apesar das divergências e distintas construções doutrinárias, entende-se que a figura infracional penal é reveladora de uma ação humana dotada de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade¹². Tendo isso em mente e observando a construção dogmática penal atual, encontra-se o dolo logo na primeira parte da análise do crime, ou seja, na tipicidade. Welzel, com suas notórias contribuições à construção do Direito Penal, possibilitou que o conceito de ação final pudesse ser, de alguma forma, a base da Teoria Geral do Delito contemporânea. Assim, com a constatação do finalismo de que toda ação humana possui como elemento uma intenção, a dirigibilidade do comportamento assume posição fundamental. É presumível que deve, deste modo, compor o tipo penal, responsável por sua descrição. Assim, Welzel realiza o importante movimento de deslocamento do dolo e da culpa da culpabilidade à tipicidade. Em breve síntese, o dolo representa o elemento subjetivo do tipo, e a culpa, o elemento normativo que realiza o papel de ligar, excepcionalmente, o agente à ação¹³. Realizado tal deslocamento, a culpabilidade passou a ser, de maneira integral, normativa.

Relevante mencionar que tipo e tipicidade, apesar de intimamente relacionados, correspondem a institutos distintos. O tipo penal é a descrição abstrata de uma conduta vedada pela lei penal. Já a tipicidade, de visível relevância para a compreensão do papel do dolo na ação penal, permite a realização de um juízo ao qual se afigure se um fato concreto corresponde com o tipo que é abstratamente previsto pela lei. A tipicidade, por sua vez, é dividida em tipicidade objetiva e subjetiva¹⁴. Sobre os contornos, importante a distinção entre tipo objetivo e tipo subjetivo. Enquanto o primeiro reflete uma realidade externa, ou seja, representa o

¹¹ VIVES ANTÓN, Tomás S. Fundamentos del sistema penal. Valencia: **Tirant lo Blanch**, 1996, p. 625.

¹² SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 261.

¹³ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 266.

¹⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 268.

comportamento descrito na norma penal incriminadora, sem qualquer carga psicológica, o tipo subjetivo relaciona-se justamente com determinadas representações anímicas do sujeito ativo. É justamente por isso que se faz possível afirmar que o único tipo subjetivo é o dolo, uma vez que a culpa não representa qualquer ligação de ordem psicológica do agente à conduta, representando, tão somente, um elemento normativo do tipo¹⁵.

Portanto, é possível afirmar que o dolo e a culpa são os dois elementos capazes de permitir que uma conduta humana seja responsabilizada pelo Direito Penal. Somente na existência de algum desses elementos, um acontecimento objetivo pode fundamentar uma consequência jurídico-penal ao agente. De tal forma, um acontecimento que não é ao menos culposo, mas sim ocasionado por caso fortuito, não é capaz de ensejar a responsabilização de qualquer pessoa¹⁶.

A definição do elemento subjetivo, ou seja, do dolo do agente por ocasião da imputação de responsabilidade é de extrema relevância na contemporaneidade. Ao traçar as zonas do ilícito, é dever do direito apresentar limitações à intervenção estatal. Um desses limites relaciona-se com a intensidade subjetiva com a qual o agente ingressa na zona do ilícito e, dessa forma, lesa ou ao menos atenta contra algum bem jurídico protegido¹⁷. Tendo em vista a crescente influência do discurso punitivista (e sua ressonância nas mídias de massa) que, sob os dizeres de evitar “injustiças”, pervertem a dogmática penal, resta clara a necessidade de maior aprumo dogmático¹⁸.

Contraintuitivamente, o Código Penal brasileiro é breve quanto à descrição do dolo e da culpa. O primeiro foi dividido em duas modalidades, quais sejam a do dolo direto e a do dolo eventual. Quanto à culpa, o Código Penal escorou-se nos conceitos-exemplos de negligência, imprudência e imperícia¹⁹. Ressalta-se que que a culpa não representa um elemento subjetivo do tipo, mas sim, normativo. O único representante do elemento subjetivo do tipo é o dolo. A culpa, por sua vez, significa atuação descuidada, não intencional, por meio da violação de um dever objetivo de cuidado. Ausente, portanto, qualquer elemento subjetivo do agente²⁰.

¹⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 270.

¹⁶ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito penal** 2. Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 289.

¹⁷ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.; p. 272.

¹⁸ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 295.

¹⁹ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 288.

²⁰ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 277.

O dolo, tradicionalmente tratado sob a ótica do finalismo, aparece como a consciência e vontade de realizar os elementos objetivos de um tipo penal e possui como referência o domínio sobre a ação causal dirigida a determinado fim, incluída nesse domínio a consciência atual acerca de todas as circunstâncias objetivas que compõem o tipo objetivo²¹. A vontade, por sua vez, incondicionada, deve abarcar tanto a conduta, quanto o resultado e o nexo causal²².

A culpa, por sua vez, pode ser compreendida como a violação de um dever objetivo de cuidado. Considerando que, no finalismo, todas as ações são finalisticamente orientadas, na culpa a finalidade também existe. O que acontece é que, na maior parte das vezes, o fim almejado na conduta culposa é penalmente irrelevante. A responsabilidade do agente é imputada de acordo com o resultado causado por uma externalidade de seu comportamento²³. A culpa, ainda, pode ser dividida entre inconsciente, quando o agente sequer previu a possibilidade do resultado, ou consciente, na qual o agente, apesar de ter previsto o resultado, acreditou, sinceramente, que poderia evitá-lo²⁴.

Um dos temas mais controvertidos do Direito Penal reside na diferenciação entre a modalidade eventual do dolo e a modalidade consciente da culpa, que requer uma delimitação cuidadosa e causa entre a doutrina uma conhecida problemática²⁵.

Em linhas gerais, o dolo eventual consiste na assunção da produção do resultado de lesão ou de perigo ao interesse considerado relevante ao direito penal. Há, neste cenário, uma ideia de anuência ou de aceitação para com o resultado que é previsto, mas não desejado pelo agente. Desse modo, é possível compreender a alegação de que, nessa questão, acatou o legislador brasileiro a teoria do consentimento²⁶. No que tange à culpa consciente, o agente prevê a possibilidade do resultado danoso, mas apesar da infração do dever de cuidado, acredita na não ocorrência do resultado em questão²⁷.

É possível perceber que a discussão pátria acerca da diferenciação mencionada está, majoritariamente, pautada pela ótica das teorias volitivas do dolo, uma vez a importância do

²¹ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.; p. 273-274.

²² SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 288-289.

²³ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1, p. 300.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Arts. 1º a 120 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1, n.p

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Prefácio. In: Fundamentos de teoria do delito. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 25-34.

²⁶ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 289.

²⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 295.

finalismo welzeniano para o cenário brasileiro. Entretanto, ganham hoje espaço teorias do dolo que não se pautam na vontade em sentido psicológico, o que, uma vez mais, incita novos debates. Em geral, as teorias denominadas normativo-atributivas apontam críticas à acepção do dolo sob um viés psicológico e propõem que ele seja, em substituição, compreendido como um elemento de natureza normativa. Elemento que, desta forma, deve ser atribuído e não descrito. Neste cenário, os estudos acerca da barreira entre a imprudência consciente e o dolo eventual ganham outra face, permitindo que os mesmos institutos sejam interpretados de maneira diversa da quase cristalizada doutrina tradicional e que produzam resultados igualmente diferenciados.

1. 1. O dolo no Código Penal brasileiro

A discussão sobre os elementos subjetivos do tipo, ainda que iniciada com o neokantismo, teve grande reviravolta com a teoria finalista da ação, desenvolvida por Welzel. A teoria inseriu o elemento psicológico já na tipicidade, restando para a culpabilidade aspectos puramente normativos. O entendimento sobre o dolo mais aceito contemporaneamente é justamente o trazido pelo finalismo, mesmo com o desenvolvimento de novas teorias, chamadas de pós-finalistas. Para o finalismo, o tipo subjetivo é preenchido por dois grandes elementos, o conhecimento, também chamado de elemento intelectivo ou cognitivo; e a vontade, o elemento volitivo²⁸. Apesar de, como dito, ser a teoria mais aceita e difundida, outras teorias compreendem que o dolo pode ser composto apenas pelo conhecimento.

Entretanto, inegável é que o Código Penal brasileiro, disposto pelo Decreto-Lei 2.8040 de 1940, sofreu forte influência da teoria final de ação. Tal constatação conduz a percepção de que, por meio da estrutura desenhada pelo legislador, punem-se condutas dirigidas a um fim expressamente proibido pelo Direito. Nas palavras de Welzel²⁹, um dos maiores idealizadores da teoria:

Ação humana é exercício de atividade final. Ação é, por isso, acontecimento final, não meramente causal. A finalidade ou o sentido final da ação se baseia no poder humano de prever, em determinados limites, por força de seu saber causal, os possíveis efeitos de sua atividade, propor-se diferentes fins e dirigir, planificadamente, sua atividade para a realização destes fins. (...) Porque a finalidade se baseia na capacidade da vontade de prever, em determinados limites, as consequências da intervenção causal, e, através desta, dirigir-la de modo planificado para a realização do fim, a vontade consciente do fim, que dirige o acontecer causal, é a espinha dorsal da ação final.

²⁸ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 276.

²⁹ WELZEL, Hans. **Das Deutsche Strafrecht**, 1969, § 8, I , pp. 33-34. apud SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 86.

Como resultado do pensamento de Welzel — que entende que o ser humano antecipa os fins, elege os meios e executa o comando sobre o curso causal para atingir o resultado —, o elemento subjetivo do tipo, que antes ocupava espaço na culpabilidade, foi transferido para a primeira parte da análise do delito, a tipicidade, mantendo-se a consciência do ilícito na culpabilidade³⁰. Este deslocamento é apontado na doutrina como uma das maiores contribuições do finalismo para teoria do delito³¹.

Para começar a discussão sobre o elemento subjetivo do tipo no Código Penal brasileiro, quase sempre se introduz o dolo como o “saber e querer (conhecimento e vontade)” de todas as circunstâncias do tipo legal³². No seio da teoria finalista, o tipo subjetivo, compreendido como o aspecto psicológico do agente no momento do delito, é o dolo, mas, na sua falta, é possível que, excepcionalmente, uma conduta seja penalizada a título de culpa. Isso acontece porque, de acordo com o parágrafo único do art. 18 do Código Penal, “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”³³. A imprudência, elemento normativo do tipo, possui duas formas, a consciente e inconsciente, que se contrapõem às três formas do elemento subjetivo do tipo: o dolo direto de primeiro grau, o dolo direto de segundo grau e o dolo eventual³⁴.

É possível afirmar que o legislador brasileiro, diferente de outros ao redor do globo, elegeu uma teoria para reger o dolo, qual seja, a teoria do consentimento³⁵. Entretanto, há uma espécie insatisfação generalizada acerca da ausência ou insuficiência de definição de expressões importantes para o direito penal, como “quis o resultado” ou “assumiu o risco de produzi(r o resultado)”. Neste sentido, surge a necessidade de que se defina de maneira mais clara o que querem dizer tais expressões³⁶.

Em breve síntese, a primeira modalidade do dolo é o dolo direto ou determinado, que estará presente quando o agente desejar o resultado de lesão ou de perigo ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Essa noção denota o acolhimento da teoria da vontade, identificado

³⁰ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 286.

³¹ TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo** [recurso eletrônico] 5. ed., rev. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 97.

³² ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General Tomo I. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 415-416.

³³ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 283.

³⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General Tomo I. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 415.

³⁵ HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 1978. v. I, tomo II, p. 116.

³⁶ LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**: O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 135.

com a ideia de intenção ou propósito³⁷. O dolo direto de primeiro grau compreende a proposição do fim como conteúdo principal da vontade consciente, que unifica e estrutura a ação.

O dolo direto de segundo grau consiste na seleção dos meios de ação para realizar o fim, determinados regressivamente pelo fim objetivado³⁸. É no dolo direto de segundo grau que se encontram os meios de ação eleitos para a realização do fim querido pelo agente e, de modo especial, as consequências típicas consideradas certas ou necessárias. Não é necessário que tais consequências sejam queridas pelo agente. É possível, inclusive, que tais consequências sejam lamentadas por ele, o que não é suficiente para afastar a imputação a título de dolo direto de segundo grau³⁹.

Já o dolo eventual, finalmente, constitui a segunda modalidade do dolo e significa a assunção de produção do resultado de lesão ou de perigo ao interesse penalmente protegido⁴⁰. Esta distinção entre os três tipos de dolo é relevante, uma vez que nem sempre o legislador determina punições a qualquer ação dolosa, exigindo, por vezes, uma determinada intenção ou propósito, podendo, nesses casos, excluir a possibilidade de punição em caso de dolo eventual⁴¹.

É verdade que dolo eventual dá subsídio para um debate bastante aforado no Direito Penal, uma vez que a fronteira entre ele e a imprudência consciente, por muitas vezes, parece demasiadamente fina. A definição e consequente distinção entre estes dois institutos é reiteradamente aludida como uma das mais difíceis questões deste ramo do direito⁴². O dolo eventual traz a ideia de assunção da produção do resultado de lesão ou de perigo ao interesse penalmente protegido. De acordo com o Professor Nelson Hungria, “no dolo eventual o agente presta anuência ao advento desse resultado, preferindo arriscar-se a produzi-lo, ao invés de renunciar à ação”. Neste sentido, no dolo eventual há não só a representação do resultado pelo agente, mas também o seu consentimento que, neste sentido, nada mais é do que uma forma de o querer⁴³. Essa diminuição tanto do elemento intelectual quanto do elemento volitivo acarreta em uma diminuição da substância do dolo que, nos casos limite, aproximam sobremaneira o dolo eventual da imprudência consciente⁴⁴.

³⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 289.

³⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 87.

³⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 133.

⁴⁰ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 289.

⁴¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General Tomo I. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 415.

⁴² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 134.

⁴³ HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 1978. v. I, tomo II, p. 115-116.

⁴⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General Tomo I. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 416.

Observa-se, portanto, que o dolo, de maneira tradicional, é dividido em dois elementos, o intelectivo e o volitivo. As divergências acerca desta divisão serão melhor exploradas posteriormente, motivo pelo qual, neste momento, será apresentada apenas a teoria majoritária do dolo. O primeiro destes componentes, o elemento cognitivo do dolo, é representado pelo conhecimento atual do agente acerca das circunstâncias de fato do tipo objetivo. Para sua caracterização não é suficiente que o conhecimento seja apenas potencial, mas que abranja tanto os elementos presentes quanto futuros do tipo objetivo. Não é necessário, entretanto, que seja verbalizado. Por fim, para que o conhecimento qualifique o dolo, é imprescindível que os elementos descriptivos do tipo legal sejam representados na forma de sua existência natural e que os elementos normativos o sejam conforme seu significado comum⁴⁵.

O elemento volitivo do dolo, por sua vez, é representado pela vontade, informada pelo conhecimento, de realizar o tipo objetivo. Esta vontade deve ser incondicionada — como decisão de ação já definida a um fim, capaz de influenciar o acontecimento no mundo real —, permitindo que se atribua ao autor a responsabilidade pelo resultado típico. Tendo em vista as teorias majoritárias do dolo, vontade é o desejo do autor de realizar os elementos mencionados no tipo objetivo e/ou de atingir determinado fim proibido no direito. A vontade pode ser definida como a “projeção de energia psíquica dirigida à lesão de bens jurídicos protegidos no tipo legal”⁴⁶.

Há, entretanto, imensas discussões sobre, propriamente, a ambiguidade do termo “vontade”, pauta que é levantada por diversos autores em seus escritos. De acordo com Silva, a palavra vontade relaciona-se com a “faculdade do querer, a manifestação exterior de um desejo, o propósito em fazer alguma coisa, a intenção de proceder desta ou daquela forma”⁴⁷. Assim, a definição de vontade pode permitir distintos significados, inclusive a “manifestação exterior”, o que permite leituras além do querer subjetivo, conforme se observa nas teorias que pretendem, de uma forma ou de outra, alterar o que se entende como dolo⁴⁸.

1. 2. O dolo nas teorias da ação

As teorias da ação ganham da doutrina penal relevância no momento em que o conceito de ação, no sistema de fato punível, é reconhecido como detentor de funções de unificação,

⁴⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 128-129.

⁴⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 129-130.

⁴⁷ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**, Volumes III e IV, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982, p. 102.

⁴⁸ GOMES, Enéias Xavier. **Dolo sem vontade psicológica**: perspectivas de aplicação no Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 102-103.

fundamentação e delimitação de ações humanas⁴⁹. Neste sentido, nas palavras de Aníbal Bruno, a ação constitui elemento central do tipo punível, dando suporte material para os outros elementos da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade⁵⁰.

Neste trabalho faz-se importante realizar uma breve descrição acerca das teorias da ação mais tradicionais uma vez que, conforme avança-se no tema da normativização do dolo, percebe-se a existência de teorias distintas que, muitas vezes, apresentam divergências entre si, mas que, entretanto, possuem um elemento que é entendido como o “inimigo de todas elas”: o finalismo proposto por Welzel, carregado de concepções ontológicas⁵¹.

É declarada como objetivo imediato do Direito Penal a regulação de condutas humanas, com vistas à proteção subsidiária de bens jurídicos considerados fundamentais para a convivência em sociedade⁵². Assim, comprehende-se que o direito penal surge para cumprir funções concretas de e para uma sociedade que se organizou de determinada forma⁵³. O ponto central do Direito Penal, portanto, consiste na desvalorização de condutas ou omissões humanas compreendidas como intoleráveis por determinada sociedade, consideradas graves o suficiente para serem sancionadas pelo ramo mais gravoso do Direito, qual seja, o Direito Penal⁵⁴. Em função de tais pressupostos, preocupou-se a Teoria Geral do Delito em sistematizar a conduta do agente em sistemas de ação.

O conceito de ação surgiu do questionamento político, que buscava entender a justificativa de punibilidade de uma conduta humana de acordo com o resultado que produzisse⁵⁵. Não há, segundo os autores, uma delimitação precisa acerca dos primeiros movimentos para a formulação de um conceito de ação. Entende-se que a melhor definição para a ação surgiu com o trabalho de Albert Berner, em 1857. De acordo com a visão do autor,

⁴⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 7. ed. Curitiba: ICPC, 2017, p. 113.

⁵⁰ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: Tomo 1º: Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 281.

⁵¹ JORIO, Israel Domingos. **Presunção e normativização do dolo e sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana**. Orientador: João Maurício Adeodato. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2014, p. 164.

⁵² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 370, apud SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 203.

⁵³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, 5. reimpressão, 2020, p. 19.

⁵⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 203;

⁵⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 204.

entende-se como ação o movimento exteriorizado da vontade. O que importava, assim, era a manifestação da vontade no mundo exterior⁵⁶.

Sobre as teorias da ação, observa-se um movimento pendular que alterna concepções ontológicas e normativas. Por vezes entende-se a ação como algo essencial e pré-jurídico, e por outras como uma noção valorativa que deve, desta maneira, ser atribuída⁵⁷. Os modelos de ação podem ser divididos em dois grupos: o dos modelos instrumentais e o dos modelos performáticos. Os três modelos explorados no presente trabalho (quais sejam o causal, final e social) são instrumentais, baseados na relação entre meio e fim, e se contrapõem aos modelos performáticos, que se baseiam em normas e regras sociais⁵⁸.

Conforme exposto, o Código Penal brasileiro foi influenciado pela teoria da ação finalista, proposta por Welzel. Neste sentido, o entendimento majoritário é de que o dolo possui dois grandes elementos, quais sejam o elemento intelectivo, ou cognitivo, e o elemento volitivo. O elemento cognitivo é comumente compreendido como o conhecimento atual das circunstâncias do tipo presentes no momento da ação e como representação atual tanto do curso causal como do resultado⁵⁹. O conhecimento é um elemento praticamente unânime para a caracterização dolo, sendo que, no Brasil, resta impossível descartar sua necessidade, tendo em vista o art. 20 do Código Penal brasileiro⁶⁰.

O elemento volitivo, por sua vez, é caracterizado pela vontade de realização do delito, que deve ser incondicionada e abarcar a conduta, o resultado e o nexo causal⁶¹. Na maior parte das vezes, as discussões que propõem reduzir os elementos do dolo voltam-se a este integrante, por vezes, descartando de toda forma a sua relevância.

Não é verdade, portanto, que a concepção de dolo como conhecimento e vontade encontra unanimidade entre os estudiosos do dolo. Entre nós, por exemplo, Luís Greco é defensor de um “dolo sem vontade”, apresentando-se como um dos representantes das teorias cognitivas, entendendo como suficiente para a caracterização do dolo o elemento cognitivo. Observa-se, de tal maneira, que unânime é apenas o elemento cognitivo do dolo⁶², já que, quanto

⁵⁶ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 204.

⁵⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 207.

⁵⁸ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020; p. 136.

⁵⁹ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: **Tirant lo Blanch**, 1996, p. 627.

⁶⁰ Código Penal: *Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.*

⁶¹ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 289.

⁶² VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: **Tirant lo Blanch**, 1996, p. 262.

ao elemento volitivo, percebe-se suas diversas relativizações e, inclusive, tentativas de eliminação. De tal forma, mostra-se relevante apresentar, ainda que brevemente, três das teorias da ação para que se entenda, de maneira geral e antes de adentrar nas teorias normativas, como as teorias da ação mais tradicionais compreendem os elementos do dolo.

1. 2. 1. O modelo causal

O modelo causal da ação surgiu por Luden e Bernen e teve seu conceito posteriormente deflagrado por Von Liszt, no fim do século XIX. A concepção causal da ação foi erigida, além de por este último autor, por Beling, e foi depois fortificada por Radbruch, no século XX. Nessa concepção, valorizam-se compreensões baseadas nas ciências naturais, e dá-se pouco ou nenhum valor ao elemento relacionado com o metafísico. O modelo causal, pelas palavras de Von Liszt, define a ação como “o movimento corpóreo que produz modificação no mundo exterior”. Em linhas gerais, para o modelo causal, ação é a “causa do resultado”⁶³. O modelo causal exige que a ação seja permeada pela voluntariedade, que é entendida apenas como a ausência de coação física irresistível⁶⁴.

Até o momento, qualquer construção íntima do autor acerca da vontade ou não de realizar a ação era analisada, somente, na culpabilidade. Assim, elementos volitivos do agente restavam apartados do núcleo conceito da conduta, diferente do que hoje se aplica. Essa construção ficou conhecida como o sistema Liszt-Beling, que diferenciava, claramente, o aspecto causal-objetivo e o anímico-subjetivo, uma vez que todo e qualquer juízo de valor subjetivo era atribuído à culpabilidade⁶⁵.

O modelo causal de ação possui uma estrutura objetiva, calcada na ação humana, que prescinde de qualquer construção volitiva por parte do agente, e determina um resultado, que é a modificação no mundo exterior. Sem resultado, portanto, não existe ação, mas à vontade, entretanto, não é atribuída a mesma importância. Conforme afirma posteriormente Welzel, o modelo causal de ação prescinde da função constitutiva da vontade dirigente da ação e, desta maneira, a transforma em simples processo causal objetivo desencadeado por um ato de vontade qualquer⁶⁶.

⁶³ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020; p. 137.

⁶⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 83-86.

⁶⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 207-209.

⁶⁶ WELZEL, Das Deutsche Strafrecht, 1 969, § 8, III 2, apud SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 84.

Historicamente, portanto, reconheceu-se a localização do dolo na culpabilidade, sendo que sua transposição para a tipicidade apenas aconteceu mais tarde pela influência da teoria finalista da ação⁶⁷. Importante ressaltar que, mesmo quando o dolo e a culpa localizavam-se na culpabilidade, aquele consistia no mais grave elemento subjetivo da culpabilidade⁶⁸.

1. 2. 2. O modelo final

O modelo final da ação, introduzido na dogmática penal por Welzel, surge como crítica ao modelo causal de ação e conta com a contribuição de diversos outros autores. O mencionado autor já traz grandes contribuições ao distinguir a ação do mero acontecer causal. Enquanto os acontecimentos naturais são resultados de fatores causais, a ação humana sempre compreende uma atividade dirigida a um fim específico⁶⁹.

A teoria define a ação como a realização de uma atividade final, alicerçada no saber causal, adquirido pela experiência e preservado como ciência, que possibilita a previsão acerca das consequências possíveis da ação, a propositura de diferentes fins e direção da atividade para a realização do fim perquirido⁷⁰. São consideradas finais tanto as ações comissivas quanto as omissivas. A omissão, neste sentido, é lida como a “não-realização de uma determinada ação finalista que o agente podia realizar em uma situação concreta”⁷¹. Neste sentido, importa ressaltar que, desde os primórdios, compreendeu-se que o a teoria finalista, além de obrigar uma alteração no sistema do Direito Penal, também modificou premissas de questões dogmáticas concretas, como é o caso do dolo eventual⁷².

O elemento subjetivo do tipo apresenta-se como um elemento psicológico intrínseco ao autor e não é analisado sob parâmetros normativos, mas sim ontológicos. De tal modo, não se faz possível, na concepção finalista, a existência de uma conduta sem finalidade. O modelo final distingue o fato natural da ação humana: aquele é o fenômeno determinado pela causalidade, enquanto este é um acontecimento dirigido pela vontade consciente do fim. A vontade assume o sentido de energia produtora da ação humana que tem como direção

⁶⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General Tomo I. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 307.

⁶⁸ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: Tomo 2º: Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 57.

⁶⁹ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: Tomo 1º: Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 288.

⁷⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 86.

⁷¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 3 v, p. 300.

⁷² KAUFMANN, Armin. “El dolo eventual en la estructura del delito”. Em Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Trad. R. F. Suarez Montes, Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1969, p. 195-206, p. 185.

inteligente a consciência do fim⁷³. Neste sentido, a vontade aparece como um movimento psíquico dirigido a um fim⁷⁴.

A teoria finalista da ação contribuiu para a identificação de um fundamento psicossomático do conceito de crime, observando “a unidade subjetiva e objetiva da ação humana, qualificada pelos atributos ecológicos do tipo de injusto e da culpabilidade, como base real do conceito de fato punível”. Nesse sentido, o modelo final da ação está preocupado, também, com a função atribuída às normas penais, que se dirigem à vontade humana apresentando tanto proibições como mandamentos de ação. A estrutura final da ação, adotada pelo legislador brasileiro, é compreendida como constitutiva para o Direito Penal, cujas proibições ou determinações não se dirigem a processos casuais inabitados, mas sim à vontade humana. Para o finalismo, a vontade é a espinha dorsal da ação.⁷⁵

Alguns autores criticam o fato de que, para Welzel, nome de extrema relevância o nascimento e deslinde da teoria final da ação, a ação só existe se acompanhada de uma intenção, ou finalidade. Isso porque, desta maneira, a teoria fracassaria ao tratar dos delitos imprudentes que, apesar de serem consideradas ações para o Direito Penal, não seriam acompanhadas de uma intenção ou finalidade⁷⁶.

O próprio Welzel, ao tratar da finalidade e do dolo, esclarece que a finalidade é mais genérica, fundamental. Neste sentido, a finalidade designa a qualidade de uma ação de ser um acontecimento dirigido. É, assim, um conceito pré-jurídico. O dolo, por sua vez, indica que a direção da ação se orienta para a realização do tipo objetivo. É, portanto, um termo jurídico⁷⁷.

Neste sentido, em defesa do dolo ontológico welzeniano, rebate-se que a crítica de que o modelo final teria dificuldades para explicar a ação imprudente não se sustenta. Isso porque a ação imprudente poderia ser definida como a execução defeituosa da ação permitida. Ou seja, o defeito desta ação reside no modo concreto de sua realização, lesivo do dever de cuidado ou do risco permitido, ou porque o autor confia na evitação dos resultados indesejados ou porque sequer pensa neles⁷⁸.

⁷³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 87.

⁷⁴ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: Tomo 1º: Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 289.

⁷⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1, p. 210.

⁷⁶ VIVES ANTÓN, Tomás S. Fundamentos del sistema penal. Valencia: **Tirant lo Blanch**, 1996, p. 237-238.

⁷⁷ WELZEL, Hans. **La doctrina de la acción finalista, hoy**. Nuevo Foro Penal, v. 1, p. 60-68, 1978, p. 64.

⁷⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 7. ed. Curitiba: ICPC, 2017, p. 100.

A concepção finalista de ação de Welzel, consagrada no ordenamento jurídico brasileiro nos dias de hoje, obrigou a transformação de todo o sistema dogmático penal, uma vez que, com seu surgimento, o dolo já não é elemento da culpabilidade, mas sim componente da própria ação. Está, portanto, transferido o dolo para a tipicidade⁷⁹. Neste sentido, a teoria final da ação comprehende que, na ação humana, a vontade é a energia produtora da ação⁸⁰. Diferencia-se, portanto, do modelo causal de ação que, ainda que igualmente ontológico, possuía enfoque objetivo, e não subjetivo, como possui o modelo final⁸¹.

1. 2. 3. O modelo social

O modelo social de ação, desenvolvido para incluir e criticar tanto o modelo causal quanto o modelo final de ação, pauta-se na necessidade de que a ação seja considerada socialmente relevante como pressuposto de sua análise pelo direito penal. O modelo foi criado por Eberhard Schmidt e desenvolvido por Jescheck, Wessels e outros⁸² em 1930, com um viés neokantista. O modelo social é fruto de um desdobramento das condições materiais do Estado de Bem-Estar e as perspectivas de assimilar no seu contexto aquilo considerado relevante para o seu desenvolvimento⁸³.

Procurou-se, como modelo, mitigar do modelo causal a exacerbada influência do naturalismo⁸⁴. Schmidt, em sua reelaboração do tratado de Liszt, definiu a ação como “conduta voluntária no mundo externo social”, diferenciando-se claramente de Liszt ao desprezar a ideia de que fenômenos fisiológicos pudessem, *per si*, configurar ações⁸⁵.

Apesar de oferecer críticas ao modelo causal da ação e seu naturalismo, o modelo social não deixou de criticar, também, o modelo finalista. De acordo com os defensores do modelo social, o modelo proposto por Welzel, ao dar tamanha relevância à vontade e ressaltar o elemento subjetivo do tipo, trata do fenômeno com viés demasiado individualista. A teoria social, portanto, buscou conciliar visões ontológicas e normativas, tentando superar o que entendeu como defeitos das teorias anteriores⁸⁶.

⁷⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General Tomo I. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997; p. 239-240.

⁸⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 7. ed. Curitiba: ICPC, 2017, p. 97.

⁸¹ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1, p. 210.

⁸² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014; p. 90-91.

⁸³ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.; p. 139.

⁸⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 212.

⁸⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General Tomo I. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 244.

⁸⁶ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1, p. 212.

O modelo social sofre severas críticas quanto o que é entendido como imprecisão de seus termos, acusado não conceituar de maneira satisfatória termos relevantes para a teoria, como “ação socialmente relevante” e “fenômeno social”⁸⁷. Alguns críticos sustentam que o modelo social da ação não deve sequer ser considerado um modelo de ação. Nesse sentido, compreendem que o modelo social da ação somente mescla elementos do modelo causal e do modelo final. Outros sustentam que não há razão científica para negar aplicabilidade ao modelo social da ação e que este utiliza de conceitos retirados no modelo finalista, apenas trazendo um *supraconceito*, que é a “relevância social”, característica atribuível tanto a ação e omissão e que representa um atributo axiológico do tipo de injusto⁸⁸.

O atributo de relevância social designa uma propriedade necessária para valorar o injusto. Para o modelo social de conduta, existem ações socialmente relevantes e ações socialmente não relevantes. De tal modo, conclui-se que a relevância social é uma característica que uma ação pode ou não ter, e, na sua falta, não faz sumir a ação, mas somente sua significação social⁸⁹.

⁸⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014; p. 91;

⁸⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014; p. 92.

⁸⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General Tomo I. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 247.

2. AS TEORIAS DO DOLO

Ao se estudar sobre o dolo, percebe-se uma grande controvérsia construída em torno de seu conteúdo, ou seja, questiona-se quais são os elementos que constituem o dolo⁹⁰. Quando se introduz o tema das teorias do dolo, o comum é que se pense em uma categorização representada por dois grandes grupos. O primeiro deles, formado pelas teorias cognitivas do dolo, entende que é o conhecimento acerca das situações fáticas que determina a presença ou ausência do dolo por parte do agente. 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 protegido⁹¹.

A outra grande categoria abarca as teorias volitivas do dolo. Aqui, o conhecimento não é suficiente para restar caracterizado o dolo, sendo imprescindível que o agente manifeste, também, a vontade. Tradicionalmente, constituem o dolo ambos estes elementos, o conhecimento e a vontade de praticar uma conduta típica⁹². No bojo das teorias volitivas, o dolo pode aparecer tanto sob uma perspectiva ontológica quanto por uma perspectiva normativa. As teorias mais relevantes deste ramo são a do consentimento; da indiferença; e da evitação não comprovada.⁹³ Nesta teoria, notadamente a mais aceita, o dolo é a vontade consciente de realizar um crime, ou seja, a vontade consciente de realizar o tipo objetivo de um crime. Ganham relevância os elementos de saber e querer, o primeiro como a consciência, ou representação psíquica, e o segundo como vontade, ou energia psíquica. Estes elementos são considerados como fatores formadores da ação típica dolosa⁹⁴.

É proveitoso ressaltar que não escapa à doutrina críticas direcionadas a ambas as teorias. Neste sentido, surgem apontamentos no sentido de que concepção ontológica ou psicológica do dolo é ultrapassada, uma vez observadas todas as problemáticas e dificuldades quando se busca observar o dolo e provar sua existência. Entretanto, na mesma seara, surgem duros questionamentos às teorias puramente cognitivas quanto à possibilidade de que a ausência total

⁹⁰ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 3, p. 219-245, p. 219.

⁹¹ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 298.

⁹² CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 3, p. 219-245, p. 219.

⁹³ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 297.

⁹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 7. ed. Curitiba: ICPC, 2017, p. 92.

de um elemento volitivo dê exacerbada margem às decisões arbitrárias. Nesse caso, portanto, as teorias que entendem o dolo como uma categoria puramente objetiva careceriam de legitimidade⁹⁵.

2. 1. As teorias cognitivas

Mesmo que, tradicionalmente, o dolo seja entendido como conhecimento e vontade da realização dos elementos de uma conduta objetivamente típica, cresce a tendência, tanto pela doutrina quanto pelos tribunais, de compreender o dolo apenas como consciência da realização de um comportamento típico objetivo. As teorias cognitivas, na contramão da doutrina majoritária, compreendem que, na existência de um elemento cognitivo acerca de determinado risco, não é necessária a presença de um elemento volitivo dirigido ao tipo objetivo. Neste sentido, o elemento volitivo poderia servir, como sustentam alguns autores, como um indicador da existência do dolo⁹⁶.

As teorias cognitivas, de maneira geral, dispensam o elemento volitivo e concentram-se no elemento cognitivo, ou seja, no conhecimento. Os adeptos destas teorias do dolo defendem que, para afirmar a presença do dolo, basta que o sujeito ativo tenha representado a ocorrência em sua conduta dos elementos objetivos exigidos pelo tipo⁹⁷. O grupo de penalistas que desenvolveu o conceito de uma teoria que dispensa o elemento volitivo para a caracterização do dolo assim o fez, inicialmente, para oferecer uma solução para a distinção entre dolo eventual e culpa consciente compreendida, por eles, como “mais convincente”⁹⁸.

Há uma grande discussão em torno do próprio elemento cognitivo, o que indica que a própria conceituação do “saber” não é uma tarefa simples. De maneira geral, compreende-se que o elemento intelectual do dolo é construído no interior da consciência do agente (ainda que, mesmo neste aspecto, existam divergências), por consideráveis vezes entendido como inacessível à constatação empírica de terceiros, que somente poderão ter conhecimento do saber

⁹⁵ 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. cap. 3; p. 77-78.

⁹⁶ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. **La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo.** Cuadernos de política criminal, Nº 65, 1998, p. 269-364, p. 293.

⁹⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Consideraciones sobre la prueba del dolo. **Revista de Estudios de la Justicia**, Chile, p. 13-26, 2014, p. 15.

⁹⁸ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 3, p. 219-245, p. 221.

do agente a partir de manifestações exteriorizadas⁹⁹. Neste sentido, já se observa a possibilidade de críticas à concepção psicológica até mesmo do conhecimento.

Determinados autores afirmam que algumas das teorias que alegam se aproximar mais das teorias cognitivas do que das teorias volitivas, entretanto, possuem a necessidade da constatação de algum elemento volitivo para demonstrar a presença do dolo. Assim, conforme observa Carlos Martínez-Buján Pérez, as modernas teorias cognitivas corriqueiramente renunciam à constatação de um elemento específico volitivo, mas o introduzem no objeto do conhecimento. É o que acontece, por exemplo, com a concepção significativa do dolo¹⁰⁰. É possível, entretanto, observar teorias que defendam que até mesmo o elemento cognitivo prescinda de característica psicológica e que deva ser tratado de forma completamente normativa.

As teorias cognitivas, ainda, podem ser divididas entre subjetivas e objetivas. Aquelas buscam caracterizar o conhecimento de acordo com o que o autor sabe na situação concreta da realização da ação típica, enquanto estas prescindem, mais ou menos, desta característica, e a substituem por critérios puramente objetivos e generalizadores. Como exemplo de tese cognitiva subjetiva, pode-se mencionar Frisch, que rechaça um vínculo específico entre autor e resultado e se contenta caso o autor tome voluntariamente a decisão de realizar o fato estando consciente do perigo intrínseco na realização do tipo. Desse modo, o dolo eventual pode ser contemplado como arquétipo de dolo. Admitida tal hipótese, contudo, poder-se-ia opor como crítica a constatação de que, nas teorias cognitivas subjetivas, não se elimina verdadeiramente o componente volitivo, sendo este apenas transferido para o conteúdo do conhecimento — ainda que tal característica volitiva seja auferida em pautas estritamente normativas. Inexistiria, portanto, diferença material entre tais teses e as que concebem como necessário um elemento volitivo propriamente dito¹⁰¹. Assim, afirma-se, por vezes, que as dificuldades metodológicas

⁹⁹ VIVES ANTÓN, Tomás S. Reexame do Dolo. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 4, p. 103-136, p. 106.

¹⁰⁰ PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. O conceito "significativo" de dolo: um conceito volitivo normativo. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 2, p. 54.

¹⁰¹ PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. O conceito "significativo" de dolo: um conceito volitivo normativo. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 2, p. 55-58.

enfrentadas pelas teorias cognitivas se assemelham, sobremaneira, àquelas enfrentadas pelas teorias volitivas¹⁰².

No âmbito das teorias cognitivas objetivas, podem ser apontados como alguns dos principais representantes Puppe e Herzberg. O último, ainda que alegue prescindir totalmente do elemento volitivo para a caracterização do dolo, encontra na doutrina certa ressalva. Por vezes, é visto como um autor que, na realidade, traz ao elemento cognitivo algum grau de incorporação de dados volitivos. Puppe, por outro lado, propõe uma “absoluta objetivação” ou “absoluta dessubjetivação do dolo”, trazendo a ideia de perigo qualificado. Para a autoar, há dolo quando a qualidade e quantidade do perigo conscientemente criado pelo agente são tamanhas que uma pessoa sensata apenas continuaria a realizar a ação se concordasse com o resultado¹⁰³.

Ressalta-se, contudo, a existência de críticas que sugerem que um enfoque puramente cognitivo do dolo pode conduzir a uma ampliação do âmbito doloso, o que contrariaria as premissas de um direito penal calcado em um Estado Democrático de Direito, e careceria, portanto, de legitimidade¹⁰⁴.

Observa-se que, por vezes, o próprio objetivo das teorias cognitivas é, justamente, ampliar o campo do dolo e diminuir o da imprudência:

O motivo principal é que uma aplicação coerente do dolo definido como vontade ou intenção leva a castigos como meras imprudências situações que, ante os olhos de qualquer espectador, parecem muito mais próximos ao merecimento de pena próprio dos comportamentos dolosos do que dos negligentes¹⁰⁵.

Assim, é possível constatar que, mesmo quando pautadas em processos psicológicos, as teorias cognitivas, ao contraporem o senso de que a vontade representa um papel importante na delimitação do dolo, podem relativizar tal elemento subjetivo. Ademais, questiona-se se tais teorias apresentam qualquer evolução teórica. Isso porque, se tratam o conhecimento sob um

¹⁰² HASSEMER, Winfried. **Los elementos característicos del dolo.** Tradução de María del Mar Díaz Pita. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Centro de Publicaciones Del Ministerio de Justicia, tomo XLIII, fascículo I p. 911-931, Enero-Abril, 1990, p. 923.

¹⁰³ LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo:** O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 139.

¹⁰⁴ PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. O conceito "significativo" de dolo: um conceito volitivo normativo. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal:** Modernas Tendências. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 2, p. 63-69.

¹⁰⁵ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Consideraciones sobre la prueba del dolo. **Revista de Estudios de la Justicia**, Chile, p. 13-26, 2014, p. 13. No original: “*El motivo principal es que una aplicación coherente del dolo definido como voluntad o intención lleva a castigar como meras imprudencias supuestos que, ante los ojos de cualquier espectador, parecen mucho más cercanos al merecimiento de pena propio de los comportamientos dolosos que al de los negligentes*”.

prisma psicológico, mantém mesmo problema de averiguação de um elemento interno e se, de outro lado, presumem um elemento cognitivo, abandonam o que o agente efetivamente conhece, diminuindo a importância do princípio da culpabilidade, ao autorizar a incriminação de alguém a título de dolo mesmo que o sujeito ativo não tenha, efetivamente, querido¹⁰⁶. De tal maneira, parece razoável esperar que sejam suscitados válidos questionamentos acerca da legitimidade de permitir (e defender) eventuais aumentos no alcance do dolo.

2. 2. As teorias volitivas

Lê-se, no artigo 18, I, do Código Penal brasileiro, que o crime é doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Para a maior parte da doutrina, extrai-se do referido dispositivo a necessidade de uma vontade psicológica, segundo a concepção majoritária de que o dolo é composto por um elemento intelectivo, o saber; e um volitivo, o querer, acerca de todas as circunstâncias descritivas do tipo objetivo¹⁰⁷.

Críticas à tal teoria dominante por vezes sugerem que mesmo esta visão, por vezes, interpreta a vontade como psicológica ora como normativa, confundindo, assim, os conceitos. A palavra “vontade” surge da palavra em latim *voluntas*, que significa, no vocabulário jurídico, a faculdade de querer; a manifestação exterior de um desejo; o propósito em fazer alguma coisa; a intenção de proceder desta ou daquela forma. Assim, seria possível observar que a palavra vontade, por si só, fornece uma ampla gama de possibilidades de significados além do querer subjetivo, que variam de acordo com a cultura e o tempo¹⁰⁸.

Um dos críticos brasileiros da teoria da vontade, Luís Greco, sugere que há um problema de definição quando se fala do termo “vontade”. O autor entende que existe “uma série de teorias da vontade no mercado”, cada qual se referindo a um estado psíquico diverso (consentimento, assunção do risco, decisão contrária a um bem jurídico etc.), não sendo possível identificar com precisão o que difere uma teoria da outra¹⁰⁹. Ou seja, o “querer o resultado ou assumir o risco de produzi-lo”, que representaria a vontade em seu *lato sensu*,

¹⁰⁶ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 3, p. 219-245, p. 224.

¹⁰⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General Tomo I. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 415.

¹⁰⁸ GOMES, Enéias Xavier. **Dolo sem vontade psicológica**: perspectivas de aplicação no Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 102-103.

¹⁰⁹ GRECO, Luís. **Dolo sem vontade**. In: SILVA DIAS, Augusto. et al (Org.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 897.

poderia ser compreendido tanto por aspectos psicológicos quanto normativos ou imputativos. As teorias da vontade, sob esta ótica, não conseguiriam diferenciar claramente o próprio sentido do termo vontade¹¹⁰.

Por consequência, observa-se que as teorias da vontade se aproximam da teoria da ação eleita pelo legislador brasileiro, ou seja, a teoria finalista. Isso porque, de acordo com essa teoria, o dolo, transferido da culpabilidade para a tipicidade, deixou de ser concebido como “dolo mau” e passou a ser compreendido como a contração dos elementos “conhecimento” e “vontade” de realização do tipo objetivo¹¹¹.

¹¹⁰ GOMES, Enéias Xavier. **Dolo sem vontade psicológica:** perspectivas de aplicação no Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 103.

¹¹¹ KAUFMANN, Armin. “El dolo eventual em la estructura del delito”. Em Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Trad. R. F. Suarez Montes, Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1969, p. 185-206, p. 188.

3. A EMERGÊNCIA DE TEORIAS NORMATIVO-ATRIBUTIVAS DO DOLO

A normativização do Direito Penal aparece como uma tentativa de, cada vez mais, tornar o Direito autorreferente. Quando se trata do dolo, percebe-se uma tendência crescente normativista. O ponto comum entre essas teorias críticas aponta para o dolo proposto por Welzel. Assim, estas teorias, que se aproximam em determinados pontos e afastam em outras, possuem como busca a relativização dos elementos do dolo como estados psicológicos. A perspectiva normativa se apoia em três pilares considerados básicos: a percepção da realidade não como empírica, mas como valorada; a consideração dos elementos subjetivos, como o dolo, como elementos normativos; e, por fim, a importância dada ao Direito Processual Penal quanto a definição de elementos relevantes para o Direito Penal¹¹².

Aceita de maneira majoritária hoje, o dolo proposto pelo finalismo de Welzel é formado por um elemento cognitivo e outro volitivo, ambos fundados na psique do agente, ou seja, são elementos intrínsecos a ele. Diferentemente do autor, as propostas normativistas buscam ressaltar que os comportamentos não possuem essa essência, motivo pelo qual devem ser valorados de acordo com as necessidades jurídicas. Alguns doutrinadores vistos como destaques nesta seara são Roxin, Jakobs e Puppe¹¹³.

A normativização compreende a redefinição conceitual dos elementos do mundo empírico a partir de um viés normativo. De tal modo, a normativização do dolo serve à redefinição deste instituto de acordo com os fins norteadores do Direito Penal. Importante salientar, entretanto, que, tendo em vista que não há qualquer consenso sobre quais os fins do Direito Penal, também não existirá consenso ou unidade entre as teorias que apresentam aspectos de normativização do dolo¹¹⁴.

Segundo Enéias Xavier Gomes, é possível constatar uma crise na dogmática brasileira. Em sua concepção, a jurisprudência, que não é devidamente normatizada, toma o espaço anteriormente ocupado pela doutrina ao dissertar sobre assuntos relevantes para a construção do Direito Penal. As teorias normativo-atributivas corriqueiramente questionam tal amplitude

¹¹² PITA, María del Mar Díaz. La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización. *Revista Penal*, Espanha, 2006, p. 65.

¹¹³ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1, p. 287.

¹¹⁴ JORIO, Israel Domingos. *Presunção e normativização do dolo e sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana*. Orientador: João Maurício Adeodato. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2014, p. 163-164.

dada aos juízes para que, com base mais em suas próprias concepções, discriminem o que é o dolo e o que não é. Neste sentido, surgem teorias que, de maneira geral, sugerem uma normativização do dolo e apresentam como justificativa a tentativa de minimizar o que entendem ser “abismos psicológicos entre o que o agente pensou no momento da conduta e o que o Julgador intuiu que ele pensou”¹¹⁵.

Uma grande preocupação das teorias que normativizam elementos do dolo reside justamente na dificuldade do processo penal em provar a existência de tais elementos em sua forma psicológica. Ainda que também surjam propostas de normativização do elemento cognitivo, isso acontece mais com o elemento volitivo, como se verá a frente. Neste sentido, tais autores ressaltam a suposta dificuldade em alegar no processo que a vontade do autor foi uma ou outra. Em outros casos, ainda, questiona-se a importância dada ao elemento volitivo que, finalmente, não pode ser, sequer, observado. Para Enéias Xavier Gomes:

O prisma que utilizamos para reconstituir a “cena do crime” é o nosso modo de ver a vida. É o que nós, no lugar do outro, faríamos. Ficamos no campo do imaginário. É, portanto, uma reconstrução subjetiva, e por isso mesmo se evidencia a necessidade de discutirmos a questão (se é que um dia já discutimos).¹¹⁶

Assim, propostas de normativização do dolo muitas vezes se apoiam na necessidade de aproximar a definição do dolo no âmbito penal às possibilidades de sua prova no processo. Neste sentido, pugna-se pela compreensão de que todos os direitos materiais ou substantivos não podem se separar de seus respectivos processos, sendo que, no caso do direito penal, tal relação é ainda mais profunda. Isso porque, segundo parte da doutrina, o direito penal sequer pode existir fora de um processo. Assim, “um delito só é o que os juízes, dentro de um processo, declaram como delito”¹¹⁷.

Autores considerados mais tradicionais também apresentam pontos de normativização em suas teorias. É possível entender que Roxin, importante funcionalista penal, comprehende o dolo como a realização do plano do agente, propondo uma espécie normativização do elemento volitivo do dolo, uma vez que a vontade deixa de ser compreendida como uma realidade psicológica e passa a ser compreendida como uma valoração inferida a partir de atos perpetrados contra os interesses que foram eleitos aptos à proteção do Direito Penal¹¹⁸. O

¹¹⁵ GOMES, Enéias Xavier. **Dolo sem vontade psicológica:** perspectivas de aplicação no Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 179.

¹¹⁶ GOMES, Enéias Xavier. **Dolo sem vontade psicológica:** perspectivas de aplicação no Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 24.

¹¹⁷ CUSSAC, José Luis González. Dolus in re ipsa. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, p. 111-134, jul./dez 2015, p. 115.

¹¹⁸ SOUZA, Luciano Anderson de. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1, p. 287.

finalista Kaufmann, sustenta outra maneira de verificação do dolo. Para ele, o autor não pode responder pelo dolo se a vontade manifestada for no sentido de evitar a consequência acessória de sua conduta¹¹⁹.

Assim, importante é ter em vista que, mesmo que novas discussões estejam ganhando espaço, autores de “teorias tradicionais” já apresentavam alguns pontos sobre a defesa da vontade sem um elemento psicológico, inaugurando a discussão sobre aspectos normativos no campo do dolo, sobretudo quanto ao seu elemento volitivo¹²⁰. Entretanto, cumpre destacar que, ainda que as teorias normativo-atributivas surjam como crítica ao dolo ontológico proposto por Welzel, a verdade é que críticas a elas são, também, bastante frequentes. Ao negar o caráter interno do dolo, como elas propõem, é possível perceber uma certa aproximação de uma imputação objetiva e, consequentemente, fragilização do princípio da culpabilidade no âmbito do direito penal¹²¹.

Este trabalho não possui como finalidade – nem tem a possibilidade – de esgotar todos os autores que, em algum ponto, mencionam alguma ideia normativista. Também não cabe aqui destrinchar toda a produção acadêmica dos autores mencionados, tampouco realizar tal tarefa com uma de suas obras. Assim como notado em outros trabalhos acadêmicos que, inclusive, dispõem de maior espaço para aprofundamentos¹²², as obras que refletem sobre o dolo e sua normativização são de complexidade notória, com muitos termos ligados a ramos mais ou menos apartados do Direito, como a filosofia e a psicologia. O intento, portanto, é introduzir o tema da normativização do dolo de acordo com a leitura e análise de autores e obras específicas, tocando em pontos entendidos como suficientes para dar uma base geral e satisfatória, considerando o espaço deste trabalho.

¹¹⁹ GOMES, Enéias Xavier. **Dolo sem vontade psicológica: perspectivas de aplicação no Brasil**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 50.

¹²⁰ GOMES, Enéias Xavier. **Dolo sem vontade psicológica: perspectivas de aplicação no Brasil**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 43-44.

¹²¹ PARDAL, Rodrigo Francisconi Costa. **Dolo: entre o conhecimento e a vontade**. Orientador: Guilherme de Souza Nucci. 2016. Dissertação (Direito Penal) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 94.

¹²² JORIO, Israel Domingos. **Presunção e normativização do dolo e sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana**. Orientador: João Maurício Adeodato. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2014, p. 163.

3. 1. A alegada dificuldade de aferição do dolo psicológico e da proposta de Hassemer

Como já dito, o dolo, desde sempre, encontra-se no centro das discussões sobre a Teoria Geral do Delito. Em cenário tradicional, sua prova aparece como assunto de interesse para o direito processual penal¹²³. Entretanto, nota-se uma tendência de maior participação do direito penal que, de maneira geral, é acusado de não ter demonstrado interesse em trabalhar com conceitos teóricos importantes para a prática forense¹²⁴.

As teorias normativas criticam de maneira unânime a construção do dolo psicológico como proposto por Welzel. Uma das grandes críticas em face das teorias ontológicas dirige-se especificamente às teorias da vontade. O ponto crucial dos críticos deste grupo de teorias do dolo reside na alegação de que a aferição subjetiva é, na verdade, uma presunção da presença ou ausência da vontade, o que as caracterizaria como “teorias deterministas” que, ao fim, permitiriam que o julgador do caso concreto escolhesse o que considera ou não vontade¹²⁵.

Neste mesmo sentido, Roxin salienta que o dolo deve ser determinado conforme uma consideração completa baseada em diferentes indicadores e que, portanto, não constitui um dado psicológico, mas sim o juízo de valor judicial. Assim, metaforicamente, afirmar-se-ia o dolo não se forma na cabeça do autor, mas sim, na cabeça do juiz¹²⁶.

As críticas à concepção do dolo como um processo psicológico ou mental interno apresentam outra faceta. Além de terem que argumentar a concepção substancial do dolo e de explicar como acessar tal objetivo, as teorias psicológico-descritivas teriam, ainda, que demonstrar que o processo de acesso ao dolo não lesionou ilegitimamente os direitos fundamentais do sujeito em análise¹²⁷.

De tal forma, esta crítica pode ser estendida também para o considerado único elemento unânime do dolo, o cognitivo. Isso porque, de acordo com a posição tradicional, o elemento cognitivo do dolo, que para os cognitivistas representa o único momento constitutivo do dolo,

¹²³ CUSSAC, José Luis González. Dolus in re ipsa. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, p. 111-134, jul./dez 2015, p. 114.

¹²⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Consideraciones sobre la prueba del dolo. **Revista de Estudios de la Justicia**, Chile, p. 13-26, 2014, p. 16-17.

¹²⁵ GOMES, Enéias Xavier. **Dolo sem vontade psicológica: perspectivas de aplicação no Brasil**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 75.

¹²⁶ ROXIN, Claus. Prólogo à *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, de Gabriel Pérez Barberá. Buenos Aires: Hammurabi, 1 ed, 2011, p. 29-34.

¹²⁷ CUSSAC, José Luis González. Dolus in re ipsa. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, p. 111-134, jul./dez 2015, p. 117.

é concebido também como um processo mental. Assim, entende-se que tal elemento também é impossível de ser constatado empiricamente por outras pessoas, que devem se contentar em aferir tal elemento intelectual a partir da atuação externa, a partir de indícios que se demonstram mais ou menos claros¹²⁸.

Estas discussões esbarram sempre na tarefa probatória concernente ao Direito Processual Penal. Assim, alguns autores apresentam teorias que ressaltam a questão probatória envolvendo o dolo¹²⁹. Hassemer alega que o processo probatório no Direito Penal é pautado por uma *racionalidade de uma metodologia empírica*¹³⁰, o que enseja nas problemáticas apresentadas. Para este autor, o dolo, assim como a imprudência, é uma questão normativa a se conceituar de acordo com a necessidade maior punição aos delitos dolosos¹³¹.

Uma das alternativas apresentadas pelos defensores da construção tradicional do dolo, ou seja, do dolo como conhecimento acrescido da vontade, é o abandono da concepção do caráter psicológico dos elementos dolo, principalmente do elemento volitivo, justamente pela dificuldade de sua observação. Tal proposta justifica-se pela tentativa de minorar a distância existente entre os fatos considerados provados no âmbito do processo e o que efetivamente aconteceu, com o objetivo de, de tal maneira, entender a limitação dos instrumentos humanos utilizados no âmbito processual, diminuir a arbitrariedade judicial e seus consequentes erros¹³².

Neste sentido, o processo penal é valorizado enquanto ramo necessário para o entendimento do dolo:

De forma simples: o conceito material do dolo não pode se construir desconsiderando o processo penal, na medida em que este fixa os limites para que a prova seja possível e legítima. E, ao mesmo tempo, a prova do dolo no processo penal e dos elementos normativos não pode embasar-se desconsiderando as exigências substantivas previstas na lei penal¹³³.

Uma teoria que desponta como representante desta busca do conteúdo volitivo por meio de parâmetros normativos é a teoria dos indicadores externos, de Hassemer. Para o autor, o dolo e a culpa não se traduzem apenas como fenômenos descritivos, mas também normativos. Assim,

¹²⁸ VIVES ANTÓN, Tomás S. Fundamentos del sistema penal. Valencia: **Tirant lo Blanch**, 1996, p. 627.

¹²⁹ COSTA, Pedro Jorge. **Dolo penal e sua prova**. São Paulo: Atlas Jurídico Profissional, 2015. v. 3, p. 142;

¹³⁰ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito penal** 2. Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 202.

¹³¹ COSTA, Pedro Jorge. **Dolo penal e sua prova**. São Paulo: Atlas Jurídico Profissional, 2015. v. 3, 142.

¹³² GOMES, Enéias Xavier. **Dolo sem vontade psicológica: perspectivas de aplicação no Brasil**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 132.

¹³³ CUSSAC, José Luis González. Dolus in re ipsa. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, p. 111-134, jul./dez 2015, p. 114.

nós, como sociedade, mensuramos a reprovação também de acordo com o que observamos e supomos no acontecimento exterior¹³⁴. O que se defende, em breve síntese, é que a reconstrução da exata realidade dos fatos é impossível o que, portanto, legitimaria novas propostas acerca do dolo e, consequentemente, o abandono de sua descrição para dar espaço ao processo de sua atribuição.

Hassemer realiza um questionamento ancorado na mudança das expectativas de justiça de acordo com a história. O autor, ao realizar uma análise da teoria de Kaufmann, apresenta questionamentos sobre quais tipos de comportamentos dolosos devem se diferenciar, quais devem ser separados dos não dolosos e, também, quais devem ser sancionados penalmente. Hassemer, por fim, entende que, independente da resposta, esta não pode ser dada de acordo com uma perspectiva ontológica, mas sim, deontológica, ou seja, tais questões estão abertas às expectativas de justiça que, como dito, são historicamente variáveis¹³⁵.

Hassemer, entretanto, não defende o abandono do elemento volitivo para a caracterização do elemento subjetivo do tipo doloso. Isso porque, para ele, é justamente este o ponto que justifica a maior punição para os delitos dolosos em face dos delitos imprudentes. Para o autor, o fato de o agente estar informado, de maneira cognitiva, ou de ter formada a representação do perigo de sua ação ou omissão não são suficientes para justificar uma “decisão” ou “assunção pessoal”¹³⁶. Assim, tal construção do elemento subjetivo é essencial para a constatação da decisão contrária ao bem jurídico. Entretanto, Hassemer, apesar de defender o viés psicológico do dolo, também comprehende pela impossibilidade de se aferir tal aspecto psicológico do agente, uma vez que são completamente inobserváveis diretamente¹³⁷.

É neste ponto que o autor apresenta sua importante teoria sobre os indicadores externos. O dolo é, sim, ontológico, entretanto, há de se reconhecer que é completamente inacessível. Assim, tais indicadores são elementos exteriorizados pelo agente, que permitem que o julgador, ao observá-los, verifique se há ou não o dolo e, ainda, a vontade. Tal vontade se expressa de maneira objetiva na ação e é valorada por meio de aspectos normativos, ou seja, por tais

¹³⁴ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito penal** 2. Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 298

¹³⁵ HASSEMER, Winfried. **Los elementos característicos del dolo.** Tradução de María del Mar Días Pita. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Centro de Publicaciones Del Ministerio de Justicia, tomo XLIII, fascículo I p. 911-931, Enero-Abril, 1990, p. 913.

¹³⁶ HASSEMER, Winfried. **Los elementos característicos del dolo.** Tradução de María del Mar Días Pita. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Centro de Publicaciones Del Ministerio de Justicia, tomo XLIII, fascículo I p. 911-931, Enero-Abril, 1990, p. 918.

¹³⁷ GOMES, Enéias Xavier. **Dolo sem vontade psicológica:** perspectivas de aplicação no Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 46.

indicadores externos¹³⁸. O dolo seria observado de acordo com alguns requisitos pré-estabelecidos, como seu caráter observável, sua exaustividade e sua relevância para tal elemento subjetivo¹³⁹.

Nesse ponto, já é possível encontrar autores que criticam a posição de Hassemer. Pedro Jorge Costa, ao tratar do dolo e sua prova, critica a compreensão de Hassemer de que a imprudência deve ser compreendida como mero estado mental, indo na contramão do restante da doutrina que já aceita a compreensão da culpa como conceito normativo e não fato psíquico¹⁴⁰. Apesar disto, Hassemer não deixa de ser mencionado pelas teorias normativo-atributivas pela razão de apresentar uma preocupação pouco comum em aproximar o direito penal de seu respectivo processo. Nesse sentido, o autor comprehende que as soluções para os problemas resultantes do direito penal moderno podem estar no campo do direito penal material, mas também no campo do direito processual penal¹⁴¹.

3. 2. As propostas normativo-atributivas

Quando se trata do dolo, percebe-se que duas discussões estão sempre demasiado presentes. A primeira delas discute acerca dos elementos do dolo, permitindo o surgimento de teorias cognitivas e volitivas, conforme visto em capítulo anterior¹⁴². A segunda das discussões refere-se à natureza do dolo, ilustrando uma dicotomia entre o reconhecimento de um dolo ontológico, que deve ser descrito, ou de um dolo normativo, que deve ser atribuído¹⁴³.

A verdade é que não há um movimento doutrinário, tampouco jurisprudencial, que reivindique o título de normativizador do dolo. Assim como outros termos, o termo de normativização do dolo e de seus elementos foram aparecendo nas discussões e ganhando espaço dentro desta temática. A aglutinação da visão de diversos dos autores dentro deste campo do Direito Penal, portanto, pode ser arbitrária e, por vezes, até contraditória¹⁴⁴. Isso significa

¹³⁸ GOMES, Enéias Xavier. **Dolo sem vontade psicológica:** perspectivas de aplicação no Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 46-47.

¹³⁹ BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 3, p. 87.

¹⁴⁰ COSTA, Pedro Jorge. **Dolo penal e sua prova**. São Paulo: Atlas Jurídico Profissional, 2015. v. 3, p. 144-145.

¹⁴¹ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal:** Fundamentos, estrutura, política. Tradução: Adriana Beckman Meirelles, Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, Felipe Rhenius Nitzke, Mariana Ribeiro de Souza, Odim Brandão Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 259.

¹⁴² Ver capítulo 2. *As teorias do dolo*.

¹⁴³ BUSATO, Paulo César. **Direito penal:** Parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 399.

¹⁴⁴ JORIO, Israel Domingos. **Presunção e normativização do dolo e sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana**. Orientador: João Maurício Adeodato. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2014, p. 163.

dizer, de igual maneira, que eventuais divisões destes autores também podem se demonstrar arbitrárias, podendo ser problematizadas. Não raro é encontrar dois trabalhos que classificam os mesmos autores em categorias distintas. É a construção de um tema que, nem de longe, está acabado.

Por motivos acadêmicos, neste trabalho optou-se pela divisão entre autores com ideias normativistas mais radicais, que relativizam de maneira mais intensa a concepção ontológica dos elementos do dolo, ou seja, que eliminam qualquer aspecto psicológico-descritivo; autores com ideias normativistas mais temperadas ou moderadas que, como o nome sugere, trazem propostas mais conciliadoras entre elementos psicológicos e normativos; e, buscando entender qual o papel do pensamento brasileiro para a discussão, autores nacionais com ideias normativistas. Os eixos de categorização cognitivistas/volitivas e ontológicas/normativo-atributivas não se confundem. É possível que um autor cognitivo seja compreendido como um normativista temperado ao entender que o conhecimento, ainda que autossuficiente, deva ser lido sob um parâmetro psicológico-descritivo.

Neste sentido, importante reafirmar que, para alguns normativistas, a abordagem normativa já é empregada em determinados momentos, como quando se lida com os delitos imprudentes. Nesses casos, a violação do dever de cuidado se valora de maneira objetiva, independente do estado subjetivo do agente. Apesar disso, a doutrina majoritária rechaça essa valoração para fins de atribuição de dolo, requerendo, nesse caso, a presença da vontade em seu sentido psicológico. Os normativistas, de maneira geral, sustentam que a vontade psicológica não é elemento da imprudência, tampouco do dolo, uma vez que tais categorias independem da vontade como estado mental do agente no momento da conduta. Não só isso, os normativistas defendem que, embora a doutrina dominante declare a utilização de um conceito psicológico da vontade, na prática, a jurisprudência diferencia o dolo da imprudência com base em aspectos normativos¹⁴⁵.

Por tais razões, observa-se de maneira mais ou menos uniforme a posição dos distintos autores normativistas pela necessidade do abandono da vontade psicológica e sua substituição por uma concepção normativa para a caracterização do dolo. Nesse sentido, válido é afirmar que, quanto às críticas ao dolo ontológico como é hoje, surgem autores de diversas naturezas. Alguns defendem a manutenção de um elemento volitivo do dolo, mas que seja normatizado;

¹⁴⁵ GOMES, Enéias Xavier. **Dolo sem vontade psicológica:** perspectivas de aplicação no Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, pp. 107-108.

outros pugnam pela sua completa abolição; enquanto outros, ainda, advogam pela substituição de um elemento cognitivo psicológico por um elemento normativo, tornando o dolo por inteiro como um conceito normativo.

Em visão comum por parte das críticas ao modelo majoritário do dolo, as teorias da vontade não são capazes de propor soluções razoáveis nos cenários em que o sujeito ativo age com tamanha indiferença em relação à de lesão, ainda que fosse de seu conhecimento. Assim, o importante não seria o aspecto psicológico da vontade, mas sim a qualidade do perigo analisada a partir da conduta que lesa os parâmetros utilizados normativamente para definição do dolo. A expectativa é de que, com a substituição da vontade em uma concepção naturalística por uma de caráter normativo, ganharia-se em segurança jurídica.¹⁴⁶.

O processo tido como mais racional e seguro, por tais visões, seria o de atribuir a intencionalidade ao sujeito a partir de suas manifestações externalizadas, abandonando a busca por um elemento interno ou de um processo psicológico. A proposta é a de que se recorra a critérios de avaliação, legitimando a atribuição, e não descrição, do dolo¹⁴⁷.

3. 2. 1. Princípios de normativização em Roxin

Roxin é reconhecido por suas significativas contribuições à dogmática penal. Em seu modelo funcionalista, que ultrapassou as fronteiras alemãs e influenciou a doutrina em todo o globo, é possível reconhecer o tratamento do dolo mediante aspectos normativos. Como nota Enéias Xavier Gomes, já nas chamadas “teorias tradicionais” – referindo-se àquelas comumente aceitas, sobretudo no cenário nacional – é possível encontrar a defesa de uma vontade desprovida do elemento psicológico. Tais teorias, principalmente ao lidarem com a vontade, utilizam-se de aspectos normativos¹⁴⁸.

Ainda que seja possível afirmar a presença de elementos normativos do dolo na teoria deste autor, Roxin defende a presença da vontade para a caracterização de tal elemento subjetivo. Por tal razão, o autor é por vezes descrito como adepto de um “normativismo volitivo”¹⁴⁹. Em breve síntese, o autor alega que, para que se realize o tipo, não basta a

¹⁴⁶ GOMES, Enéias Xavier. **Dolo sem vontade psicológica:** perspectivas de aplicação no Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 110-112.

¹⁴⁷ CUSSAC, José Luis González. Dolus in re ipsa. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, p. 111-134, jul./dez 2015, p. 119-120.

¹⁴⁸ GOMES, Enéias Xavier. **Dolo sem vontade psicológica:** perspectivas de aplicação no Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 43-44.

¹⁴⁹ GOMES, Enéias Xavier. **Dolo sem vontade psicológica:** perspectivas de aplicação no Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 44

realização de determinada conduta por um agente e um dano, sendo necessário que se comprove que o resultado é obra do autor¹⁵⁰.

Neste sentido, importante é escutar o que afirma o autor quando o tema é dolo. Funcionalista, o autor desponta como um dos relevantes nomes da concepção do dolo como decisão contrária ao bem jurídico. Neste sentido, entende o autor que o dolo é caracterizado com a realização do plano do autor. Portanto, age com dolo aquele que tem consciência para a realização de um tipo reconhecidamente possível, em detrimento da proteção ao bem jurídico. O autor defende que, para a caracterização do dolo existem indicadores, ideia semelhante à defendida por Hassemer, tais quais “aprovar-se”, “tomar a sério” e “consentir” na violação do bem jurídico. Ainda que haja uma baixa probabilidade de ocorrência do resultado, possibilita-se a responsabilização a título de dolo, já que o grau do perigo conhecimento pelo agente, por si só, não é critério decisivo para a delimitação da vontade no dolo¹⁵¹.

Neste sentido, outro autor que também trabalha com a ideia de proteção dos bens jurídicos é Winfried Hassemer. O autor ressalta que as condutas típicas refletem os interesses humanos e os bens jurídicos que possuem a proteção do Direito Penal, como a vida, a liberdade, a saúde, a propriedade e a autodeterminação sexual, além de bens jurídicos com menor grau de generalização, como um quadro de funcionários incorruptíveis ou um ambiente limpo¹⁵².

Considerando que, para Roxin, o objetivo da norma penal é o de proibir ataques intencionais e diretos ao bem jurídico, o autor discorda das teorias que se pautam exclusivamente em atitudes internas ao agente, sendo para ele importante, na verdade, que o direito penal se encarregue de evitar que o dano se produza. Portanto, conforme sintetiza Enéias Xavier Gomes, as representações de ânimo do agente não são determinantes para a sua imputação dolosa. Determinante é se, partindo de uma análise jurídica, o agente decidiu contrariamente ao bem jurídico. Em tal grau, faz-se possível alegar a presença de determinados elementos normativos na teoria funcionalista do Roxin, que pugna pela observância da manifestação em sentido oposto ao bem jurídico de acordo com os atos externados pelo agente¹⁵³. Assim, observa-se uma relevante normativização já do elemento volitivo do dolo, já

¹⁵⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General Tomo I. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, pp. 304-305.

¹⁵¹ GOMES, Enéias Xavier. **Dolo sem vontade psicológica**: perspectivas de aplicação no Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, pp. 44-45.

¹⁵² HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito penal** 2. Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 283.

¹⁵³ GOMES, Enéias Xavier. **Dolo sem vontade psicológica**: perspectivas de aplicação no Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 45-46.

que, para Roxin, ele é verificável até mesmo quando o resultado seja desagradável para o agente, o que determina que o autor não trata do “querer” em um sentido psicológico-descritivo, mas normativo-atributivo¹⁵⁴.

Tratando do tipo objetivo, Roxin já trabalha com a ideia de elementos normativos. Roxin diferencia entre os elementos descritivos e os normativos do tipo, o que entende como imprescindível para a arte geral do Direito Penal no tocante a delimitação entre tipo e antijuricidade e, consequente, na concepção do tipo como tipo de injusto. Salienta que tal distinção entre elementos descritivos e normativos do tipo também é relevante para a teoria do dolo, aqui estudada, uma vez que os elementos descritivos requerem uma percepção “sensorial” e, diferentemente do que acontece com os elementos normativos, uma compreensão “espiritual”¹⁵⁵.

Roxin explica a diferença entre elementos descritivos e normativos partindo de uma visão que entende por tradicional. Em síntese, comprehende-se por elementos descritivos os que reproduzem certos dados ou processos corporais e anímicos, além de serem verificados de modo cognitivo pelo julgador. Os elementos normativos, por outro lado, são aqueles em que a ocorrência pressupõe uma valoração¹⁵⁶. Tendo apresentado, entretanto, a visão tradicional, que distingue os elementos normativos dos descritivos, Roxin, entretanto, ressalta que nos casos de dúvida, deve-se interpretar os conceitos conforme o fim de proteção do preceito penal e, assim, conforme os critérios normativos. Neste sentido, inclusive conceitos como “ser humano” ou “coisa” não podem ser precisados sem a ajuda de valorações jurídicas, o que determina que, de alguma forma, praticamente todos os elementos seriam normativos. Por outro lado, diz o autor, a maior parte dos elementos normativos tampouco se apresentam como puras valorações, mas também possuem um substrato descritivo. Em breve síntese, comprehende que a maior parte dos elementos do tipo, na realidade, são uma mistura de elementos normativos e descritivos, sendo que em uns predomina um fator e em outros, outro¹⁵⁷.

O autor, utilizando do que chama ser a lógica de Engish, recomenda que, caso se queira manter a distinção entre elementos normativos e descritivos por razões terminológicas, classifiquem-se como normativos aqueles elementos que apenas podem ser representados e

¹⁵⁴ PARDAL, Rodrigo Francisoni Costa. **Dolo**: entre o conhecimento e a vontade. Orientador: Guilherme de Souza Nucci. 2016. Dissertação (Direito Penal) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 105.

¹⁵⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General Tomo I. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, pp. 305-306.

¹⁵⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General Tomo I. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 306.

¹⁵⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General Tomo I. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, pp. 306-307.

concebidos sob o pressuposto lógico de uma norma, ou seja, termos como “bons costumes” e “reprovável” são normativos, uma vez que apenas possuem sentido considerando um sistema de normas jurídicas ou sociais, enquanto conceitos como “ser humano” ou “coisa” existem independentemente de qualquer contexto normativo e, por tal modo, podem ser classificados como descriptivos. Ressalta, entretanto, que esta distinção terminológica não resolve os problemas materiais, uma vez os elementos descriptivos possuem aspectos normativos, requerendo consideração nos contextos em que tal distinção é importante¹⁵⁸.

Roxin apresenta a concepção usual do dolo típico como o conhecimento (saber) e a vontade (querer) dos elementos do tipo objetivo. Citando como exemplo um condutor negligente, o autor alega que ele não pode ser penalizado por lesões dolosas, mas somente pelas culposas, uma vez que não “quer” o resultado em sentido jurídico, ainda que certamente saiba da possibilidade de algum resultado lesivo. Roxin afirma que, apesar disso, é muito discutido sobre quais são as exigências para caracterizar o “saber” e o “querer”, além da discussão se realmente é realmente necessária a existência de um elemento volitivo, ou seja, a vontade, para o dolo¹⁵⁹.

O autor afirma que o problema acerca dos elementos subjetivos do tipo não resta na sua existência ou não, mas sim em sua distinção dos elementos subjetivos especiais da culpabilidade. O autor defende que a ideia retórica para a limitação tem que estar fundada na referência ao tipo delitivo, ou seja, um elemento subjetivo caracteriza o tipo delitivo quando se refere ao bem jurídico protegido; mas também pode cooperar para essa determinação quando caracterizar o objeto da ação típica, a forma da lesão ou outros elementos relevantes. Em contrapartida, se o elemento apenas descreve motivos, sentimentos e atitudes internas independentes, serão elementos da culpabilidade¹⁶⁰.

Segundo Roxin, a “realização do plano” constitui a essência do dolo. Para ele, um resultado pode ser considerado dolosamente produzido quando e porque corresponde com o plano do sujeito em uma valoração objetiva. Esta definição, para o autor, pode servir como parâmetro para a diferenciação entre dolo eventual e imprudência consciente. Menciona, sem

¹⁵⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General Tomo I. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 307.

¹⁵⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General Tomo I. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 307-308.

¹⁶⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General Tomo I. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 314-316.

deixar de apresentar as discussões sobre interpretação, um certo consenso no sentido de que a intenção (ou propósito) é a persecução dirigida a um fim de um resultado típico¹⁶¹.

Assim, parece possível afirmar que Roxin, ao defender a ideia de um Direito Penal preocupado mais com os bens jurídicos e com uma política criminal, diminui a importância dada comumente pelo finalismo aos processos ontológicos. Seu funcionalismo, muito distinto do funcionalismo de Jakobs, deve-se dizer, pode trazer ideias que servem a uma normativização do dolo. É o que se lê logo no prefácio de seu escrito “Político Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, traduzido pelo brasileiro Luís Greco, que defende um dolo sem vontade:

Nesta oportunidade, tentei, em oposição aos esforços naturalistas-causais, bem como aos finalistas – teorias que partiam de fundamentos ônticos – sugerir uma concepção normativa, que orientasse o sistema jurídico-penal em ponto de vista valorativos político-criminais. Naturalmente tenho passado as últimas décadas empenhando esforços no sentido de desenvolver a ideia base desta aqui presente primeira tentativa. (...) Segundo esta teoria, o injusto típico deixa de ser um acontecimento primariamente causal ou final, para tornar-se a realização de um risco não permitido do âmbito (isto é, do fim de proteção), do respectivo tipo.¹⁶²

3. 2. 2. Teorias normativistas moderadas

Ao se tratar de teorias normativistas, observa-se certa graduação entre as ideias deste ramo. Enquanto alguns autores apresentam ideias mais moderadas, como ao defender não o abandono do elemento volitivo, mas sua vinculação a parâmetros normativos, outros apresentam teorias mais radicais, pretendendo eliminar o elemento volitivo como um todo e, inclusive, normativizar o elemento cognitivo. María Del Mar Díaz Pita aparece como uma clara representante das ideias normativistas compreendidas como moderadas¹⁶³. Além dessa autora, lideramos com parte da obra do escritor Bernardo Feijoo, que recebe uma análise aprofundada da primeira e também do autor Carlos Martínez-Buján Pérez. Conforme afirmado, María del Mar Díaz Pita é reconhecida por seus pontos normativistas moderados. Ainda, a autora realiza uma análise de outro normativista, Feijoo. Por tal razão, as ideias e escritos da autora serão primeiramente apresentadas.

Apresentando as ideias desse autor, María del Mar Díaz Pita ressalta que, na visão de Feijoo, o dolo se caracteriza no momento em que alguém decide realizar um fato, ainda que

¹⁶¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General Tomo I. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, pp. 414-317.

¹⁶² ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, prefácio.

¹⁶³ PITA, María Del Mar Díaz. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normativização. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. 3. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019;

conheça suficientemente bem as circunstâncias fáticas que o tornam típico. Apesar disso, esclarece que seu objetivo é definir o dolo tão somente como o conhecimento do sujeito acerca do risco de produzir o perigo, o que o afasta das teorias da vontade. Para reforçar seu entendimento, ressalta que, tanto o dolo é puramente cognitivo que o Código Penal¹⁶⁴, prevendo o erro do tipo, exclui o dolo toda vez que o conhecimento do sujeito acerca da situação é defeituoso. Isso não acontece com o “querer” relacionado ao tipo objetivo, que pode ser analisado meramente para efeitos de imputação de pena. A vontade, portanto, surge como mero “adorno”. No cenário brasileiro, é senso comum que o art. 20 do Código Penal serve para complementar o art. 18 ao determinar que o “erro sobre elemento constitutivo do tipo legal exclui o dolo”. Nesse sentido, há clara impescindibilidade do elemento cognitivo para a caracterização do dolo¹⁶⁵.

Maria Del Mar Díaz Pita, em sua análise, observa que, mais uma vez, o conceito de decisão aparece e que, junto ao conhecimento, conformam as bases para a imputação dolosa. Ressalta que tal decisão não possui aspecto volitivo, mas puramente intelectual. Desta forma, Feijoo se afasta das teorias clássicas de representação e exalta uma perspectiva normativa do dolo. Seguindo a tendência observada entre os normativistas, Feijoo manifesta sua preocupação com a prova do dolo em cenário processual. Para ele, o objeto de prova será tão somente o conhecimento do sujeito. Tanto a conduta dolosa quanto a imprudente, portanto, são caracterizadas por decisões defeituosas, diferenciadas pelo nível de conhecimento do autor¹⁶⁶.

Neste sentido, Hassemer já trata da importância do grau de participação interna no acontecimento exterior. Para Hassemer, é completamente justificável que se realizem distinções, ou seja, não é justo ou razoável imputar da mesma maneira a lesão causada por distração, ou imprudência; a lesão causada por desleixo, ou negligência; e a lesão intencional, ou seja, a dolosa, que representa o maior grau de comprometido do agente com a ação e o resultado que produz¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Neste caso, o Código Penal referido é o espanhol. O artigo correspondente no Código Penal brasileiro é o 20, que diz: O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

¹⁶⁵ LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo:** O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 136.

¹⁶⁶ PITA, María Del Mar Díaz. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normativização. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal:** Modernas Tendências. 3. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 20;

¹⁶⁷ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito penal** 2. Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 297-298.

Também interessado na tese de Feijoo, Carlos Martínez-Buján Pérez entende que o primeiro autor, em verdade, apesar de se indicar assim, não tem sua teoria enquadrada realmente entre as teses que concedem autonomia a um elemento de corte volitivo normativizador do dolo. Feijoo argumentaria pelo dado de que a decisão não desempenha um papel específico na delimitação entre dolo e imprudência.¹⁶⁸.

Em outro texto de Bernardo Feijoo, é possível compreender algumas de suas motivações e propostas em relação ao tema. Em “El principio de confianza como criterio normativo de imputación el en derecho penal: Fundamento y consecuencias dogmáticas”, Feijoo ressalta que a principal função do direito penal está em assegurar a confiança geral nas normas penais. Trata-se do que o autor chama de “princípio da confiança como princípio geral do direito”, que poderia representar uma grande utilidade quando utilizado como critério normativo de imputação¹⁶⁹. Assim, tanto os delitos dolosos quanto imprudentes possuem seu fundamento na infração de um dever de cuidado na concreção da norma de conduta¹⁷⁰.

Para o autor, o injusto doloso resta caracterizado a partir do momento que o agente, apesar de conhecer todas as circunstâncias fáticas, toma a decisão de realizar o feito que irá se converter em um feito típico¹⁷¹. Feijoo, portanto, entende pela necessidade tão somente do elemento intelectivo para a caracterização do dolo, afastando-se das teorias volitivas. A pergunta que resta, portanto, é se, depois de eliminada a necessidade da vontade para a caracterização do elemento subjetivo, o elemento cognitivo estará pautado em aspectos normativos ou psicológicos. Feijoo, segundo observam autores adeptos da teoria significativa da ação, inclina-se inclina por acolher uma perspectiva psicológica no plano da certificação dos elementos do dolo¹⁷². De tal forma, ainda que menos moderada que a de María del Mar Díaz

¹⁶⁸ PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. O conceito "significativo" de dolo: um conceito volitivo normativo. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal**: Modernas Tendências. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 2, p. 59;

¹⁶⁹ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. **El Principio de Confianza como Criterio Normativo de Imputacion en el Derecho Penal**: Fundamento y Consecuencias Dogmáticas. Derecho Penal y Criminología, vol. 21, no. 69, 2000, p. 37-76.

¹⁷⁰ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. **La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo**. Sobre la normativización del dolo. Cuadernos de política criminal, N° 65, 1998, p. 269-364, p. 272.

¹⁷¹ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. **La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo**. Sobre la normativización del dolo. Cuadernos de política criminal, N° 65, 1998, p. 269-364, p. 277.

¹⁷² PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. O conceito "significativo" de dolo: um conceito volitivo normativo. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal**: Modernas Tendências. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 2, p. 62

Pita, a teoria de Feijoo parece mais distante das teorias normativistas radicais, o que justifica a inclusão de suas ideias no conjunto das teorias moderadas.

Acerca das teorias de María del Mar, lê-se que, para a autora, falar de “decisão”, no âmbito do dolo, significa falar de vontade¹⁷³, na forma que seja, por parte do sujeito. Nesse cenário, ela defende que, caso se queira utilizar a definição gramatical de “vontade”, e ainda assim propor a composição do dolo apenas pelo elemento cognitivo, é necessário excluir do conceito de dolo o termo “decisão” e transportá-lo para ação, como expressão da vontade do ser humano. Assim, comprehende que sustentar que o dolo é apenas conhecimento, e não vontade, implica, necessariamente, em sustentar que o dolo não é preenchido com qualquer espécie de decisão¹⁷⁴. A autora alega que a confusão de termos, uma vez utilizado para definição do dolo, e outra para a configuração da ação, reside na dificuldade de distinguir entre *ação voluntária*, como conceito geral e prévio, e *ação dolosa*, esta qualificada como típica¹⁷⁵.

Por outro lado, María del Mar Díaz Pita defende a posição de Vives Antón¹⁷⁶, que estudou sobre a ação significativa e diferencia *voluntariedade* e *intenção* e é bastante citado por Paulo Busato, brasileiro que apresenta, também, teorias normativistas. A voluntariedade é característica imprescindível para que qualquer conduta humana seja analisada para fins de imposição de sanções. Na ausência de voluntariedade, fecha-se qualquer possibilidade de julgar como ação o comportamento resultante dos movimentos corporais. Por isso, salienta que condutas imprudentes são, igualmente, voluntárias, já que delas pode-se derivar a responsabilidade e imposição de sanções. A voluntariedade, portanto, não serve nem para diferenciar a conduta dolosa da conduta imprudente, tampouco para justificar a diferença de gravidade em suas sanções, resposta que deve ser buscada em outro termo¹⁷⁷.

Importante é ressaltar que, mesmo nas concepções tradicionais da imprudência como defeito da vontade, não há a intenção de, em qualquer caso, negar a voluntariedade ao comportamento. Assim, a voluntariedade é essencial para a análise de qualquer conduta

¹⁷³ A autora utiliza a definição dada pelo Dicionário da Real Academia da Língua Espanhola à palavra “decisão”, que é: “mover alguém a *vontade* a fim de que tome certa determinação”.

¹⁷⁴ PITA, María del Mar Díaz. La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización. **Revista Penal**, Espanha, p. 59-71, 2006, p. 63.

¹⁷⁵ PITA, María del Mar Díaz. La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización. **Revista Penal**, Espanha, p. 59-71, 2006, p. 63.

¹⁷⁶ VIVES ANTÓN, Tomás S. Fundamentos del sistema penal. Valencia: **Tirant lo Blanch**, 1996, pp. 229 e ss.

¹⁷⁷ PITA, María del Mar Díaz. La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización. **Revista Penal**, Espanha, p. 59-71, 2006, p. 63-64.

humana, inclusive nas imprudências, que só é punível quando exista liberdade, ainda que também existente os vícios da vontade¹⁷⁸.

Pita analisa a tendência comum de rechace do elemento volitivo, por parte do movimento de normativização, do conceito de dolo. Em geral, alega-se que tal elemento não possui qualquer papel, seja na caracterização do dolo, seja para a delimitação entre dolo e imprudência. Partindo da constatação que a perspectiva normativa assume a realidade como realidade valorada, a autora questiona, precipuamente, porque se costuma concluir tão prontamente que o elemento volitivo dela não faz parte. Questiona também por que o conhecimento, em seu sentido psicológico, costuma ser traduzido em conceito normativo sem dificuldades enquanto, em contrapartida, a conversão do elemento volitivo é tida como impossível.¹⁷⁹.

Pita entende que a perspectiva não cria uma nova realidade, mas apenas abandona a ideia que este deve ser investigada com parâmetros de análise tais quais os utilizados pelas ciências naturais. Há uma tentativa por parte dessas teorias de se aproximar das valorações cotidianas presentes na sociedade. A autora sustenta uma vinculação cognitiva e outra desiderativa do sujeito ao seu entorno e salienta, ademais, que o Direito Penal rechaça o termo “desejar”, por atualizar sistemas penais já, como prefere dizer, felizmente superados. Assim, o atuar humano conta com a dupla vinculação da pessoa à realidade, perpassando a função cognitiva. Em breve síntese, a autora sustenta que o sujeito que atua dolosamente seleciona, com base nos conhecimentos previamente adquiridos, determinados objetos em preterimento de outros, ou seja, a realização do resultado liso frente ao respeito ao bem jurídico. Essa decisão é realizada com algo a maior que o mero conhecimento, ou seja, a vontade, o que, justamente, legitima a imposição de uma sanção de maior gravidade¹⁸⁰.

Tal “decisão contrária ao bem jurídico” não acontece na imprudência, assim, permite-se a afirmação de que quem atua com dolo eventual atua intencionalmente, ou seja, que o dolo eventual é dolo. Tratando mais uma vez da teoria apresentada por Feijoo, a autora afirma que a decisão contrária ao bem jurídico como esta mencionada seleção, é presente no dolo e ausente

¹⁷⁸ PÉREZ DEL VALLE, Carlos. **La imprudencia en el Derecho Penal**. Barcelona: Atelier, 2012, p. 46.

¹⁷⁹ PITA, María del Mar Díaz. La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización. **Revista Penal**, Espanha, p. 59-71, 2006, p. 66.

¹⁸⁰ PITA, María del Mar Díaz. La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización. **Revista Penal**, Espanha, p. 59-71, 2006, p. 66-67.

na imprudência já que, os imprudentes cometem um descuido, mas, em nenhum caso, adotam uma decisão contrária ao bem jurídico¹⁸¹.

Importante parte da teoria de María del Mar Díaz Pita sustenta-se na análise realizada pela a autora acerca de como o elemento volitivo funciona como expressão de um Direito Penal Democrático. Logo em princípio, a autora defende que o elemento volitivo existe no dolo e que, inclusive, está presente na racionalidade jurídica. Cita um exemplo do cotidiano em que um cidadão, após receber um soco decorrente de uma briga e um outro de um colega de trabalho que, imprudente, esbarra nele, entende o primeiro como mais grave, justamente porque o segundo foi “sem querer”. Há, nesse sentido, algo além do conhecimento. A autora defende que, assim como é possível adotar um conceito normativo de conhecimento (ou seja, com a apreensão correta da situação típica, o domínio de uma técnica, etc), é também possível a adoção de parâmetros normativos para expressar a presença da vontade que, partindo de uma perspectiva psicológica, é inacessível¹⁸².

A autora defende que o conhecimento não é capaz de justificar, sozinho, a imputação da forma mais gravosa do elemento subjetivo, qual seja, o dolo. Assim, o fato de tais conceitos dispositivos, que refletem o ânimo interno do sujeito, sejam de difícil determinação empírica, ensejam na opção de uma perspectiva normativa. Isto, entretanto, não significa a renúncia à racionalidade que, na opinião da autora, acontece quando há a recusa a parte da realidade em nome de uma “normativização” que entende ser incorretamente interpretada. Discorda de Feijoo no ponto em que o autor entende que a repercussão do elemento volitivo no âmbito processual é nula, devendo-se provar apenas a existência do conhecimento¹⁸³. Para a autora, a perspectiva normativa determina, no caso do elemento volitivo, a prova tanto sobre este elemento normativo quanto do conhecimento, com a utilização dos indicadores externos. Diferentemente de Feijoo, a autora não pretende a eliminação de elementos que se dão na realidade e cuja existência é determinante para algo tão relevante como a imposição de uma sanção de maior gravidade¹⁸⁴.

¹⁸¹ PITA, María del Mar Díaz. La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización. **Revista Penal**, Espanha, p. 59-71, 2006, p. 67-68.

¹⁸² PITA, María del Mar Díaz. La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización. **Revista Penal**, Espanha, p. 59-71, 2006, p. 68

¹⁸³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, La Distinción... pg. 305, apud PITA, María del Mar Díaz. La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización. **Revista Penal**, Espanha, p. 59-71, 2006, pp. 68-69.

¹⁸⁴ PITA, María del Mar Díaz. La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización. **Revista Penal**, Espanha, p. 59-71, 2006, pp. 68-69.

Díaz Pita sustenta que, se dizemos que o ser humano se relaciona com seu entorno pelo conhecimento e pela vontade, também dizemos que esta relação se dá de maneira habitual. Portanto, os comportamentos imprudentes têm como base o conhecimento do sujeito que se refere, de maneira mais ou menos errônea, ao perigo de sua ação. Já no caso da ação dolosa, o conhecimento fornece os dados necessários para a adoção da decisão contrária ao bem jurídico. Desrespeitando o bem jurídico que a sociedade julga importante e protege por leis penais, o Direito Penal responde impondo uma sanção que envia a mensagem para que, a partir daí, o agente leve em consideração o respeito aos bens jurídicos no momento de tomar uma decisão¹⁸⁵.

Neste sentido, María del Mar Díaz Pita ressalta que o conhecimento é somente uma barragem intelectual prévia e absolutamente necessária que, estando presente com o sujeito, permite que ele determine qual pena o corresponde por meio de sua decisão, e não de acordo com a intensidade de seu conhecimento. A busca normativa, entende a autora, procura uma racionalidade técnica que finque suas raízes na racionalidade contemporânea. Eliminar o elemento volitivo, entretanto, representa uma dogmática penal que contradiz a realidade cotidiana ao permitir a expansão dos casos dolosos e diluir a barreira entre dolo e imprudência, expandindo, ainda mais, o Direito Penal¹⁸⁶. Assim, percebe-se que tais autores, ainda que apresentem ideias normativistas e que desafiem as concepções tradicionais do dolo, não pretendem abolir de toda forma as percepções ontológicas, mas relativizá-las. Não é o mesmo que acontece, entretanto, com outros autores.

Adepta de uma teoria cognitiva do dolo, outra autora normativista é Ingeborg Puppe. Em linhas gerais, a autora defende sua posição ao ilustrar que há uma dificuldade por parte do juiz em determinar, no caso concreto, se o agente atuou com dolo ou com imprudência. Esta dificuldade não estaria no fato de o juiz ser incapaz de acessar a mente do autor no momento do crime, mas de encontrar o que precisa antes do fato. Isso acontece porque o agente, no momento do cometimento do delito, não necessariamente reflete sobre qual o resultado que almeja ou que aceita. Assim, o elemento volitivo como psicológico-natural, até mesmo para o próprio autor, é inexistente. De tal maneira, o elemento subjetivo do tipo não pode ser lido como um elemento psicológico que deve ser descrito, devendo, tão somente, ser atribuído¹⁸⁷. Nesse

¹⁸⁵ PITA, María del Mar Díaz. La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización. **Revista Penal**, Espanha, p. 59-71, 2006, p. 70.

¹⁸⁶ PITA, María del Mar Díaz. La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización. **Revista Penal**, Espanha, p. 59-71, 2006, p. 70.

¹⁸⁷ PUPPE, Ingeborg. **Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal**. Organizadores: Beatriz Corrêa Camargo, Wagner Marteleto Filho. São Paulo: Marcial Pons, 2019 p. 65-66.

sentido, Puppe comprehende que, ao tratar da assunção risco, a jurisprudência não opta por aplicar consistentemente tal fórmula em sentido psicológico-descritivo ou normativo¹⁸⁸.

Para a autora, tanto a teoria volitiva quanto a cognitiva trabalham com a atribuição do dolo. A diferença substancial entre as duas teorias reside nas justificativas de cada uma para a atribuição. Ressaltando a própria racionalidade do direito penal, a autora alude que qualquer atribuição no âmbito deste ramo do direito deve ser rigidamente fundamentada em razões de natureza fática amplamente aceitas, evitando o que chama de “jurisprudência atributiva”. Sob esta ótica, as teorias cognitivas do dolo acertam ao oferecer uma solução que, para fins de atribuição do dolo, considera a intensidade e clareza do risco que o autor define conscientemente. A distinção entre dolo e imprudência, para a autora, deve levar em consideração o próprio resultado, e não a produção do risco.

A autora, em sua argumentação, ressalta o que chama de teoria do perigo doloso, que serve como critério fundamentador da atribuição do dolo. Nesse cenário, observa-se a grandeza e a evidência do perigo a que o agente conscientemente expõe a vítima. Como consequência, comportamentos como esfaquear a vítima no pescoço ou estrangulá-la por vários minutos seriam suficientes para imputar o crime a título de dolo. Para Puppe, o simples fato de o autor não se conformar ou desejar o resultado não é suficiente para puni-lo de maneira mais branda ou de não aplicar punição¹⁸⁹.

A autora entende que determinados perigos por suas qualidades, são capazes de determinar se o agente, conhecendo-os, poderia confiar ou não na sua ocorrência, permitindo a atribuição ou não da vontade normativa por meio de parâmetros pré-estabelecidos. A autora adota o que chama de “qualidade prototípicamente lesiva”, que utiliza de parâmetros racionais de generalidade, permitindo compreender se o agente se via diante de uma “evidente situação de perigo” de acordo com as “percepções sensoriais”¹⁹⁰.

Esta não é uma posição isolada no campo doutrinário. Outros autores normativistas, inclusive brasileiros, defendem a concepção do dolo como a criação voluntária de um perigo doloso. É o caso de Enéias Xavier Gomes, que concorda com a posição trazida pela alemã

¹⁸⁸ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa.** Tradução, introdução e notas: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 39.

¹⁸⁹ PUPPE, Ingeborg. **Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal.** Organizadores: Beatriz Corrêa Camargo, Wagner Marteleto Filho. São Paulo: Marcial Pons, 2019 p. 74-76.

¹⁹⁰ GOMES, Enéias Xavier. **Dolo sem vontade psicológica:** perspectivas de aplicação no Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 125.

Ingeborg Puppe. O autor entende pela necessidade de análise da qualidade do perigo, partindo do pressuposto de que, para a imputação dolosa, o agente da conduta lesiva não pode se encontrar sem o conhecimento¹⁹¹.

Puppe entende que as descrições tradicionais do dolo eventual, ou seja, de que o autor se conformou ou aceitou a produção do resultado, possuem um sentido literal. Ou seja, nesse caso, o agente cria um risco tão grande que qualquer agente racional, em seu lugar, somente o produziria se almejasse o resultado. Por outro lado, quanto ao agente que atua com imprudência consciente, Puppe entende que o risco conscientemente criado não deve ser interpretado como aprovação ou sequer aceitação¹⁹².

As críticas à autora referem-se, na maior parte das vezes, quanto a tentativa de uma objetivação de um dado subjetivo¹⁹³. A autora, em breve síntese, busca o entendimento do dolo como um elemento normativo que deve ser atribuído ao agente por meio do que chama de “qualidade do perigo” que, por sua vez, é aferida por meio do que chama de indícios concretos, que são apresentados casualmente, considerando tanto o parâmetro da racionalidade do “homem médio” quando as características individuais do sujeito ativo¹⁹⁴.

Ainda que, segundo a autora, não se trate da presunção do elemento cognitivo, ocorre a imputação de tal componente do dolo a partir de parâmetros normativos¹⁹⁵ o que, por vezes, é lido como uma “robotização do ser humano”¹⁹⁶. Entretanto, mesmo defensora de uma teoria cognitiva, a autora propõe elementos objetivos para a identificação de um elemento subjetivo¹⁹⁷. A normativização da autora surge na proposta de estabelecer parâmetros normativos para reconhecer o perigo que qualificaria a ação como dolosa, o que a mantém afastada dos normativistas mais radicais.

¹⁹¹ GOMES, Enéias Xavier. **Dolo sem vontade psicológica: perspectivas de aplicação no Brasil**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 125.

¹⁹² PUPPE, Ingeborg. **Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal**. Tradução: Luís Greco, Beatriz Corrêa Camargo, Wagner Marteleto Filho, Henrique Carvalheiro Rossetto. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 65-81.

¹⁹³ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 299;

¹⁹⁴ GOMES, Enéias Xavier. **Dolo sem vontade psicológica: perspectivas de aplicação no Brasil**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 126-127.

¹⁹⁵ JORIO, Israel Domingos. **Presunção e normativização do dolo e sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana**. Orientador: João Maurício Adeodato. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2014, p. 174.

¹⁹⁶ JORIO, Israel Domingos. **Presunção e normativização do dolo e sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana**. Orientador: João Maurício Adeodato. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2014, p. 175.

¹⁹⁷ LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**: O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 142-143.

3. 2. 3. Teorias normativistas radicais

Apesar de existirem autores adeptos de visões normativistas mais moderadas, esta não é a posição unânime deste ramo da doutrina. Outro grupo de autores propõe uma reforma radical dos elementos do dolo e defende, por vezes, o completo abandono da concepção psicológica de elementos importantes para o Direito Penal, como o caso do dolo. Apesar de esta vertente existir, observa-se que sua participação, ao menos a primeira vista, é mais tímida. Isso pode ter explicação no fato de que a racionalidade penal valoriza a construção subjetiva que liga o agente à sua conduta, tornando menos fácil que o completo abandono de perspectivas normativas seja defendido. Por isso, nesta seção encontram-se ideias que entendem que todos os elementos do dolo, inclusive se for composto apenas por conhecimento, devem ser lidos de maneira normativa e não mais psicológica.

Um participante deste grupo é Jakobs, que apresenta uma teoria “radicalmente normativa”. Jakobs sugere a ultrapassagem do dogma de proteção do bem jurídico e sua consequente substituição por um princípio de danosidade social¹⁹⁸. Em linhas gerais, o autor propõe a compreensão de termos, inclusive aqueles consagrados pelo senso comum, sob parâmetros normativizados. É o que acontece com o conceito de “pessoa” construído por Jakobs, que, apesar do que possa parecer à primeira vista, difere-se do conceito de “ser humano”. Enquanto o que chama de “ser humano” ou “indivíduo humano” possui sua definição ancorada na natureza, a “pessoa” é uma construção social, representante do destino de expectativas, sendo tanto um titular de obrigações como de direitos, dirigindo suas próprias expectativas a outras “pessoas”¹⁹⁹.

Para Jakobs, o direito penal apresenta como função a manutenção da confiança dos cidadãos de que os demais não cometerão atos tipificados como delitos. O autor acrescenta à sua teoria as ideias de *responsabilidade descentralizada, perturbação social incompatível com a norma, relações negativas de dever e expectativas sociais*. A aplicação da pena, por conseguinte, tem o objetivo de assegurar a vigência da norma jurídico-penal e, consequentemente, reafirmar as balizas necessárias para a manutenção da confiança²⁰⁰.

¹⁹⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 72.

¹⁹⁹ JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução: Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijoo Sanchez. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 20-21.

²⁰⁰ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Tipicidade Penal e Sociedade de Risco**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 144.

O autor trata da questão da “fidelidade ao ordenamento jurídico” com muito afinco, deixando claro seu propósito de retirar o caráter psicológico do feito e tratar os feitos psíquicos apenas como indicadores da já mencionada falta de fidelidade ao ordenamento jurídico²⁰¹. Jakobs, além de defender a eliminação do elemento volitivo do dolo, também rechaça o caráter psicológico do elemento cognitivo, defendendo que este seja observado de maneira puramente normativa. O autor busca o critério na relação entre risco e resultado para encontrar o grau de menosprezo à norma por parte do agente. Grande parte das críticas ao autor relacionam-se com o fato que Jakobs praticamente despreza a postura do agente quando defende o afastamento do elemento volitivo e a redução do elemento intelectual do dolo²⁰².

Jakobs defende seu posicionamento de relevância dos aspectos cognitivos e ressalta que a valoração de conceitos psíquicos depende do correspondente contexto social. Assim, os feitos devem ser concebidos apenas como meros indicadores de presença ou ausência de fidelidade ao ordenamento jurídico, tão prezado pelo autor. Assim, o que importa é o significado de um comportamento, definido pela semântica da sociedade em um processo de atribuição. Para o autor, o próprio Direito é gerado por si mesmo no conteúdo normativo, não estando apoiado na natureza. Defende, portanto, que esta é a ideia da normativização²⁰³.

O autor entende que um valor psicológico seria desnecessário até mesmo para o conhecimento, e utiliza como argumento a dupla gravosidade do dolo quando comparado com a culpa: a primeira em razão de extensão, uma vez que grande parte dos delitos só é punido a título de dolo; e a outra em intensidade, considerando a discrepância entre as penas de um e de outro instituto. Jakobs entende que tal discrepância é injustificada. Por tal motivo, o autor propõe uma reforma normativista do dolo e sugere que se estirpe qualquer sentido psicológico e que se mantenha, somente, o sentido social expresso por seu comportamento. Assim, a falta de conhecimento resultante da indiferença do autor seria a ele atribuída²⁰⁴. É neste ponto que parece irrazoável não separar Jakobs dos autores considerados temperados.

Por tais motivos, Jakobs, com seu funcionalismo sistêmico, apresenta uma nova maneira de lidar com o dolo. O autor alemão lida a distinção entre dolo e imprudência dando foco ao

²⁰¹ JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal.** Tradução: Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijoo Sanchez. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 12.

²⁰² SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal:** Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 299.

²⁰³ JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal.** Tradução: Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijoo Sanchez. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

²⁰⁴ GRECO, Luís. **Dolo sem vontade.** In: SILVA DIAS, Augusto. et al (Org.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 879-881.

conhecimento, envolto com a noção de evitabilidade. Assim, o autor tem uma postura crítica a quaisquer visões de caráter psicológico ou ético, e entende o dolo como assunção de violação da norma, concretamente evitável pelo agente. A imprudência, por sua vez, restaria caracterizada quando inexistisse qualquer evitabilidade do resultado por desconhecimento por parte do sujeito ativo²⁰⁵. Outros autores, inclusive autores normativistas contemporâneos, como Paulo Busato, já teceram críticas no sentido de que o funcionalismo sistêmico de Jakobs representa uma normativização e objetivação demasiadamente superficial, além de ignorar completamente qualquer aspecto humano²⁰⁶.

Neste sentido, a crítica a Jakobs não deixa de ser tecida por autores normativistas. Busato ressalta que o autor funcionalista alemão, além de manter a organização do dolo tal qual faz a concepção finalista, ou seja, trazendo as figuras do dolo e da imprudência, traz uma completa objetivação do elemento subjetivo o que o autor comprehende como um completo desprezo ao componente humano do sistema de imputação e valorizando uma normativização completamente artificial²⁰⁷. Ainda, Pedro Jorge Costa aponta que Jakobs apresenta uma incoerência referente à tensão entre o objetivo e o individual para a afirmação ou negação do dolo em grupos distintos de casos. Assim, ao não trabalhar com conceitos gerais de dolo, valorizando a afirmação do dolo pautada em um critério individual que a é a representação do agente, Jakobs “termina por traçar grupos de casos para os quais apresenta soluções que julga corretas sem preocupação com a coerência”²⁰⁸.

Um autor que se alinha, de alguma forma, à teoria de normativização radical de Jakobs é o espanhol Ramón Ragués I Vallès, que propõe uma completa exteriorização do dolo. A proposta deste autor nasce da tentativa de criar um critério que permita a demonstração do elemento cognitivo do dolo como prova no processo penal. Segundo o autor, apresenta-se como impossível a tarefa de determinar o conhecimento elementar do dolo, motivo pelo qual defende a imputação do conhecimento ao autor com base no sentido social de sua conduta²⁰⁹.

²⁰⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 287.

²⁰⁶ BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal**: Modernas Tendências. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 3, p. 90.

²⁰⁷ BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal**: Modernas Tendências. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 3, p. 90.

²⁰⁸ COSTA, Pedro Jorge. **Dolo penal e sua prova**. São Paulo: Atlas Jurídico Profissional, 2015. v. 3, p. 137.

²⁰⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J.M. Bosch, 1999. apud LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**: O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 143.

O autor defende que o conhecimento deve ser atribuído no âmbito da prova no processo penal de acordo com o que chama de “regras de experiência” que servem para determinar, de acordo com os dados externos, o que foi representado pelo agente quando realizou a ação. A busca destas “regras de experiência” não deve ter como destino o que entende o juiz ser uma regra de experiência, mas sim a existência de um amplo consenso social sobre sua vigência. O autor valoriza a opinião dos cidadãos sobre a legitimidade das decisões, considerando a função social desempenhada pelo direito penal²¹⁰. Neste sentido, é possível vislumbrar esta proposta como uma resposta à crescente demanda social por mais proteção²¹¹. Observa-se assim que, da mesma maneira que Jakobs, Ragués I Vallès se nega a reconhecer que quaisquer elementos psicológicos tenham relevância para a caracterização do dolo, jusitificando a inclusão de suas ideias no grupo das mais radicais.

Gabriel Pérez Barberá também apresenta ideias normativistas aparentemente menos moderadas e é entendido, por vezes, como dono de uma das propostas mais ousadas sobre a normativização do dolo²¹². O autor rechaça qualquer elemento psicológico para o dolo. Ainda que a percepção de abandono da vontade não seja totalmente aceita, a verdade é que ela é antiga e bastante presente na doutrina. Barberá, entretanto, abandona também a ideia de necessidade de um efetivo conhecimento por parte do agente. Assim, dolo não é conhecimento, nem vontade²¹³. Esta visão não encontra ressonância na doutrina, sendo assente que a existência de um perigo, ainda que pressuposto de um dever objetivo de cuidado, não é suficiente nem mesmo para sancionar delitos imprudentes, sendo também necessário averiguar se tal perigo chegou ao conhecimento do autor²¹⁴.

Para Barberá, dolo e culpa são representantes de um juízo de reprovabilidade. Imputase o dolo ou a culpa de acordo com a necessidade de pena entendido para o caso específico. Então, em sua teoria, o dolo significa uma reprovabilidade maior, merecedora de uma punição igualmente grande, enquanto a culpa representa uma reprovabilidade menor, o que justifica que sua pena seja também diminuída. Assim, elementos como conhecimento e vontade são

²¹⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Consideraciones sobre la prueba del dolo. **Revista de Estudios de la Justicia**, Chile, p. 13-26, 2014, p. 19-20.

²¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 30.

²¹² JORIO, Israel Domingos. **Presunção e normativização do dolo e sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana**. Orientador: João Maurício Adeodato. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2014, p. 191.

²¹³ BARBERÁ, Gabriel Pérez. **Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental**. Buenos Aires: Hammurabi, 1 ed, 2011, p. 11-49, p. 11.

²¹⁴ BIDASOLO, Mirenxtu Corcoy. **El delito imprudente**. Buenos Aires: B de F, 2005, p. 207.

completamente irrelevantes para a imputação do dolo na visão do autor, o que justifica a inclusão de sua teoria entre as mais radicais²¹⁵.

Assim como Jakobs, Barberá apresenta como justificativas de seus argumentos os fins do direito penal de estabelecer as expectativas normativas criadas por este ramo do direito. Também tratando da comunicação, em semelhança ao que realizam outros autores, Barberá justifica a diferença existente na punição de dolo e culpa com a “intensidade comunicativa” do fato com as normas penais. Assim, observa-se que o autor argentino não busca justificar o dolo ou a culpa com base em qualquer elemento subjetivo do agente, mas sim com o *quantum* de merecimento da pena²¹⁶.

Barberá, assim como outros autores normativistas, demonstra intensa preocupação com a questão da aplicação prática de seu conceito de dolo. Assim, o autor afirma que o que importa serão as circunstâncias sendo que, de tal forma, dadas certas circunstâncias, poderá ser a ação considerada dolosa mesmo que o autor sequer tenha representado os dados constitutivos do risco ou perigo criados por sua ação. É este o pilar de sua teoria. Assim, ignora-se qualquer tentativa de buscar o real estado mental do agente, alcançando uma normativização bastante ampla²¹⁷.

3. 2. 4. Normativistas brasileiros

Depois de apresentadas algumas das ideias normativistas de notório destaque, faz-se relevante evidenciar quais as leituras e contribuições da doutrina brasileira para o campo das teorias normativo-atributivas do dolo.

Paulo Busato é compreendido como um dos mais enfáticos autores normativistas brasileiros. Inspirado de maneira bastante perceptível por Vives Antón, Paulo Busato rechaça a proposta de dolo ontológico trazida por Welzel e apoiada por grande parcela da comunidade acadêmica. O autor, assim como Vives Antón, utiliza da filosofia da linguagem de Wittgensten e propõe o que chama de dolo significativo²¹⁸.

²¹⁵ BARBERÁ, Gabriel Pérez. **Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental**. Buenos Aires: Hammurabi, 1 ed, 2011, p. 11-49, p. 12-13.

²¹⁶ BARBERÁ, Gabriel Pérez. **Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental**. Buenos Aires: Hammurabi, 1 ed, 2011, p. 11-49, p. 13-14.

²¹⁷ BARBERÁ, Gabriel Pérez. **Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental**. Buenos Aires: Hammurabi, 1 ed, 2011, p. 11-49, p. 37-39.

²¹⁸ JORIO, Israel Domingos. **Presunção e normativização do dolo e sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana**. Orientador: João Maurício Adeodato. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2014, p. 167.

Paulo Busato²¹⁹ entende pela necessidade de revisar o dolo como categoria delitiva ancorada em uma perspectiva de verdade psicológica intangível ou em um processo de atribuição com questões problemáticas de legitimação. É dada a deixa para a apresentação das teorias cognitivas (que fundam o dolo tão somente no conhecimento do resultado) e volitivas (que acrescentam a necessidade de vontade para a caracterização do dolo) que se apresentam como contrapostas. O autor ressalta que os debates entre as duas correntes apresentam inúmeros detalhes, “sempre a partir da busca por um elemento diferenciador (nas concepções tripartidas) ou aglutinador (nas teorias unitárias) entre o dolo direto e o dolo eventual”²²⁰.

Para o autor, a maior questão não reside na decisão de entender como necessária ou não a inclusão da vontade para a configuração dolo, mas, sim, em saber quando se poderá dizer que o indivíduo atuou dolosamente, intencionalmente ou com conhecimento da possível ou provável provocação do resultado²²¹. O autor ressalta que, na prática, muitos julgamentos e condenações são impostos a partir de uma constatação de que o sujeito atuou dolosamente, mas sem maiores discussões sobre quais fundamentos justificaram tais afirmações²²². Crítica mais severa é realizada por Enéias Xavier Gomes, que aponta que as teorias que partem do dolo com base na vontade psicológica permitem que o julgador, de acordo com sua crença e experiência de vida, “escolha” o que é vontade e o que não é. Com isso, é possível que se aplique, a casos idênticos, remédios distintos, ensejando em um processo oscilante²²³.

Buscando romper com a abordagem clássica que divide as teorias do dolo entre volitivas e cognitivas, Busato propõe classificá-las entre ontológicas e normativas para, após, apresentar o que entende como uma terceira via, a significativa²²⁴. Sobre o dolo ontológico, menciona a dificuldade de demonstração de sua existência como fenômeno psíquico, apesar do senso comum na doutrina quanto ao caráter eminentemente psicológico do dolo. É no finalismo, inegavelmente influente até os dias de hoje, que o dolo é apresentado como elemento subjetivo

²¹⁹ BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 3, p. 75-101.

²²⁰ BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 3, p. 76.

²²¹ BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 3, p. 76.

²²² BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 3, p. 76.

²²³ GOMES, Enéias Xavier. **Dolo sem vontade psicológica:** perspectivas de aplicação no Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 75-76

²²⁴ BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 3, p. 78.

da própria ação típica, que configura sua nota distintiva. Neste caso, portanto, o dolo está presente na cabeça do autor como uma realidade ontológica, restando ao jurista identificar e descrever tal dado psicológico²²⁵.

Ainda sobre o finalismo, o autor menciona Armin Kaufmann, que lida com a existência do dolo sob uma perspectiva negativa ao determinar que o dolo termina quando o agente realiza uma “vontade” evitadora que domina o fato. O autor compartilha da opinião de Hassemer, que critica Kaufmann ao entender que a decisão a respeito do dolo não pode deixar de ter em conta a intenção do agente, mesmo que, para tanto, seja necessário acudir a elementos externos, que estejam, sobretudo, conformes à intenção subjetiva do agente²²⁶.

O autor aproveita a deixa para declarar sua posição de que, tendo em vista a impescindibilidade da referência aos elementos externos, o dolo guarda estreia relação com o processo penal, sendo que “o dolo se resume ao dolo que se pode demonstrar”. Assim, dolo sempre dependerá de uma demonstração objetiva da intenção subjetiva, sendo que tal demonstração do dolo como realidade psicológica, entretanto, revela-se impossível, segundo o autor²²⁷. Por fim, descarta a ideia de que o recurso às ciências naturais ou a confissão do acusado sejam elementos afirmativo da realizada do dolo. Conclui, portanto, que a admissão do dolo como realidade psíquica é, invariavelmente, insegura, uma vez que a constatação do dolo como realidade empírica é impossível, já que toda afirmação sobre o dolo contém certo grau de valoração²²⁸.

Tendo em vista as problemáticas apontadas na concepção ontológica do dolo, parte da doutrina propõe entender o dolo não mais como uma realidade psicológica, mas como o resultado de um processo de atribuição²²⁹. O autor ressalta que a maior problemática em negar

²²⁵ BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 3, p. 78-79.

²²⁶ BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 3, p. 80-81.

²²⁷ BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 3, p. 81

²²⁸ BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 3, p. 82

²²⁹ BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 3, p. 82-83

o caráter ontológico do dolo está na ampliação de riscos de gerar decisões arbitrárias. Surge, portanto, uma “crise de legitimidade” na perspectiva normativa do dolo²³⁰.

Em busca de sintetizar e utilizar da teoria construída por Hassemer, Busato reafirma que o processo de atribuição se reduz à investigação de elementos externos que possam servir de indicadores e justificadores da atribuição²³¹. O autor brasileiro entende que Hassemer se omitiu ao não explorar a ideia de transmissão de um significado, ao não explicar o processo justificante de identificação do dolo à possibilidade de sua atribuição. Para o autor, “o dolo ‘é’ sua própria demonstração, sua expressão significativa”²³².

Neste sentido, Busato concorda que a identificação do dolo não deve surgir pela sua descrição, como se este fosse um processo psicológico, deixando claro sua posição normativista. O dolo, para o autor, não é um fato, mas uma atribuição, na qual se expressam tanto o conhecimento como a vontade, momento em que exprime sua crítica à teoria finalistas e às outras que dela derivam. Neste sentido, Busato menciona Vivés Antòn para trazer o que chama de dolo significativo. A proposta é abandonar completamente a ideia de um dolo como elemento psicológico que deve ser descrito²³³.

Busato sugere, como alternativa, a adoção da filosofia da linguagem para caracterizar o dolo. Para Vivés Anton, autor que utiliza como norteador, o sistema de imputação deveria ser dividido em dois pilares, quais sejam “a norma e a ação, as quais, conjugadas, convertem a teoria do delito em um conjunto de pretensões normativas em face do sentido de um tipo de ação”. Para esse autor, a distinção entre dolo e imprudência está no fato de que apenas o dolo significa um compromisso de ação por parte do agente²³⁴.

Vivés entende que o querer, elemento volitivo, não é um processo psicológico, já que não é comum a todas as espécies de dolo. O que é comum, entretanto, é a decisão contrária ao bem jurídico. Assim, o dolo pressupõe a intenção, sem abandonar a vontade como um de seus elementos. Ressalta Vivés Anton que o dolo não prescinde de elemento volitivo, justamente

²³⁰ BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 3, p. 84-85.

²³¹ BUSATO, Paulo César, citando HASSEMER, Winfried. Los elementos..., pp. 931.

²³² BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 3, p. 88.

²³³ BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 3, p. 89-90.

²³⁴ BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 3, p. 91.

porque é o dolo que representa um querer, não naturalístico, mas sim normativo. Aproxima-se, portanto, de uma visão normativista menos radical. Abandona-se a ideia de descrever o dolo, substituindo-a pela tentativa de compreensão sobre o nível de gravidade que é refletido na contradição entre a ação realizada e a norma. Há a tarefa, portanto, de adscrição do dolo²³⁵.

O autor defende a ideia do dolo, intenção, como compromisso. Para entender se a ação do autor efetivamente arregou uma intenção, Vives Antón propõe analisar a conduta de acordo com as regras sociais e jurídicas e, concomitantemente, com as aptidões do agente. Assim, para entender, ao menor em parte, a intenção do sujeito ativo, é necessário analisar qual era o seu o conhecimento de acordo com suas manifestações exteriorizadas. Esse saber, de alguma forma, estaria unido ao querer do agente, uma vez que, ao menos para o Direito Penal, o querer não deveria estar ligado a qualquer espécie de sentimento²³⁶.

O autor, portanto, defende que, ao entender o elemento volitivo do dolo de forma não naturalista, ou seja, sem conformar um processo psicológico, mas normativo, como um compromisso de atuar, o conceito fica mais esclarecido e menos paradoxal²³⁷. Assim, é possível afirmar que o autor propõe uma normativização do dolo que entende, por sua vez, ser o que chama de intenção. Outros autores dão, também, grande importância ao que chamam de intenção. Sousa Neto, em publicação de 1956, explica sua posição de que a intenção possui a maior relevância para a composição do dolo, uma vez que, dependendo dela, o mesmo ato pode ser lícito ou ilícito. Relativiza, neste sentido, a importância da vontade que, apesar de estar presente em ambos os cenários, na mesma intensidade, passa para o segundo plano²³⁸. A intenção, entretanto, não significa o mesmo que o dolo. Para o autor, “no dolo, a vontade é a força de propulsão e a intenção é a força de direção”²³⁹.

Em breve síntese, ao tratar dos elementos subjetivos, Vives Antón comprehende que estes não podem ser vislumbrados como processos internos semelhantes aos processos físicos, mas sim como momentos da ação, como componentes de algo exteriorizado, e não secreto. Isso serviria, segundo o autor, aos princípios e garantias do Direito Penal material, que não pode

²³⁵ BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 3, p. 91-94.

²³⁶ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 252-253.

²³⁷ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 253-254.

²³⁸ NETO, Sousa. **O motivo e o dolo**. 2. ed. São Paulo: Livraria Freitas Barros, 1956, p. 14.

²³⁹ NETO, Sousa. **O motivo e o dolo**. 2. ed. São Paulo: Livraria Freitas Barros, 1956, p. 17.

continuar a lidar da mesma maneira com o que entende como problemas acerca do “subjetivo”²⁴⁰.

Outro autor importante neste tema no cenário brasileiro é Luís Greco. A princípio, conveniente é ressaltar que, diferentemente das ideias de outros autores aqui apresentados, Luís Greco descarta, de forma absoluta, o elemento vontade para a caracterização do dolo. Sua inclusão neste trabalho justifica-se pela discussão que o autor realiza sobre a normativização do dolo e, ademais, sobre a relativização de seu componente volitivo. O autor, ainda que defende a construção do dolo apenas como conhecimento, entende que tal elemento deve ser valorado em sua forma ontológico-descritiva e não normativa. Portanto, é possível entender que Luís Greco representa parte dos adeptos da teoria normativista, ainda que moderado²⁴¹.

Luís Greco questiona o “engessamento” de conceitos como “dolo” ante a palavra do legislador brasileiro no Código Penal de 84. O autor adere ao incorporado coro de que a palavra “vontade” é empregada em sentidos distintos. Mencionando Puppe, o autor ressalta que, por vezes, o termo “vontade” é empregado para descrever algo que literalmente acontece na mente do autor, entendida em sentido psicológico-descritivo. Por outras vezes, a vontade é entendida em sentido normativo-atributivo, o que significa dizer que será atribuída de acordo com uma interpretação do comportamento do agente, realizada de maneira amplamente independente de sua psique²⁴².

Luís Greco, escolhendo utilizar “vontade” em sentido psicológico-descritivo, diferencia as teorias cognitivas das volitivas. Ressalta o entendimento majoritário de que o dolo é composto por uma dupla, sendo o elemento cognitivo descrito por ele como uma fotografia na cabeça do agente sobre como as coisas estão atualmente e como estão após sua ação. Já a vontade é representada pela tomada de decisão por parte do agente. Greco declara seu objetivo de questionar a necessidade de presença de ambos os elementos cognitivo e volitivo para a caracterização do dolo.

Sobre o elemento cognitivo, o autor defende que, assim como acontece com a palavra “vontade”, a palavra “conhecimento” também pode ter tanto um sentido psicológico-descrito,

²⁴⁰ VIVES ANTÓN, Tomás S. Fundamentos del sistema penal. Valencia: **Tirant lo Blanch**, 1996, p. 270-271.

²⁴¹ JORIO, Israel Domingos. **Presunção e normativização do dolo e sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana**. Orientador: João Maurício Adeodato. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2014, p. 181.

²⁴² GRECO, Luís. **Dolo sem vontade**. In: SILVA DIAS, Augusto. et al (Org.). Liber Amicorum de José de Sousa e Brito. Coimbra: Almedina, 2009, p. 887.

representando um estado mental; como um sentido normativo-atributivo, fruto de uma interpretação.²⁴³ O autor questiona se há a necessidade de que o elemento cognitivo se dê sentido psicológico ou se bastaria um conhecimento normativo. Sobre isso, Greco menciona Jakobs, que se declara “radicalmente normativista”, e a teoria da cegueira diante dos fatos²⁴⁴.

Greco defende a necessidade de comprovação do conhecimento em sentido psicológico-descritivo, contrariando Jakobs²⁴⁵. O autor entende que o conhecimento é o elemento subjetivo primordial para alegar que o autor tinha domínio ou controle sobre aquilo que estava a realizar, o que considera suficiente para caracterizar a necessidade de punição mais severa, inclusive por ordem consequencialista. Ou seja, tendo em vista o objetivo de prevenir crimes, é racional que se empenhe recursos na prevenção de condutas que, por serem dominadas, são tanto mais perigosas aos bens jurídicos quanto mais passíveis de serem repensadas e abandonadas pelo agente que estava em vias de praticá-las. Luís Greco afirma que é o conhecimento do sentido psicológico do termo o necessário para o dolo, pois só o este gera o domínio. Assim, defende a impropriedade de punir a título de dolo aquele que está em cegueira diante dos fatos²⁴⁶.

Em seguida, o autor inicia a reflexão sobre a necessidade ou não da vontade em sentido psicológico para a caracterização do dolo, o que, desde o início, adianta-se ao fornecer uma resposta negativa à pergunta. Traz à tona, entretanto, a possibilidade de aceitar um dolo em sentido normativo quanto à vontade, e não em sentido psicológico. O autor conclui que não é a vontade necessária para caracterizar o dolo, mas sim o domínio. Assim, questiona se a vontade teria alguma relevância jurídica, ou seja, se o autor poderia ter o dolo excluído se, ainda que atuando com conhecimento, atuasse com um “não-querer”.

Em resposta, Greco defende que a vontade em sentido psicológico é irrelevante para a configuração do dolo uma vez que ela não acrescenta nem retira nada às necessidades de prevenção e possibilidades de responsabilização resultantes da existência de domínio. Entende o autor que a tarefa de atribuir ou não o dolo cabe ao direito, e não ao próprio agente. Assim, ainda que o autor tivesse a intenção de realizar uma conduta incompatível com o resultado

²⁴³ GRECO, Luís. **Dolo sem vontade**. In: SILVA DIAS, Augusto. et al (Org.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 889.

²⁴⁴ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, Berlin/New York, 1972, apud GRECO, Luís. **Dolo sem vontade**. In: SILVA DIAS, Augusto. et al (Org.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 890.

²⁴⁵ LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**: O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 143.

²⁴⁶ GRECO, Luís. **Dolo sem vontade**. In: SILVA DIAS, Augusto. et al (Org.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 892-893.

alcançado, não poderia retirar dele o dolo, uma vez que conscientemente realizou uma ação perigosa para a vida da vítima.

Greco rebate uma das mais comuns críticas às teorias cognitivas, qual seja, a de que a ausência de elemento volitivo no dolo serviria para o fim de punir mais, ou seja, que é a vontade a responsável por restringir a punibilidade. Greco responde que, primeiramente, a vontade nem mesmo é levada a sério para os defensores das teorias volitivas, que a utilizam de acordo com o caso e o lado que estejam tentando defender; ademais, que as teorias cognitivas não necessariamente puniriam mais, mencionando o que entende como domínio; depois, que, punir menos não é, necessariamente, algo positivo.

De tal forma, Greco afirma que, ao continuar punindo por dolo tendo em vista a vontade, faz-se isso baseado em um fundamento desconhecido. Greco defende que, enquanto os defensores não trouxerem fundamentos para a exigência da vontade, deverá-se punir tendo em vista um dolo puramente cognitivo. O autor, portanto, considerando dolo é apenas conhecimento, defende a existência de apenas um tipo de dolo e pugna pela exclusão da figura do dolo eventual²⁴⁷.

Eduardo Viana desponta como mais um autor brasileiro que propõe reflexões relevantes para o estudo do dolo e também acerca dos limites do dolo eventual e sua fronteira com a culpa consciente²⁴⁸. O autor filia-se ao grupo de estudiosos que compreendem o elemento intelectual como o único necessário para a caracterização do elemento subjetivo. Ao realizar uma análise das teorias volitivas, entende serem três as principais justificativas empregadas pelos seus defensores. De maneira breve, esses autores advogam pela necessidade da vontade por compreenderem que o autor doloso é subjetivamente mais perigoso do que o autor imprudente; que o comportamento decorrente da vontade possui maior periculosidade quando comparado com aquele que não o tem; e, por fim, que a manutenção do elemento volitivo representa uma forma de limitar o poder punitivo do Estado²⁴⁹.

Entretanto, o autor rebate negando a existência de maior periculosidade do comportamento doloso e alegando que, mesmo que essa maior periculosidade das condutas dolosas existisse, só valeria para fundamentar o dolo direto de 1º grau. Quanto à necessidade

²⁴⁷ GRECO, Luís. **Dolo sem vontade**. In: SILVA DIAS, Augusto. et al (Org.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 900-903.

²⁴⁸ VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 23

²⁴⁹ VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 149-158.

de atribuição a título de dolo baseada na maior periculosidade do autor, Eduardo Viana entende que não se pode conferir, em um Estado Democrático de Direito, à ideia de maior punição alinhada à teoria preventivo-especial da pena, ante à impossibilidade de imposição das prioridades subjetivas concretas dos integrantes da sociedade. Ainda, rebate que, por vezes, o comportamento com vontade realizada pelo autor converge com a maior parte dos cidadãos e que, ainda, por vezes o autor doloso pode ser mais capaz de se readequar do que o imprudente²⁵⁰.

O autor, trazendo outras réplicas aos argumentos dos defensores da teoria da vontade, de maneira geral, entende que os argumentos que se pautam pela periculosidade subjetiva estão fincados em razões de “corte ético-sentimental” e se aproximam, de maneira inaceitável, de uma espécie de direito penal do autor²⁵¹. Ao criticar especificamente o elemento volitivo, Eduardo Viana defende a posição de que o “querer” previsto pelo Código Penal apenas pode ser analisado em sentido normativo-atributivo, e não psicológico-descritivo. Salienta ainda que, mesmo que se admita a vontade como um elemento intrínseco ao agente, essa não seria a resposta para os problemas do dolo, visto que apenas o agente teria acesso à sua vontade e, portanto, decidiria acerca de sua própria imputação²⁵². Desse modo, o autor brasileiro conclui pela insustentabilidade da proposta volitivista e alinha-se à defesa de uma concepção de dolo puramente cognitiva²⁵³.

Observa-se, assim, que a discussão sobre o dolo possui grande espaço na academia, inclusive no cenário brasileiro. Discussões sobre os elementos do dolo possuem espaço, assim como acontece com todos os demais aspectos deste controvertido tema do Direito Penal.

²⁵⁰ VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 151-154.

²⁵¹ VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 156.

²⁵² VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 160-172.

²⁵³ VIANA, Eduardo. Sobre a estrutura do dolo. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 19, n. 77, p. 61-107, 2020.

4. A PROBLEMÁTICA DA FRONTEIRA ENTRE IMPRUDÊNCIA CONSCIENTE E DOLO EVENTUAL

A distinção entre dolo eventual e imprudência consciente, além de constituir um dos grandes temas de debate no cenário acadêmico, também é de uma grande importância prática, o que justifica e alimenta sua constante discussão²⁵⁴. Adotada pelo legislador brasileiro, revela-se importante a discussão sobre o dolo eventual na estrutura final da ação e análise das contribuições da doutrina sobre a estrutura do delito²⁵⁵.

Os institutos do dolo eventual e da culpa consciente se aproximam no momento em que, em ambos os casos, o agente comprehende que com sua ação pode chegar em consequências prejudiciais²⁵⁶. De maneira geral, salienta-se que a reflexão acerca do dolo eventual e da culpa consciente, normalmente, é realizada com a busca de uma melhor definição do dolo, e não da culpa. Neste caso, as teorias são várias e podem ser divididas em dois grupos, mais ligados à vontade ou à representação, que podem, por sua vez, também apresentar subdivisões²⁵⁷. Sobre isso, por vezes ressalta-se que, para qualificar uma ação como culposa, é necessário o desconhecimento da efetiva situação de perigo e que, ainda, tal desconhecimento seja imputável ao sujeito²⁵⁸.

Feita a consideração acerca das possíveis distinções nos conceitos de acordo com a teoria escolhida, a verdade é que o Código Penal define que “assumir o risco” de produzir o resultado também caracteriza o dolo. Portanto, é comum a compreensão de que o dolo eventual representa a vontade do agente dirigida a um resultado, porém vislumbrando a possibilidade de ocorrência de um outro resultado, que pode não ser, sequer, desejado, mas que é admitido, refletindo uma certa indiferença do agente²⁵⁹. Assim, não se faz impossível, neste cenário, manter a posição tradicional da vontade para caracterizar o dolo eventual:

O não querer aqui avençado nada tem de afirmação positiva da vontade, pretendendo antes expressar a atitude psíquica da passividade com que o agente encara o resultado. Certo é também, cumpre dizê-lo, que ao agente sempre poderia dizer não. Sucede que não o faz porque a vontade de praticar a ação principal como que arrasta no seu halo

²⁵⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General Tomo I. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 424.

²⁵⁵ KAUFMANN, Armin. “El dolo eventual em la estructura del delito”. Em Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Trad. R. F. Suarez Montes, Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1969, p. 185-206, p. 186.

²⁵⁶ BERTONA, María Cecilia Elmelaj. **La frontera entre el dolo eventual y la imprudencia consciente**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Universidade de Sevilla, Mendoza, Argentina, 2014, p. 11.

²⁵⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1, p. 305.

²⁵⁸ BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. **El delito imprudente**. Buenos Aires: B de F, 2005, p. 231.

²⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Arts. 1º a 120 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1, n.p.

a sujeição à passividade psíquica no que toca ao resultado possível. O que vale por afirmar: o agente *quer* a ação principal e como que é conivente, diríamos por omissão, com as ações acessórias tão só eventualmente representadas²⁶⁰.

A culpa, por sua vez, pode ser compreendida como um comportamento voluntário desprovido de atenção, com fim lícito ou ilícito, e que produz, ao final, resultado ilícito previsível e evitável, ainda que não desejado. O dolo é a regra; a culpa, exceção. Para se punir alguém por delito culposo, é indispensável que a culpa venha expressamente delineada no tipo penal. Nas palavras de Nucci, pode-se tratar a culpa como um elemento *psicológico-normativo*, divergindo das posições aqui utilizadas para definir o dolo. O autor entende que a culpa é um elemento psicológico, uma vez que constitui elemento subjetivo do delito, referindo-se a um querer construído internamente no agente por meio da previsibilidade. É normativo, por sua vez, porque é formulado um juízo de valor acerca da relação estabelecida entre o *querer* do agente e o resultado produzido²⁶¹.

Ainda que não seja o foco deste trabalho, compensa realizar uma análise sobre a culpa inconsciente para melhor compreender a culpa consciente. Na culpa inconsciente, o agente não realiza uma efetiva previsão, mas existe a possibilidade de previsão. O agente, em nenhum momento, pôde desejar o resultado, uma vez que este sequer foi por ele representado²⁶². É possível, desta forma, compreender porque a culpa não é entendida como um elemento subjetivo, como é o dolo, mas normativo²⁶³. Na culpa consciente, por outro lado, há a previsão. Entretanto, o agente, legitimamente, acredita na não realização do resultado que previu, confinando que sua atuação, movida tanto pela sua vontade quanto pela sua capacidade, será suficiente para evitá-lo²⁶⁴. É esta a situação que se apresenta como limítrofe ao dolo eventual. Por vezes, sustenta-se que resta impossível diferenciar o dolo eventual da culpa consciente ao se tratar de casos concretos²⁶⁵.

²⁶⁰ COSTA, José de Faria. **Tentativa e Dolo Eventual, ou, da Relevância da Negação em Direito Penal**, apud NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Arts. 1º a 120 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1.

²⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Arts. 1º a 120 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1, n.p.

²⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Arts. 1º a 120 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1, n.p.

²⁶³ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1, p. 301.

²⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Arts. 1º a 120 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1, n.p.

²⁶⁵ PARDAL, Rodrigo Francisconi Costa. **Dolo**: entre o conhecimento e a vontade. Orientador: Guilherme de Souza Nucci. 2016. Dissertação (Direito Penal) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

Surge como inimigo comum entre as teorias normativizadoras o dolo como conceito ontológico proposto por Welzel. Em geral, advogam pela ausência de essência da ação que, diferente do que apresentou e defendeu Welzel, não é composta por elementos intrínsecos ao agente. As teorias normativizadoras, portanto, ainda que não sejam unâimes em diversos aspectos, aproximam-se ao negar a percepção ontológica característica do finalismo.

Em sentido geral, entende-se que o dolo eventual faz parte de um conjunto de três distintas modalidades do dolo trazidas pelo legislador brasileiro. Conforme se afasta da primeira modalidade, afasta-se também da vontade do sujeito. De tal forma, o dolo direto de primeiro grau representa a maior manifestação de vontade, uma vez que ele está presente nos casos em que o resultado ou o perigo decorrente da ação do autor correspondem ao fim por ele proposto. No caso do dolo de segundo grau, a vontade, enquanto elemento psicológico, já toma um papel menos crucial: atua com dolo de segundo grau aquele que que representa como certos ou necessários os efeitos de sua conduta, mesmo que não os deseje. Considerando uma perspectiva psicológica, é possível afirmar que o resultado não é, necessariamente, querido pelo autor, mas, representando com clareza suas ações e consequências, não é possível afirmar, também, que não o quis. Por fim, o dolo eventual, como o nome bem sugere, também parte do conjunto de modalidades do dolo, também tem seu conceito tradicionalmente ligado ao conhecimento e à vontade, surgindo teorias para diferenciá-lo da mera imprudência²⁶⁶.

Um ponto bastante questionado quando se trata teoria de Welzel reside na forma como este autor lida com a imprudência²⁶⁷. Tal discussão é aproveitada pelos normativistas, que entendem que o finalismo de Welzel falha irremediavelmente quando o tema é a imprudência. Neste caso, sobre a construção finalista de que toda ação humana é composta por uma finalidade, os normativistas problematizam a construção dos delitos culposos como uma ação, já que, neste caso, não haveria a finalidade de lesionar o bem jurídico em qualquer grau. Entretanto, este apontamento pode ser rebatido no sentido de que a diferença entre a finalidade presente em uma ação dolosa e uma imprudente reside na proximidade do resultado, ou seja, “quando o conteúdo da vontade coincide com o resultado, o agir é doloso, e, se dele se afasta, é culposo²⁶⁸.

²⁶⁶ LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo:** O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 137-138, p. 102.

²⁶⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal:** Parte Geral. 7. ed. Curitiba: ICPC, 2017; p. 99-100.

²⁶⁸ JORIO, Israel Domingos. **Presunção e normativização do dolo e sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana.** Orientador: João Maurício Adeodato. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2014, p. 166, nota de rodapé nº 318.

Esta leitura acerca dos delitos imprudentes não pode ser observada como isolada na doutrina. Na doutrina espanhola, há a compreensão clara de que os delitos imprudentes representam um defeito da vontade, predominando o modelo da vontade para a imputação subjetiva. Separando o delito imprudente entre uma parte objetiva e outra subjetiva, o que importa para esta análise é que é a vontade a responsável por determinar a parte subjetiva do delito imprudente. No conceito imprudente, há o “querer” sobre a ação, mas o “não querer” sobre o resultado, ambos analisados sob uma perspectiva psicológica. Não se nega, entretanto, que esta é uma visão que se aproxima, sobremaneira, dos postulados finalistas²⁶⁹.

As teorias normativo-atributivas, quando propõem mudanças em um tema tão sensível como a forma de leitura dos elementos do dolo, apresentam potenciais impactos para esta discussão. Por esta razão, importante é entender de qual maneira tais teorias lidam efetivamente com a discussão sobre estes institutos, sendo sabido que não é impossível encontrar posições com ideias pouco usuais, como as que se direcionam no sentido da abolição da figura do dolo eventual.

4. 1. A relativização da diferença entre imprudência consciente e dolo eventual nas teorias normativo-atributivas

É possível encontrar diversos posicionamentos críticos à concepção clássica do dolo como a união dos elementos “saber” e “querer” que, na linguagem acadêmica, são mais comumente chamados de elementos intelectivo ou cognitivo e volitivo, respectivamente²⁷⁰. Alguns entendem que os dois elementos devem continuar como essenciais para a configuração do dolo, mas devem, em maior ou menor grau, abandonar sua concepção ontológica.

Há, entretanto, aqueles que entendem que o elemento volitivo deve, de maneira total, ser abolido. É o que entende o brasileiro Luís Greco, que comprehende que dolo é apenas conhecimento, rechaçando o elemento volitivo e sua concepção psicológica-descritiva. O autor, assim, rompe com a dualidade existente entre dolo eventual e culpa consciente ao propor o abandono completo desta modalidade de dolo, sugerindo a existência de tão somente um tipo de dolo²⁷¹. Isso porque, para os defensores desta teoria, o querer não seria necessário para

²⁶⁹ PÉREZ DEL VALLE, Carlos. **La imprudencia en el Derecho Penal**. Barcelona: Atelier, 2012, p. 41-42.

²⁷⁰ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 288.

²⁷¹ GRECO, Luís. **Dolo sem vontade**. In: SILVA DIAS, Augusto. et al (Org.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 902-903.

justificar a punição penal. Neste sentido, a ausência do “querer” não deveria ser suficiente para barrar qualquer espécie de punição, uma vez presente o elemento cognitivo.

Não obstante, tal posição pode ser questionada. O fato é que, o Código Penal brasileiro, de 1940, fortemente influenciado pelo finalismo, adotou o dolo como a ação direcionada a um fim, o que não parece dispensar um elemento volitivo. De tal forma, a finalidade é essencial para a caracterização do dolo. Neste sentido, percebe-se que o dolo se apresenta como forma mais grave de responsabilidade uma vez que, quando comparado com a imprudência, o dolo representa um escalão mais alto de uma participação interna no sucesso externo do injusto²⁷². A presunção dos elementos do dolo, neste sentido, pode contrariar a intenção de barrar a expansão por vezes vista como descontrolada do Direito Penal.

Considerando um cenário de abandono do elemento volitivo, sobraria a necessidade de constatação do elemento cognitivo para a caracterização do dolo. Esta, entretanto, não se revela uma tarefa simples. Isso porque, o elemento “cognitivo”, o “saber”, “a consciência”, também admite diversos significados. Que tipo de conhecimento é capaz de qualificar uma conduta como dolosa e não como imprudente? Considerando que o dolo possa ser considerado apenas com o elemento cognitivo, é necessário, para o dolo eventual, que o autor represente o resultado como provável.

Para alguns autores, inclusive aquele que propõem uma reforma do dolo, essa representação primeiramente requer que o autor tenha realizado uma previsão acerca da possibilidade de ocorrência do resultado e depois ter realizado um cálculo para determinar a probabilidade desta realização. Vives Antón duvida da capacidade de saber se o ânimo do autor contemplou todas estas coisas²⁷³. Esta perspectiva pode acabar na proposta de normativização inclusive deste elemento intelectivo o que, tendo em vista todas as discussões, acarreta em distintos questionamentos.

Alguns dos autores que defendem a normativização do dolo defendem que, apesar das críticas anteriormente mencionadas, na prática, os juízes já não tratam o dolo como um elemento psicológico que deve ser observado e descrito caso a caso, mas sim, atribuem o dolo. Para tais autores, a ausência de uma normativização beneficiaria uma maior arbitrariedade por

²⁷² HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**: Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Tradução: Francisco Muñoz Conde, María del Mar Díaz Pita. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999, p. 71.

²⁷³ VIVES ANTÓN, Tomás S. Fundamentos del sistema penal. Valencia: **Tirant lo Blanch**, 1996, p. 251.

parte dos julgadores que, sem uma espécie de lista do que pode ou não ser considerado vontade para fins de caracterização do dolo, podem atribuí-lo de acordo com suas crenças pessoais. Defende-se que o dolo, “construção dogmática por excelência”, está presente nas decisões judiciais, o que justifica que o conceito de dolo se aproxime destas²⁷⁴. De tal forma, percebe-se que a alegada impossibilidade de prova do dolo no processo penal é um ponto de defesa da argumentação de tais normativistas.

Na concepção majoritária, dolo e imprudência são assimétricos, ou seja, o dolo é definido como algo que há na consciência, comumente mais gravoso, enquanto a imprudência define-se como um puro juízo normativo. Ainda, a fronteira existente entre dolo eventual e culpa consciente é observada, comumente, pela valoração do conteúdo psíquico. A distinção, portanto, está ancorada em critérios ontológicos²⁷⁵. Isso porque, ainda que existam discussões, o injusto doloso é considerado o tipo mais gravoso de injusto, uma vez que “é mais insuportável para a convivência e mais perturbador para a vida social”, motivo pelo qual merece uma reprimenda mais dura²⁷⁶.

Em contrapartida, definido o dolo como normativo, ganha-se, neste aspecto, a simetria entre as duas categorias. A imprudência surge como uma dupla ausência de compromisso: a primeira das ausências resta caracterizada com a ausência do compromisso com o resultado lesivo, presente no dolo, e a segunda pela ausência de um compromisso normativamente exigido com a evitação da lesão²⁷⁷. A tradicional fronteira entre dolo eventual e imprudência consciente, de tal forma, passa poder ser cada vez mais relativizada pelas novas concepções normativo-atributivas do dolo.

Entretanto, apesar de os argumentos práticos constituírem uma linha bastante convincente, esta parece apoiar-se em uma constatação e desconfiança do sistema judiciário, percebida e relatada amplamente nos últimos tempos. Entretanto, a afirmação de que, muitas vezes os julgadores já utilizam de um dolo atribuído, ainda que não seja legalmente normativizado, não é acompanhada de qualquer outra pesquisa fundamentada em análise de julgamentos ou dados empíricos. Assim, a possibilidade de expansão do campo do dolo e

²⁷⁴ CUSSAC, José Luis González. *Dolus in re ipsa*. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, p. 111-134, jul./dez 2015, p. 116.

²⁷⁵ KAUFMANN, Armin. “El dolo eventual en la estructura del delito”. Em *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Trad. R. F. Suarez Montes, Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1969, p. 185-206, p. 188.

²⁷⁶ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. **La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo**. Sobre la normativización del dolo. *Cuadernos de política criminal*, N° 65, 1998, p. 269-364, p. 270.

²⁷⁷ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: **Tirant lo Blanch**, 1996, p. 258-259.

diminuição do da culpa, que passa a poder ser, muitas vezes, entendida como dolo, amplia a presença e força do Direito Penal, o que não pode deixar de suscitar preocupações.

4. 2. A potencial expansão do âmbito de caracterização do dolo

Silva-Sánchez, em suas ilustres reflexões sobre a expansão do Direito Penal, ressalta a tendência dominante dos diplomas legais aumentarem o número de tipos penais e agravar os já existentes. Como exemplos de expansão do direito penal, o autor realça a criação de novos bens jurídicos-penais, a ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, a flexibilização das regras de imputação; e a relativização dos princípios político-criminais de garantia²⁷⁸.

Em obra publicada em 1990, Diéz Ripples já questionava se a normativização do Direito Penal não haveria ido tão longe a ponto de sequer os elementos subjetivos refletirem algo pertencente à realidade natural, neste caso, a psicológica²⁷⁹. Este mesmo questionamento parece poder ser aproveitado em relação ao tema do dolo.

O dolo, quando em relação de comparação com a culpa, apresenta-se como a forma mais grave de culpabilidade; os graus de participação interna seguem mutuamente em uma escala normativa desde a culpa inconsciente até à intenção. É difícil descobrir e denominar precisamente os fundamentos que produzem a normatividade da escala. Qual é o *plus* normativo que o dolo tem em face da culpa? Em todo o caso, podem ser enumeradas suposições plausíveis²⁸⁰, inclusive nas ideias normativo-atributivas estudadas acima.

Em todo caso, é possível vislumbrar que a normativização do dolo serve, potencialmente, a uma expansão do Direito Penal que, sem dúvidas, pode ser considerada perigosa. Isso porque, a simples proposta de normativização de um elemento que tradicionalmente é entendido como psicológico, como o dolo, em um ou mais de seus componentes, enseja em uma objetivação duvidosa de algo consolidado como subjetivo. Meios como a qualidade e intensidade do perigo²⁸¹, ainda que pareçam razoáveis, tendem a expandir

²⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 27-28.

²⁷⁹ DÍEZ RIPOLLES, José Luis. **Los elementos subjetivos del delito:** bases metodológicas. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1990, p. 4.

²⁸⁰ GOMES, Enéias Xavier. **Dolo sem vontade psicológica:** perspectivas de aplicação no Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 48.

²⁸¹ GOMES, Enéias Xavier. **Dolo sem vontade psicológica:** perspectivas de aplicação no Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, pp. 125-130

o direito penal uma vez que, como não negam seus defensores, podem enquadrar casos que tradicionalmente seriam entendidos como imprudência no campo do dolo.

Uma normativização do dolo, que pode aparecer de formas mais ou menos impactantes, despreza elementos subjetivos para valorizar parâmetros objetivos, defendendo, por vezes, uma maior e mais certeira proteção dos bens jurídicos. Além de todas as problemáticas visualizadas, não se exclui a existência de outras. Há um remonte a um Direito Penal que pode ser entendido como ultrapassado, puramente objetivo e que possui como único pressuposto da repressão o próprio evento²⁸².

É possível observar diversas e recentes ampliações do direito penal, algumas, inclusive, relacionando-se intimamente com o tema do dolo. É o que acontece com o caso da cegueira deliberada no Brasil que, por vezes, é compreendida como uma figura do dolo eventual. A cegueira deliberada, em síntese, entende que em determinadas situações de desconhecimento provocado, há a necessidade de fornecer uma resposta mais gravosa do que a que seria dada caso fosse imputada a imprudência²⁸³.

Diferentemente do *knowledge*, categoria intermediária para responsabilidade no direito anglo-saxão, não há definição do que é conhecimento por parte do legislador brasileiro, o que permite a construção de tal conceito pela doutrina. Ainda que se entenda o dolo fincado exclusivamente ou primordialmente em conhecimento, ignorando ou relativizando a importância da vontade, não é possível afirmar um cenário de atribuição de conhecimento quando ele, efetivamente, não existe. Assim, diferentemente da construção presente na *common law*, não é possível, no cenário brasileiro, alegar que as situações de cegueira deliberada são tão reprováveis e merecedoras de punição quanto as situações de efetivo conhecimento por parte do autor. Não é possível, por vedação à analogia *in malam partem*, indicar a existência de conhecimento em uma situação que se reconhece a ausência de conhecimento²⁸⁴.

Os crimes de trânsito também podem ser utilizados para ilustrar a tendência de relativização do dolo. Um episódio recorrente e exemplificativo é aquele no qual o autor, após ter se embriagado de maneira voluntária, dirige veículo automotor e se envolve em um acidente de trânsito, ferindo ou levando a óbito terceiros.

²⁸² NETO, Sousa. **O motivo e o dolo**. 2. ed. São Paulo: Livraria Freitas Barros, 1956, p. 8.

²⁸³ RAGUÈS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada en Derecho Penal**. Barcelona: Atelier, 2007, p. 133.

²⁸⁴ LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**: O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 150-152.

O Código de Trânsito Brasileiro, em seu art. 302, determina a pena de detenção, de dois a quatro anos, para aqueles que cometam um homicídio culposo na direção de veículo automotor. Em comparação com a pena do homicídio doloso simples, previsto pelo Código Penal, de seis a vinte anos de reclusão, a pena do homicídio culposo previsto pela Lei 9.503/97 parece consideravelmente baixa. Tendo também em vista a alta inconformidade popular com a aparente injustiça entre a reprovabilidade da conduta e a pena prevista, os aplicadores do direito, como espécie de política criminal, passaram a entender pela aplicação do dolo eventual à conduta do agente, afastando a figura de homicídio culposo previsto pelo Código de Trânsito. Assim, diversos agentes foram encaminhados ao Tribunal do Júri exclusivamente em função da embriaguez do motorista²⁸⁵, afastando de maneira preocupante a necessidade de comprovação do elemento volitivo do tipo subjetivo.

Observa-se, neste sentido, que o dolo eventual passa a ser atribuído com maior vinculação às expectativas de política criminal e ao senso de proporcionalidade do julgador, lastreado na circunstância objetiva da embriaguez do motorista. Essa tese, que afasta a modalidade da culpa consciente, teve espaço até mesmo no STF²⁸⁶. Observa-se uma clara opção pela utilização de um dolo normativo: se a conduta x acontece, resultando em y, aplica-se z. Traduzindo para o caso concreto: se dirigiu embriagado, ocasionou um resultado penalmente punível, então agiu com dolo. Ignora-se, neste sentido, toda a cuidadosa construção do dolo como o elemento subjetivo, composto pela junção de um elemento cognitivo e outro volitivo. Atribui-se o dolo, assim, com base em uma suposta previsibilidade. Em certa medida, o dolo deixa de ser verificado e passa a ser presumido.

Como contraponto, entretanto, não passam despercebidas as diversas reformas de sentenças de primeiro grau que, de acordo com as justificativas previamente explicitadas, optaram pela atribuição homicídio simples (art. 121 do Código Penal) a título de dolo eventual, afastando o homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor (art. 302 do CTB). Nessas reformas, reforça-se, mais uma vez, a distinção entre dolo eventual e culpa consciente,

²⁸⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1, p. 296-297.

²⁸⁶ “A conduta social desajustada daquele que, agindo com intensa reprovabilidade ético-jurídica, participa, com o seu veículo automotor, de inaceitável disputa automobilística realizada em plena via pública, nesta desenvolvendo velocidade exagerada - além de ensejar a possibilidade de reconhecimento do dolo eventual inerente a esse comportamento do agente -, justifica a especial exasperação da pena, motivada pela necessidade de o Estado responder, grave e energicamente, a atitude de quem, em assim agindo, comete os delitos de homicídio doloso e de lesões corporais” (HC 71.800-1/RS, 1^a Turma, STF, Rel. Celso de Mello, DJ 20.06.1995, Rt 733/478).

salientando a necessidade de se provar o elemento volitivo para a caracterização da primeira modalidade²⁸⁷.

Neste sentido, o Supremo Tribunal, em sede de Habeas Corpus analisado em 2011, com Relatoria da Ministra Cármem Lúcia, decidiu pela desclassificação de um caso primeiramente dado como homicídio a título de dolo eventual para homicídio culposo na direção de veículo automotor justamente pela não comprovação do elemento volitivo, afastando as teorias cognitivas do dolo²⁸⁸. Em outros destes julgados²⁸⁹ é expressa, contudo, a ideia de que a distinção seja realizada por meio da análise dos indícios, ressaltando um contorno normativista de que a vontade é retirada dos contextos fáticos e não da mente do agente. Abdica-se, assim, de uma análise psicológica.

Nelson Hungria apresenta uma formulação influente quanto à distinção de ambas as modalidades. Em sua construção, o autor ressalta que, ainda que entre as duas modalidades exista o ponto comum da previsibilidade do resultado antijurídico, no dolo eventual o agente presta a anuência ao advento desse resultado, preferindo arriscar-se a produzi-lo, ao invés de renunciar à ação. Neste sentido, não há apenas a representação do resultado, mas o consentimento que, de acordo com o entendimento do autor, nada mais é que uma outra maneira de querer o resultado. Neste sentido, o autor age de modo egoístico. Na culpa consciente, por sua vez, o resultado é repelido pelo agente, mesmo que de maneira insuficiente, o que determina a atuação do agente por pura leviandade, mas não egoísmo. Assim, já se observa que, no caso

²⁸⁷ “Assim, temos como presente o dolo eventual quando o réu, em sua conduta, prevê o resultado nefasto, não se importando se este se concretizará ou não. Para a caracterização do dolo eventual não basta que o réu tenha assumido o risco de produzir o resultado danoso, como pretende a acusação, e sim que tenha consentido no resultado, não havendo que se cogitar na aplicação do princípio *in dubio pro societate (...)*” (Recurso em Sentido Estrito 2003.3.003469-6, 2ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Pará, Rel. Ronaldo Marques Valle, j. 02.10.2007, DJe 10.10.2007)

²⁸⁸ “Ementa: Penal. Habeas Corpus. Tribunal do Júri. Pronúncia por homicídio qualificado a título de dolo eventual. Desclassificação para homicídio culposo na direção de veículo automotor. Embriaguez alcoólica. *Actio libera in causa*. Ausência de comprovação do elemento volitivo. Revaloração dos fatos que não se confunde com revolvimento do conjunto fático-probatório. Ordem Concedida” (HC 107.801/SP, 1ª Turma, STF, Rel. Min. Cármem Lúcia, j. 06.09.2011, DJe 13.10.2011)

²⁸⁹ “A tese central do presente caso está em definir se o recorrente agiu com dolo eventual ou culpa consciente. (...) Nos crimes de trânsito contra a vítima deve-se realizar uma análise acurada na existência de indícios que amparem a configuração do dolo eventual, pois sua configuração é excepcional (...) Consoante o precedente supracitado o dolo eventual nos crimes de trânsito é exceção, não podendo ser excluído de forma generalizada. Como se observa da leitura do art. 18, I, do Código Penal, em que prevê que o agente deve ‘assumir o risco de produzi-lo’ (o resultado) que o nosso ordenamento jurídico adotou a teoria do consentimento do dolo eventual. Ou seja, para a configuração do dolo eventual é necessário a presença dos dois elementos do dolo: o cognitivo e o volitivo, pois como observa Alberto Silva Franco, citando Diaz Palos, o dolo eventual, ‘é dolo antes que eventual’. E por ser dolo e desta forma exigir os dois momentos, não pode ser conceituado com desprezo de um deles, como fazem os adeptos da teoria da probabilidade, que se desinteressam por completo do momento volitivo” (Recurso em Sentido Estrito 838790-6, 1ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Paraná, Rel. Naor R. de Macedo Neto, j. 09.02.2012)

da culpa consciente, caso o agente estivesse convencido de que o resultado aconteceria, teria se abstido de agir²⁹⁰. Desta maneira, somente poderiam ir a júri por homicídio doloso aqueles agentes que tivessem seu *animus necandi* comprovado, o que não pode ser afirmado categoricamente em todos os casos de motoristas embriagados que ocasionaram lesões ou óbito em terceiros, ainda que não se negue a alta reprovabilidade de tais resultados.

A solução para o caso, entretanto, restou ao legislador. Como primeira tentativa de recrudescer o tipo penal, o antigo inciso V, incluído pela Lei 11.275/06 e revogado pela Lei 11.705/08, previa o aumento de pena que poderia ir de 1/3 à metade caso o agente estivesse “sob a influência de álcool ou substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos”. Em seguida, a Lei 12.971, de 2014 incluiu o §2º, que determinava a pena de 2 a 4 anos de reclusão e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor caso o agente conduza veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência ou participe, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente. O referido parágrafo foi posteriormente revogado pela Lei 13.281/16.

A questão foi ajustada, por fim, com a propositura da figura qualificada para o homicídio culposo na direção de veículo automotor. O §3º do art. 302 do CTB, incluído pela Lei 13.546/17 determina que, se o agente causa o resultado morte ao conduzir veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência a pena será de reclusão, de cinco a oito anos, além da suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Assim, se o ponto crucial para os juízes determinarem que o agente agiu dolosamente, ainda que a contragosto da teoria dominante, era a baixa pena dada à modalidade culposa do delito, tornou-se possível administrar o problema sem perverter completamente a construção dogmática sobre o dolo e a culpa.

Muitas destas teorias, apesar de, por vezes, parecem bem-intencionadas, tendem a simplificar a questão do dolo de forma a eventualmente suprimir institutos importantes para a racionalidade do Direito Penal. Puppe, por exemplo, ao determinar que dolo é previsão, apoia-se em um entendimento de que ser o humano age sempre pautado pela razão e, uma vez que

²⁹⁰ HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 1978. v. I, tomo II, p. 115-117.

tenha previsto o perigo, pode realizar a escolha de continuar ou não com a ação de maneira completamente racional. Isto, entretanto, não parece impossível de ser criticado. Tratar o dolo como mera previsão é outro exemplo de como as teorias que pretendem a normativização do dolo tendem ao processo de robotização do ser humano²⁹¹. Isso, apesar do que almejam os normativistas, aparenta ser contrário tanto ao Direito Penal quanto a própria natureza do ser humano, que é composta por diversos fatores, e não só a razão. A exclusão da finalidade welzeniana, tida como proposta comum das ideias normativistas, retira da ação a especificidade que a torna um fenômeno exclusivamente humano²⁹².

Ainda, importante destacar que o direito penal, como ramo do direito que tende, apesar das modificações legislativas, perdurar no tempo e impactar mais duramente na vida dos cidadãos, deve ter suas alterações refletidas cuidadosamente. Isso, sem esquecer o direito penal dispõe das sanções mais severas frente às lesões normativas²⁹³.

Ademais, teorias críticas ao dolo psicológico e à sua consequência descrição costumam alegar a facilidade com que este sistema promove arbitrariedades, ao permitir que os juízes decidam de acordo com suas convicções pessoais sobre o que é ou não dolo. Ainda que tais problemas possam ser observados, a verdade é que o vínculo subjetivo que une o autor à ação é relevante para caracterizar o dolo e limitar o poder de punir. Assim, a construção doutrinária de critérios de atribuição normativa partindo das teorias que se aproximam da filosofia da linguagem acaba por legitimar tal arbitrariedade. Ainda que não seja errado afirmar que, mesmo que o legislador tenha dito algo, possa existir questionamentos e outras interpretações, não parece razoável que estas interpretações sirvam para ampliar a participação do direito penal em campos que o legislador deliberadamente escolheu excluí-lo. Assim, em vez de solucionar o problema que aponta nas teorias psicológico-descritivas, as teorias normativo-atributivas pautadas na filosofia da linguagem apenas o deslocam²⁹⁴.

Tendo isso em vista, importante é lembrar que, apesar de vermos o aumento da demanda da atuação do direito penal por parte dos cidadãos, o que é, muitas vezes, respondido afirmativamente pela ampliação deste ramo do direito com novas legislações e alterações das

²⁹¹ JORIO, Israel Domingos. **Presunção e normativização do dolo e sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana**. Orientador: João Maurício Adeodato. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2014, p. 175.

²⁹² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 7. ed. Curitiba: ICPC, 2017, pp. 116-117.

²⁹³ HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**: Norma, interpretación, procedimiento. Limites de la prisión preventiva. Tradução: Patricia S. Ziffer. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 19.

²⁹⁴ LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**: O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 147.

já existentes, a verdade é que a função do direito penal não se verifica apenas com a imposição de uma pena ou medida de segurança, mas também quando não se aplica nenhuma²⁹⁵. Resta o questionamento, neste sentido, se as teorias normativo-atributivas também percebem esta função do direito penal.

²⁹⁵ SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporâneo*, p. 187-188 apud BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 70.

CONCLUSÕES

1. O dolo constitui um clássico tema de discussão da doutrina penal. São muitas as teorias e escritos que se dedicam ao assunto, mantendo o campo sempre aflorado. Ainda que a culpa acompanhe o dolo nas discussões, a busca é mais pautada em construir um conceito de dolo robusto, o que não acontece, na maior parte das vezes, com a culpa. O Código Penal brasileiro, diferentemente de outras legislações ao redor do mundo, escolheu trazer uma definição de dolo. O art. 18, que em seus dois incisos define o crime doloso e crime culposo, deve ser complementado com o art. 20, que trata do erro do tipo. Apesar de ter trazido tais definições, a ausência de precisão deixou a encargo da doutrina e, também, da jurisprudência, o complemento à legislação. Por vezes, ousa-se afirmar que estes dois campos, inclusive, escolhem contrariar o disposto no Código Penal. Entretanto, ainda que não seja unânime, considerável parcela da teoria acordou, tendo em vista a concepção finalista, em entender que o legislador brasileiro escolheu definir o dolo como o elemento subjetivo do tipo composto por conhecimento e vontade, ambos em sentido psicológico. A culpa, por sua vez, representa o elemento normativo que justifica, como exceção, a responsabilização penal do agente por sua ação.

2. A proximidade da majoritária dogmática brasileira à concepção finalista proposta por Welzel justifica a predominância das teorias do dolo pautadas na vontade. Entretanto, não tem se mostrado inexpressiva a presença das teorias cognitivas do dolo, que reconhecem o conhecimento como elemento suficiente para caracterizar o dolo, seja porque a vontade é inauferível ou, porque apresenta-se como desnecessária. No cenário brasileiro, Luís Greco já defende um “dolo sem vontade”, o que demonstra a tendência de relativização de elementos fortes para o direito penal. Sobre estas duas teorias, concorda-se mais que, apesar de o conhecimento ser elemento indiscutível para a caracterização do dolo, tendo em vista o art. 20 do CP, ele não é autossuficiente. Neste trabalho, comprehende-se que à vontade é concedida um papel de valor no Código Penal, que adota em grande parte a teoria finalista da ação proposta por Welzel, além de ser esta a construção doutrinária construída por Hungria e majoritariamente aceita. Ainda que não se negue a possibilidade de a doutrina pôr a prova e contrariar, por vezes, o que comprehende o legislador, o que parece é que a redução ou eliminação da vontade para a caracterização do dolo serve para ampliar e agravar a participação do direito penal em situações nas quais o legislador deliberadamente escolheu mantê-lo afastado.

3. Além da difusão das teorias cognitivas, observa-se também uma crescente nas teorias que pretendem abandonar a percepção psicológica dos elementos do dolo e adotar leituras normativistas. Teorias normativas podem ser tanto cognitivas como volitivas, podendo, no caso do último grupo, propor a normativização de um ou de ambos os elementos. As teorias ontológicas, ou psicológicas, alegam que o dolo, constituindo elemento intrínseco do autor, deve ser observado e, após, descrito, para eventual sanção. Por outro lado, as teorias pautadas na normativização possuem como fio condutor uma objetivação do dolo, entendendo que, ou não há a possibilidade de aferir qualquer estado mental ou disposição interna do agente ou, ainda, que esse componente subjetivo sequer existe. De qualquer forma, estas teorias descartam a observação do dolo e sua consequente descrição, e defendem a atribuição do dolo de acordo com parâmetros normativos.

4. O funcionalismo penal, hodiernamente, traz consigo tendências de normativização, em maior ou menor grau dependendo do seu autor. Surgem várias teorias normativo-atributivas que, apesar de se distinguirem-se em vários pontos, aproximam-se por terem como denominador comum a repulsa ao dolo ontológico proposto por Welzel e amplamente aceito, mesmo que com ressalvas, até hoje. As teorias normativo-atributivas, como visto, são plurais, apresentando divergências relevantes. É possível que uma teoria normativa defenda a normativização apenas da vontade, advogando pela manutenção do conhecimento como elemento psicológico. Outra, por sua vez, pode normativizar também o conhecimento. Há, ainda, situações menos usuais de atribuição do dolo sem a necessidade de restar caracterizado sequer o conhecimento por parte do agente. Realiza-se, assim, a atribuição do dolo apartada de qualquer característica subjetiva do sujeito ativo, abandonada qualquer singularidade e adotada total objetivação neste campo da responsabilização penal.

5. O abandono de um dolo psicológico-descritivo para a adoção um dolo normativo-atributivo pode apoiar-se em diversos fundamentos. Além daquelas que defendem que o dolo, por si só, não “é” nada, ou seja, não pode ser construído internamente porque não é um objeto como outros presentes na realidade, existem teorias que não negam sua existência, mas defendem que sua aferição é impossível, sendo por isso necessário compatibilizar o conceito de dolo no direito penal com o papel e limitações da prova do processo penal. Para tal função existem várias teorias, sendo a dos indicadores externos, de Hassemer, muito citada entre os normativistas.

6. Observa-se, neste sentido, que as teorias normativas possuem uma grande preocupação em aproximar o direito penal construído pela legislação e pela doutrina da prática forense. Justificam uma normativização do dolo alegando, muitas vezes, que sem uma

normativização do que seria conhecimento e/ou vontade, ou o dolo de maneira geral, esta tarefa será do juiz, que poderá decidir de acordo com suas convicções pessoais. Os normativistas, entretanto, argumentam que a tarefa de definir o que é dolo ou não caberia mais legitimamente ao direito, e não ao juiz. Ainda, alega-se que, ao permitir que o juiz realize tais opções, casos iguais podem ter soluções diferentes, prejudicando a objetividade das decisões judiciais e aumentando a arbitrariedade dos aplicadores do direito. Neste sentido, as funções de manter as expectativas dos cidadãos e proteger os bens jurídicos restariam prejudicadas, com o risco de se punir até mesmo o que o dolo e a culpa não alcançam.

7. Observa-se que as teorias normativo-atributivas do dolo possuem grande relevância em diversos aspectos, sendo inegável que impactam, também, na clássica discussão sobre as diferenças entre dolo eventual e culpa consciente. Ainda que, mesmo nas teorias mais presentes, essa diferença já possa ser debatida por vários pontos de vista, o art. 18 do Código Penal permite uma compreensão sensivelmente acurada de que o dolo eventual conta com um agente que, prevendo a possibilidade de um resultado ilícito, é a ele indiferente, enquanto, na culpa consciente, o resultado é previsto pelo autor, mas tido por ele como indesejável e evitável de acordo com sua conduta, isto é, sua vontade e capacidade. Assim, o dolo é previsto como o elemento subjetivo do tipo enquanto a culpa, por sua vez, tida como punição excepcional no campo do direito penal, encontra-se já normativizada. Assim, para alegar a existência do dolo, tradicionalmente surge a tarefa de observação do caso específico e posterior descrição do dolo. A normativização surge como tentativa de diminuir ou eliminar esta tarefa, ao tentar, de alguma forma, tratar de maneira objetiva este componente construído como subjetivo. Neste caso, abandonar-se-ia a necessidade de observar, *in casu*, se o agente efetivamente construiu o dolo na ação específica, passando para a atribuição do dolo de acordo com valores normativos estabelecidos.

8. A normativização do dolo, assim, pode servir como uma objetivação indesejada do Direito Penal, ao tolher as individualidades e defender uma espécie de robotização das ações humanas. A normativização do dolo restringe o processo de reconstrução do que o autor representara a parâmetros objetivos, o que afasta a análise subjetiva e implica em aceitar o risco de desconhecer os casos nos quais, apesar da correspondência aos parâmetros previamente ajustados, assim não o seja. Há a redução ou o próprio descarte do processo de análise do processo subjetivo. De tal forma, a substituição de tal análise por uma lista de parâmetros objetivos para determinar o que é ou não dolo potencialmente permite que comportamentos que seriam, anteriormente, entendidos como imprudentes ou impuníveis de acordo de acordo com uma análise do cenário concreto pautada por parâmetros psicológicos,

passem a ser lidos como dolosos, uma vez que bastará que o cenário se enquadre em algum dos parâmetros de atribuição do dolo objetivamente estabelecidos.

9. É possível compreender que a defesa parâmetros normativo-atributivos não se mostra suficiente para determinar o dolo de uma maneira a preservar a segurança jurídica, ainda que se pautem em um direito penal aproximado da filosofia da linguagem. Autores sugerem que a substituição de parâmetros subjetivos ou objetivos não serve ao propósito de eliminar as decisões autoritárias por parte dos juízes ou o problema de aferição do dolo, no geral. O que acontece com esta troca é que a normativização também é potencialmente arbitrária, uma vez que, como visto, pode ampliar o campo do dolo ao sugerir uma lista normativa construída, igualmente, de maneira pouco legítima. Questiona-se, assim, se os autores normativistas efetivamente apresentam alguma proposta que seja construída sem arbitrariedades, restando discutível a possibilidade de conceder a algum parâmetro objetivo o status de definição cabal do que é ou não é dolo, de forma segura e justa, eliminando as alegadas inseguranças de um sistema que pauta o dolo sob parâmetros psicológicos.

10. De tal forma, conclui-se que, ainda que pareça razoável aduzir que a as sínteses às quais recorre o legislador não se encontram imunes de crítica e reconstrução por parte da doutrina, não parece igualmente razoável esperar que a doutrina contrarie o legislador para fazer a punição alcançar situações nas quais o legislador deliberadamente optou por excluí-la. Não se nega, aqui, que a discussão sobre dolo eventual e culpa consciente deva ser realizada, tampouco que o sistema atual pautado no dolo ontológico de Welzel não possa ser questionado. Entretanto, não se pode inferir que as propostas normativo-atributivas tenham alcançado uma solução final ao transferirem o *locus* da questão, potencialmente potencializando as problemáticas que, como alegam, buscam combater.

BIBLIOGRAFIA

- BARBERÁ, Gabriel Pérez. **Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental.** Buenos Aires: Hammurabi, p. 11-49, 1. ed, 2011.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, 5. reimpressão, 2020.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal.** São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BERTONA, María Cecilia Elmelaj. **La frontera entre el dolo eventual y la imprudencia consciente.** 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Universidade de Sevilla, Mendoza, Argentina, 2014.
- BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. **El delito imprudente.** Buenos Aires: B de F, 2005.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal:** Tomo 1º: Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal:** Tomo 2º: Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In: BUSATO, Paulo César (coord.). Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências.* 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 3, p. 75-101.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal:** Parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. *In: BUSATO, Paulo César (coord.). Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências.* 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 3, p. 219-245.
- COSTA, Pedro Jorge. **Dolo penal e sua prova.** São Paulo: Atlas Jurídico Profissional, 2015. v. 3.
- CUSSAC, José Luis González. Dolus in re ipsa. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, p. 111-134, jul./dez 2015.
- DÍEZ RIPOLLES, José Luis. **Los elementos subjetivos del delito:** bases metodológicas. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1990.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. **El Principio de Confianza como Criterio Normativo de Imputacion en el Derecho Penal:** Fundamento y Consecuencias Dogmaticas. Derecho Penal y Criminologia, vol. 21, no. 69, 2000, p. 37-76.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. **La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo.** Sobre la normativización del dolo. Cuadernos de política criminal, Nº 65, 1998, p. 269-364.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Principio de Confianza como Criterio Normativo de Imputación en el Derecho Penal: Fundamento y Consecuencias Dogmaticas, El. Derecho Penal y Criminologia, vol. 21, no. 69, 1999, p. 37-76.

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

GRECO, Luís. **Dolo sem vontade.** In: SILVA DIAS, Augusto. et al (Org.). Liber Amicorum de José de Sousa e Brito. Coimbra: Almedina, 2009, p. 885-905.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito penal 2.** Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Los elementos característicos del dolo.** Tradução de María del Mar Días Pita. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, Centror de Publicaciones Del Ministerio de Justicia, tomo XLIII, fascículo I, p. 911-931, Enero-Abril 1990.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy:** Norma, interpretación, procedimiento. Limites de la prisión preventiva. Tradução: Patricia S. Ziffer. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal:** Fundamentos, estrutura, política. Tradução: Adriana Beckman Meirelles, Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, Felipe Rhenius Nitzke, Mariana Ribeiro de Souza, Odim Brandão Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad:** Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Tradução: Francisco Muñoz Conde, María del Mar Díaz Pita. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.

HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal.** 5. ed. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 1978. v. I, tomo II.

JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal.** Tradução: Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijoo Sanchez. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

JORIO, Israel Domingos. **Presunção e normativização do dolo e sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana.** Orientador: João Maurício Adeodato. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2014.

KAUFMANN, Armin. "El dolo eventual em la estructura del delito". Em *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Trad. R. F. Suarez Montes, Madrid: Instituto Nacional de Estudios Juridicos, 1969, p. 185-206.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo:** O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

NETO, Sousa. **O motivo e o dolo.** 2. ed. São Paulo: Livraria Freitas Barros, 1956.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Tipicidade Penal e Sociedade de Risco.** São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal:** Parte Geral. Arts. 1º a 120 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1.

PARDAL, Rodrigo Francisconi Costa. **Dolo:** entre o conhecimento e a vontade. Orientador: Guilherme de Souza Nucci. 2016. Dissertação (Direito Penal) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. **La imprudencia en el Derecho Penal.** Barcelona: Atelier, 2012.

PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. O conceito "significativo" de dolo: um conceito volitivo normativo. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal:** Modernas Tendências. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 2, p. 39-73.

PÉREZ, María Laura Manrique. **Acción, dolo eventual y doble efecto:** Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables. Madrid: Marcial Pons, 2012.

PITA, María del Mar Díaz. La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización. **Revista Penal**, Espanha, 2006, p. 59-71.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro:** parte especial. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 3 v.

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

PUPPE, Ingeborg. **Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal.** Tradução: Luís Greco, Beatriz Corrêa Camargo, Wagner Marteleto Filho, Henrique Carvalheiro Rossetto. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Consideraciones sobre la prueba del dolo. **Revista de Estudios de la Justicia**, Chile, p. 13-26, 2014.

RAGUÈS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada en Derecho Penal.** Barcelona: Atelier, 2007.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal:** Parte General Tomo I. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal.** Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. Prólogo à *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, de Gabriel Pérez Barberá. Buenos Aires: Hammurabi, 1 ed, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal:** Parte Geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal:** Parte Geral. 7. ed. Curitiba: ICPC, 2017;

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**, Volumes III e IV, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal:** Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1.

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

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

TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo.** 5. ed., rev. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 97.

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

VIANA, Eduardo. Sobre a estrutura do dolo. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 19, n. 77, p. 61-107, 2020.

VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del sistema penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

VIVES ANTÓN, Tomás S. Reexame do Dolo. *In:* BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências.** 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. cap. 4, p. 103-136.

WELZEL, Hans. **La doctrina de la acción finalista, hoy.** Nuevo Foro Penal, v. 1, p. 60-68, 1978.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Prefácio. *In:* Fundamentos de teoria do delito. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 25-34.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal:** parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.