

DOLO SEM VONTADE?!

CRIMINAL MALICE WITHOUT INTENT?!

NILO BATISTA

Professor titular de direito penal que foi da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade Candido Mendes. Presidente do Instituto Carioca de Criminologia. Advogado.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/7558568315744459>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-5512-4412>].

nilobatista@nb-adv.com.br

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.503>].

Autor convidado

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Recuperando algumas passagens da reflexão iusfilosófica ocidental sobre a função incompatibilidade da vontade, o artigo se opõe às iniciativas teóricas de conceber um dolo puramente cognitivo, frisando a cabal imputabilidade de tais iniciativas serem recepcionadas no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Dolo – Vontade.

ABSTRACT: Recovering some passages from the western juus-philosophical reflection on the incompatibility function of the will, the article opposes the theoretical initiatives of conceiving a purely cognitive deceit, emphasizing the complete imputability of such initiatives being received in Brazil.

KEYWORDS: Malice – Intent.

SUMÁRIO: I. Pode o legislador definir categorias dogmáticas?. II. A vontade na lata do lixo?. III. Nem toda a vontade vai para o lixo. IV. Um argumento processual. V. Três objeções pontuais, colhidas ao acaso. VI. Quanto mais dor, melhor?. VII. Referências.

Para Juarez Tavares,
dos penalistas brasileiros
primus inter pares.

BATISTA, Nilo. Dolo sem vontade?!

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 197. ano 31. p. 139-154. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.503>].

As observações que se seguem foram motivadas pelo alentado estudo de Eduardo Viana,¹ e cabem duas advertências preliminares. A primeira pretende realçar o merecimento da obra: trata-se de uma investigação penalística profunda e respeitável, mesmo – ou principalmente – para quem discorde de seus pontos de partida e de suas conclusões. A segunda advertência esclarece que não é nosso objetivo efetuar uma resenha ampla da tese doutoral (UERJ) de Eduardo Viana, visitando os critérios teóricos por ela tematizados. Não. Limitar-nos-emos a questionar algumas premissas e algumas conclusões da proposta que acredita viável trabalharmos no Brasil com um conceito de dolo desprovido de vontade.

I. PODE O LEGISLADOR DEFINIR CATEGORIAS DOGMÁTICAS?

Sabemos que a lei brasileira definiu o sujeito doloso como aquele que “quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” (art. 18, inc. I, do CP). Portanto, no direito penal brasileiro, um dolo sem vontade viola a primeira regra iheringiana da dogmática, que é a proibição da negação, regra responsável afinal pela própria designação de “dogmática”: a lei é um dogma; interpretável, porém, jamais negável. A criminologia e a política criminal dispõem de um espaço metodológico crítico muito maior do que a dogmática jurídico-penal exatamente porque não têm que aconselhar o juiz a como proceder na inevitável aplicação da lei vigente, por pior que ela seja. Revertamos o exemplo: o penalista alemão não pode trabalhar com um conceito de dolo desprovido de representação porque sua lei, ao definir o erro de tipo, exime de dolo o agente que “não conhece (*nicht kennt*)” circunstâncias integrantes do tipo legal (§ 16, 1 *StGB*); logo, a consciência de tais circunstâncias constitui elemento do dolo, imposto pelo legislador.

Contudo, o legislador alemão – ao contrário do brasileiro – não ofereceu um conceito legal de dolo ou de sujeito doloso, apesar da disciplina do erro impor a presença da representação dos elementos objetivos do tipo. Eduardo Viana nos informa que a opção pelo silêncio teve o apoio de um setor doutrinário a partir de dois argumentos, que examinaremos a seguir.

O primeiro argumento afirma apodicticamente que “a definição legal de categorias dogmáticas não é tarefa do legislador e sim da doutrina e da jurisprudência”² (em 1930 Krylenko deve ter dito algo parecido a seus assessores, enquanto elaboravam um Código Penal sem Parte Especial.) O esforço para construir conceitos que

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

2. VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*, cit., p. 36.

BATISTA, Nilo. Dolo sem vontade?!

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 197. ano 31. p. 139-154. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.

DOI: <https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.503>.

estabilizem a interpretação e produzam segurança jurídica está nas raízes históricas de nossa “família” jurídica. Podemos encontrar no *Corpus Iuris Civilis* fragmentos de jurisconsultos e rescritos de imperadores com o objetivo de estabilizar conceitos. Num título do *Digesto*, sugestivamente chamado *De verborum significatione*, um texto de Ulpiano estabelece que a palavra “alimento (*victus*)” compreende, para além da comida e da bebida, as roupas e outras coisas “que o homem precisa para viver (*ad vivendum homini necessaria sunt*);”³ até hoje o direito de família prestigia tal conceito. Já num título do Código, sob a designação *De verborum et rerum significatione*, um rescrito do próprio Justiniano impede que o oferecimento de fiança seja abrangido pelo conceito de caução.⁴ A força dessa tradição é tão grande que mesmo o Código Penal alemão, na contramão do argumento ora examinado, dispõe de um parágrafo intitulado “Conceitos de pessoas e de coisas (*Personen und Sachbegriffe*)” no qual encontraremos não apenas a definição legal de parentes e de servidores públicos mas também a de “fato ilícito (*rechtswidrige Tat*)” – aliás, nesse caso empregando fórmula que muitos afirmariam referir-se apenas a fato *típico*: teria sido adotada pelo legislador a teoria dos elementos negativos?⁵ Em suma, não há nada de patológico quando o legislador oferece a definição de uma categoria dogmática, como fizeram os legisladores brasileiro e alemão. Quando doutrina e jurisprudência demonstram que a opção do legislador é falha ou disfuncional, cabe ao Poder Legislativo, que tão frequentemente no Brasil mutila o Código Penal, ajustar a lei aos avanços preconizados.

O segundo argumento postula que o legislador que incorpora ao texto legal categorias dogmáticas “poderia limitar o desenvolvimento da jurisprudência e da própria ciência”.⁶ Antes de tudo, a história da teoria do delito não foi sempre uma superação de insuficiências legislativas? Insuficiências do Código Imperial alemão porventura limitaram o desenvolvimento da jurisprudência e da dogmática, ou, pelo contrário, estimularam sua criatividade? Nosso Código Penal de 1940 impediu a recepção do finalismo welzeliano entre nós? O que parece, no entanto, mais relevante é saber se a estabilização de um conceito jurídico na lei homenageia o princípio da

3. Dig. L, XVI, 43.

4. Cod. VI, XXXVIII, 3.

5. § 11, 1, 2 e 5 *StGB*. Eis a definição de fato ilícito: “apenas aquele que realiza um tipo previsto numa lei penal (*nur eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht*)”. Muitos jusfilósofos identificaram normas definitórias, ou explicativas, ou declarativas sem se verem cerceados por elas (p. ex.: DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Trad. A. J. Brandão. Coimbra: Ed. A. Amado, 1979. p. 385).

6. VIANA, Eduardo. Op. cit., p. 36.

legalidade mais do que deixá-lo entregue às múltiplas versões da doutrina. Como conceber que uma ou algumas das condições de criminalização do cidadão não devam ser expostas e conhecidas por meio da lei, mas extraídas do tratado do Professor Doutor *Herr Soundso*?

II. A VONTADE NA LATA DO LIXO?

A atenção que a vontade recebeu por parte da filosofia, das ciências psi, da ética, da teologia e das ciências sociais deveria sugerir alguma prudência na ocasião em que, no quintal teórico de um ramo do direito (talvez observado com apreensão pelos vizinhos do condomínio *pacta sunt servanda*), se projeta lançá-la na lata de lixo.

Desde a Antiguidade grega a distinção voluntário-involuntário é investigada como critério moral para a responsabilização do sujeito. À parte peculiaridades que ora não interessam (como o caráter involuntário atribuído ao homicídio de ímpeto⁷), da exposição de Aristóteles se colhem duas lições que poderão ser úteis mais tarde. Eis a primeira: quando a tempestade obriga a tripulação do navio ameaçado a lançar a carga ao mar, temos uma conduta “assemelhada às condutas voluntárias”. Aristóteles a teria situado num limbo, entre o voluntário e o involuntário (“mista”), se não lhe ocorresse que tais caracterizações “devem ser usadas com referência ao momento da ação”. Ou seja, há vontade mesmo quando o sujeito lamenta algum resultado da ação que não obstante empreende. A segunda lição, provinda de seu conceito de *proáiresis*, que podemos traduzir como escolha refletida ou opção premeditada, é que a deliberação, a resolução para a conduta, também envolve vontade.⁸

Ao longo de seu percurso histórico, o direito romano impregnou a palavra *dolus* de significados que apontavam para uma conduta ardilosa e desleal (que corresponderia a nosso modo de execução *fraude*, estrutural do estelionato), mas também para a astúcia inescrupulosa do sujeito.⁹ O *dolus malus*, que implicava conhecer e

7. Sobre isso: GERNET, Louis. *Recherches sur le Développement de la Pensée Juridique et Morale en Grèce*. Paris: Ed. Albin Michel, 2001. p. 349 e ss. (“La distinction du “volontaire” et de “l’involontaire”); BISCARDI, Arnaldo. *Diritto Greco Antico*. Verese: Ed. Giuffrè, 1982. p. 291 (com transcrição dos fragmentos da lei de Dracon); BATISTA, Nilo. *Capítulos de política criminal*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2022. p. 25.

8. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. M. G. Kury. Brasília: Ed. UnB, 1985. 1110a a 1112b (na edição consultada, p. 49 a 56).

9. Para Sêrvio, o *dolus malus* era uma “maquinação para enganar outrem, quando se finge algo e se age diversamente (*quum aliud simulatur et aliud agitur*)”. Para Labeão seria “toda esperteza, falácia ou maquinação para surpreender, iludir e defraudar outrem (*omnem*

BATISTA, Nilo. Dolo sem vontade?!

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 197. ano 31. p. 139-154. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.503].

praticar voluntariamente o embuste, era um dos vícios da vontade no direito romano, ao lado do erro e da violência. Mas a palavra *dolus*, o que é documentado por muitas passagens, também foi utilizada em referência à vontade do agente. Um rescrito de Adriano recomendava que “em matéria criminal cabe atender à vontade e não ao resultado (*in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*)”;¹⁰ uma lição sobre o furto registrava que “não se comete furto sem a intenção de furtar (*furtum sine affectu furandi non committitur*)”.¹¹ Num dos mais antigos textos penais romanos, inspirado segundo alguns na lei de Dracon sobre o homicídio, a famosa lei atribuída a Numa, a palavra *dolo* evidentemente inclui referência à vontade; caso contrário, bastaria o *sciens*.¹²

O pensamento teológico forjaria uma imputação subjetiva na qual a vontade nunca abandonaria a consciência, respondendo pela adequação moral da conduta. “A retidão ou a malícia das afeições anímicas dependem da vontade”, observava já Agostinho.¹³ Quando Tomás de Aquino retomar Aristóteles, também concluirá que aqueles casos em que a conduta é motivada para evitar ou reduzir um dano (como no ato derivado do medo, ou na situação do capitão que lança a carga ao mar para evitar o naufrágio), chamados *mistos*, “são mais voluntários do que involuntários (*magis sunt huiusmodi voluntaria quam involuntaria*)”¹⁴. Para ele, “o voluntário é integrado pelo ato do conhecimento e pelo ato da vontade (*requiritur ad voluntarium actus cognitionis, sicut et actus voluntatis*), de modo que esteja no poder de alguém considerar, querer e agir (*considerare et velle et agere*)”.¹⁵ Por outro lado, existiria o voluntário na omissão da ação devida, porque “chama-se voluntário aquilo de que temos domínio (*illud cuius domini sumus, dicitur esse voluntarium*)”¹⁶ e “temos domínio quando podemos escolher isto ou aquilo (*sumus domini nostrorum actuum secundum possumus hoc vel illud eligere*)”.¹⁷ A exemplo de seu modelo grego, também

calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam)”. Cf. Dig. IV, III, 1, § 2º. O sucumbente na *actio doli* era declarado infame.

10. Dig. XLVIII, VIII, 14.

11. Inst. IV, I, § 7º.

12. *Si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto*. Para a influência grega, GIOFREDI, Carlo. *I Principi del Diritto Penale Romano*. Turim: Ed. Giappichelli, 1970. p. 63.

13. AGOSTINHO. *A Cidade de Deus*. Trad. O. Paes Leme. Bragança Paulista: Ed. Un. S. Francisco, 2003. Livro XIV, cap. VI (na edição consultada, v. 2, p. 138).

14. *Summa Theologiae*, I-II, Q. VI, a. 6, *rep* (na edição consultada, v. III, p. 129).

15. *Summa*, I – II, Q. 6, a. 6, sol. 3 (v. III, p. 124).

16. *Summa*, I – II, Q. 6, a. 3, s.c. (p. 123).

17. *Summa*, I, Q. 82, a. 1, sol. 3 (v. II, p. 476).

Tomás de Aquino considera o consentimento como ato da vontade.¹⁸ O direito canônico adotaria um conceito de dolo em cujo centro estava a resolução da vontade para a infração: o *Codex Iuris Canonici* de 1917 o definia como a “*deliberata voluntas violandi legem*” (can: 2200, § 1º), e o vigente Código, que não repetiu tal definição, submete às penas nele previstas “quem deliberadamente violar a lei” (can. 1321, § 2º).¹⁹ As conotações morais do *dolus malus* por certo não seriam banidas por esse direito penal dos estratos anímicos interiores, e ao lado das expressões *dolus*, *voluntas*, *scienter* e outras (que sinalizam a vontade conscientemente deliberada) encontraremos às vezes referências à torpeza da conduta, como aquela “malícia” dos falsários de cartas papais que uma decretal queria perturbar (*Ad falsariorum confundendam malitiam...*)²⁰.

A concepção teológico-canônica de uma responsabilidade ancorada na consciente deliberação da vontade seria secularizada pelo iusnaturalismo moderno.²¹ “O merecimento é pessoal e tem por princípio a vontade”, pontuava Grotius.²² Para Pufendorf, “as ações humanas que procedem do entendimento e da vontade [...] podem ser imputadas ao agente”; uma reverberação escolástica reside em sua observação de que “toda ação que está no poder de um homem executar ou omitir é imputável a ele, que poderia tê-la feito ou não”.²³ Nosso iusnaturalista Tomás Antônio Gonzaga se alinhava aos demais: “não se imputam as ações que se fazem sem lume da razão e sem vontade”.²⁴

Esse roteiro, esquemático e consabido, revela que os pais fundadores da dogmática jurídico-penal não podiam escantear a vontade no momento de estabelecer um vínculo imputativo entre a subjetividade do agente e o resultado de sua

18. *Summa*, I – II, Q. 15 (v. III, pp. 204 e ss.).

19. CALABRESE, Antonio, *Diritto Penale Canonico*. Roma: Ed. Vaticana, 2006. p. 39. Para Caviglioli, os elementos do dolo seriam dois: “1º) o conhecimento da lei; 2º) a vontade livre e consciente de realizar o ato que a lei proíbe” (*Derecho Canonico*. Madrid: Ed. Rev. Der. Priv., 1947. v. II. p. 562).

20. Dec. Greg. IX, V, XX, VII.

21. Sobre isso, GIULIANI, Alessandro. Imputation et justification. In: AA.VV. *La Responsabilité*. Paris: Ed. Sirey, 1977.

22. GROTIUS, Hug. *O Direito da Guerra e da Paz*. Trad. C. Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004. XXI, XII (na edição consultada, v. II, p. 910).

23. PUFENDORF, Samuel. *Os deveres do homem e do cidadão*. Trad. E. F. Alves. Rio de Janeiro: Ed. Topbooks, 2007. Liv. I, cap. I, XVII (na edição consultada, p. 69).

24. GONZAGA, Tomás Antônio. Tratado de Direito Natural. In: *Obras Completas*. Rio de Janeiro: Ed. INL, 1957. v. II. p. 56.

conduta. Ocorre que, longe ou mesmo fora da reflexão propriamente jurídica, a vontade ocupou um espaço importante em outros campos, a começar pela filosofia. Filósofos com visões distintas e até contraditórias sobre a questão penal – pense-se no retributivismo talional de Kant, no preventivismo geral de Schopenhauer (ele leu Feuerbach) e no abolicionismo niilista-aristocrático de Nietzsche – confluirão em identificar na vontade o mais relevante indicador da imputabilidade subjetiva de certa conduta humana. Essa função imputativa, que constitui modesta paragem da imponente reflexão filosófica ocidental sobre a vontade, é afirmada em muitos textos.

Kant distinguiu a vontade (*Wille*), racional e, portanto, atrelada à lei moral e autônoma, do arbítrio (*Willkür*), influenciável por impulsos sensíveis e, pois, heterônomo. Ao definir o delito, ele mencionou uma “transgressão deliberada” da lei, e ao polemizar com Beccaria frisou que o castigo do infrator provém de “ter ele querido a ação punível”.²⁵ Aquilo que, em sua obra, já foi chamado de “princípio do querer” pode ser resumido assim: “o essencial de todo o valor moral das ações depende de que a lei moral determine imediatamente a vontade”.²⁶ Também Fichte assinala a relevância da vontade no “direito de coação (*Zwangsrecht*)”, que é como designa a legislação penal, e em certa passagem trata de hipótese em tudo similar ao que hoje chamamos de “dolo direto de segundo grau”. O agente deseja que sua ação tenha a finalidade (logo, o resultado) A, porém, para alcançá-lo, necessariamente alcançará também a finalidade (e o resultado) B. Pontua o filósofo: “a contragosto estou por conseguente compelido a querer B, desde que, sem ele, A, que eu quero, seria impossível”;²⁷ ou seja, a irrelevância para o meu desejo do advento de B, e até meu desagrado com isso, não o desterra de minha vontade. Em Hegel, para quem vontade e conhecimento são meio indissociáveis, “o ato só pode ser imputado como culpa da vontade”, e claramente para ele a decisão é ato de vontade.²⁸

De Schopenhauer já se disse ter sido o criador de uma metafísica da vontade, que categorizou como estruturante do mundo. Desse denso pensamento extrairemos apenas algumas passagens de nosso direto interesse. Para Schopenhauer, há

25. KANT, Immanuel. *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*. Trad. A. Córdova. México: Ed. UNAM, 1978. p. 24 e 172.

26. KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Trad. A. Morão. Lisboa: Ed. 70, 2008. p. 105.

27. FICHTE, Johann Gottlieb. *Fondement du Droit Naturel selon les Principes de la Doctrine de la Science*. Trad. A. Renaut. Paris: Ed. PUF, 1984. 1ª Parte, 2ª Secção, § 14 (na edição consultada, p. 159).

28. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofia del Derecho*. Trad. A. M. Montero. Buenos Aires: Ed. Claridad, 1968. §§ 120, 117 e 13 (na edição consultada, p. 123, 120 e 53).

evidente predominância da vontade sobre o conhecimento, pois por meio da vontade o homem se faz “sua própria obra antes de todo conhecimento: o conhecimento vem depois iluminar o trabalho feito”; em suma, “ele (o homem) quer e depois conhece o que quer”; em certo sentido, “a vontade é o conhecimento *a priori* do corpo, e o corpo é o conhecimento *a posteriori* da vontade”.²⁹ Para ele, “nossas ações são o reflexo (ou o espelho) de nossa vontade”, e seu “significado moral é dado pela intenção que as inspira”.³⁰ Mesmo Nietzsche, cujo determinismo o levou a afirmar que “ninguém é responsável por suas ações”, já que o livre arbítrio não existe e, portanto, o conceito de responsabilidade constituía “um erro”,³¹ anotou que “a doutrina da vontade foi essencialmente inventada com o objetivo da punição”,³² isto é, para que ela exercesse uma função imputativa. Para fechar esse bosquejo com contribuições do século XX, começemos por registrar que para Jean-Paul Sartre a intencionalidade é característica essencial da conduta humana: “uma ação é por princípio intencional” e “implica necessariamente como sua condição o reconhecimento de um *desideratum*”. As relações entre conhecer e querer são por ele equacionadas no exemplo da construção planejada de uma cidade: “não poderia ser a pura representação da cidade como possível”, mas, sim, em sua “característica essencial, que é a de ser um possível *desejável*”.³³

Entre 1950 e 1960 Paul Ricoeur produziu estudos finalmente reunidos sob o título geral de “Filosofia da Vontade”; de sua monumental construção acadêmica não passaremos da soleira da porta de entrada. É que, na introdução de seu ensaio sobre o voluntário e o involuntário, Ricoeur apresenta sua “interpretação triádica do ato da vontade”. Para ele, constituem atos de vontade: 1º) aquilo que o sujeito decide, a aprovação interna do projeto que dá sentido à ação planejada (*decisão*); 2º) o movimento corporal voluntário que realiza a decisão (*ação*); 3º) a aquiescência do agente aos resultados necessários que escapem a seu projeto ou não tenha como remover (*consentimento*).³⁴ Ou seja, Ricoeur (reverberando fundamentadas opiniões

29. SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e representação*. Trad. M.F. Sá Correia. Rio de Janeiro: Ed. Contraponto, 2001. §§ 55 e 18 (na edição consultada, p. 307 e 110).

30. SCHOPENHAUER, Arthur. Op. cit., p. 315, 318 e 388 (§§ 55 e 66). “Todo ato de meu corpo é o fenômeno de um ato da minha vontade” (§ 20, p. 116).

31. NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano*. Trad. P. C. Souza. São Paulo: Cia das Letras, 2000. v. I, p. 48-49 (n. 39) e passim.

32. NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos ídolos*. Trad. P. C. Souza. São Paulo: Ed. Cia das Letras, 2006. p. 45 (n. 7).

33. NIETZSCHE, Friedrich. *O Ser e o Nada*. Trad. P. Perdigão. Petrópolis: Ed. Vozes, 1997. p. 536-537.

34. Cf. RICOEUR, Paul. *Philosophie de la Volonté*. Paris: Ed. Points, 2009. v. I. p. 23-25.

que remontam a Aristóteles) identifica vontade na decisão, na conduta e no consentimento. Fiquemos por aqui, e regressemos ao direito penal.

III. NEM TODA A VONTADE VAI PARA O LIXO

Uma peculiaridade a ser realçada é que o descarte da vontade é limitado à sua função imputativa: ela subsiste integralmente em outras funções, exercidas em outros estratos do delito. Tomemos como exemplo a construção teórica do conceito de ação, tantas vezes influenciado pelas ciências psi (Welzel registrou a inspiração de Hönigswald) ou pelas ciências sociais (basta pensar em Weber e em Parsons), ou ainda pela filosofia (por exemplo, Hegel e Habermas). Há 120 anos Radbruch afirmava ser de “reconhecimento geral” que a ação é integrada por “vontade, fato e uma relação entre ambos”.³⁵ Hoje, como se pode ver no esmerado levantamento de Juarez Tavares,³⁶ apenas a concepção significativa da ação dispensa a vontade em nome da busca do sentido socialmente atribuível ao feito. Como já se observou, é revelador que os partidários da ação significativa, ao tratarem da ausência de ação, arrolem as mesmas três situações que excluem a vontade (coação física, atos reflexos e inconsciência).³⁷ Ou seja: não existe vontade na ação, mas para negar a ação basta negar a vontade... Pode-se afirmar, pois, que a maioria esmagadora das concepções penalísticas de ação admitem a vontade como um de seus elementos constitutivos, ou pelo menos postulam alguma carga volitiva.

Como reconhecer tentativa ou desistência sem visitar a vontade do agente (arts. 14, inc. II, e 15 do CP)?! O arrependimento posterior depende de um “ato voluntário” (art. 16 CP). O perigo removido por alguém sob estado de necessidade não pode ter sido provocado “por sua vontade” (art. 24 do CP). Quando o esquizofrênico, a despeito de compreendido o caráter ilícito do fato, não consegue autodeterminar-se segundo tal compreensão, evitando praticá-lo, sua inimputabilidade provém do déficit na vontade (art. 26 do CP). Tanto o acordo ou anuência, que exclui a tipicidade, quanto o consentimento excludente da ilicitude não estão centrados num ato de vontade? E como seria possível resolver um caso de participação em crime menos grave sem recorrer à vontade do cúmplice surpreso com a improvisada expansão do plano (art. 29, § 2º, do CP)? Será possível caracterizar o concurso

35. RADBRUCH, Gustavo. *El Concepto de Acción*. Trad. J. L. Guzman Dalbora. Montevideu: Ed. B de F, 2011. p. 104.

36. TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. Florianópolis: Ed. T. lo Blanch, 2018. p. 115-135.

37. Cf. BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p. 276 e ss.

formal imperfeito sem consultar os “desígnios autônomos” do agente (art. 70 do CP)? Como constatar o erro de execução sem conhecer qual pessoa o autor “pretendia ofender” (art. 73 do CP)? Só é possível reconhecer lesão corporal seguida de morte quando “o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo” (art. 129, § 3º, do CP): doravante bastará a representação para todos os delitos preterintencionais? Por mais que respeitáveis tendências doutrinárias queiram expulsar dados naturalísticos, espiritualizando, por assim dizer, as categorias dogmáticas (do normativismo neokantista ao funcionalismo sistêmico), a vontade de quem age é um multimilenar elemento do conceito de ação, que se rerepresentará em inúmeras questões da teoria do delito. Expulsa de um dolo reduzido à consciência, ela retorna para contribuir na solução de diversos problemas. Na lata de lixo jazeria apenas sua função imputativa.

IV. UM ARGUMENTO PROCESSUAL

Ultimamente tem crescido o interesse pelos problemas levantados pela prova do dolo, como se vê nos trabalhos recentes de Armando Sánchez Málaga e de Pedro Jorge Costa.³⁸ Ora, entre a consciência e a vontade, qual delas deixa maiores e mais perceptíveis marcas no mundo?

V. TRÊS OBJEÇÕES PONTUAIS, COLHIDAS AO ACASO

Como já adiantado, não se pretende fazer nem se fará aqui um exame cabal das diversas propostas teóricas que propugnam por um dolo meramente cognitivo: colegas mais jovens poderão fartar-se nessa mesa. Limitar-nos-emos a formular objeções a três passagens do, vale repetir, substancioso e respeitável estudo de Eduardo Viana, colhidas ao acaso.

A primeira delas tem a ver com o dolo direto de segundo grau. Afirmar Viana, quanto às consequências colaterais necessárias, que o autor “apesar de representá-las e talvez até lamentá-las, assume *relação psíquica de aprovação*”, concluindo pela preponderância, em tal situação, da representação, sendo a vontade “absolutamente dispensável”.³⁹ Estamos de acordo sobre a preponderância da representação nesse modelo, porém, naquela “*relação psíquica de aprovação*” existe claramente vontade:

38. Respectivamente: MÁLAGA, Armando Sánchez. *Determinación del Dolo*. Montevideu: Ed. B de F, 2018; e COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

39. VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*, cit., p. 70 (itálico do original).

BATISTA, Nilo. Dolo sem vontade?!

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 197. ano 31. p. 139-154. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.503].

a *decisão* por agir a despeito das consequências e o *consentimento* a que elas sobrevenham configuram atos de vontade. *Querer* certo resultado harmoniza-se perfeitamente com *lamentar* consequências inevitáveis de seu advento; é do cotidiano querer e realizar condutas das quais também derivam efeitos desagradáveis. O lamento não anula a vontade desde que o sujeito realize a conduta, e novamente teremos nessa realização outro ato de vontade. Assim, é reconhecível a presença do elemento volitivo no dolo direto de segundo grau tanto na *decisão* por realizar o tipo legal quanto no *consentimento* à sobrevinda das consequências necessárias dele decorrentes, e por fim na *realização* que materializa aquela decisão, a despeito dos efeitos colaterais indesejáveis dela.

A segunda objeção tem a ver com a adoção de uma concepção muito restrita de vontade, o que pode explicar algumas das opções teóricas. Transcrevamos o trecho: “Apenas quando eu realizo o movimento é possível dizer que eu quis, donde é possível concluir que ‘a vontade é o ato’”.⁴⁰ O mínimo que se pode dizer dessa vontade sem futuro, dessa vontade que só existe enquanto movimento, interdita aos paraplégicos e radicalmente incompatível com os delitos omissivos, é que ela é insuficiente: existe muita vontade além do movimento, porque existe vontade também na decisão e no consentimento.

A terceira objeção, que desenvolve a anterior, se formula contra uma conclusão assim redigida: “Por exigência lógico-conceitual o agente não pode estar de acordo, aprovar, levar a sério, consentir com resultados futuros, eis que, como evento futuro sequer podem ocorrer: o único que pode ser *querido* pelo agente é a realização da própria conduta”.⁴¹ A vontade, que no excerto anterior fora algemada meio liztziamente ao movimento, agora está acorrentada ao presente: ninguém pode querer nada no futuro, porque não sabemos se seu desejo se materializará. Levada tal proposta às últimas consequências, registremos o óbito daqueles delitos nos quais Hegler, olhando pelo ângulo da subjetividade, percebeu uma “tendência interna ultrapassante” e Binding, olhando pelo ângulo do injusto objetivo, anotou um “resultado cortado”. No crime de extorsão, por exemplo, o constrangimento deveria ser exercido “com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica” (art. 158 do CP), mas como se trata de uma querença impossível (já que “o único que pode ser *querido* pelo agente é a realização da própria conduta”), todas as extorsões deverão doravante ser tratadas como meros constrangimentos ilegais (art. 146 do CP): *ad impossibilia nemo tenetur*.

40. VIANA, Eduardo. Op. cit., p. 170 (itálico do original).

41. VIANA, Eduardo. Op. cit., p. 173.

BATISTA, Nilo. Dolo sem vontade?!

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 197. ano 31. p. 139-154. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.503].

VI. QUANTO MAIS DOR, MELHOR?

Sabemos que suprimir a vontade do dolo significará que todos os casos de culpa consciente temerária e a maioria dos casos de culpa consciente não temerária passarão a ser tratados como dolosos: tal alteração, para usar palavras de Eduardo Viana, “ampliaria a zona do dolo”.⁴² A pena do homicídio culposo é detenção de um a três anos; a do homicídio doloso simples é reclusão de seis a vinte anos; cinco anos a mais na ponta inferior da escala penal, 17 a mais na ponta superior. Também sabemos que a pena é essencialmente inflição (autorizada e medida) de dor, por meio da supressão ou restrição de direitos, independentemente de quaisquer fins que o penalismo nefelibata venha a atribuir a sua aplicação e execução. Para os partidários de uma dogmática teleológico-funcional redutora, portanto, a concepção do dolo cognitivo enfrenta também o inconveniente de expandir o poder punitivo.

Isso, no entanto, parece não preocupar os cognitivistas. Para Eduardo Viana, “a contenção do poder punitivo é um argumento retórico”.⁴³ É óbvio que o adjetivo retórico está aí empregado como sinônimo de falacioso, até porque todo argumento é de certo modo retórico. Seria preferível ter escrito que se tratava de um argumento *pragmático*, aquele que avalia uma regra “consoante suas consequências favoráveis ou desfavoráveis”, cujo valor é assim transposto “para aquilo que se considera causa ou obstáculo”.⁴⁴ O argumento pragmático, que está no centro daquilo que hoje é chamado de consequencialismo, tem raízes no utilitarismo de Bentham, para quem uma “boa razão” (um bom argumento) sobre uma lei deve “alegar os bens ou os males que esta lei tende a produzir”, e qualquer outra alegação desinteressada desse aspecto enseja uma *fausse raison*, isto é, um argumento falacioso.⁴⁵ Para o precursor do vigilantismo, falacioso é o argumento alheio aos efeitos que a adesão a ele provocaria.

Mas o construto metodológico zaffaroniano de uma dogmática teleológico-funcional redutora jamais se fundamentou apenas num argumento, mas, sim, numa constatação: a de que os sistemas penais latino-americanos configuram espaços de intensa e permanente violação de direitos humanos. A organização que mais mata no Brasil chama-se Polícia. Essa constatação, que já provinha de todo e qualquer

42. VIANA, Eduardo. Op. cit., p. 288.

43. VIANA, Eduardo. Op. cit., p. 158.

44. PERELMAN, Chaim. *Retóricas*. Trad. M. E. G. Pereira. São Paulo: Ed. M. Fontes, 1997. p. 11.

45. BENTHAM, Jérémie. *Traité de Législation Civile et Pénale*, Trad. Et. Dumont. Paris: Ed. Rey et Gravier, 1830. t. 1. p. 118.

relatório sobre as prisões, desde Mabillon no final de século XVI até os *Presos sin Condena* da metade do XX, passando por Howard na segunda metade do XVIII, reforçou-se com uma pesquisa empreendida pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos, que abrangeu dez países do continente; no Brasil, a pesquisa incluiu as cidades de Recife, Rio, Salvador e São Paulo.⁴⁶ Foi bem mais que um argumento.

Para demonstrar “o quanto é ingênuo o argumento” de que as execuções penais são territórios sem lei seletivamente povoados, Eduardo Viana dá três exemplos. Como o segundo e o terceiro não são mais felizes que o primeiro, ficaremos neste. Recordando a previsão da pena de açoites no Código imperial, ele pergunta se “a ampliação do poder punitivo – considerar criminosas tais condutas –” não teria sido algo positivo.⁴⁷ Antes de tudo, registre-se que “tais condutas” já estavam criminalizadas enquanto os escravizados gemiam sob o rebenque (art. 201, CCr 1830). E não foi uma *lei penal* que tentou reduzir o sofrimento punitivo dos africanos para cá desterrados e de seus filhos: foi uma *lei despenalizadora*, a Lei 3.310, de 15 de outubro de 1886, que aboliu a pena de açoites. Por qual razão, estando o crime de lesões corporais (sob a rubrica *Ferimentos*) previsto no Código imperial, as costas de certos homens eram laceradas impunemente? O Conselheiro Paula Pessoa respondeu com crua sinceridade: é que os escravizados achavam-se “fora da Constituição”,⁴⁸ que também e muito antes abolira os açoites (art. 169, inc. XIX, C. P. Imp. Brasil de 1824). No início do século XX já não tínhamos escravidão, porém, muitas práticas culturais africanas estavam criminalizadas. No início do século XX, no norte do país, a extração de borracha criou relações de trabalho substancialmente escravistas; numa fábrica no Rio, o capataz estimulava a produtividade usando uma vara de marmelo; nas prisões, as cruéis penas que eram impostas aos escravizados eram transferidas para o lombo de seus descendentes (“restrição alimentar”, “imposição de ferros”⁴⁹). Ingenuidade é acreditar que a abolição dos açoites como pena pública, feita em 1824 pela Constituição e em 1886 por uma lei, alterou a sorte dos afro-brasileiros e os converteu em titulares de direitos, porque eles continuariam a ser praticados nos sistemas penais subterrâneos e privadamente. Ou não encontramos

46. Os relatórios preliminar e conclusivo foram publicados respectivamente em 1984 e 1986, sob o título *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*, pela editora Depalma.

47. VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*, cit., p. 157.

48. A Constituição não seria aplicável porque “os escravos acham-se fora dela” (PAULA PESSOA, Vicente Alves. *Código Criminal do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. A. A. Cruz Coutinho, 1885. p. 138).

49. Dec. 3.647, de 23.04.1900 (Regulamento da Casa de Correção do Distrito Federal), art. 101, incs. 5º e 6º.

ainda hoje muita gente da qual se poderia dizer, como o Conselheiro Paula Pessoa, que se acha fora da Constituição?

Em certo momento, Eduardo Viana se compromete com “a criação de um conceito que permita situar as condutas dolosas no seu devido lugar”; seu objetivo “é evitar que cachorro seja chamado de gato”.⁵⁰ Sua habilidade para transitar entre as retortas conceituais da dogmática jurídico-penal está mais que demonstrada, e eu aprovaria sua tese com distinção e recomendação de publicação, caso integrasse a banca. Mas, do ponto de vista da política criminal, muito mais importante do que chamar o bicho pelo nome certo é verificar qual dos dois animais tem a mordida mais dolorosa. A menos que se considere que quanto mais dor, melhor.

VII. REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO. *A Cidade de Deus*. Trad. O. Paes Leme. Bragança Paulista: Ed. Un. S. Francisco, 2003. 2 v.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. M.G.Kury. Brasília: Ed. UnB, 1985.
- BATISTA, Nilo. *Capítulos de política criminal*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2022.
- BENTHAM, Jérémie. *Traité de Législation Civile et Pénale*. Trad. Et. Dumont. Paris: Ed. Rey et Gravier, 1830.
- BISCARDI, Arnaldo. *Diritto Greco Antico*. Verese: Ed. Giuffrè, 1982.
- BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.
- CALABRESE, Antonio. *Diritto Penale Canonico*. Roma: Ed. Vaticana, 2006.
- CAVIGIOLI, Juan. *Derecho Canonico*. Madrid: Ed. Rev. Der. Priv., 1947. 2 v.
- COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Trad. A. J. Brandão. Coimbra: Ed. A. Amado, 1979.
- FICHTE, Johann Gottlieb. *Fondement du Droit Naturel selon les Principes de la Doctrine de la Science*. Trad. A. Renaut. Paris: Ed. PUF, 1984.
- FRIEDBERG, E. A.; Richter, A. L. (Org.). *Corpus Iuris Canonici*. N. Jersey: Ed. Law-book Exchange Ltd., 2013.
- GERNET, Louis. *Recherches sur le Développement de la Pensée Juridique et Morale en Grèce*. Paris: Ed. Albin Michel, 2001.
- GIOFREDI, Carlo. *I Principi di Diritto Penale Romano*. Turim: Ed. Giappichelli, 1970.
- GIULIANI, Alessandro. Imputation et justification. In: AA.VV. *La Responsabilité*. Paris: Ed. Sirey, 1977.

50. VIANA, Eduardo. Op. cit., p. 288.

- GONZAGA, Tomás Antônio. Tratado de Direito Natural. In: *Obras Completas*. Rio de Janeiro: Ed. INL, 1957. v. II.
- GROTIUS, Hug. *O Direito da Guerra e da Paz*. Trad. C. Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004. 2v.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofia del Derecho*. Trad. A. M. Montero. Buenos Aires: Ed. Claridad, 1968.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Trad. A. Morão. Lisboa: Ed. 70, 2008.
- KANT, Immanuel. *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*. Trad. A. Córdoba. México: Ed. UNAM, 1978.
- MÁLAGA, Armando Sánchez. *Determinación del Dolo*. Montevideu: Ed. B de F, 2018.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos ídolos*. Trad. P. C. Souza. São Paulo: Ed. Cia das Letras, 2006.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano*. Trad. P. C. Souza. São Paulo: Cia das Letras, 2000. 2 v.
- PAULA PESSOA, Vicente Alves. *Código Criminal do Império do Brazil*. Rio de Janeiro: Ed. A. A. Cruz Coutinho, 1885.
- PERELMAN, Chaim. *Retóricas*. Trad. M. E. G. Pereira. São Paulo: Ed. M. Fontes, 1997.
- PUFENDORF, Samuel. *Os deveres do homem e do cidadão*. Trad. E. F. Alves. Rio de Janeiro: Ed. Topbooks, 2007.
- RADBRUCH, Gustavo. *El Concepto de Acción*. Trad. J. L. Guzman Dalbora. Montevideu: Ed. B de F, 2011.
- RICOEUR, Paul. *Philosophie de la Volonté*. Paris: Ed. Points, 2009. 2 v.
- SARTRE, Jean-Paul. *O Ser e o Nada*. Trad. P. Perdigão. Petrópolis: Ed. Vozes, 1997.
- SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e representação*. Trad. M.F. Sá Correia. Rio de Janeiro: Ed. Contraponto, 2001.
- TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. Florianópolis: Ed. T. lo Blanch, 2018.
- TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. Trad. A. M. Roguet et al. São Paulo: Ed. Loyola, 8 v.
- VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2017.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- As teorias diferenciadoras do dolo eventual e da culpa consciente, de Laura Ayub Salvatori – *RBCCrim* 166/19-61; e
- Sobre a estrutura monista do dolo: uma visão crítica, de Carlos María Romeo Casabona – *Ciências Penais* 3/7-32, *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 1.