

A (DES)NECESSIDADE DA VONTADE PARA O JUÍZO DE ATRIBUIÇÃO DO DOLO: UM DEBATE AINDA NECESSÁRIO? CAMINHOS PARA A NORMATIVIZAÇÃO DO ELEMENTO COGNITIVO EM DOIS NÍVEIS

THE (UN)NECESSITY OF INTENT FOR THE JUDGMENT OF ATTRIBUTION OF CRIMINAL MALICE: IS A DEBATE STILL NECESSARY? PATHS FOR THE NORMATIVIZATION OF THE COGNITIVE ELEMENT AT TWO LEVELS

LEONARDO SELVA¹

Faculdade Damas da Instrução Cristã, FADIC, Brasil.
leonardo@rigueiraadvocacia.com.br

DOI: [10.5281/zenodo.13685096].

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente artigo aborda a temática do dolo e busca ultrapassar o debate centrado exclusivamente no elemento volitivo. Examina-se, assim, o desenvolvimento epistemológico do dolo, trazendo à tona as repercussões negativas de uma discussão centrada exclusivamente no elemento volitivo para propor uma solução de *lege lata* baseada na normatização do elemento cognitivo em dois níveis analíticos, sob a influência das posturas teóricas cognitivas do dolo.

ABSTRACT: This article addresses the issue of criminal malice and seeks to overcome the debate focused exclusively on the volitional element. The epistemological development of criminal malice is thus examined, bringing to light the negative repercussions of a discussion focused exclusively on the volitional element to propose a *lege lata* solution based on the normativization of the cognitive element at two analytical levels, under the influence of the cognitive theoretical stances of criminal malice.

1. Mestre em Direito Penal pela Faculdade Damas (2023). Professor Convidado do Programa de Pós-Graduação da Faculdade Damas. Advogado.

Currículo Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/1101728912091774>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-1221-2644>].

E-mail: leonardo@rigueiraadvocacia.com.br.

PALAVRAS-CHAVE: Elemento Volitivo – Jurisprudência – Código Penal – Normativização – Elemento Cognitivo.

KEYWORDS: Volitional Element – Jurisprudence – Criminal Law – Normativization – Cognitive Element.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A epistemologia do dolo: da perspectiva psicológica-descritiva à perspectiva atributiva – normativa da *vontade*. 3. O debate circular sobre o elemento volitivo do dolo e suas repercussões negativas na jurisprudência. 4. A disposição conceitual do art. 18, I, do Código Penal, como o ponto de partida para uma concepção cognitiva do dolo: afinal, onde está a *vontade*?. 5. Corretivo axiológico para a compreensão do dolo: o elemento cognitivo como o fiel da balança para a atribuição do dolo. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A distinção entre dolo e culpa, consoante já era apontado por Hans Welzel desde o século XX, afigura-se como um dos problemas mais difíceis e debatidos do Direito Penal². Nesse marco, o centro do debate científico sobre o tema foi tomado, essencialmente, pela controvérsia sobre o conteúdo dos elementos do dolo, a qual se estabeleceu em torno de duas correntes teóricas: volitivas e cognitivas.

O presente estudo não objetiva realizar uma investigação aprofundada sobre cada uma das teorias volitivas e cognitivas, seja porque esse não é o objeto que anima o ensaio ou mesmo contribuirá efetivamente para o seu desenvolvimento, mas também porque diversos autores se dedicaram notavelmente a essa tarefa³.

Entretanto, é importante ressaltar que, apesar da histórica contraposição entre volitivistas e cognitivistas, as soluções apresentadas pelas duas posturas teóricas carecem de consenso⁴ e rendimento prático em casos limítrofes, sendo capazes de chegar a resultados práticos semelhantes mesmo que seus fundamentos sejam, a princípio, opostos.

2. Segundo Hans WELZEL, a principal razão dessa dificuldade consiste no *querer*, o qual corresponde a um fenômeno anímico ontológico que não pode ser reduzido a outros processos anímicos – sejam emocionais ou intelectuais – e que, por isso, somente pode ser circunscrito, mas não propriamente definido. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. 11. ed. en alemán y 4. ed. en español. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002. p. 83.

3. Notas de Rodapé n. 6 a 10 *infra*.

4. Chega-se a falar, apesar disso, da existência de um *consenso divergente*. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch Editor, 1999. p. 121-125 e 156-157.