

# A TEORIA COGNITIVA DO DOLO E O ALARGAMENTO DO PODER DE PUNIR

THE COGNITIVE THEORY OF THE DOLUS AND THE ENLARGEMENT  
OF THE PUNITIVE POWER

**Thiago Rocha de Rezende**

Mestrando em Direito Penal na UERJ. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1955187887202661>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5053-0873>

[1.thiago.rocha.rezende@gmail.com](mailto:1.thiago.rocha.rezende@gmail.com)

**Resumo:** Com a teoria cognitiva do dolo, reviveu-se a discussão sobre a exigência da vontade para a configuração da conduta dolosa. O presente artigo, a partir de uma perspectiva deslegitimante do poder de punir, propõe-se a uma análise de tal teoria. Para tanto, toma como ponto de partida o questionamento sobre o que significa essa teoria em termos de severidade punitiva e trabalha com a hipótese de que a abdicação da vontade no dolo representa um aumento irracional de repressão punitiva.

**Palavras-chave:** Dolo – Vontade – Imputação Subjetiva.

**Abstract:** As the cognitive theory of the dolus appeared, the discussion about demanding purpose to affirm the dolus was reborn. The present article, from a perspective that denies the legitimacy of the punitive power, intends to analyse this theory. For that, it begins questioning the punitive harshness in this theory and establishes the hypothesis that suppressing the intent of the dolus analysis is an irrational increase in the criminal punishment.

**Keywords:** Dolus – Purpose – Subjective Imputation.

A ideia de um dolo que prescindia da vontade não é nova. Em 1958, **Nélson Hungria** já falava da escolha do legislador brasileiro pela teoria da vontade em detrimento da teoria da representação: na primeira, o dolo seria entendido como vontade dirigida ao resultado; na segunda, para a existência do dolo, bastaria a representação subjetiva ou previsão do resultado como certo e provável. Assim, a teoria da representação prescindia da vontade enquanto a teoria da vontade a exigia. Comentando tal decisão legislativa, **Hungria** (1958, p. 114) afirmava que era plenamente acertada e que a teoria da representação estava inteiramente desacreditada.

Apesar do descrédito que **Hungria** atribuía a esse tipo de teoria que se desapega da vontade, ele não foi relegado ao ostracismo, pelo contrário: atualmente, vem ganhando muito espaço no debate jurídico-penal a chamada teoria cognitiva do dolo, especialmente por influência, no Brasil, de teóricos como **Luís Greco**, **Humberto Souza Santos** e **Eduardo Viana**, que retira a vontade da análise do dolo a partir de novos argumentos.

A teoria cognitiva do dolo parte de uma diferenciação entre vontade em sentido psicológico-descritivo e vontade em sentido atributivo-normativo. A vontade em sentido psicológico-descritivo faria referência a um estado mental, a algo que ocorre dentro da cabeça do autor, a uma entidade empírica que pertence ao universo psíquico de alguém. Seria uma questão de fato, referida a um estado de coisas que está no mundo. A vontade em sentido atributivo-normativo, por outro lado, seria uma atribuição, uma forma de interpretar um comportamento, com ampla independência da situação psíquica do autor (GRECO, 2009, p. 886-887).

A partir dessa diferenciação, a teoria cognitiva entende que a

proposição “dolo é vontade” seria correta, mas não em sentido psicológico-descritivo e sim em sentido atributivo-normativo. Em tal sentido, **Puppe** (2006, p. 130-131) afirma que haveria dolo sempre que o autor representasse a criação, por meio de sua ação, de um perigo intenso e manifesto para a vítima, ação que uma pessoa razoável jamais tomaria sem assumir o risco do resultado. Parece que, para **Puppe**, portanto, a diferença entre o dolo e a culpa baseia-se na avaliação de quão intenso e manifesto foi o perigo para o bem jurídico em confronto com um parâmetro geral de razoabilidade.

**Greco** apresenta uma formulação até mais interessante desse dolo, entendendo se tratar de uma questão de domínio: a maior punição no dolo se justificaria porque, no atuar doloso, o autor dominaria a realização do fato, teria controle sobre ela, enquanto no atuar culposo não haveria tal domínio. Esse domínio, por sua vez, exigiria somente o conhecimento: a vontade psicológica não teria relevância nenhuma para o domínio (GRECO, 2009, p. 889-893).

Essa justificativa para o dolo, baseada em um domínio que só exige conhecimento, conduziria a um conceito atributivo-normativo de vontade na base do dolo: se, ao domínio, bastaria o conhecimento e o que justificaria a punição dolosa seria o domínio, então a vontade psicológica deveria ser irrelevante ao dolo.

Em sentido parecido propõe **Eduardo Viana** (2017), afirmando que o dolo pode ser adequadamente fundamentado com base no elemento cognitivo, uma vez que a representação do perigo permite ao autor exercer o controle sobre o próprio corpo e dominar o que está realizando. Assim, a diferença entre o dolo e a culpa se daria unicamente no âmbito do conhecimento, prescindindo-se da vontade. Porém, ao dolo, não bastaria esse conhecimento do perigo,

mas seria preciso observar, ainda, a qualidade do perigo, ou seja, seria preciso que, observadas as circunstâncias em que a situação se desenvolveu, o indivíduo não possa argumentar racionalmente que não estabeleceu um compromisso cognitivo com a realização do perigo. Trata-se do que **Viana** chama de juízo de inferencialidade, que leva em conta critérios como a intensidade do perigo e a vulnerabilidade da vítima (VIANA, 2017, p. 294).

O problema com essa teoria cognitiva do dolo é claro: o que domina a realização do fato não é o conhecimento, mas a vontade. O sujeito não controla a sua conduta causal simplesmente pelo conhecimento. O conhecimento serve de orientação para a vontade e é a vontade consciente que domina a causalidade. Sem a coordenação do conhecimento e da vontade não é possível a própria conduta, funcionando a vontade como a propulsora da ação e o conhecimento como o orientador da vontade. É esse domínio volitivo, portanto, que deve ser levado em consideração na aferição do dolo, não um domínio exclusivamente baseado no conhecimento (TAVARES, 2020, p. 285-289).

Quando **Greco** fala sobre o caso do atirador de Lacmann (modificado por SANTOS, 2008, p. 285), em que um fazendeiro aposta todo o seu patrimônio na promessa de que conseguirá acertar um tiro somente no chapéu da mulher à sua frente, sem feri-la, mas acaba a matando, afirma que, apesar de ser claro que o sujeito não queria, em sentido psicológico-descritivo, a morte da vítima, trata-se de um caso em que “ninguém hesitará em afirmar o dolo” (GRECO, 2009, p. 887-888), o que não é verdade. Para se afirmar o dolo é preciso afirmar o domínio. Nesse sentido, como afirmar que alguém dominou a realização do fato quando o fato realizado foi exatamente o contrário do que o agente tentava propor no mundo? Como dizer que o autor controlou o curso causal quando o resultado a que esse curso causal conduziu foi absolutamente contrário à expectativa do autor? Certamente, para se chegar nesse resultado não planejado, algo saiu do controle do agente. Esse resultado, portanto, é fruto de uma falha na utilização dos meios causais e não de um domínio até se chegar nele. Assim, quando **Greco** afirma que o sujeito controlou a realização do fato nesse caso, a própria realidade nega a sua proposição – está claro que a realização do fato saiu do controle do agente – e um conceito não pode ser construído em negação direta à realidade.

Tal raciocínio pode ser igualmente proposto a partir do que **Viana** chama de versão moderna do caso Lacmann, que substitui o fazendeiro atirador por alguém que participa de um “racha” e aposta na sua própria vitória, mas acaba colidindo com outro veículo e matando o condutor dele. Quem se lança nesse tipo de disputa automobilística não quer, em sentido psicológico-descritivo, perder a disputa e tendo em vista que a colisão ocasiona a perda da disputa, pode-se dizer que o autor não quis, em sentido psicológico, a colisão que ocasionou a morte da vítima – ao cabo, o autor não quis a morte da vítima (VIANA, 2017, p. 276-277). Tem-se aí mais um caso claro de culpa e não de dolo. Se o sujeito não quer colidir com outrem e mesmo assim colide, como dizer que ele controlou a realização do fato até a colisão? É óbvio que o curso causal saiu do seu controle, pois se tivesse se mantido nele, a colisão não ocorreria. O conhecimento oferece a possibilidade de dominar a causalidade, mas é somente a partir da análise da vontade que se pode verificar se a realização do fato se manteve dentro do controle do agente ou se ela se deve, exatamente, à fuga do controle. A possibilidade de punir alguém que gerou um resultado por uma perda do controle da causalidade como se tivesse controlado a causalidade até o resultado indicia um grave

problema: o alargamento indevido do poder punitivo.

Vê-se que uma consequência direta da adoção dessa teoria é a punição daquele autor que tinha conhecimento dos elementos do tipo apesar de não querer a realização de tal tipo. Retira-se, assim, um dos filtros do dolo. Na esteira de **Zaffaroni** e **Nilo Batista** (2010, p. 270), pode-se afirmar que o dolo é o núcleo redutor subjetivo da tipicidade, constituindo-se de dois filtros: o conhecimento e a vontade. Ao se retirar o filtro da vontade, permitindo que condutas não queridas possam ser punidas como dolosas, tem-se um claro alargamento do poder de punir no âmbito da imputação subjetiva: mais condutas passam a ser punidas com o rigor do dolo. Esse aumento repressivo, por sua vez, mostra-se irracional, uma vez que o dolo deve estar vinculado a um domínio por parte do autor, domínio esse que não se resume ao seu conhecimento, mas se refere à sua vontade consciente. A adoção da teoria cognitiva do dolo, portanto, importa em uma incontornável e indevida ampliação do poder de punir no âmbito da imputação subjetiva.

Essa crítica da expansão excessiva do alcance do dolo não é desconhecida pelos autores que defendem a teoria cognitiva do dolo, os quais, opondo-se a elas, oferecem alguns argumentos. Um deles, apresentado por **Greco**, seria de que a teoria cognitiva do dolo, apesar de importar em uma punição maior em alguns casos, levaria a uma punição menor em outros. A título de exemplo, ele cita o caso do atirador de Thyren, em que um leigo, com uma pistola normal, efetua um disparo a uma enorme distância em direção a alguém que quer que morra. Enquanto a doutrina dominante afirmaria o dolo nesse caso, em face da vontade do atirador de matar a vítima, a teoria cognitiva o negaria, uma vez que tal atirador não saberia da grande probabilidade de um resultado típico ocorrer, faltando domínio da realização do tipo (GRECO, 2009, p. 893-894; 901). Um argumento similar pode ser visto em **Viana**, que entende que a teoria da inferencialidade do dolo, com critérios limitadores do conhecimento como a intensidade do perigo, geraria considerável redução do âmbito do crime doloso, especialmente nas hipóteses que não representam ataque direto à vida ou à integridade física da vítima (VIANA, 2017, p. 288). Também nesse sentido se posiciona **Souza Santos**, afirmando que ao se atribuir dolo a uma conduta pouco perigosa, a teoria volitiva limitaria a liberdade do autor mais do que deveria (SANTOS, 2008, p. 284).

As afirmações dos autores – de que, mesmo se abandonado o elemento “vontade” como limitação, a teoria cognitiva seria capaz de, em alguns casos, punir menos – vêm do fato de que, ao abandonar a vontade, a teoria cognitiva desenvolveu com mais rigor o âmbito do conhecimento, chegando a limites pela via da representação que a doutrina dominante não chegou. Porém, deve-se levar em consideração que “punir menos” é sempre referencial e, aqui, claramente se refere somente à doutrina dominante. Ocorre que a forma como a maior parte da doutrina ou da jurisprudência aplica a teoria volitiva não a resume. Para se dizer que a teoria cognitiva limita mais do que a teoria volitiva, não basta apontar que a doutrina dominante não apresenta esses limites, é preciso demonstrar que a teoria volitiva não poderia apresentar tais limites – a teoria volitiva, como construção teórica, é mais do que um conjunto majoritário de posicionamentos. O que se quer dizer com isso é o seguinte: será que, para se chegar às limitações apontadas pela teoria cognitiva, é indispensável abdicar da vontade? A resposta é negativa.

É perfeitamente possível propor, dentro de uma teoria volitiva do dolo, que o perigo intenso ao bem jurídico seja considerado objeto do conhecimento doloso, como pauta de racionalidade – frente a

punições tão distintas, não é razoável que o perigo que evoca o dolo seja da mesma intensidade que o perigo que evoca a culpa. A partir disso, caso o perigo não seja objetivamente intenso o suficiente (critério mais importante da inferencialidade de **Viana**) ou caso o sujeito não represente a elevada intensidade do perigo e, portanto, não possa dominar a realização do fato (como no caso do atirador de Thyren, apontado por **Greco**), não se pode afirmar o dolo, sem prejuízo de ainda ser possível excluir o dolo quando inexistir a vontade de realização do tipo, entendida tanto como objetivo direto (dolo direto), quanto como conformação (dolo eventual). Por certo, não se pretende nesse curto espaço trazer qualquer construção acabada de absorção dessas limitações. Trata-se somente de um exemplo a demonstrar que é perfeitamente possível, a partir da teoria volitiva, punir de forma equivalente à teoria cognitiva nos casos em que a última alega punir menos, ainda que recorrendo a um fundamento diverso. O contrário, entretanto, não se aplica: em diversos casos em que há conhecimento, mas não há vontade de realização do tipo, a exemplo do caso do atirador de Lacmann, é impossível à teoria cognitiva do dolo não punir, independentemente de a qual fundamento recorra.

Uma segunda oposição ao argumento de que a teoria cognitiva amplia o âmbito do dolo, própria de **Greco**, é no sentido de que seria superficial supor que uma razão para punir menos seria sempre uma boa razão, já que a sua ausência se tornaria uma razão para punir mais (GRECO, 2009, p. 901). Tal raciocínio tem sentido dentro de uma perspectiva legitimadora do poder de punir, em que o Direito Penal o limita ao mesmo tempo em que o fundamenta. Porém, ele não se sustenta em uma lógica de deslegitimação do poder punitivo, já que nela não se busca qualquer justificação para tal poder: o poder punitivo é parte do Estado de Polícia, o qual busca sempre a sua expansão, restando ao Direito Penal somente a função de limitar tal poder face à sua irracionalidade. Para ilustrar esse ponto, pode-se recorrer metaforicamente à figura da cancela, que permite e restringe a passagem de veículos. Valendo-se de ferramentas jurídicas de limitação, o que o julgador faz é abaixar a cancela e impedir a passagem do poder punitivo quando ele é muito irracional. Não é, porém, o abaixar da cancela que permite que os carros passem quando ela está levantada – se a cancela jamais abaixasse, os carros simplesmente passariam sem restrição. Da mesma forma, não é o limite ao poder punitivo que permite ou fundamenta a punição na sua ausência – se não houvesse determinado limite, o poder punitivo simplesmente atuaria sem aquela restrição. Diminuindo a abstração e trazendo especificamente para a discussão da vontade no dolo: caso se dispense o filtro da vontade, em vez de se limitar a punição por dolo aos casos em que há vontade, simplesmente se punirá com o rigor do dolo condutas praticadas com e sem vontade de realização do tipo. É somente ampliação do poder punitivo.

Por fim, pode-se falar da objeção que afirma que a teoria volitiva do dolo não levaria a exigência do elemento volitivo a sério. **Greco**, por exemplo, afirma que os defensores das teorias volitivas costumam

afirmar ou negar a vontade valendo-se de critérios objetivos, como a intensidade do perigo, ou de uma intuição inverificável (GRECO, 2009, p. 901). **Viana** (2017, p. 288), olhando para tal cenário, afirma que a doutrina e a jurisprudência dominantes já admitem o dolo sem vontade: se a vontade psicológica já está sendo substituída por critérios de atribuição da vontade, já se adota a vontade em sentido atributivo-normativo. **Puppe** (2006, p. 121-122), olhando para o mesmo cenário na Alemanha, qual seja, de adoção de uma teoria volitiva e, ao mesmo tempo, de dispensa da vontade psicológica em favor de critérios de atribuição da vontade, afirma que seria preferível a adoção da teoria cognitiva do dolo, que tem a decisão racional do agente como o único parâmetro para se adscrever vontade a ele, diferentemente da teoria volitiva, que permitiria um decisionismo nessa adscrição.

Esse argumento dos autores da teoria cognitiva deve ser dividido em duas partes: a constatação e a conclusão. A constatação de que a doutrina e a jurisprudência dominantes já prescindem da vontade, na verdade, é mais uma crítica à doutrina e à jurisprudência dominantes do que à teoria volitiva do dolo como um todo: se está havendo uma flexibilização das exigências da teoria volitiva a fim de se punir mais do que ela permite, isso não significa que se deve abandonar a teoria volitiva para adotar uma teoria cognitiva (que, como demonstrado, oferece menos ferramentas à contenção do poder punitivo), mas que se deve interromper essa flexibilização. Essa constatação tem muito mais um caráter denunciador do mau uso da teoria volitiva do que impulsionador ao abandono dela. Chega-se, então, à análise da conclusão oferecida: é equivocado pensar que esse cenário demonstra a necessidade de abandono da teoria volitiva, uma vez que a crítica do “mau uso”, ou seja, do decisionismo, da instrumentalização do dolo para fins indevidos, do arbítrio, não é privativa da teoria volitiva do dolo, mas é igualmente aplicável à teoria cognitiva e a qualquer teoria. O arbítrio no poder punitivo tem suas raízes no Estado de Polícia, sempre encapsulado no Estado de Direito, e não há formulação teórica que vá o anular. Em tal cenário, o Direito Penal deve ser construído de forma a denunciar as irracionalidades e oferecer instrumentos para a redução racional do poder punitivo e o melhor caminho para essa construção não parece ser dispensando filtros redutores.

Vê-se, assim, que a teoria cognitiva do dolo não apresenta qualquer vantagem redutora, uma vez que não se propõe a qualquer limitação que não possa ser feita a partir de uma teoria volitiva do dolo, ainda que recorrendo a fundamento diverso. Ao mesmo tempo, ela permite a punição por dolo de condutas praticadas sem vontade, punição essa que uma teoria volitiva do dolo coerente veda. Portanto, a teoria cognitiva do dolo representa somente alargamento do poder de punir. Para quem, especialmente a partir da deslegitimação do poder punitivo, está preocupado em construir um Direito Penal que consiga conter ao máximo a irracionalidade e o abuso, essa teoria não tem qualquer utilidade – a teoria volitiva claramente oferece mais possibilidades de contenção racional do poder de punir.

## Referências

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (Orgs.). *Liber amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário*: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. v. I, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

PUPPE, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 114-132, jan./fev. 2006.

SANTOS, Humberto Souza. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo. In:

GRECO, Luís; LOBATO, José Danilo Tavares (Orgs.). *Temas de Direito Penal, Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. v. II, tomo I. Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

Recebido em: 01.04.2022 - Aprovado em: 07.06.2022 - Versão final: 29.06.2022