

CONSIDERAÇÕES SÔBRE O DOLO

Nelson Ferreira da Luz

Professor da Faculdade de Direito da
Universidade do Paraná

Que a figura delituosa implica, para a sua completa configuração, a participação do elemento moral e do elemento material, nisso estão assentes todos os tratadistas. Se, por uma parte, a materialidade da infração sugere tôda uma gama de atos objetivos que estabelece o *iter criminis*, desde, como querem alguns, a resolução manifestada até à consumação e ao crime exaurido, a êsses atos deve-se prender um laço de causalidade moral ligando o sujeito à ação e ao resultado. Daí dever a causalidade material ou objetiva completar-se com a causalidade moral ou subjetiva, ambas tidas como elementos indispensáveis à integração das infrações penais.

A essa relação de causalidade moral entre o agente e o resultado, chamamos *culpabilidade*. A culpabilidade tem como elementos geradores, segundo o nosso Código Penal, o *dolo* e a *culpa stricto sensu*. E, como pressuposto, a *responsabilidade* penal que, no sentido do Código, confunde-se com a imputabilidade e cujos elementos psicológicos consistem, segundo é possível depreender-se *a contrario sensu* do artigo 22, na “capacidade de entender o caráter criminoso do fato” e a “capacidade de determinar-se de acôrdo com êsse entendimento”.

Complicada e sutil é, sem dúvida, a contribuição do elemento **subjetivo**. As mais antigas legislações, como o direito romano antigo e o direito germânico nos seus comêços não considera-

vam mais, para a imposição da pena, que o fato em sí, o resultado mais ou menos danoso sôbre que repousa a maior ou menor coação. Com a evolução do poder estatal estabeleceu-se cabal diferenciação entre os fatos voluntários e involuntários, já exigindo o direito romano a constatação do elemento moral, da intenção criminosa. E assim o direito germânico mais avançado. No direito canônico, além da completa configuração do dolo, já aparece a teoria da culpa, que se caracteriza, não pela *vontade*, mas pela *imprudência* ou *negligência*.

A legislação romana confundia o dolo com o engano, a astúcia, o artifício. Configurava, assim, a relevância do elemento subjetivo, que os povos mais antigos ignoravam, apenando o agente do delito sem inquirir da influência maior ou menor da vontade. O direito romano, ao observar a ocorrência do *animus necandi*, do *dolus malus*, dá um valor essencial à intenção. “Media-se a gravidade do delito segundo a intensidade do dolo”, — diz NOGUEIRA ITAGIBA.

Etimologicamente a *intenção*, sob o ponto de vista penal, é a direção da vontade para a ação criminosa. Daí, o agente que tem consciência da imoralidade da ação ou de suas consequências e mesmo assim age, tem intenção criminosa, ou dolo. Tal identificação da intenção com o dolo vem do direito romano. Ao *dolus bonus*, manifestações lícitas, opunha-se o *dolus malus*, em cuja essência havia a maldade, a má fé, a manifestação enganosa, a malvadez do autor. Tal o critério adotado pelo nosso Código Criminal do Império e pela Consolidação das Leis Penais da República. Assim, o que na Consolidação configurava o dolo era, pelo lado ético, a má fé, o conhecimento do mal; e, pelo lado jurídico, a voluntariedade abrangendo o ato e suas consequências, isto é, o conteúdo legal do delito com tôdas as suas circunstâncias, com todos os elementos, que constituem o delito, segundo a letra da lei.

Segundo, porém, a opinião abalizada de JOSÉ HYGINO, o que caracteriza o dolo não é a intenção. O dolo pode ter a intenção como forma típica, pode acompanhá-la no ato e suas consequências; se o agente teve em mira um ato e suas consequências, quando êstes são a sua finalidade, o dolo toma a forma da intenção. Se, todavia, a ação excede a intenção que teve o delinquente e êste cometeu os atos que, na sua previsão, poderiam

exceder ao que pretendeu, tais atos excessivos são sujeitos ao seu dolo, mas não à sua intenção. A Consolidação teve de alargar o conceito da intenção, admitindo a *intenção indireta*, a teoria do *dolo indireto*; o agente “que causa um mal maior do que o tencionado, ou diverso do tencionado, indiretamente o quer e responde por tôdas as consequências do seu ato”. “Certo é que a confusão do dolo com a intenção, — diz GALDINO SIQUEIRA — não tem podido dispensar a intenção indireta para explicar o dolo eventual. Não se atendeu para o absurdo de considerarem-se como *tencionados* fatos que estão fora dos fins e dos desejos do delinquente. Tôda a intenção não é direta?” Nisso vê o citado autor uma “presunção de culpa”, isto é, uma identificação entre o dolo eventual e a culpa conciente. Se um delinquente pratica um ato que excede à sua intenção, *quer indiretamente* êsse ato, respondendo, assim, pelas consequências.

NELSON HUNGRIA, comentando o atual Código Penal, aceita o raciocínio de que “quem arrisca, quer”, e acha que não pode haver confusão possível entre o dolo eventual e a culpa conciente, pois, se ambos têm de comum a previsão do resultado anti-jurídico, o fato é que, no dolo eventual, o agente concorda com o resultado que advier, arriscando-se a produzi-lo, aconteça o que acontecer. Na culpa conciente, de maneira oposta, o agente, embora prevendo a hipótese da superveniência do resultado, comete a ação acreditando que tal resultado não advirá. Não age por *egoísmo*, mas por *leviandade*, como explicou LOGOZ.

Entretanto, o direito penal positivo só responsabiliza o agente pelas consequências de um ato voluntário, se aquele é “capaz de vontade”. Daí ser esta o elemento moral indispensável da responsabilidade. Homem capaz de vontade é o que, segundo VON LISZT é passível de se conduzir, de se deixar, normalmente, levâr pelos motivos que o influenciam a agir. Nêle se pressupõem faculdades normais de vontade e de inteligência. No louco, diz PRINS, pode haver vontade forte, embora a inteligência seja anormal. Certos obsessionados podem conhecer o resultado delituoso da sua ação mas têm a vontade enfraquecida, não podendo resistir aos imperativos da obsessão.

A teoria que baseia o dolo na vontade ou na intenção, a teoria da inteligência, e a teoria mista (concurso da vontade e da

inteligência) foram predominantes entre os clássicos, muito embora, no dizer de CARLOS XAVIER, tratadistas da mesma escola divirjam fundamentalmente sobre essa matéria.

CARRARA definia o dolo como sendo “a intenção mais ou menos perfeita de praticar um ato que se sabe contrário à lei”. Para PESSINA o dolo consiste em querer e conhecer as consequências do ato. Para PRINS, “o dolo existe desde que se quis o ato e suas consequências”. MEYER, BINDING, PAOLI, CHAUVEAU et HÉLIE, VIDAL, CARMIGNANI ligam o dolo à intenção. MANZINI não alude à intenção. Refere o dolo como manifestação da vontade conciente e livre e assim o define: “é a vontade conciente e não coagida de praticar um fato comissivo ou omissivo, lesivo ou perigoso para um legítimo interesse alheio do qual se sabe não poder dispôr, conhecendo ou não que tal fato é proibido pela lei penal”.

Para GARRAUD o dolo se estriba na compreensão do mal e na liberdade de ação. Para ROMAGNOSI dolo é a consciência de violar a lei, com a liberdade de poder deixar de fazê-lo.

FERRI, o grande mestre da escola positiva, aceita como componentes do dolo a *vontade*, a *intenção* e o *fim*. O ato voluntário, diz, pode não ser intencional quanto a tal ou qual resultado, como também, embora voluntário e intencional, pode visar fim não ilícito. Defendendo a tese da responsabilidade social, em contraposição ao critério da responsabilidade moral, dá preponderância, no estudo da responsabilidade, aos *motivos determinantes* da ação delituosa, que leva à avaliação do maior ou menor grau de anti-sociabilidade do agente.

VON LISZT, crítico, diz que o dolo é “a representação da importância do ato voluntário como causa (representação da causalidade)”. A diferença entre esta *teoria da representação* (que foi aceita por FRANCK, GALDINO SIQUEIRA, JOSÉ HYGINO) e a teoria da vontade é a seguinte: o dolo consiste, para esta, em querer o ato com o seu resultado; para aquela, na representação do resultado e da relação de causalidade entre o ato voluntário e o resultado. Para os seguidores desta última corrente, o dolo não se identifica com a *vontade*, porque esta é um fenômeno conciente que externamente se traduz por um movimento muscular ou de enervação; daí, as consequên-

cias do ato e tudo quanto contribui para fazer da ação uma atitude ilícita, penalmente ilícita, não poderem ser *queridas* e sim, apenas, intencionadas, previstas, conhecidas. A vontade, desde que não pode atingir as consequências da ação, que pode ser modificada no ambiente externo, não pode ser confundida com o dolo.

O dolo, — diz GALDINO SIQUEIRA, — estáticamente considerado, “assenta na representação das circunstâncias de fato necessárias para constituir uma determinada figura delitosa; no seu aspecto dinâmico, quando adquire seu valor jurídico, considera-se a sua eficiência, nas relações com o *ato de vontade*, que é a base da infração do preceito penal”. Assim, comenta, o conteúdo do dolo consiste na representação, tendo esta relevância jurídico-penal enquanto é causa do ato de vontade e da ação (dolo direto), ou enquanto não é causa capaz de demover o agente “do ato voluntário cuja manifestação êle conhece como aquela que certamente ou provavelmente realizará a situação de fato que é contrária ao preceito penal”. (dolo indeterminado, alternativo ou eventual).

Assim sendo, não poderá o dolo ser confundido, nem com a *vontade*, nem com a *intenção*. Esta é o fim, o estado psíquico que dá origem ao ato voluntário; aquela é ato de consciência que origina uma causa que provoca o ato da enervação.

Uma terceira corrente aparece, ainda: a da concepção normativa do dolo, preconizada por SIEGERT, que afirma que “procede com dolo aquele que realiza o conteúdo da ação punível com ciência e vontade, e sabe que o faz ilicitamente”. Teoria a que se filiou NELSON HUNGRIA.

O contraste entre as teorias da representação e da vontade, — diz FRANCK —, parece ser, hoje, apenas formal. A teoria da vontade sempre prevaleceu — diz LAERTES MUNHOZ —, no que é secundado por NOGUEIRA ITAGIBA: “a vontade é o grande estuário, aonde vão ter forçosamente tôdas as correntes doutrinárias”. À teoria alemã da representação pura sucedeu, também na Alemanha, outra, mista, “que, além da *previ-*
são do resultado exigido pela primeira, reclama, ainda, a *vontade de produzi-lo*. A esta última aderiu ASÚA, assentando o dolo na representação e na vontade”. Assim, não pode haver

dolo sem a vontade e a representação, pelo simples fato de que “não se pode querer o que se não prevê”, como citou LAERTES MUNHOZ. O dolo, diz este autor, implica sempre “o ato voluntário e o desejo ou a previsão do resultado, a menos que, embora previsto, tenha o agente acreditado que o resultado não se verificaria”.

CARNELUTTI pensa que a característica dolosa está na *direção* da vontade ou da, ainda, intenção. Se o agente *deseja* o resultado, tem a *intenção* do resultado, *quer* o resultado. Caracteriza-se, assim, o dolo, sempre que o resultado desejado coincide com o verificado; resultado, senão *fisicamente idêntico*, ao menos *juridicamente equivalente*. O que, para o autor, influi na caracterização do dolo, é o *desejo*, uma vez que a previsão é elemento implícito, pois se o resultado desejado coincidiu com o verificado, é claro que foi previsto.

Para OSCAR STENVENSON o que caracteriza o dolo é a vontade e a inteligência. A simples vontade do resultado caracteriza o dolo genérico; a vontade dirigida a um fim especial caracteriza o dolo específico.

* * *

No nosso direito positivo, a Consolidação conceituava o dolo com variada denominação; ora como *intenção criminosa*, ora empregando os termos *maliciosamente*, *com conhecimento de causa*, *cientemente*, *voluntariamente*, como *vontade criminosa*, etc.

O projeto Sá Pereira fazia consistir o dolo na vontade. O crime era considerado doloso quando o agente tivesse querido *produzir a lesão* ou *criar o perigo*, ou tivesse praticado o ato quando, se *devessem prevêr*, como necessárias ou prováveis, as consequências que resultariam. Com isso, como diz CARLOS XAVIER, foi criticado, pois não incluiu nessa conceituação o delito formal; *dever prevêr* não é *ter previsto*, como se exige, diz HUNGRIA. — O projeto Alcântara Machado, não concebendo crime sem dano ou lesão ou, ao menos, perigo deles, ligava a intenção ao resultado, exigindo, assim, para a configuração do dolo, a consequência querida e prevista.

O nosso Código vigente reza, no seu artigo 15, n.º I, que o crime é doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o

risco de produzi-lo". Daí pode-se depreender que o legislador aceitou a *teoria da vontade*, completada, como diz NELSON HUNGRIA, com a *teoria do consentimento*. Quando se diz "quís o resultado", há a *vontade* dirigida ao resultado (dolo direto); quando se diz "assumiu o risco de produzi-lo", trata-se dos casos de dolo eventual, isto é, quando o agente, não dirigindo a vontade diretamente ao resultado previsto como provável, *não tencionando ir tão longe*, assume, entretanto, o risco de produzir o resultado, seja êle como fôr, o que equivale a querer tal resultado. *Consente* no advento do resultado. Se o agente pode prever que o seu ato terá consequências que vão além da sua intenção, isto é, daquilo que espera produzir e, mesmo assim, assume o risco dessas consequências; se isso não constitui motivo suficiente para que desista da ação; se se sobrepõe aos acidentes do acaso e da sua própria cautela e aceita *ex-ante* tudo o que vier; se, visando um determinado fim, assume, entretanto, psicologicamente, com sotoposição da sua vontade à linha de ação no que esta excede a finalidade desejada diretamente, dá-se uma atitude dolosa eventual, equiparada, conforme o Código, à atitude dolosa direta.

Com referência aos aspectos do dolo sob o ponto de vista dos "móveis da vontade", considera PRINS o dolo ordinário, o especial, o mais especial e o refletido. Para êle, configura-se o dolo ordinário quando basta a simples intenção de praticar um crime. Assim, por exemplo, é assassinato o homicídio praticado com o fim de dar a morte. Quando há intenção *perversa*, (crime de difamação) ou fraudulenta (nos casos de roubo), dá-se o caso de dolo especial. Quando, além da intenção *fraudulenta* exige-se a "*fraude na natureza*", configura-se o dolo mais especial (crimes praticados pelos fornecedores). Finalmente, quando há premeditação, aparece o dolo refletido.

Referindo-se à "*energia da determinação*", refere-se GALDINO SIQUEIRA ao dolo refletido e irrefletido. Subdivide-se aquele em *dolo simples e premeditação*, que se caracterizam conforme o menor ou maior lapso de tempo entre a idéia e a execução do ato delituoso. O dolo irrefletido, ou de ímpeto, subdivide-se em *dolo repentino* (o agente comete a ação logo após ter sido determinado por um impulso de paixão), e *dolo afetivo* (caso em que o agente, por um ressentimento de ânimo, é determinado a uma ação que não é imediata).

Considerando-se o dolo relativamente à “*natureza do mal deliberado*”, como diz o citado GALDINO SIQUEIRA, ou, como cita PRINS, sob o “*ponto de vista das consequências da vontade*”, aparece-nos aquele como *determinado, indeterminado e eventual*.

Quando o agente quis matar e matou, quando quis roubar e roubou, dá-se o dolo determinado. Dolo indeterminado é a “*intenção genérica de fazer o mal*”, como escreveu PESSINA. O que é necessário é que haja uma relação de causalidade entre o mal produzido e a vontade do agente. Considera GALDINO SIQUEIRA, a tal respeito, que, sob o ponto de vista da lógica e da psicologia, não é possível admitir-se dolo indeterminado, pois na idéia de dolo não cabem “a indeterminação do desígnio criminoso e a ausência de clareza relativamente à direção da vontade”. Aceitando, como dissemos, a *teoria da representação*, acha que esta deve ser determinada de modo que “se distinga o desejo da esperança”; quando a representação “é mais ou menos precisa, quando não é determinada em relação a todas as particularidades, é que o dolo se diz *indeterminado* ou *geral* (LISZT). O que, para o autor caracteriza o dolo indeterminado é a previsão de um resultado produzido mais ou menos determinadamente e que se dá “*eventual ou alternativamente*”.

Já exemplificámos o dolo eventual. Dá-se o dolo *alternativo* quando o agente, entre diversos resultados possíveis, aceita, indiferentemente, qualquer deles. Exemplo: Caio, atacado por várias pessoas, atira contra todos e mata um deles.

PRINS acha que o dolo indeterminado não se confunde com o dolo eventual: no primeiro, o agente quis o resultado como certo; quis de maneira geral, mas quis. Não pretendeu matar especialmente este ou aquele; mas pretendeu matar alguém e matou. Era-lhe indiferente matar este ou aquele. Mas queria matar *alguém* e matou. Atacado por Semprônio, Tício e Mélvio, não visava qualquer deles, não tinha preferência; desejava matar alguém dentre eles, e matou a qualquer. No caso de dolo eventual “quis o resultado não como certo (que é o caso do dolo determinado ou indeterminado), mas como provável ou possível. Aceitou antecipadamente a eventualidade no caso em que ela se realizasse e, conseqüentemente, essa realização em que ele consentiu liga-se à sua vontade e é punida como voluntária”.

Quanto ao *momento da determinação* pode ainda o dolo ser considerado como precedente, concomitante e subsequente. Casos de dolo precedente aparecem quando o agente, durante o *iter criminis*, se arrepende, mas, por qualquer circunstância, não pode evitar a consumação; e no caso das *actiones libera in causa*. Dá-se o dolo subsequente no caso do agente que, exercendo uma ação honesta, aproveita o resultado da mesma para agir criminosamente. Exemplo: o cobrador de uma sociedade recebe dinheiro para entregar ao tesoureiro, e usa dêsse dinheiro como se fôsse coisa sua.

NELSON HUNGRIA faz referência, ainda, ao *dolo de dano* e ao *dolo de perigo*. E cita as definições de ROCCO: “O dolo que se encontra nos crimes de perigo se chama *dolo de perigo*. Consiste êle na vontade conciente de expor a perigo um bem ou interêsse humano. Distingue-se do dolo de dano ou de lesão, precisamente porque, nêste, o que se quís é um dano e, naquele, sómente um perigo”. E o mesmo autor acha, ainda, que é de relevância a distinção entre *dolo genérico* e *dolo específico*. E diz que “o dolo se *especifica*” sempre “que se exige, além da vontade referida ao resultado, um determinado fim do agente”. Quando a lei menciona ou pressupõe um *fim especial* e tal fim fica sendo elemento integrante do dolo, êste é específico. O dolo genérico não exige qualquer fim particular.

* * *

De tudo quanto acabámos de expôr, uma observação se nos afigura imprescindível; é que o conceito do dolo, conquanto vário em doutrina, sujeito, mesmo, a interpretações as mais controvertidas, requer, para a sua aplicação às exigências do direito positivo, uma configuração exata.

O nosso Código Penal, já o dissemos, aceita a teoria mista da vontade e do consentimento. Fazendo referência ao fato de que o “agente quís o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”, é claro que liga o dolo ao resultado. O evento identifica-se com o dano ou lesão, ou mesmo com o perigo de lesão ou de dano. “O projeto — diz o DR. FRANCISCO DE CAMPOS na Exposição de Motivos, — acolhe o conceito de que “não há crime sem resultado”. “Não existe crime sem que ocorra pelo menos um *perigo e dano*; e sendo o perigo um “trecho da realidade”

(um estado de fato que contém as condições de superveniência de um efeito lesivo), não pode deixar de ser considerado objetivamente, como *resultado*, pouco importando que, em tal caso, o resultado coincida ou se confunda, cronologicamente, com a ação ou omissão”.

O dolo direto confunde-se, no Código, com o eventual. E, com referência à injuricidade da ação, parece confirmado que “faz parte integrante do tipo penal do crime”, como diz LAERTES MUNHOZ. Também NOGUEIRA ITAGIBA acha que a consciência da ilegalidade está implícita no conteúdo do dolo. JIMENEZ de ASÚA, citado por NELSON HUNGRIA, explica que “devemos exigir como elementos intelectuais do dolo o conhecimento da natureza dos fatos e de sua significação jurídica, desta *maneira profana* e não técnica”, querendo dizer que não precisamos conhecer a lei sob o ponto de vista técnico profundo, como os juristas a conhecem, bastando a consciência da injuricidade de um ponto de vista leigo, profano. “Sem o conhecimento da significação anti-jurídica do ato, — diz PUIG PENA — o dolo não pode ser concebido”. “Basta saber o agente que viola um dever, não necessitando conhecê-lo como dever jurídico”, diz NOGUEIRA ITAGIBA, citando MAYER.

Conquanto o Código adote as teorias combinadas da *vontade* e do *consentimento*, a primeira aplicável ao dolo direto e a segunda aplicável ao dolo eventual, nem porisso devemos descreditar da *representação*. “Dolo é, ao mesmo tempo, *representação* e *vontade*”, diz NELSON HUNGRIA. “Como argumenta FLORIAN, a representação divorciada da vontade é “cosa inerte della psique”, e a vontade sem representação é, do ponto de vista da psicologia normal, uma impossibilidade. Os próprios defensores da teoria da representação (LISZT e FRANCK) reconheceram que a simples representação do resultado não configura, por si só, o dolo. É necessário, além disso, “a concomitante volição do resultado”. E o mesmo acontece com

o dolo eventual, pois, como explica VON HIPPEL, "consentir em determinadas consequências de uma ação não importa apenas representação delas, mas sua influência sôbre a conduta do agente, isto é, sôbre a vontade do evento".

Assim, perante o vigente Código Penal, só há crime se houver resultado, que pode ser apenas "um perigo de dano". O crime será doloso se o agente *quís* êsse resultado, ou *assumiu o risco de produzi-lo*, o que, segundo a Exposição de Motivos, também equivale a *querer* o resultado.