

Resenha ao livro "Dolo como compromisso cognitivo"

Rodrigo Amaral¹

Resumo: O presente trabalho tem como escopo analisar a obra “Dolo como compromisso cognitivo”, de Eduardo Viana. Primeiramente, faz-se um breve panorama sobre como a obra está estruturada. Depois, passa-se à exposição resumida dos principais pontos que o trabalho aponta contra a vontade como elemento do dolo, seguido de um também resumido panorama sobre as principais razões do autor a favor do dolo como conhecimento do perigo. Após, expõe-se os critérios fixados na obra para a identificação do dolo, com, ao fim, uma brevíssima análise da obra.

Palavras-chave: Teoria do Crime; Tipo Subjetivo; Dolo; Conhecimento; Vontade;

Abstract: The present work aims to analyze the book "Dolo como compromisso cognitivo", by Eduardo Viana. First, a brief overview of how the work is structured is made. Then, we move on to the summarized exum of the main points that the work points against the will as an element of *dolus*¹, followed by a summary overview of the author's main reasons for *dolus* as knowledge of the danger. Then, the criteria set in the work for the identification of *dolus* are exposed, with, in the end, a very brief analysis of the work.

Keywords: Crime Theory; *Mens Rea*; *Dolus*; Knowledge; Will;

1. Introdução

O tema da tipicidade subjetiva está em voga no atual debate do direito penal, e isso não é diferente no âmbito da criminalidade econômica. Os debates sobre a temática do dolo

¹ Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

¹ No direito anglo-saxão, não há uma categoria que corresponda exatamente ao dolo da tradição romano-germânica. A categorização do *Model Penal Code* em *purpose*, *knowledge*, *recklessness* e *negligence* como distintas manifestações do *mens rea* torna uma tradução do termo dolo algo complicado para a língua inglesa. Dessa forma, optei pelo termo latino que origina o nosso dolo, “*dolus*”, de forma a tentar dar precisão ao conceito.

normalmente podem ser de duas ordens: (i) sobre o conteúdo do dolo e os critérios para a sua aferição; (ii) sobre a prova do dolo no processo judicial.

A obra que será analisada pertence ao primeiro dos grupos. Trata-se da tese doutoral que o hoje professor da Universidade Federal da Bahia (UFBA) apresentou junto ao Programa de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (RJ).

A tese situa-se num contexto de recente retomada do debate doutrinário entre voluntaristas – aqueles que entendem que dolo é conhecimento e vontade – e intelectualistas – aqueles que defendem que só o conhecimento é um elemento necessário do dolo –. Se, por um lado, segundo o próprio Viana², esse debate ressurgiu com a obra *Vorsatz und Risiko* (Dolo e risco), de Wolfgang Frisch, em 1983, ele só aparece entre os brasileiros na primeira década deste século, com a tradução de uma obra de Puppe³ em 2004, bem como com os artigos *Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo*, de Humberto Souza Santos⁴, em 2008 e *Dolo sem vontade*, de Luís Greco⁵, em 2009.

Nesse contexto, o livro *Dolo como compromisso cognitivo* representa um importante marco do direito penal brasileiro sobre a controvérsia, introduzindo ao debate fundadas razões a favor de uma concepção intelectualista de dolo e propondo concretos critérios para definir a fronteira entre dolo e culpa. Como Viana faz isso é algo que será brevemente apresentado ao leitor nas linhas que seguem.

2. Estrutura da obra resenhada

Conforme exposto pelo próprio autor, o livro parte de um método “analítico-teleológico”⁶: analítico, pois o trabalho primeiramente analisa os argumentos empreendidos a favor de cada teoria do dolo; e teleológico, tendo em vista que no momento da própria formulação, elabora-se um modelo orientado à *ratio* da punição a título doloso. Dessa forma, o livro divide-se em cinco partes, além da introdução, da solução de casos e da conclusão.

Na primeira parte, é exposto um panorama sobre o desenvolvimento da categoria jurídica “dolo” no debate doutrinário, com especial foco no cenário alemão, cujos argumentos

² VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 29.

³ PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

⁴ SANTOS, Humberto Souza. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo. In: GRECO, Luís, LOBATO, Danilo (coords.) *Temas de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 263-289.

⁵ GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS, Augusto et al (orgs.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 885-903.

⁶ VIANA, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 33.

influenciaram o debate em outros locais da tradição jurídica romano-germânica. Na segunda parte, o autor expõe como tradicionalmente tem sido tratado o elemento volitivo do dolo, bem como expõe as principais teorias voluntaristas, seja pelo viés da disposição de ânimo, seja por uma normatização da vontade. Na terceira parte, analisa-se o tradicional tratamento do elemento cognitivo do dolo e o conteúdo das principais teorias voluntaristas, sejam elas na tradição das teorias da representação ou na das teorias do perigo.

Na quarta parte, o autor parte ao seu próprio posicionamento sobre o tema, tanto no que tange à *ratio* do seu posicionamento por um dolo sem vontade, quanto no estabelecimento de critérios para a identificação do dolo no caso concreto. Por fim, a quinta parte é destinada ao exame do dolo à luz da jurisprudência do BGH⁷, com um breve excursus abordando o tratamento do tema pela jurisprudência do STJ e do STF.

3. Críticas à doutrina voluntarista

Conforme dito, a segunda parte da obra é destinada ao escrutínio das teorias voluntaristas, que são majoritariamente objeto de crítica do autor. Essa crítica é realizada tanto em relação a cada teoria exposta, quanto no que tange aos pressupostos gerais da corrente voluntarista e ao próprio conceito de vontade como elemento do dolo. Por economia de espaço e para prestigiar o trabalho do autor, opto aqui por analisar exclusivamente a crítica quanto aos pressupostos gerais da corrente voluntarista e sobre a vontade como elemento do dolo, deixando em aberto a análise das teorias voluntaristas em espécie, como forma de instigar o leitor interessado a recorrer à fonte.

Viana observa que são três os argumentos centrais a favor da manutenção do elemento volitivo do dolo: (i) o comportamento derivado da vontade representa uma maior periculosidade objetiva da conduta; (ii) quem age porque quer é subjetivamente mais perigoso que quem age sem querer; (iii) a manutenção da vontade como elemento do dolo é necessária para a contenção do poder punitivo⁸. Esses argumentos não são defendidos por todos os voluntaristas, mas todo voluntarista defende ao menos um desses argumentos para fundamentar a vontade como elemento do dolo.

Quanto ao argumento da maior periculosidade objetiva do comportamento derivado da vontade, Viana articula duas réplicas: (i) há uma confusão sobre a causa determinante da

⁷ *Bundesgerichtshof*, o equivalente alemão do STJ brasileiro.

⁸ Cf. VIANA, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 149-158.

periculosidade da conduta⁹, (ii) essa fundamentação só serviria para o dolo direto de primeiro grau e não para as demais modalidades dolosas¹⁰. Desse modo, conclui o autor que não há maior periculosidade objetiva do comportamento derivado da vontade e, mesmo se houvesse, isso só fundamentaria os casos de dolo direto de 1º grau.

No que tange à fundamentação da maior periculosidade subjetiva de quem com vontade, Viana observa que dela podem decorrer três tipos de argumentos: (i) uma pena mais intensa seria um imperativo para corrigir o autor doloso; (ii) uma maior pena serviria para neutralizar a vontade do potencial infrator; (iii) a pena mais severa é útil para estabilizar o conteúdo da norma¹¹. O autor promove réplicas a todos os argumentos.

O autor apresenta, em resumo, três objeções ao primeiro argumento¹²: (i) a ideia, decorrente de uma teoria preventivo-especial da pena, não tem lugar num Estado de Direito, que não deve interferir mediante coação nas prioridades subjetivas concretas dos cidadãos; (ii) em alguns casos, a prioridade subjetiva do autor do delito pode estar de acordo com a da maioria dos cidadãos; (iii) ocasionalmente, o autor doloso pode ter um prognóstico de reinserção mais favorável que autores culposos, e nem assim o direito penal trata o primeiro de forma mais benigna.

Quanto ao segundo argumento, baseado na ideia de prevenção geral negativa, Viana sustenta que ele não se sustenta pela perspectiva psicológica. Isso porque assevera o autor que desmotivar aquele que tem um claro propósito é muito mais fácil do que em relação a quem age sem propósito nenhum¹³. Em outras palavras, exige-se um esforço muito maior para desfazer o defeito cognitivo do autor culposo do que desmotivar quem atua com vontade, de modo que o maior problema motivacional, portanto, está no aspecto cognitivo, e não volitivo. Assim, a inibição da vontade criminosa é um argumento “absolutamente ingênuo” e, portanto, não serve de fundamento para explicar a drástica diferença de pena entre os delitos doloso e culposo¹⁴.

Já o último possível argumento está fincado numa ideia de prevenção geral positiva, segundo a qual quem age com vontade, viola especialmente a vigência da norma o que, portanto, fundamentaria o maior reproche do delito doloso. Para Viana, o argumento exige uma

⁹ *Ibidem*, p. 150.

¹⁰ *Ibidem*, p. 151-152.

¹¹ *Ibidem*, p. 152.

¹² *Ibidem*, p. 153-154.

¹³ *Ibidem*, p. 154.

¹⁴ *Ibidem*, p. 154-155.

lealdade ao direito, o que não poderia se fundamentar numa diretriz de comportamento, pois seria um “fundamento moralizante” que “fere diretamente a autonomia humana”¹⁵.

Conclui o autor, dessa forma, que todos os argumentos a favor da periculosidade subjetiva possuem a mesma razão substancial, “de corte ético-sentimental”, aproximando-se “muito perigosamente” de um direito penal do autor¹⁶. Assim, por priorizarem não o que o autor fez, mas a sua atitude interna quando o fez, tais fundamentos “não se ajustam ao direito penal com vocação democrática”.

Por fim, afirma o autor que o fundamento da contenção do poder punitivo comete o erro de pressupor a ilegitimidade da pena, do que deriva o equívoco em entender como positiva toda e qualquer contenção do poder punitivo¹⁷. Para isso, o autor apresenta alguns exemplos: a ampliação do poder punitivo na época do direito penal do Império, decorrente da consideração dos escravos como sujeitos de direitos; o afastamento da tese da legítima defesa da honra como causa de irresponsabilidade penal; o afastamento da tese da impossibilidade de realização de estupro da esposa em razão da obrigação conjugal; o afastamento, em 2005, nos crimes sexuais, do casamento com a vítima como causa de extinção da punibilidade¹⁸.

Além disso, o autor apresentou um hipotético caso de uma nova lei que determinasse que indivíduos de algum grupo religioso não seriam considerados “alguém” para efeitos do artigo 121, CP. Pelo seu conteúdo discriminatório, tal contenção do poder punitivo não poderia ser considerada positiva¹⁹. Além disso, mesmo que a tese da contenção do poder punitivo fosse correta, o voluntarista ainda teria o ônus de demonstrar como uma teoria de corte cognitivo sempre ampliaria o poder punitivo, o que dificilmente ocorrerá²⁰. Dessas considerações, conclui o autor que o argumento é meramente retórico, pois nem sempre a contenção do poder punitivo pode ser considerada positiva para a manutenção de uma convivência pacífica²¹.

Quanto à crítica do elemento volitivo do dolo em si, por economia de espaço, opto por dar um panorama resumido da argumentação de Viana. O percurso escolhido visa a demonstrar que: (i) o “querer” contido no artigo 18, I, CP só pode ser interpretado em sentido atributivo-

¹⁵ *Ibidem*, p. 155.

¹⁶ *Ibidem*, p. 156.

¹⁷ *Ibidem*, p. 156.

¹⁸ *Ibidem*, p. 157-158.

¹⁹ *Ibidem*, p. 158.

²⁰ *Ibidem*, p. 158.

²¹ *Ibidem*, p. 158.

normativo²²; (ii) como fenômeno psicológico, a vontade é um elemento manipulável, haja vista que um indivíduo, quando realiza uma conduta, possui diversos sentimentos que não podem ser simplesmente resumidos pela falsa dicotomia “fez porque quis x fez sem querer”²³; (iii) o argumento que conhecimento e vontade seriam elementos psicologicamente dissociáveis é distorcido e circular e, portanto, falso²⁴; (iv) para o que interessa ao conceito de dolo, vontade é sempre o que se faz²⁵; (v) mesmo que todas as considerações acima estivessem equivocadas, ainda assim, um elemento volitivo em sentido psicológico é algo interno na mente do agente, o que, se levado a sério, conduziria à conclusão que o réu determinaria a própria imputação²⁶.

Assim, conclui o autor que o elemento volitivo não está apto a resolver o problema da distinção entre dolo e culpa, mas, pelo contrário, só torna o problema mais complicado²⁷.

4. Fundamentos do dolo como conhecimento

Viana parte da premissa que o direito penal deve orientar-se ao fim de preservação da paz e segurança sociais, na medida em que a convivência pacífica pressupõe a compatibilização entre esferas de liberdade individuais²⁸. Ademais, considera também que o direito penal, sendo o mais potente recurso estatal para o fim de manutenção da paz social, só pode ser manejado quando não for possível corrigir a perturbação social por outro meio²⁹.

Disso deriva que o direito penal trabalha como uma “moeda de duas faces”³⁰: por um lado, é instrumento de garantia das esferas de liberdade; por outro, restringe essas mesmas esferas de liberdade³¹. Assim, o emprego da força punitiva só está autorizado quando duas condições estiverem preenchidas: a perturbação da paz social e o exercício da autonomia individual³². A lógica seria que o Estado pode exigir do indivíduo, como uma contraprestação

²² *Ibidem*, p. 160-166.

²³ *Ibidem*, p. 166-169.

²⁴ *Ibidem*, p. 169.

²⁵ *Ibidem*, p. 170.

²⁶ *Ibidem*, p. 170-172.

²⁷ *Ibidem*, p. 173.

²⁸ *Ibidem*, p. 180.

²⁹ *Ibidem*, p. 180.

³⁰ *Ibidem*, p. 181.

³¹ *Ibidem*, p. 180-181.

³² *Ibidem*, p. 181.

à manutenção da paz social, que ele não aja de modo a perturbá-la e, se opta por agir perturbando-a, isso implica a assunção das consequências derivadas desse comportamento³³.

Em âmbito penal, esse comportamento perturbador da paz social pode ocorrer por duas modalidades: a dolosa, à qual o legislador atribui uma pena mais intensa, e a culposa, tratada menos severamente. Dentro desse contexto, Viana sustenta que a intensidade da pena será proporcional à intensidade em que o agente viola o dever de respeito ao comando normativo³⁴. Os crimes culposos, em linhas gerais, são um ataque mediato, na medida em que neles o agente perturba a paz social por meio da violação de um dever de cuidado³⁵. Já nos crimes dolosos, em que ocorre um ataque imediato ao bem jurídico, o autor sustenta que a intensidade maior da reprimenda está justificada quando for possível afirmar que o agente representou a periculosidade objetiva de realização do tipo que surge com a sua conduta, estando assim consciente que a sua conduta ataca o bem jurídico³⁶.

Ademais, Viana sustenta que há três outras razões a favor do dolo como representação do perigo. A primeira: quando o agente representa o perigo que decorre de sua conduta e mesmo assim age, ele viola a norma de comportamento e compromete-se com o perigo de um modo que o autor culposo não o faz³⁷. A segunda: quem age com consciência tem domínio sobre a própria conduta de uma forma que quem age inconscientemente não possui e pode, portanto, mais facilmente agir com o fim de evitar a concretização do perigo e, desse modo, age mais gravemente³⁸. Por fim, a terceira razão está baseada na ideia de prevenção geral negativa: quem atua conscientemente tem condições superiores de agir conforme a norma e evitar o perigo de realização do tipo penal e, portanto, convém que seja apenado mais intensamente³⁹. Dessa forma, sustenta Viana que “*o dolo é o compromisso cognitivo do autor com a realização do perigo representado*”⁴⁰.

³³ *Ibidem*, p. 181.

³⁴ *Ibidem*, p. 181.

³⁵ *Ibidem*, p. 182.

³⁶ *Ibidem*, p. 183-184.

³⁷ *Ibidem*, p. 184-186.

³⁸ *Ibidem*, p. 186-192.

³⁹ *Ibidem*, p. 192-194.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 194.

5. Concretização do dolo como compromisso cognitivo: Teoria inferencialista do dolo

Na análise das teorias intelectualistas do dolo – as quais, assim como as teorias voluntaristas, deixo aqui em aberto –, entende Viana que o ponto de partida adequado está na teoria do perigo doloso, de Ingeborg Puppe⁴¹. Isso porque, apesar de o autor considerar os seus pressupostos corretos, entende que a teoria carece de maior precisão quanto aos critérios de imputação⁴².

Para definir os critérios de distinção dos limites entre dolo e culpa, o autor percorre um caminho. Em primeiro lugar, assim como a teoria puppeana, afasta o uso de critérios matemáticos para aferir a probabilidade de ocorrência do resultado⁴³. Após, propõe a substituição da noção mais genérica e imprecisa de probabilidade pelo de *inferencialidade*⁴⁴.

O conceito de *inferencialidade*, aduz o autor, é o “juízo que permite seja estabelecida uma relação vinculacional entre uma conduta e um corpo de conhecimento”⁴⁵. Isso significa que sempre que houver um vínculo racionalmente fundado entre conduta perigosa e resultado e as circunstâncias que permitem esse vínculo tiverem sido devidamente conhecidas pelo autor, há uma conduta dolosa. Viana afirma que quando se entende uma justificativa como absurda, entende-se por absurda por faltar-lhe inferencialidade.

Por exemplo: se um indivíduo aponta atira à queima-roupa em direção à cabeça da vítima, que morre na hora, e justifica-se dizendo que não teve a intenção de matar, mas somente de obter a carteira da vítima, entende-se essa justificativa como absurda porque se sabe que entre a conduta de atirar em direção à cabeça de uma pessoa e o resultado morte há um vínculo relacional claro e, portanto, falta inferencialidade à justificativa do agente, visto que ele conhecia todas as circunstâncias fáticas necessárias para a inferência⁴⁶. Assim, conclui: “a determinação da atribuição do dolo não decorrerá de dado único – seja esse numérico ou não –

⁴¹ *Ibidem*, p. 246-248.

⁴² “Todavia, também aqui não há um problema de substância do critério, senão um problema de precisão. Assim, é possível concluir que, a princípio, o perigo de dolo pode ser importante aliado na determinação da dolosidade do comportamento desde que a ele sejam agregados outros critérios”. *Ibidem*, p. 246-248.

⁴³ *Ibidem*, p. 257.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 258.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 258.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 258.

senão da valoração de um complexo de dados”⁴⁷. Assim, passa-se aos critérios propostos pelo autor.

A primeira ressalva que ele faz é que a análise do dolo estará sempre limitada à valoração previamente realizada no âmbito do tipo objetivo. Se uma conduta, mesmo que intensamente perigosa, não cria um risco juridicamente desaprovado, não gera imputação nem a nível de tentativa, o que, por consequência lógica, não poderá ser considerada uma ação típica dolosa. Dessa forma, o autor entende que o primeiro indicador da qualidade do risco encontra-se na análise feita previamente no desvalor da conduta⁴⁸.

Ultrapassada essa questão, o juízo inferencial deverá considerar três perspectivas: “a que se refere ao autor (*i*); a que se refere à vítima (*ii*); a que se refere ao complexo de circunstâncias que envolvem a realização da conduta (*iii*)”⁴⁹. O primeiro dos parâmetros refere-se à periculosidade da conduta praticada pelo autor, a qual, segundo o seu critério, pode ser dividida em quatro níveis: “perigo *sui generis*, perigo de alta, média e baixa intensidade”⁵⁰. Os casos de perigo *sui generis* são aqueles que “em razão de sua extraordinária intensidade, permitem a imputação a título de dolo sem maiores considerações”. Em outras palavras, são aqueles que não necessitam de qualquer outro nível de análise para afirmar o dolo, isto é, que *per se* já são suficientes para a imputação a título de crime doloso.

Fora desses casos extraordinários de perigo *sui generis*, somente a intensidade do perigo da conduta praticada não será suficiente para afirmar a imputação, sendo necessário recorrer a dados de natureza diversa. E esses dados serão referentes à intensidade desse perigo em relação à condição de vulnerabilidade concreta da vítima, isto é, sobre a sua condição de autossalvação⁵¹. Viana propõe três níveis de vulnerabilidade da vítima (alto, médio e baixo), que deverão ser analisados, como dito, em conjunto com o nível de periculosidade da conduta.

Em resumo: se a periculosidade da conduta e a vulnerabilidade vítima forem altas, já é possível afirmar, sem outras considerações, a imputação a título de dolo⁵². Os demais casos exigirão a análise de outros critérios. Se a periculosidade da conduta for de baixa intensidade e

⁴⁷ *Ibidem*, p. 259.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 260-261.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 263-264.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 264.

⁵¹ “Dito de modo mais claro: o critério não deve ser valorado a partir da perspectiva de que a vítima tinha ou não um direito ou um dever de fazer, mas sim se ela tinha condições, ou não, de fazê-lo, isto é, de ativar algum sentido de autossalvação.”. *Ibidem*, p. 266.

⁵² *Ibidem*, p. 269.

a vulnerabilidade da vítima for média ou baixa ou se a intensidade do perigo for média e a vulnerabilidade da vítima for baixa, há somente *prima facie* uma imputação a título de culpa⁵³. Nos demais casos, há *prima facie* um delito doloso⁵⁴. Mas, repito, atenção: nas duas últimas constelações de casos, são somente análises heurísticas, não definitivas, que precisarão ser cotejadas com ulteriores critérios. Isso significa somente qual tendência a imputação terá na última fase da análise: se houver *prima facie* um delito doloso, deverá haver critérios adicionais que excluam a hipótese de dolo; se a análise for *prima facie* pelo delito culposo, o magistrado precisará afirmar quais critérios adicionais afirmam o vínculo relacional da conduta com o resultado de modo a afirmar o dolo⁵⁵. Para esse cotejo de critérios, o autor propõe a seguinte tabela⁵⁶:

	Alto nível de vulnerabilidade da vítima (5)	Baixo nível de vulnerabilidade da vítima (3)	Baixo nível de vulnerabilidade da vítima (1)
Alta intensidade da periculosidade da conduta (5)	10	8	6
Média intensidade da periculosidade da conduta (3)	8	6	4
Baixa intensidade da periculosidade da conduta (1)	6	4	2

Pela análise da tabela, a equação é simples: é somar a intensidade do perigo (1, 3 ou 5) com o nível de vulnerabilidade da vítima (1, 3 ou 5). O resultado 10 significa que há delito doloso sem ulteriores considerações. Nos demais casos há necessidade de analisar outros dados: quando for resultar em 6 ou 8, a tendência é pela imputação a título de dolo; nos casos de soma 2 ou 4, a tendência é pela imputação a título de culpa.

⁵³ *Ibidem*, p. 269.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 269.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 269.

⁵⁶ A tabela original está em *Ibidem*, p. 268.

Outro indicador, segundo o autor, será a análise da *marca dominante da conduta*, que é “aquela que *reafirma* um vínculo relacional entre a conduta e o resultado ou aquela que *rompe* com esse vínculo relacional”⁵⁷. A marca dominante da conduta será observada concretamente verificando se o agente adotou ou não meios para evitar o resultado⁵⁸. Em caso positivo, se o agente foi cuidadoso com o bem jurídico no momento da conduta, adotando medidas que visavam a reduzir riscos, a marca dominante é pela modalidade culposa; caso contrário, se o agente não tomou cuidados, não adotou meios para reduzir a periculosidade de sua conduta, ele mostra-se, no mínimo, desinteressado pelo bem jurídico, sendo a marca dominante tendente ao dolo⁵⁹.

O último conjunto de critérios será o contexto de realização da conduta. Esse contexto deverá ser analisado casuisticamente para que se possa concluir se ele potencializa ou não as chances de ocorrência do resultado. Para ficar mais claro, veja-se dois exemplos citados na obra: no primeiro caso, um indivíduo toma algumas cervejas e, de madrugada, volta para casa dirigindo seu automóvel em velocidade excessivamente acima da permitida, chocando-se com outro carro que vinha em sentido contrário; no segundo caso, um indivíduo totalmente embriagado, conduz seu veículo na hora do *rush* e em velocidade excessivamente acima da permitida, invade a contramão e colide com outro veículo. No primeiro caso, as circunstâncias militam contra o dolo, visto que a conduta foi praticada em contexto de baixíssima quantidade de veículos em pedestres nas ruas, ao contrário do segundo caso, em que o automóvel é conduzido em horário de grande movimentação de indivíduos⁶⁰.

6. Síntese reflexiva à obra resenhada

Diante do pouco espaço que disponho, farei poucas considerações, no que tange somente aos argumentos expostos na presente resenha. Em primeiro lugar, gostaria de observar os méritos da obra: trata-se do mais completo trabalho em língua portuguesa sobre o tema de que tenho notícia. A análise das principais teorias sobre o dolo é pormenorizada e considera cada aspecto das teorias e suas especificidades. Além disso, o autor preocupa-se em questionar os pressupostos gerais da teoria voluntarista, críticas essas das quais eu quase que inteiramente

⁵⁷ *Ibidem*, p. 271.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 271.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 272-274.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 275.

estou de acordo. A fundamentação para a sua tomada de posição é sólida e seus critérios parecem estar de acordo com os pressupostos do trabalho.

Dito isso, tenho algumas breves considerações. Em primeiro lugar, quando o autor questiona o conceito de vontade contido no artigo 18, I, CP, entendo que ele poderia ir além. Quanto ao que ele concretamente diz, estou de acordo, porém acho que faltou uma consideração que, sendo justo, extrapola o conceito de vontade propriamente dito: à luz do artigo 18, I, CP, a vontade propriamente dita não é um elemento necessário do tipo doloso, visto que a conjunção alternativa “ou” expressa uma ideia de alternância com a ideia de assunção do risco e, portanto, a própria redação do diploma legal admite expressamente hipóteses de dolo sem vontade no sentido psicológico⁶¹. E é justamente por isso que considero não somente haver abertura para uma leitura normatizada do conceito de vontade, mas que essa leitura é a precisamente a correta à luz do Código Penal.

De resto, tenho algumas ressalvas quanto à formulação concreta dos critérios para a distinção entre dolo e culpa. Em primeiro lugar, tenho dúvidas sobre a adoção de uma espécie de fórmula matemática para definir se há *prima facie* dolo ou culpa. Se a ideia era diminuir a possibilidade de critérios arbitrários, creio que isso não foi possível, e isso sobretudo por três razões.

Em primeiro lugar, não consigo compreender por que na presença de periculosidade da conduta elevada e vulnerabilidade da vítima elevada, há sempre conduta dolosa, sem ulteriores considerações e isso não acontece com o seu extremo inverso. Ou seja: por que, no caso de baixa periculosidade da conduta e baixa vulnerabilidade da vítima não há uma definição pelo delito culposos sem ulteriores considerações? Creio que essa questão não ficou devidamente clara.

E se se considerar que o critério da marca dominante milita a favor da dolosidade simplesmente quando o agente simplesmente não adota meios para diminuir o risco, a questão fica ainda mais delicada. Exemplo: se o contexto for neutro em relação às probabilidades de ocorrência do resultado e a marca dominante da conduta for a favor da dolosidade simplesmente porque o agente não adotou nenhuma medida para diminuir os riscos, mas a periculosidade da conduta é baixa, assim como a vulnerabilidade da vítima, ter-se-ia que afirmar o delito doloso?

⁶¹ Fiz essa consideração em AMARAL, Rodrigo. Sobre a compatibilidade de uma teoria cognitiva do dolo com o Código Penal. *JOTA*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/codigo-penal-criminal-23022021>> Acesso em: 20 ago. 2021.

E mais: se a conduta já era de baixa periculosidade e a vítima tinha baixa vulnerabilidade, havia fundadas razões para o agente ter que se preocupar em evitar o resultado de modo a afirmar-se uma conduta dolosa? Intuitivamente, creio que não, sobretudo porque o próprio autor afirma que nem todo perigo fundamenta o dolo. Todavia, parece-me que a questão não fica claramente definida na proposta do autor.

Em segundo lugar, os parâmetros para esse critério matemático também não são taxativos, isto é, não fica claro quando se pode classificar a periculosidade da conduta ou a vulnerabilidade da vítima como alta, média ou baixa. Nos casos óbvios, como são os de bebês ou pessoas vulneráveis, isso é claro; todavia, não ocorre nas demais situações.

Em terceiro lugar, a adoção dos vetores 1, 3 e 5 para representar cada nível de periculosidade da conduta e vulnerabilidade da vítima também carecem de ulteriores fundamentações. Dessa forma, não posso deixar de desconfiar que o critério acaba caindo em certo nível de arbitrariedade.

Entretanto, não acho que a resenha da obra mereça ter críticas como últimas palavras. O trabalho tem muito mais méritos que deméritos e, repito, é a mais completa obra sobre dolo em língua portuguesa de que tenho notícia. O esforço do autor para trazer mais determinação aos critérios para estabelecer a distinção entre dolo ou culpa, apesar de minhas dúvidas, inegavelmente colabora para uma posterior determinação dos critérios. Segundo vejo, basear os critérios na ideia de inferencialidade é um bom ponto de partida para definir os limites entre o dolo e a culpa.