

Rodrigo Leite Ferreira Cabral

Dolo e Linguagem

**Rumo a uma Nova Gramática do Dolo
a partir da Filosofia da Linguagem**

Prefácio: Prof. Dr. Alfonso Galán Muñoz

2ª edição
Revista e atualizada

Apresentação: Prof. Dr. Paulo César Busato

2026



EDITORA
*Jus***PODIVM**

www.editorajuspodivm.com.br



DOLO: OS FUNDAMENTOS PARA O TRATAMENTO PENAL MAIS SEVERO

O principal problema a ser enfrentado nesta parte do trabalho consiste em discutir a legitimidade da decisão político-criminal de aplicar tratamento penal mais severo aos casos dolosos em comparação aos imprudentes.

Esse tratamento diferenciado manifesta-se em várias dimensões: (i) na tipicidade, como regra, somente das condutas dolosas, punindo-se somente de modo excepcional as condutas imprudentes, quando expressamente previstas no tipo penal¹; (ii) na imposição de penas mais severas aos delitos dolosos de lesão e (iii) na criminalização da participação apenas na modalidade dolosa².

-
1. Nesse sentido, confira-se o parágrafo único, do art. 18 do Código Penal brasileiro: “Art. 18 (...) *Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.*” Já o art. 12 do Código penal espanhol consiga: “Artículo 12. *Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.*” De tal maneira, tanto o Código Penal brasileiro, quanto o espanhol, adotam um sistema de *numerus clausus*. Nesse sentido, sobre a legislação espanhola, expõem ORTS BERENGUER y GONZÁLES CUSSAC que: “*El Código Penal español de 1995 ha introducido un importante cambio en la regulación de la imprudencia, pues según dispone el art. 12 CP, sólo se castiga la modalidad imprudente cuando expresamente lo señala la Ley. De modo que, cuando una determinada conducta no contiene una previsión específica que sanciona la imprudencia, ésta queda impune (conforme al principio de intervención mínima). Esto significa que los preceptos penales en su mayoría sólo castigan la modalidad dolosa, y únicamente como excepción se castiga penalmente la imprudencia (sistema de incriminación de numerus clausus).*” ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLES CUSSAC, José L. *Compendio de Derecho Penal: parte general*. 6ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 342-343.
 2. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*. 8ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 266.

O debate é de extrema relevância, pois, para que o sistema penal mantenha coerência, é imprescindível que essa diferenciação se fundamente em boas razões. Do contrário, o tratamento desigual converter-se-á em grave fonte de injustiça.

Identificada claramente a *ratio* que justifica o tratamento mais severo, torna-se possível projetar uma arquitetura consistente para a gramática profunda do dolo³, assegurando coerência entre fundamentos político-criminais e critérios dogmáticos de imputação.

Em outras palavras, deve haver harmonia entre a *ratio* do tratamento diferenciado e os elementos que definem a adscrição de uma conduta ao grupo dos injustos dolosos⁴.

De fato, como advertiu HASSEMER, qualquer estudo sobre o dolo deve responder à pergunta: por que o nosso Direito penal pune mais gravemente a conduta dolosa do que a imprudente? Quem não pode oferecer resposta adequada “*não poderá fundamentar os limites do dolo em critérios normativos aceitáveis*”⁵.

O desafio deste capítulo, portanto, é desenvolver de forma clara uma fundamentação apta a justificar a *ratio* do tratamento penal mais severo.

1. A FUNDAMENTAÇÃO TRADICIONAL

A história do dolo revela que os estados mentais sempre tiveram um papel central na teoria do dolo.

O primeiro deles a assumir destaque foi a maldade. Na verdade, a origem e a história do dolo têm uma relação íntima com a ideia de maldade⁶.

3. Sobre a concepção wittgensteiniana de gramática profunda, VIVES ANTÓN explica que: “*Generalmente, me cuido de aclarar que se trata de la gramática ‘profunda’ o ‘filosófica’ (la que indaga las condiciones universales que rigen la producción de significados) y no a la gramática superficial —sea prescriptiva o descriptiva— que se refiere a las reglas de un lenguaje dado y determina sólo cómo hablamos nuestros lenguajes.*” VIVES ANTÓN. *FSP*, p. 47.

4. HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Bogotá: Themis, 1999, pp. 68-69.

5. *Ibid.*, pp. 68-69.

6. A ideia de má intenção (*böse Wille*), já era adotada na velha imputação moral de Aristóteles e da ética estoica, assim como no Direito religioso e no cristianismo, sendo que tal ideia já era conhecida desde o velho Testamento e inclusive no Corão. STUCKENBERG. *Vorstudien zu Vorsatz*, pp. 410-411. Sobre la imputação subjetiva em Aristóteles, Hobbes, Feuerbach, Kant e Hegel, veja-se: KÖHLER. *La imputación subjetiva*, pp. 72-76.

No Direito penal romano, a reprovação da conduta dolosa fundava-se na especial maldade do agente, expressa em sua ação intencional. Daí a designação *dolus malus*⁷.

Essa influência persistiu por séculos: punia-se mais severamente quem agia com maldade⁸, ao passo que aquele que atuava sem essa disposição interna podia ser considerado imprudente, ou até isento de castigo.

Assim, a imputação subjetiva dependia de uma avaliação simples: se o autor agiu com maldade, sua conduta era dolosa; se agiu por ignorância ou descuido, era imprudente⁹.

A maldade foi, portanto, o fundamento inicial do tratamento diferenciado, desde Roma até a consolidação do Direito penal como “ciência”.

Com o tempo, porém, as teorias do dolo deixaram de oferecer respostas homogêneas à questão da *ratio* para esse tratamento penal mais severo. Muitas sequer formularam debate explícito sobre o tema¹⁰.

Essa heterogeneidade dificulta uma análise global. Ainda assim, em esforço interpretativo, é possível extrair justificações implícitas.

Nas teorias do *dolus malus*, predominava um viés retributivista¹¹. O que aparentemente justificava o tratamento punitivo mais severo para o injusto do-

-
7. Sobre o *dolus malus* no período de Ulpiano, BARJA QUIROGA afirma: “*Todo el Título III del Libro IV de Digesto está dedicado y lleva por rúbrica del Dolus Malus. ULPIANO, acepta la definición de Labeon y por ello lo define: ‘dolum malum esse omnen calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam’.* É dizer, ‘*dolo malo es toda astucia, falacia o maquinación empleada para sorprender, engañar o defraudar a otro’.* También nos explica ULPIANO que al término dolo se le añadió el de malo, pues, también existe un dolo bueno que se utiliza para los casos de astucia o de maquinara alguna cosa contra el enemigo o el ladrón.” BARJA DE QUIROGA. *Tratado de Derecho Penal*, p. 469.
 8. MAYER, Hellmuth. *Strafrecht*, Allgemeiner Teil. Stuttgart; Köln: Kohlhammer, 1953, p. 251.
 9. Essa é a posição de STURM, citado por ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Aalen: Scientia, 1964, p. 51. Sobre o tema, veja-se também: RA-GUÉS I VALLÈS. *El dolo y su prueba*, pp. 36-38.
 10. Como uma das exceções, é possível citar: ENGISCH, Karl. *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtphilosophischen Doktrin der Gegenwart*. 2ª ed. Berlin: Gruyter, 1965, p. 60.
 11. Aparentemente ALBRECHT chega à mesma conclusão: “O Direito Penal clássico, fundado em si mesmo, não tinha ainda nenhuma necessidade de informação criminológica, porque não tinha ainda a posição de instrumento de controle social. A pena criminal visa à retribuição de um fato culpável praticado no passado. O mal da pena compensa o mal do fato, para o bem da autoridade da lei lesionada. A teoria clássica do Direito Penal é uma disciplina dogmático-normativa sem qual-

loso era a ideia de que um mal maior (dolo) deveria ser pago com outro mau, em grau de severidade proporcional (pena maior) ou, como afirmava GRÓCIO, “*poena est malum passionis, quod infligitur propter malum actionis*”¹².

Já nas teorias do *dolus naturalis* – surgidas com o finalismo e que retiraram a maldade como elemento do dolo – as justificações tornaram-se difusas. Muitas vezes, sequer se apontava um critério político-criminal claro.

Alguns autores, como RAGUÉS I VALLÈS, observaram que diferentes teorias recorreram a critérios variados, como maior ou menor maldade, egoísmo ou inevitabilidade, para justificar a pena mais grave¹³.

Não obstante, nas propostas que apresentam alguma justificação, é possível dizer que o ponto comum entre elas foi a vinculação do fundamento do tratamento penal mais severo para o dolo ao específico estado mental utilizado como critério para sua caracterização. A valoração negativa do estado mental consubstanciava a valoração negativa do dolo.

Em certos casos, a fundamentação era circular: perguntava-se por que condutas dolosas merecem punição maior e respondia-se: porque são mais graves. Como advertiu LAURENZO COPELLO, nesse raciocínio o desvalor é, ao mesmo tempo, fundamento e critério do dolo. O finalismo, por exemplo, inverteu os termos: as condutas são mais graves porque são dolosas¹⁴.

quer exigência empírica.” ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: Uma Fundamentação para o Direito Penal*. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 06. Nesse aspecto, ademais, vale recordar que as teorias retributivistas dominaram a ciência jurídico-penal alemã até meados dos anos sessenta, do século passado. Cf.: SCHÜNEMANN, Bernd. *Sobre la Crítica a la Teoría de la Prevención General Positiva*. In Silva Sánchez, Jesús María (org.): Política criminal y nuevo derecho penal. Barcelona: Bosch, 1997, p. 89. ULZURRUN LLUCH sustenta que MEZGER também adotava essa fundamentação retributivista para o dolo. Cf.: ULZURRUN LLUCH, Marina Sanz-Díez de. *Dolo e imprudencia: en el Código Penal español: análisis legal y jurisprudencial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 42-43.

12. GROCIO, Hugo. *De iure belli ac pacis*. Liber II, caput XX, *apud* JAKOBS. *DPPG*, p. 09.
13. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 165.
14. LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y conocimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 104.

Essa fragilidade decorre do fato de que apenas recentemente a *ratio* da punição mais severa para o dolo ganhou relevo nas discussões doutrinárias¹⁵.

Essa nova discussão foi promovida justamente com o objetivo de superar os problemas de uma visão puramente naturalista, seja ontológica-valorativa (*dolus malus*), seja ontológica-descritiva (*dolus naturalis*). Com esse debate pretendeu-se superar uma perspectiva que estava dissociada de qualquer critério político-criminal.

Por essa razão é que foram as propostas funcionalistas que propugnaram uma reorientação normativa na fundamentação sobre o tratamento penal mais severo para o dolo, de modo que, de acordo com ULZURRUN LLUCH, por um lado:

*“(...) a via ontológica, própria da concepção finalista, raciocina a partir da ‘natureza das coisas’, configurando o dolo como um conceito de caráter pré-jurídico, derivado da estrutura final da ação. Por outro lado, a via seguida pelas concepções que receberam a denominação comum de normativas que, a partir de diversas propostas e partindo de premissas bastante diferentes, concebem o dolo como um conceito essencialmente valorativo, que deve ser definido a partir dos princípios e fins do Direito penal.”*¹⁶

Essas posturas normativas – sobre a fundamentação para a imposição de uma pena mais severa para o dolo – podem ser basicamente divididas em duas teses, que refletem precisamente as distintas visões sistemáticas sobre a teoria do delito, propugnadas pelo funcionalismo teleológico e pelo funcionalismo sistêmico.

15. A título exemplificativo dessa ausência de uma fundamentação expressa no trato do tema do dolo, é possível indicar o Tratado de Derecho Penal de JESCHECK. Nele sustenta-se que o Direito penal deve ter uma função preventiva e de proteção aos bens jurídicos (JESCHECK. *Tratado de Derecho Penal*, pp. 04-08). Entretanto, ao tratar do tema do dolo, referido autor, sobre essa questão, simplesmente afirma que: “La regla general es que el Derecho penal exige el dolo para el tipo subjetivo mientras que el castigo de la actuación imprudente se erige en la excepción. Esto se deriva de la disposición general relativa a la redacción de los preceptos penales, según la cual, el comportamiento doloso es punible y el imprudente impune cuando este último no está conminado expresamente con una pena (§ 15).” JESCHECK. *Tratado de Derecho Penal*, p. 312.

16. ULZURRUN LLUCH. *Dolo e imprudencia*, pp. 249-250.

De um lado, as teorias que fundamentam o tratamento penal mais severo para o dolo a partir da ideia de proteção aos bens jurídicos, que são as tributárias do funcionalismo teleológico. De outro, as que justificam essa resposta penal mais intensa na necessidade da restauração da vigência da norma e são oriundas do funcionalismo sistêmico¹⁷.

Desse modo, tendo em conta que somente com as teorias normativas efetivamente surgiu uma preocupação em dar uma fundamentação mais desenvolvida, explícita e sistemática sobre a *ratio* do tratamento penal diferenciado entre dolo e imprudência, será realizado, a seguir, um exame mais detalhado sobre o estudo dos distintos fundamentos que referidas concepções vêm propondo, centrando, no entanto, a atenção somente nas propostas realizadas por ROXIN e por JAKOBS, uma vez que representam as mais reconhecidas e, de alguma forma, antagônicas contribuições sobre o tema.

1.1. A decisão pela possível lesão a bens jurídicos

Ao desenvolver a fundamentação para o distinto tratamento entre os injustos dolosos e imprudentes, ROXIN argumenta basicamente que o autor doloso é aquele que se posiciona contra o Direito. Já o autor imprudente é aquele que não tem consideração pelo Direito.

É por essa razão que, para ROXIN, existe uma distinção não somente quantitativa entre dolo eventual e imprudência consciente, mas sim, também, uma distinção qualitativa, pois, entre o ato doloso e o imprudente, existe uma distinta postura do autor perante o Direito¹⁸.

Assim, a diferença de merecimento de pena que existe entre as condutas dolosas e as imprudentes repousará justamente na distinta relação do autor com

17. SCHÜNEMANN denomina esses grupos como “*limitada objetivación posmoderna*” (o primeiro) e “*total objetivación posmoderna*” (o segundo). SCHÜNEMANN. *De un Concepto Filológico*, p. 420.

18. ROXIN. *Zur Abgrenzung*, p. 61.

o bem jurídico protegido¹⁹, cuja proteção é, ao fim e ao cabo, a função Direito penal²⁰.

ROXIN argumenta, ainda, que a distinção entre o dolo e a imprudência revela não apenas uma diferença de injusto, mas sim, também, uma diferença de culpabilidade, que é precisamente o que autoriza uma distinta imposição de carga repressiva para uma e para outra²¹. Isso porque, quem decide atuar contra o bem jurídico, ainda que apenas de modo eventual, revela uma atitude mais hostil ao Direito do que aquele que confia, ainda que de modo negligente, que o resultado não ocorrerá²².

Por essas razões é que ROXIN, desenvolvendo uma ideia inicial de ENGISCH²³, estabeleceu na existência de uma decisão a favor da possível lesão dos bens jurídicos protegidos, o fundamento principal para o reconhecimento do maior nível de culpabilidade nos crimes dolosos²⁴.

-
19. Compartilham dessa tese de ROXIN, entre outros: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal, Parte General I*. Madrid: Ed. Universitas, 1996, p. 428; PÉREZ MANZ, Mercedes. *Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo*. Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat / Carlos García Valdés... [et al.], (coordinadores) Madrid: Edisofer, 2008, p. 1457; STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: Parte General*, El hecho punible, vol. I. Madrid: Thomson-Civitas, 2005, p. 148. HASSEMER. *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 71. MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN. *DPPG*, p. 266; FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*. Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag, 1983, p. 498 e ss. PUPPE, Ingeborg. *Vorsatz und Zurechnung*. Heidelberg: Decker & Müller, 1992, pp. 39-40.
 20. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, p. 427.
 21. Veja-se que ROXIN não defende a necessidade de uma localização fixa dos elementos do delito, em cada uma de suas categorias sistematicas. Cf.: ROXIN. *DPPG*, T. I, p. 227.
 22. *Ibid.*, p. 427.
 23. Conforme HASSEMER: “*Después de que ENGISCH, ya en 1930, subrayara ‘la actitud (del agente) hacia el mundo de los bienes jurídico’ como criterio de distinto nivel de reprochabilidad de la lesión dolosa o culposa, esta idea ha sido más tarde enriquecida y perfeccionada.*” HASSEMER. *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 69. Von LISZT tinha proposta similar, no tema da vinculação ao bem jurídico, quando afirmou que: “*(...) el dolo podría y debería ser definido como la conciencia del autor de que su acto ataca, lesionando o poniendo en peligro, los intereses jurídicamente protegidos, ya sean de un individuo o ya sean de la colectividad.*” LISZT. *Tratado de Derecho Penal*, p. 414.
 24. ROXIN. *Zur Abgrenzung*, p. 59.

A respeito dessa proposta, cumpre assinalar, em primeiro lugar, que constitui inegavelmente um importante avanço em relação às teorias que não faziam nenhuma vinculação entre o fundamento do dolo e os objetivos político-criminais do Direito Penal.

De fato, é correto afirmar que o distinto tratamento penal deve estar fundado em objetivos político-criminais. Deve ter como finalidade evitar a prática de novas violações aos bens jurídicos.

Sem embargo, o modo como ROXIN propõe dar atenção à política-criminal, acrescentando aos conceitos dogmáticos elementos que buscam manifestar as finalidades do Direito penal²⁵, parece altamente problemático.

A premissa de que o Direito Penal deve ter como horizonte de prevenção a futuras violações aos bens jurídicos não leva à conclusão de que temos que impregnar as construções dogmáticas da teoria do delito com orientações político-criminais.

Esse parece ser o principal equívoco do sistema desenvolvido por ROXIN e que está entranhado em toda a sua construção da teoria do delito.

ROXIN, ao assim proceder, acaba por misturar, num mesmo plano, perspectivas vinculadas à filosofia (teoria do conhecimento) com propostas sociológicas (teoria da pena), o que acaba por acarretar concepções distorcidas. Em outras palavras, a forma como o homem conhece e se manifesta no mundo não parte dos mesmos parâmetros utilizados para desenvolver as melhores estratégias que um Estado pode utilizar, para punir de forma justa as ações delitivas cometidas por seus cidadãos.

Nesse sentido é a crítica que VIVES ANTÓN apresenta contra a concepção de tipo penal de ROXIN, cujos argumentos são perfeitamente válidos para criticar, também, a sua concepção global na teoria do delito:

*“Conhecer, valorar e motivar (que são operações diferentes) se entrelaçam no seio de uma categoria homogênea, que as mede com a mesma régua, diante do que o instrumento cognitivo do direito penal olha as ações através de uma lente embaçada. E a incongruência gramatical decorre, assim, de uma insuficiência epistemológica.”*²⁶

25. ROXIN. *DPPG*, T. I, pp. 223 e ss.

26. VIVES ANTÓN. *FSP*, p. 457.

Esse, também, é um problema central da proposta de ROXIN sobre o dolo. Referido autor pega a finalidade do Direito penal, que é a proteção a futuras violações aos bens jurídicos, mas tenta colocá-la na fundamentação para o tratamento penal mais severo para o dolo. Em poucas palavras, ROXIN utiliza um objetivo social válido, mas tenta inseri-lo como critério para a compreensão das ações humanas.

Uma coisa é o objetivo do Direito penal (prevenir futuras lesões aos bens jurídicos). Outra coisa, totalmente distinta, é a razão pela qual o injusto doloso merece um tratamento penal mais severo. E outra coisa bastante diferente das duas é como se identifica o injusto doloso.

ROXIN coloca todas essas três perspectivas distintas em uma só categoria, todas vinculadas à ideia de violação aos bens jurídicos. Parafraseando VIVES ANTÓN, olha os objetivos do Direito penal, a fundamentação do dolo e a forma de identificação do dolo através de uma mesma lente embaçada²⁷.

No entanto, os problemas da teoria de ROXIN, sobre a *ratio* do tratamento penal mais severo, não param por aqui. Existem outros dois problemas fundamentais.

O primeiro repousa na falta de clareza sobre o que efetivamente é essa tal decisão contra o bem jurídico, uma vez que ROXIN deixa de estabelecer critérios sólidos que permitam diferenciar quando se está ou não diante de uma ação que expressa uma decisão contra o bem jurídico²⁸.

27. *Ibid.*, p. 457.

28. Vale a pena citar um exemplo exposto por ROXIN e sua fundamentação para constatar que ele apresenta uma explicação *ad hoc* e não generalizável para justificar a existência de uma decisão dolosa: “*Cuando p. ej. alguien, a pesar de la advertencia de su acompañante, adelanta de manera arriesgada y provoca así un accidente, este accidente no estará causado por regla absolutamente general dolosamente, sino sólo por imprudencia consciente, aunque el sujeto —hasta aquí como es el caso de la correa de cuero— conocía las posibles consecuencias e incluso se le había advertido de ellas. La diferencia radica sin embargo en que el conductor, en tal situación y pese a su conciencia del riesgo, confía en poder evitar el resultado mediante su habilidad al volante, pues de lo contrario desistiría de su actuación, porque él mismo sería la primera víctima de su conducta. Esta confianza en un desenlace airoso, que es más que una débil esperanza, no permite llegar a una decisión en contra del bien jurídico protegido. Sin duda se le puede reprochar al sujeto su descuidada negligencia o ligereza y castigarle por ello, pero como no ha tomado decisión alguna en contra de los valores jurídicos típicamente protegidos (como aquí la vida, la integridad corporal, la propiedad ajena), aquel reproche es más atenuado y merece sólo la pena de la imprudencia.*” ROXIN. *DPPG*, T. I, pp. 425-426. Como ROXIN sabe se o autor confia em que tudo sairá bem? Quais critérios utilizou para chegar à essa conclusão? Será que o simples fato de que o

Como bem adverte SCHÜNEMANN, o critério utilizado por ROXIN acaba sendo “*algo vazio de conteúdo, já que o conceito de ‘decidir-se’, em si mesmo, gera mais dúvidas do que respostas*”²⁹.

Ao utilizar-se de um conceito vacilante, potencializa-se a possibilidade da utilização de critérios *ad hoc* para a identificação do dolo. Consequentemente, a ideia de estabelecer uma distinção entre condutas dolosas e não dolosas perde bastante a força, especialmente nos casos difíceis, uma vez que referida distinção acaba não ajudando muito na prática.

Outra dificuldade consiste no fato de que ROXIN não demonstra, de forma convincente, que a utilização, como fundamento do dolo, da decisão pela possível lesão ao bem jurídico, proporciona efetivamente melhores resultados preventivos ao Direito Penal.

A operação lógica que ROXIN realiza é a seguinte: o dolo é consubstanciado por uma decisão pela possível lesão ao bem jurídico, que “*denota uma atitude mais hostil ao Direito*”³⁰. Como consequência, para realizar seus objetivos preventivos, o Direito penal deve tratar de modo mais severo essa atitude mais hostil.

Entretanto, a premissa apresentada por ROXIN não parece levar necessariamente à conclusão a que chega. É altamente questionável que a repressão de uma conduta que denota uma atitude mais hostil ao Direito represente necessariamente uma forma mais adequada de prevenir novos delitos.

Para realizar essa crítica, é imprescindível, inicialmente, saber o que ROXIN quer dizer com uma “*atitude mais hostil ao Direito*”.

Parece que, com isso, pretende dotar o dolo de um conteúdo normativo, quer afirmar que: “*(...) o conteúdo da decisão, como todos os conceitos jurídicos,*

autor pudesse ser também vítima do desenlace lesivo autoriza a conclusão de que confiava que nada ocorreria? Em um momento posterior, ROXIN utiliza como critérios para identificação da decisão pela possível lesão ao bem jurídico justificativas como: “*(...) se puede decir que hay que afirmar el dolo eventual cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna así —sea de buena o de mala gana— a la eventual realización de un delito, se conforma con ella.*” (p. 427). Utiliza, também, expressões como “*tomar en serio el riesgo*” (p. 429). Assim, é possível constatar que os critérios apresentados não são claros ou são, para dizer o mínimo, vacilantes.

29. SCHÜNEMANN. *De un Concepto Filológico*, p. 428.

30. ROXIN. *DPPG*, T. I, p. 427.

*não deve ser examinado como puro fenômeno psicológico, mas sim de acordo com parâmetros normativos*³¹.

Esse critério normativo é expressado por meio da busca do dolo em algo objetivo, especialmente identificado pela ideia de perigo.

Isso é reconhecido pelo próprio ROXIN, ao sustentar que:

*“O tamanho do perigo conhecido e a circunstância se o sujeito tinha, a partir de sua posição, algum motivo para conforma-se com o resultado, desempenham o papel mais importante a esse respeito; outros critérios, como a habitação ao risco, os esforços de evitação e a cobertura ou garantia possuem uma transcendência mais indiciária para a valoração do perigo.”*³²

No entanto, com a adoção de um objetivismo para a identificação do dolo, na verdade, não se promove efetivamente uma maior proteção aos bens jurídicos.

Muito pelo contrário. Existem boas razões, conforme será tratado no momento oportuno deste trabalho³³, para concluir que, fundar o dolo em dados puramente objetivos, em vez de ajudar a prevenir futuras lesões a bens jurídicos, aparentemente fragiliza essa função do Sistema Penal, uma vez que o Direito deixa de ter como foco central de sua intervenção a ação humana e passa avaliar algo externo à ação: o perigo.

É possível afirmar, pois, que essa é uma proposta que pode gerar injustiças e, por conseguinte, erosionar a função preventiva do Direito Penal.

Desse modo, essa relação proposta por ROXIN entre decisão-*contra-o-bem* jurídico e prevenção jurídico-penal é pouco convincente³⁴.

31. *Ibid.*, p. 429.

32. *Ibid.*, p. 447.

33. A esse respeito, confira-se: Capítulo IV, 2.1.

34. Sobre as teses como a de ROXIN, veja-se a opinião de JAKOBS: *“Las explicaciones usuales psicologistas (evitabilidad más fácil en el dolo) o eticistas (decisión de lesionar el bien en el dolo), les falta una relación suficientemente estrecha con la función del Derecho Penal. La afirmación próxima, que afirma la mayor peligrosidad del autor doloso, no convence: También el autor imprudente condiciona suficientemente la lesión de un bien, es decir, que no se puede graduar entre una y otra modalidad.”* JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*, p. 312. Com o mesmo ponto de vista, RAGUÉS I VALLÈS sustenta que: *“Cuando mayoritariamente se entiende que la imposición de la sanción penal no es justificable a través de la mera retribución, sino sólo a partir de la producción de determinados efectos beneficiosos para la sociedad o el individuo a través de la ame-*

Em suma, as incongruências lógicas do sistema de ROXIN, a falta de clareza no próprio conceito de decisão e a pouco convincente eficácia político-criminal de sua proposta, retiram a força argumentativa de sua teoria.

De tal modo, a proposta de ROXIN deixa lacunas e dúvidas, o que acaba por prejudicar a sua adoção, por falta de plausibilidade.

1.2. A restauração da vigência da norma

JAKOBS apresenta uma proposta de fundamentação normativa para o tratamento penal diferenciado e mais severo para as condutas dolosas, fundada em uma teoria da pena muito particular³⁵.

De acordo com a sua mais recente concepção, o Direito somente está em vigor enquanto tenha capacidade de orientar comunicativamente a conduta dos cidadãos, seja em direção à prevenção do delito, seja para reação contra o cometimento de um crime. Ou seja: *“o Direito está em vigor enquanto e na medida em que constitua o esquema de orientação dominante, para a concreta prevenção do injusto ou, por outro lado, para reagir frente ao injusto”*³⁶.

O delinquente, quando comete um delito, *“aciona o relógio de xadrez e passa a vez para o Estado jogar, cria uma tendência lesiva e, nessa medida, é possível falar-se em um ataque à vigência da norma”*³⁷.

naza de un mal o de la efectiva aplicación de éste, la afirmación de que, desde un prisma social, el hecho intencionado pertenece más a su autor que el realizado por descuido no basta todavía para explicar por qué el primero debe ser más gravemente castigado que el segundo. Es necesario, por tanto, aportar una fundamentación preventiva de la diferencia de pena entre delito doloso e imprudente.” RAGUÉS I VALLÈS. *El dolo y su prueba*, pp. 35-36.

35. Durante os anos JAKOBS vem mudando suas propostas e é possível identificar três fases de seu pensamento, no que se refere à teoria da pena. Uma primeira fase, em que adota uma visão psicologista de pena. Uma segunda, em que propõe um conceito funcional de retribuição. Por fim, a terceira e atual, em que sustenta uma recongnitivização da teoria da pena. Sobre essa evolução, confira-se: CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Introducción. In JAKOBS, Günther. *La pena estatal*. Madrid: Thomson Civitas, 2006, pp. 27-53. Sobre essa sua última posição, veja-se também: JAKOBS, Günther. *System der strafrechtlichen Zurechnung*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2012, pp. 13 e ss.

36. JAKOBS. *La pena estatal*, p. 138.

37. *Ibid.*, p. 138.