

**ENTRE A DOGMÁTICA PENAL E A FORMAÇÃO DE POLÍTICAS CRIMINAIS NA  
CONTEMPORANEIDADE: UMA REVISÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO  
OBJETIVA À LUZ DE ROXIN E JAKOBS**

**BETWEEN CRIMINAL DOGMATICS AND THE FORMATION OF CRIMINAL  
POLICIES IN CONTEMPORANEITY: A REVIEW OF THE THEORY OF  
OBJECTIVE IMPUTATION IN THE LIGHT OF ROXIN AND JAKOBS**

Martin Ramalho de Freitas Leão Rego<sup>1</sup>

**RESUMO:** Desenvolve-se aqui uma revisão doutrinária sobre a teoria da imputação objetiva, avaliando seus desdobramentos quanto à formação de políticas criminais. Utiliza-se como referência as perspectivas de Claus Roxin e Günter Jakobs. A partir de uma revisão doutrinária, confrontam-se as perspectivas dos referidos juristas em racionalizar a teoria jurídica do crime. Conclui-se, em adesão à perspectiva de Roxin, que a teoria poderia ser utilizada para a contenção de excessos da justiça criminal. Enseja-se, assim, a imposição de um crivo racional ao direito penal no sentido de proporcionar maior proteção ao jurisdicionado contra abusos e equívocos do poder público.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dogmática Penal. Política criminal. Imputação objetiva. Contenção do Direito Penal.

**ABSTRACT:** A doctrinal review on the theory of objective imputation is developed here, assessing its developments regarding the formation of criminal policies. The views of Claus Roxin and Günter Jakobs are used as a reference. From a doctrinal review, the perspectives of these jurists are confronted in rationalizing the legal theory of crime. It is concluded, in adherence to Roxin's perspective, that the theory could be used to contain excesses of criminal justice. This calls for the imposition of a rational sieve on criminal law in order to provide greater protection to the jurisdiction against abuses and misunderstandings by the public authorities.

**KEYWORDS:** Criminal Dogmatics. Criminal policy. Objective imputation. Containment of Criminal Law.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito (Universidade Federal de Alagoas – UFAL E-mail: martinramalho1@gmail.com)

## INTRODUÇÃO

A compreensão jurídica do nexos causal estabelecido entre a ação e o resultado concretizado ou potencialmente concretizável, em âmbito criminal, mostrou-se razão constante de celeuma na história do direito penal. À vista disso, como base indispensável para qualquer discussão sobre a persecução de indivíduos pelo cometimento de injustos penais, discorre-se brevemente sobre os estudos doutrinários acerca da teoria da imputação objetiva, como forma de construir subsídios teóricos sobre a disciplina dogmática da atuação do sistema de justiça criminal.

Assim, o presente estudo perpassa, inicialmente, por breves discussões entre algumas das principais vertentes teóricas explicativas da conduta humana penalmente imputável, tais como a teoria naturalista ou causal, a teoria finalística e o funcionalismo. Sequentemente, explora-se a perspectiva teórica de Claus Roxin sobre direito penal, enfatizando-se a imputação objetiva e a proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Para além disso, empreende-se também, de modo sucinto, uma contextualização com o cenário nacional a que se refere a atualidade dessas discussões na contemporaneidade.

Desse modo, busca-se debruçar sobre as principais problemáticas conceituais na relação entre política criminal e direito penal no Brasil, sobretudo no que se refere a um incremento contínuo da punitividade estatal, manifestando-se, na realidade social, pelo aumento vertiginoso do encarceramento de indivíduos, o qual vem desacompanhado de uma proporcional redução nas taxas de criminalidade. Neste fenômeno, observa-se inclusive que o modo de aplicação das normas penais tem feito as vezes de política criminal preventiva. Tal perspectiva político-criminal é problematizada pelas teses de Günter Jakobs, no que se refere à exaltação do sistema normativo penal.

Dado o exposto, o objeto e problemática do presente trabalho são bem expostos pelo que ressalta Alamiro Salvador Netto<sup>2</sup>, ao destacar que, no contexto de uma atual expansão do direito penal, por representar um uso excessivo e irracional da pena, que seria incompatível com liberdades individuais mínimas, impõe-se aos juristas a busca de mecanismos dogmáticos destinados ao regramento da dimensão político-legislativa. Assim sendo, importante ferramental nessa tarefa seria uma melhor definição do conceito material de delito, integrado com finalidades da pena e com o conjunto de pressupostos jurídicos de imposição da sanção penal.

---

<sup>2</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 270.

Em face do exposto, nota-se que teoria da imputação objetiva surge como um norte doutrinário que, de início, passou a ser criticada, em âmbito dogmático, pela pouca inovação para compreensão e sistematização do direito penal. Contudo, no que diz respeito à aplicação prática do direito penal pelas autoridades públicas, no contexto da segurança e controle social cotidiano, percebe-se que o legado dos pensadores dessa corrente transcende o deslocamento de eixo da culpabilidade ou tipo subjetivo para o tipo objetivo no contexto da teoria jurídica do crime. Estaria além disso, uma vez que se abre caminhos para se repensar a prática penal a partir de novas visões teóricas, ainda que fundadas em antigas teses, fornecendo novas diretrizes conceituais para a (re)construção de políticas criminais na contemporaneidade.

## **1 DISCUSSÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE A IMPUTABILIDADE PENAL: A CONSTRUÇÃO DA OBJETIVIDADE À LUZ DE CLAUS ROXIN**

Em diversos Estados ocidentais, a constatação de um cenário de concentração de poder, com constantes episódios de arbitrariedades pelos aplicadores práticos das normas penais, provocou-se uma reação da comunidade jurídica no sentido de se buscar uma solução, ainda que heurística, para o problema da insegurança normativa. É nesse contexto que surge a “teoria naturalista ou causal”, através da qual se estabelece padrões objetivos rígidos, sem qualquer margem para discussão, mediante regras inflexíveis: “as quais deveriam ser cumpridas sem maiores indagações metafísicas”<sup>3</sup>. Segundo o mesmo autor, nesse paradigma, reinava o “Estado Formal de Direito”, no qual se buscava igualdade estrita através de normas formalmente iguais para todos.

A busca por essa igualdade normativa levava a se objetivar o direito penal pela repressão de uma lesão, ou risco de lesão, de um bem jurídico provocada por uma conduta<sup>4</sup>. Surgia, assim, a primeira corrente voltada ao estudo do crime sob um prisma analítico. Num sistema jurídico eminentemente positivista, o crime é uma criação do legislador – não algo reconhecido ou declarado por ele –, algo que se dava à luz do utilitarismo enquanto critério de justiça. Nesse contexto, dolo e culpa não teriam relevância no enquadramento típico da conduta: bastaria então “saber se o resultado fora produzido pela vontade do agente ou se decorria de sua atuação culposa, interessando apenas indagar de seu causador material. O único nexo que

---

<sup>3</sup> CAPEZ, Fernando. **Consentimento do ofendido e violência desportiva**: reflexos à luz da teoria da imputação objetiva. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 29

<sup>4</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teoria da imputação objetiva do resultado**: uma aproximação crítica a seus fundamentos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 49.

importava estabelecer era o natural (causa e efeito)”<sup>5</sup>. Assim, tinha-se como referência a fórmula da *conditio sine qua non*, própria da “teoria da equivalência dos antecedentes”, na qual se verifica uma relação de causalidade concreta cuja “ação seria já típica e antijurídica (se não concorresse nenhuma causa de justificação). Só com posterior investigação da culpabilidade seria possível estabelecer limites à responsabilidade”<sup>6</sup>. Conforme os mesmos autores, tendo esta como ponto de partida, ficaria a cargo de outras teorias, as chamadas “teorias individualizadoras” a incumbência de afastar as inadmissíveis consequências do contínuo resgate regressivo das causas de uma ação.

Por outro lado, Hans Welzel (1951) critica tal perspectiva expondo extremos aos quais se podem chegar com tal ótica, relacionando-a a Estados totalitários, o que se exemplifica pelo ocorrido na Alemanha no ano de 1943 em que o ministro da justiça do Reich foi autorizado a não criminalizar o aborto cometido pelas pessoas não pertencentes ao povo alemão, deixando-os livres de pena. Tal medida é fruto de uma escolha ideológica desse regime que não tinha interesse no aumento populacional dos estrangeiros tidos como “indesejados” no país. Assim, verificam-se os riscos do pensamento estritamente utilitário pautado na mera análise de resultados, conforme conclui o penalista, “A missão principal do direito penal não é, como acreditou a teoria anterior, de índole preventiva, mas sim ético-social”<sup>7</sup>. Pauta-se assim, as bases da “teoria da ação finalista”, recaindo sob o tipo subjetivo o encargo de conter a extensão da causalidade a partir do direcionamento da conduta pela vontade humana, numa visão teleológica, no sentido de se alcançar um fim antes vislumbrado pelo autor da ação ou omissão.

Dado o contexto supramencionado, a teoria da imputação objetiva surge como “verdadeira alternativa à causalidade”<sup>8</sup>, com a pretensão de substituir o dogma causal material por uma relação normativa entre a conduta e o resultado. Para isso, Claus Roxin<sup>9</sup> define que, mesmo com a evolução doutrinária advinda de teses como a teoria finalista da ação, o tipo objetivo ainda se atém à mera relação de causalidade, no sentido da teoria da equivalência, o que o torna demasiado extenso, cujo necessário cerceamento se dará mediante três linhas mestras:

Um resultado causado pelo agente só pode ser imputado como sua obra se preenche o

<sup>5</sup> CAPEZ, Fernando. **Consentimento do ofendido e violência desportiva**: reflexos à luz da teoria da imputação objetiva. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 30-31.

<sup>6</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teoria da imputação objetiva do resultado**: uma aproximação crítica a seus fundamentos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 50.

<sup>7</sup> WELZEL, Hans. **La teoría de la acción finalista**. Tradução de Eduardo Friker. Buenos Aires: Depalma, 1951, p. 12. (tradução nossa)

<sup>8</sup> JESUS, Damásio E. de. **Imputação objetiva**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 23.

<sup>9</sup> ROXIN, Claus. Teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 9, n. 38, p. 11-31, abr./jun. 2002.

tipo objetivo unicamente quando:

- a) primeiramente, a conduta do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação, ou seja, em conformidade com o escopo de proteção do bem jurídico pela norma penal;
- b) em sequência, quando o risco se realiza no resultado concreto, ou seja, transcendendo o mero potencial de dano ao bem jurídico protegido;
- c) por fim, deve ainda este resultado se encontrar dentro do alcance do tipo penal, de modo a não se desenvolver uma interpretação extensiva da norma criminalizadora.

As três etapas hermenêuticas são consecutivas, dependentes da anterior necessitam ser cumpridas para que se permita imputar objetivamente o sujeito autor da ação ou omissão causadora de um resultado criminoso.

Sobre isso, ressalta-se que a recepção de certos riscos pelo direito é uma necessidade da sociedade, uma vez que essa não pode funcionar sem bens que possam eventualmente vir a ser utilizados para fins ilícitos, se assim não fosse, além de armas de fogo, “não poderiam ser vendidos ou emprestados materiais inflamáveis, fósforos, machados, enxadas. Por exemplo, é possível partir o crânio de alguém com um caneco da Baviera”<sup>10</sup>. Os riscos dessa natureza, portanto, são necessariamente assumidos pelo Estado, vigorando o “princípio da confiança”: “pode-se confiar que se comportarão conforme o direito enquanto não existirem pontos de apoio concretos em sentido contrário, os quais não seriam de afirmar-se diante de uma aparência suspeita”<sup>11</sup>. O autor ainda adverte para que se atente ao fato de esses pontos concretos em sentido contrário ao princípio da confiança constituírem um critério vago, passível de interpretações aleatórias, o que só deveria se dá mediante uma reconhecível inclinação para a ocorrência do fato ilícito. Comprovada a previsibilidade do fato por tal inclinação, é partir daí que se pode falar de imputação do agente, ainda que não ocorra como se ele fosse quem levasse a cabo a execução do ilícito.

A partir desses pressupostos, tece-se uma crítica à intermediação subjetiva da causalidade. Assim, Roxin destaca as controvérsias de se pensar a causalidade pelo intermédio de considerações e constatações de disciplinas não jurídicas, como a filosofia, a ciência, a psicologia e as ciências naturais; restando o questionamento se ela deve ser determinada a partir de parâmetros jurídicos. Indo além, o penalista ressalta que ao se optar por uma das duas possibilidades, surge outro problema: “se – com base no parâmetro escolhido – uma causalidade intermediada psicologicamente sequer existe e, em caso afirmativo, no que ela consiste e como ela

---

<sup>10</sup> ROXIN, Claus. Teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 9, n. 38, p. 11-31, abr./jun. 2002, p. 13

<sup>11</sup> *Idem.*

é aferível”<sup>12</sup>.

Diante do exposto, a teoria da imputação objetiva surge como um norte doutrinário que, contudo, torna-se alvo de críticas no âmbito da dogmática penal pela pouca inovação em suas contribuições, como faz Cláudio Brandão<sup>13</sup> ao definir que a teoria “não influencia no resultado final do juízo de tipicidade, pois apenas desloca seu eixo para que o que estava regulado no âmbito do tipo subjetivo passe a sê-lo no âmbito do tipo objetivo. Por isso, não vemos utilidade substancial nela”. Como dito, não se questiona, com contundência, o que defendera Brandão no contexto dogmático. Já no que diz respeito à aplicação prática do direito penal pelas autoridades públicas, no contexto da segurança da sociedade – no nosso caso, a brasileira – percebe-se que o legado dos pensadores dessa corrente transcende o deslocamento de eixo da culpabilidade ou tipo subjetivo para o tipo objetivo no contexto da teoria jurídica do crime. Ao contrário, contribui-se para a contenção do direito penal, a redução de sua aplicação num cenário de expansão da pós- modernidade.

À vista disso, pode-se depreender que, à luz dessa vertente teórica, o indivíduo só poderia ser penalmente responsável pelas consequências do seu comportamento que, como cidadão fiel ao Direito, poderia e deveria haver evitado<sup>14</sup>. Nesse sentido, não se transborda o âmbito das possibilidades plausíveis ao autor da conduta ao qual se pretende imputar o resultado antijurídico.

Tais dizeres refletem a questão central suscitada por Roxin<sup>15</sup>, sobre a qualidade que deve ter um comportamento para que seja objeto de punição estatal, algo que, independentemente dos avanços da ciência do direito, será sempre um problema central não só para o legislador como também para o próprio direito penal. Essa colocação basilar implica considerar que a penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador penal.

Nesse bojo, destaca Alamiro Salvador Netto<sup>16</sup> que, na medida em que o conceito de bem jurídico se propõe a evitar a banalização da normatividade penal, a pena, como consequência delitiva, assume preponderantemente o cunho delitivo. Seria, então, por meio da

---

<sup>12</sup> ROXIN, Claus. Problemas da causalidade intermediada psicicamente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 21, n. 100, p. 253-285, jan./fev. 2013, p. 256.

<sup>13</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 48.

<sup>14</sup> KINDHÄUSER, Urs. Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 21, n. 100, p. 155-173, jan./fev. 2013, p. 156.

<sup>15</sup> ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 11.

<sup>16</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 270.

sanção criminal que os delitos deveriam ser evitados, por meio da pretensão preventiva tanto geral quanto especial. Logo, para o cumprimento desta tarefa, as finalidades da pena transformam-se em constituintes do conceito de crime, aperfeiçoando sob as balizas de questionamentos político-criminais.

Nesse sentido, ganha nitidez a perspectiva político-criminal de imposição de limites racionais ao direito penal. Conforme explica Roxin<sup>17</sup>, a autodefesa e proteção da ordem jurídica encontram a sua limitação conjunta somente no princípio da proporcionalidade, a qual seria um crivo de contenção da responsabilização penal dos indivíduos pelo poder público, que, atravessando a ordem jurídica como um todo, faz com que se negue a legítima defesa quando houver total desproporção entre os bens jurídicos em conflito. Tal princípio se reflete na tese de que “a necessidade de pena somente se faz presente por meio de um juízo político-criminal de consequência”<sup>18</sup>, o que, conforme o autor, implica considerar que as ocorrências de violação da norma e de lesividade ao bem jurídico somente poderiam acionar a imposição concreta de pena se existisse um prognóstico a respeito da viabilidade do cumprimento efetivo de suas finalidades.

Esses aspectos teóricos ressaltam o fundamento e finalidade do direito penal para Claus Roxin que seria, nos dizeres de Marcelo Ismael, que “o direito penal deve ser utilizado como forma de proteção dos bens jurídicos essenciais ao pleno desenvolvimento e existência de um Estado”<sup>19</sup>. Nota-se, assim, uma menor juridicização penal. Sobre isso, explana Wilson Antônio Marchionatti<sup>20</sup> que, como o tipo da teoria da imputação objetiva possui mais requisitos, isto é, possui mais elementos, terá sempre como elemento normativo o juízo da imputação objetiva, exercendo uma função normativo-axiológica, permitindo-se, assim, a análise do papel socialmente esperado do agente. Com efeito, isso tudo dificulta a juridicização penal das condutas ocorridas no mundo dos fatos concretos. Ou seja, no plano da tipicidade, a teoria da imputação objetiva analisa a própria imputação objetiva como elemento normativo do tipo, ocasião em que é possível verificar o papel social esperado do agente. Logo, conclui o autor que, de modo lacônico, é possível afirmar que a juridicização penal dos fatos da vida é menor à luz da teoria da imputação objetiva.

---

<sup>17</sup> ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 54.

<sup>18</sup> SALVADOR NETTO, *Op. Cit.* p. 272.

<sup>19</sup> ISMAEL, Marcelo Castelo Branco. **Por uma racionalização das políticas legislativas criminais: o dilema entre a expansão do direito penal e a necessidade de proteção dos novos bens jurídicos**. Dissertação (Mestrado em direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014, p. 7.

<sup>20</sup> MARCHIONATTI, Wilson Antônio Cini. **A teoria da imputação objetiva na construção de um direito penal democrático e garantidor**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 63.

Sobre estruturação do direito penal para aplicação pelo poder público, Édson Luís Baldan<sup>21</sup> destaca, em sua tese de doutorado, que a regular edição do tipo legal não torna certa a punição em face do Estado, uma vez que o tipo penal não esgota o injusto. Explica-se, o tipo legal cria, antes e sobretudo, uma expectativa de não-punição em favor do cidadão, pois inexistente a possibilidade de sanção sem anterior previsão legal. Nesse sentido, como decorrência da doutrina de Claus Roxin, conclui-se que os elementos categoriais do delito assentam-se sobre o substrato político-criminal formado por “i) princípio da legalidade (tipicidade); ii) regulação social mediante ponderação de interesses em situação de conflito (antijuridicidade) e iii) exigências das teorias dos fins das penas (culpabilidade)”<sup>22</sup>.

Assim sendo, a imputação objetiva, acaba se caracterizando por uma perspectiva teórica *pro libertatis*, em que “independentemente de se perscrutar acerca do dolo ou da culpa do agente, deve-se analisar se o agente deu causa, objetivamente, ao resultado. Se não o tiver causado, torna-se irrelevante indagar se atuou com dolo ou culpa”<sup>23</sup>. O que resulta, como visto, numa contenção, em âmbito de política criminal, do alcance do direito penal.

## 2 A DOGMÁTICA PENAL E A FORMAÇÃO DE POLÍTICAS CRIMINAIS: BREVES APONTAMENTOS E PROBLEMATIZAÇÕES A PARTIR DA DOCTRINA DE GÜNTER JAKOBS

Conforme definido por Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes, a política criminal formaria, ao lado da criminologia e do o direito penal, um pilar do sistema de justiça criminal. Entre tais formas de saber, a Política Criminal “deve se incumbir de transformar a experiência criminológica em opções e estratégias concretas assumíveis pelo legislador e pelos poderes públicos”<sup>24</sup>. Isso implica dizer, de acordo com Fernando de Oliveira<sup>25</sup>, que a política criminal tem por escopo a transformação em diretrizes legislativas os pensamentos políticos para o controle da criminalidade, consubstanciando-se, mormente, no Direito Penal e, contemporaneamente, em alguns outros direitos correlatos, à exemplo do Direito Penitenciário. Entretanto, identificam-se falhas na associação de tais saberes, de modo

<sup>21</sup> BALDAN, Edson Luís. **Intertipicidade penal**. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 315-316.

<sup>22</sup> *Idem*.

<sup>23</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 185.

<sup>24</sup> MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 126.

<sup>25</sup> OLIVEIRA, Fernando Antônio Sodré. Breves apontamentos sobre as políticas criminais e sua influência nos mecanismos de controle social formal. **Revista Direito em Debate**, a. 17, n. 31, p. 81-104, jan./jun, 2009, p. 83.



que as ações das forças estatais estariam contrariando fins pacificadores teoricamente estabelecidos para a justiça criminal.

Ainda de acordo com Fernando Oliveira<sup>26</sup>, percebe-se que a Política Criminal teria influenciado muito mais do que as simples elaborações legais para controle da criminalidade. Além de inúmeras estratégias de enfrentamento e controle da criminalidade, a Política Criminal também tem sido utilizada pelo Estado como política de seleção e estigmatização social, indo muito além do que poderia ter imaginado penólogos como Von List. Ressalta-se isto, pois muitas destas estratégias constituem em instrumentos reacionários e excludentes, que são aplicados pelos mais diversos órgãos de controle social de forma indiscriminada, arbitrária, inobservando os princípios previstos na Magna Carta.

Nesse sentido, assevera-se que no Brasil também ocorreria o referido fenômeno de expansão do direito penal observado nos diversos países do Globo, que, nas palavras de Marcelo Ismael<sup>27</sup>, é levada a cabo pela atuação da política criminal, formalizada pelo direito penal, passando a ser eivada de dispositivos simbólicos, como se a criminalização fosse suficiente para fazer cessar as condutas contrárias aos interesses sociais, algo que se compreende nos comportamentos que sejam capazes ou potencialmente capazes de atentar contra o senso comum de vitimização. Assim, o autor ressalta que a legislação expansiva busca suplantar essa crise social, mas gerando efeitos puramente simbólicos. Por essa perspectiva, as leis penais seriam álibis direcionados a gestores reféns de uma sociedade que elege aqueles que melhor apregoam o combate ao medo, que, por sua vez, seria o fruto da criminalidade historicamente presente no país.

Transcendendo o legalismo estrito, no qual seriam restritos de sua liberdade apenas aqueles que infringem leis, o encarceramento massivo mostra-se consonante com uma orientação filosófico-jurídica: uma ideologia vigente relacionada com a forma de Estado adotada na organização social<sup>28</sup>. Trata-se, portanto, de um reflexo do momento histórico no direito penal que, nos tempos atuais, vai de encontro à humanização da reprimenda caracterizada pela inovação de medidas alternativas à prisão, tendendo a um rigor penal que se combina com a dramatização da atuação delituosa pela propagação midiática sensacionalista<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> OLIVEIRA, Fernando Antônio Sodré. Breves apontamentos sobre as políticas criminais e sua influência nos mecanismos de controle social formal. **Revista Direito em Debate**, a. 17, n. 31, p. 81-104, jan./jun, 2009, p. 83.

<sup>27</sup> ISMAEL, Marcelo Castelo Branco. **Por uma racionalização das políticas legislativas criminais**: o dilema entre a expansão do direito penal e a necessidade de proteção dos novos bens jurídicos. Dissertação (Mestrado em direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014. p. 97.

<sup>28</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 119-158 jul./ago. 2010, p. 122.

<sup>29</sup> REALE JUNIOR, Miguel. Caminhos do direito penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 41-76 jul./ago. 2010, p. 69.

Evidencia-se, assim, uma ampla construção social ideológica em torno do fenômeno crime, indo muito além do âmbito jurídico-normativo, tal fenômeno mostra-se inerente a um complexo processo de desenvolvimento das sociedades hodiernas em conjunto.

Consagra-se, assim, a concepção intersubjetiva de uma sociedade em que a maior parte dos riscos e danos não são mais concebidos sem algum tipo de responsabilização humana, seja ela por ação ou por omissão, algo que Jesus-Maria Sánchez aborda como uma tendência a transformar “o *Unglück* (acidente fortuito, desgraça) em *Unrecht* (injusto)”<sup>30</sup>. Portanto, sempre haveria alguém para se atribuir culpa pela lesão de um bem jurídico, o que se agrava em uma sociedade marcada pela predominância de “sujeitos passivos”, em que a concepção de perigo residiria na liberdade de agir do outro, que, por sua vez, teria o considerável potencial de trazer riscos a bens jurídicos socialmente valorados. Assim, “seja pelo surgimento de novos riscos antes imperceptíveis, seja pela potencialização de riscos já conhecidos, o recurso à tutela penal por parte do Estado tem se ocupado neste novo milênio como uma posição de destaque na política criminal”<sup>31</sup>.

De acordo com Ulrich Sieber<sup>32</sup>, essa complexa transformação social experimentada na contemporaneidade pauta pela evolução social centrada na atribuição de relevância jurídica a determinados bens, o que levaria ao direito penal, em reação a esses desafios protetivos, encontrar seus limites funcionais e procurar novas respostas. Todavia, a reação por parte do Estado e da sociedade aos novos desafios mostra-se mais complexa do que os motivos e alternativas presentes no “direito penal do inimigo” e no “direito penal de cidadão”, discutidos atualmente sobretudo em relação às possíveis soluções para os novos desafios da “sociedade global de risco”. Assim, encontram-se na política criminal duas respostas diferentes, com diversas facetas, desde uma ampliação e “desfronteirização” do direito penal, assim como sua burla por meio de outras disciplinas de um novo direito de segurança; até o desenvolvimento de medidas alternativas (fora do direito penal e, especialmente, também fora do direito) de prevenção criminal.

Nesse mesmo sentido, argumenta Winfried Hassemer<sup>33</sup>, ao propor o desenvolvimento

---

<sup>30</sup> REALE JUNIOR, Miguel. Caminhos do direito penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 41-76 jul./ago. 2010, p. 69.

<sup>31</sup> MAYA, André Machado. O processo penal na sociedade de risco: a persecução penal entre os ideais de liberdade e segurança. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, Florianópolis, v. 3, n. 1, p. 97-117, jan./jun. 2017, p. 115.

<sup>32</sup> SIEBER, Ulrich. Limites do direito penal: princípios e desafios do novo programa de pesquisa em direito penal no Instituto Max-Planck de direito penal estrangeiro e internacional. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 269-330, jun. 2008, p. 283-284.

<sup>33</sup> HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. **Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 37-46, 2013, p. 43-44.

de um “direito de intervenção”, categoria que reuniria instrumentos jurídicos que poderiam responder melhor que o direito penal à pressão de soluções de problemas atuais e futuros, vislumbrando-se, como consequência, que o sistema jurídico- penal a longo prazo se desobrigará de tarefas que ele não pode cumprir. Assim, o autor cita como exemplos para a racionalização do direito interventivo os principais problemas modernos, como: a corrupção; o auto-encobrimento organizado; a dependência e o tráfico de drogas; a venda de produtos perigosos; a crescente disposição à violência e a criminalidade de crianças e adolescentes.

Por outra perspectiva teórica, para além de uma concepção de proteção de bens juridicamente relevantes voltada às políticas criminais, detém notoriedade a posição de Günter Jakobs, em que se compreende que a função do direito penal e sua aplicação seria assegurar a “simples vigência da norma penal”<sup>34</sup>, enxergando-se nelas mesmas um bem a ser protegido, pautando-se por uma ideia central de estabilização das normas, integrando-se o direito penal aos demais subsistemas da sociedade. Nesse sentido, ressalta-se que, “não pode se considerar missão da pena evitar lesões de bens jurídicos. Sua missão é, na verdade, reafirmar a vigência da norma devendo equiparar-se, a tal feito, vigência e reconhecimento”<sup>35</sup>.

Sobre tal teórico, Alejandro Aponte<sup>36</sup> ressalta que Günter Jakobs mostra-se um penalista polêmico, um jusfilósofo do direito penal que se propõe a renovar o discurso da dogmática penal, tendo por base considerações tomadas a partir da sociologia – não só a sociologia sistêmica – e em geral, de posturas filosóficas, jurídicas e sociológicas elas próprias polêmicas. É o caso de sua interpretação de Niklas Luhmann, ou, sobretudo, sua visão funcionalista do direito penal e sua legitimação a partir de novas funções da pena, numa busca da afirmação da estrutura social vigente, ou a afirmação da validade contrafática da norma abstrata, para além da defesa de qualquer bem jurídico, o que leva sua filosofia, em suma, a fidelidade cidadã do direito<sup>37</sup>. Logo, contradizendo a maioria dos teóricos da época, para o autor “ não se tratava de proteger bens jurídicos. Deve o Direito Penal, isto sim, garantir a vigência da norma, por meio da asseguaração das expectativas normativas”<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> ISMAEL, Marcelo Castelo Branco. **Por uma racionalização das políticas legislativas criminais**: o dilema entre a expansão do direito penal e a necessidade de proteção dos novos bens jurídicos. Dissertação (Mestrado em direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014, p. 94.

<sup>35</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho penal - parte general**. Fundamentos e teoría de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1992, p. 13-14.

<sup>36</sup> APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs. derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 12, n. 51, p. 9-43, nov./dez. 2004.

<sup>37</sup> *Idem*, p. 10-11.

<sup>38</sup> LIMA, André Estefam Araújo. **Nexo de causalidade**: o art. 13 do CP e a teoria da imputação objetiva. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 43.

Assim sendo, para Jakobs<sup>39</sup>, há duas categorias fundamentais de normas: as de entorno social e as que são diretamente da sociedade. Essas dizem respeito à lógica, à matemática e são, em essência, orientadas de acordo com as ciências naturais, são, portanto inalteráveis, bastando-se em si mesmas, de tal modo que aquele que não as observa fracassa enquanto sujeito cognoscente. Já as normas sociais possuem uma limitação, ocorre que sua valoração individual não a deixará assegurada por antecipação, requerendo, portanto, uma garantia social a fim de evitar que haja uma alteração arbitrária por parte de quem atua executando-a<sup>40</sup>. Assim sendo, toma-se como referência o fato de o direito penal fazer parte da sociedade, de sua comunicação e, por consequência, da manutenção da sua coesão:

Apenas sobre a base de uma compreensão comunicativa do fato entendido como afirmação que contradiz a norma e da pena entendida como resposta que confirma a norma se pode encontrar uma relação iniludível entre ambas e, nesse sentido, uma relação racional, e tudo isso sob condições das quais aqui teremos que falar. A prestação que realiza o Direito Penal consiste em contradizer por sua vez a contradição das normas determinantes da identidade da sociedade. O Direito Penal confirma, portanto, a identidade social. O delito não é tomado como princípio de uma evolução nem tampouco como evento que deva solucionar-se de modo cognitivo, mas como falha de comunicação, sendo imputada essa falha ao autor como culpa sua<sup>41</sup>.

A partir desses parâmetros, a visão do autor tem convergido para a formação de uma prevenção geral positiva. Constitui-se, assim, um modelo de direito penal tecnocrático, legitimador e acrítico. Justamente por isso que algumas observações precisam ser realizadas, como o fato de que, para Fábio da Silva Bozza<sup>42</sup>, Jakobs não explica o porquê da necessidade de se estabilizar as expectativas normativas por meio de um instrumento tão violento que é a pena criminal, e não outros; como o direito civil administrativo e etc. (princípio da subsidiariedade): uma vez violada a norma, existem outros que não a pena criminal para restabelecer o ordenamento jurídico. Em face do exposto, para Bozza, a função de prevenção geral positiva, na proposta de Jakobs, não pode ser admitida como uma teoria relativa da pena. Trata-se de uma teoria de evidente paralelismo com a teoria da retribuição de Hegel, que antes se assentava sobre uma base racional absoluta, passando agora por uma nova fundamentação a

---

<sup>39</sup> JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Ed. RT, 2000.

<sup>40</sup> CORRÊA, Tatiana Machado. Crítica ao conceito funcional de culpabilidade de Jakobs. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 12, n. 51, p. 207-235, nov./dez. 2004, p. 210-211.

<sup>41</sup> JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. Barueri: Manole, 2003, p. 3-4.

<sup>42</sup> BOZZA, Fábio da Silva. Uma análise crítica da prevenção geral positiva no funcionalismo sistêmico de Günter Jakobs. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 16, n. 71, p. 41-70, mar./abril. 2008, p. 57.

partir da sociologia sistêmica. Com roupagem pós-moderna, tenta oferecer uma nova justificção ao poder punitivo por tantos já deslegitimado. Por conseguinte, afasta-se dos ideais iluministas de um direito penal como *ultima ratio* de proteção de bens jurídicos<sup>43</sup>. Dada a perduração de tal pensamento, a revisão crítica faz-se indispensável.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria da imputação objetiva, tendo como expoente principal Claus Roxin, advindo de uma perspectiva extra dogmática, pautada nas políticas criminais atreladas às normas penais, como ilustrou Damásio de Jesus, ao afirmar que, na prática, é uma teoria que limita o arbítrio do julgador e a atividade abusiva de acusadores que “denunciam tudo” ou querem levar todas as lesões jurídicas, até as de insignificância relevância, às barras dos tribunais penais. Em vista disso, percebe-se um esforço para que a aplicação prática do direito penal recepcione, em seu bojo, direitos humanos e liberdades fundamentais internacionalmente reconhecidos, o que, conforme expõe o mesmo autor, não pôde ocorrer de modo real e efetivo no Brasil, uma vez que os preceitos e interpretações não se vinculam a fins de natureza legitimamente político-criminal, não passando de elementos de exercício do poder que, por consequência, deslegitima o sistema jurídico penal.

É justamente isso que se combate com as teses de imputação objetiva aqui expostas, conforme anteriormente dito por Wilson Marchionatti, essa, dentre suas homólogas, seria a teoria que melhor conduziria à descriminalização das condutas menos graves, à constitucionalização do Direito Penal, assim como a um direito punitivo mínimo, outorgando, assim, maior segurança ao jurisdicionado – sobretudo em face de potenciais abusos e equívocos do poder público, razão pela qual tal discussão mostra-se bastante pertinente e atual, especialmente no Brasil. Sua atualidade se ressalta pela problemática da expansão do direito penal que, embora não esteja no foco desta pesquisa, mostrou-se constantemente enfrentada pelos trabalhos avaliados e bastante pertinente ao se discutir políticas criminais.

Conforme visto, no tocante às implicações da dogmática penal para a formação de políticas criminais, a atribuição de racionalidade não mostrou suficiente para a convergência doutrinária. Os estudos de notoriedade na contemporaneidade são polarizados por perspectivas legitimadoras e deslegitimadoras, a favor e contrárias à manutenção da intervenção penal. Tal polarização se observou na pretensão de se objetivar a imputação penal e, por consequência, a

---

<sup>43</sup> *Idem*, p. 67.

permissão normativa ao poder público em aplicar dispositivos penalizadores. Nesse sentido, a posição de Günter Jakobs levaria à expectativa contrária que se tem da imputação objetiva em Roxin, sob a justificativa de que o direito penal, e suas transformações voluntárias, estaria legitimamente assentado na essência da sociedade, sua forma de comunicação e manutenção da coesão, e seria, portanto, necessário para a sua continuidade. Algo que, no âmbito das políticas criminais, na visão de alguns autores, poderia, ao invés de conter a intervenção penal, legitimasse cada vez mais a sua expansão.

Diante desta celeuma, o presente trabalho se finaliza com o fito de suscitar as principais discussões doutrinárias relativas ao direito penal hodierno, buscando trazer uma visão atual de escritos antigos, aproximando-os de fenômenos contemporâneos de interesse das ciências criminais e penais, buscando interseções entre teoria e prática, conceitos e suas aplicações concretas, no cotidiano da justiça criminal.

Nesse ponto, cabe destacar que teorias com pretensão racionalizadora não são capazes de, por si só, garantir bons resultados na prática, estando sempre à mercê de quem as aplica continuamente e cria as políticas criminais. Todavia, o aperfeiçoamento das práticas implementadas pelo poder público na seara criminal perpassa necessariamente pelo estudo teórico e pela revisitação dos grandes marcos do pensamento sobre o fenômeno crime e a aplicação da pena. Logo, não se pretende, portanto, esgotar a temática, mas fornecer breves subsídios teóricos para o desenvolvimento do estudo do direito penal.

## REFERÊNCIAS

APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs. derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 12, n. 51, p. 9-43, nov./dez. 2004.

BALDAN, Edson Luís. **Intertipicidade penal**. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7911>. Acesso em: 06 maio 2020.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 119-158 jul./ago. 2010.

BOZZA, Fábio da Silva. Uma análise crítica da prevenção geral positiva no funcionalismo sistêmico de Günter Jakobs. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 16, n. 71, p. 41-70, mar./abril. 2008.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Consentimento do ofendido e violência desportiva: reflexos à luz da teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORRÊA, Tatiana Machado. Crítica ao conceito funcional de culpabilidade de Jakobs. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 12, n. 51, p. 207-235, nov./dez. 2004.

HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. **Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 37-46, 2013. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/44239>. Acesso em: 06 maio 2020.

ISMAEL, Marcelo Castelo Branco. **Por uma racionalização das políticas legislativas criminais: o dilema entre a expansão do direito penal e a necessidade de proteção dos novos bens jurídicos**. 2014. Dissertação (Mestrado em direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Ed. RT, 2000.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal parte general: Fundamentos e teoria de la imputación**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1992.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. Barueri: Manole, 2003. JESUS, Damásio E. de. **Imputação objetiva**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

KINDHÄUSER, Urs. Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 21, n. 100, p. 155-173, jan./fev. 2013.

LIMA, André Estefam Araújo. **Nexo de causalidade: o art. 13 do CP e a teoria da imputação objetiva**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8080>. Acesso em: 06 maio 2020.

MARCHIONATTI, Wilson Antônio Cini. **A teoria da imputação objetiva na construção de um direito penal democrático e garantidor**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro De Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/79477>. Acesso em: 06 maio 2020.

MAYA, André Machado. O processo penal na sociedade de risco: a persecução penal entre os ideais de liberdade e segurança. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, Florianópolis, v. 3, n. 1, p. 97-117, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0200/2017.v3i1.2199>. Acesso em: 06 maio 2020.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Fernando Antônio Sodré. Breves apontamentos sobre as políticas criminais e sua influência nos mecanismos de controle social formal. **Revista Direito em Debate**, a. 17, n. 31, p. 81-104, jan./jun, 2009. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/643>. Acesso

em: 06 maio 2020.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teoria da imputação objetiva do resultado**: uma aproximação crítica a seus fundamentos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

REALE JUNIOR, Miguel. Caminhos do direito penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 41-76 jul./ago. 2010.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. Problemas da causalidade intermediada psicicamente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 21, n. 100, p. 253-285, jan./fev. 2013.

ROXIN, Claus. Teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 9, n. 38, p. 11-31, abr./jun. 2002.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-17022009-160214/pt-br.php>. Acesso em: 06 maio 2020.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SIEBER, Ulrich. Limites do direito penal: princípios e desafios do novo programa de pesquisa em direito penal no Instituto Max-Planck de direito penal estrangeiro e internacional. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 269-330, jun. 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000100012>. Acesso em: 06 maio 2020.

WELZEL, Hans. **La teoría de la acción finalista**. Tradução de Eduardo Friker. Buenos Aires: Depalma, 1951.