



**Evolução Histórica do Pensamento Jurídico-Penal:
Modernas Tendências**

Prof^a. Fernanda Rocha Martins
@fequintao

História do Direito Penal

Certame	Cobrança
1- Cespe – DPE/PE – 2018	Tentativa, desistência e arrependimento
2- FCC – DPE/RS – 2018	Fato típico
3- FCC – DPE/AP – 2018	Crimes omissivos impróprios
4- FCC – DPE/AM – 2018	Erro
5- Cespe – DPE/DF – 2019	Causa superveniente
6- FCC – DPE/AM – 2021	Tipicidade
7- FCC – DPF/GO – 2021	Crime impossível, erro e iter criminis
8- FCC – DPE/SC – 2021	Excludentes e coculpabilidade
9- Cespe – DPE/PI – 2022	Nexo causal e erro
10- Cespe – DPE/RS – 2022	Conduta comissiva, conduta omissiva e erro (02)
11- Cespe – DPE/PA – 2022	Erro
12- FGV – DPE/MS – 2022	Imputação (02) e crime impossível



História do Direito Penal

I- Evolução epistemológica e modernas tendências

1) Introdução:

- Estudo do direito de punir, natureza do delito e fim das penas.
- A discussão do início do século XIX ao início do século XX se dá entre clássicos e positivistas. As escolas ecléticas buscaram amenizar os rigores das escolas anteriores.
- Destacou-se, entre todos, Franz Von Liszt (Escola Moderna Alemã). Foi ele quem sistematizou o Direito Penal, dando-lhe uma complexa e completa estrutura. É com Liszt que nasce a moderna teoria do delito.
- Para muitos, Liszt encarregou-se da segunda versão do positivismo jurídico, que se diferenciava do anterior por apresentar ligações à consideração da realidade empírica não jurídica: o positivismo de



História do Direito Penal

Liszt foi um positivismo jurídico com matizes naturalísticas (BITENCOURT, 2015, p. 109).

- Liszt enunciou, com importante contribuição de seu discípulo Beling, os elementos essenciais do delito: a ação, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade por meio de um método lógico. Utiliza o método indutivo para criar essa teoria do delito: comprovando todos os elementos que segundo a lei devem estar presentes para poder se impor uma pena. Uma vez traçados esses elementos em abstratos, aplica-se o método dedutivo para conhecer se uma conduta particular deve ou não ser sancionada. O ponto de partida é o conceito de causalidade, porque entre os cientistas positivistas prevalecia a ideia de que tudo tem uma causa. Com isso dá-se o nascimento do causalismo naturalista, que exige do observador a captação pelos sentidos dos distintos elementos do delito (BRITO, 2017, p. 137).



História do Direito Penal

2. Sistema Liszt-Beling:

- Franz v. Liszt e seu papel fundamental para o desenvolvimento do pensamento sistemático.
- Bases do sistema:
 - a) Parte do conceito de ação e entende que entre ação e resultado deve haver uma relação causal: causalismo naturalista;
 - b) Ao Direito Penal somente interessam as ações proibidas pelo direito, ou seja, as ações antijurídicas;
 - c) A comprovação da ação e antijuridicidade é completamente objetiva e externa. O subjetivo, o juízo de desvalor que se formula sobre o autor é denominado culpabilidade.
 - d) Na culpabilidade estão os elementos subjetivos: a reação psicológica do autor com o fato (dolo e culpa) e a imputabilidade.



História do Direito Penal

- Beling: para modelar nesta estrutura o princípio da legalidade penal, é imprescindível incorporar um elemento entre a ação e a antijuridicidade, que passa a ser denominado tipicidade.
- Importância: foi Liszt quem elaborou um sistema categorial e, com isso, deu nascimento à teoria do crime.
- Críticas: formulação muito simples, alheia a qualquer valoração.

3. Causalismo Valorativo (Neokantismo):

- Questionou seriamente o positivismo jurídico: a abordagem positivista é incompleta porque o delito não é somente um fenômeno da natureza, mas uma realidade social.
- No modelo Liszt-Beling (causalismo naturalista), o delito estruturava-se sobre uma ação ou movimento corporal que produz uma modificação no mundo exterior perceptível pelos sentidos.



História do Direito Penal

A partir desse ponto constrói-se um sistema de responsabilidade penal aplicando-se um método similar ao das ciências naturais exatas.

- Neokantistas: é possível apreciar toda a realidade através do método utilizado pelas ciências naturais? Não porque as ciências naturais permitem explicar apenas parcialmente a realidade (aquilo que se repete). Contudo, não explicam os traços que fazem relevantes um objeto em sua individualidade. Por isso, junto às ciências naturais devem existir outras: as ciências do espírito, que compreendem as ciências da cultura, dentre elas o Direito. Essas ciências confrontam os dados da realidade com os valores da comunidade. No Direito existiria uma referência permanente ao mundo do valores, já que se recorre ao valor Justiça. Isso marca a diferença entre as ciências do ser (naturais e exatas) e do dever ser (cultura, Direito).



História do Direito Penal

- Ao contrário dos positivistas que atribuíam prioridade ao *ser*, os *neokantistas* propõem um conceito de ciência jurídica que supervalorize o *dever ser*. Assim, com a introdução de considerações axiológicas, o neokantismo substitui o método indutivo e formalista, passando a ter, como objetivo, a compreensão do conteúdo dos fenômenos e categorias jurídicas, muito além de sua simples definição formal ou explicação causal.
- Destacam-se Max Ernst Mayer (1875-1923), que fundamentou o delito em uma contradição com as normas de cultura avalizadas pelo Estado, e Edmundo Mezger (1883-1962), que mantém a estrutura do delito idêntica a do causalismo naturalista, mas incorporou mudanças em todos os elementos ao adicionar valorações (ex. culpabilidade não se estrutura naturalisticamente sobre uma relação meramente psicológica, deve ser substituída por um conceito normativo).



História do Direito Penal

- Formula-se o causalismo valorativo: o neokantismo mantém a estrutura criada por Liszt e Beling, mas faz alterações em seu conteúdo:
 - a) Conceito de ação: os neokantianos demonstram que a formulação positivista de se observar a realidade não é suficiente, é necessária uma valoração. Ex. Crimes omissivos.
 - b) Tipicidade: o causalismo naturalista considerava esse elemento como adequação objetiva da conduta ao tipo. Não poderiam existir momentos subjetivos. Mas os tipos penais consagram elementos subjetivos como o ânimo de lucro, a apropriação nos crimes patrimoniais. Os momentos subjetivos são excepcionais.
 - c) Antijuridicidade: começa a ganhar relevância seu elemento material: violação de um bem jurídico. É momento valorativo por excelência.



História do Direito Penal

- d) Culpabilidade: mantém o dolo e a culpa, mas um importante critério valorativo a partir da obra de Reinhard Frank, que nomeia o conceito de reprovabilidade. Para o causalismo valorativo, a culpabilidade é um conceito normativo, um juízo de reprovação formulado àquele que, podendo agir de outra forma, não o faz.
- Crítica ao neokantismo: imprecisão dos valores de referência, caindo em um estado de relativismo axiológico. O intérprete valora e, ao fazê-lo, incorpora sua percepção subjetiva, ou seja, modifica o objeto.

3. Finalismo:

- Hans Welzel (1904-1977): opõe-se ao causalismo valorativo adotando uma perspectiva ontológica, assentada na natureza das coisas. O delito não surge da valoração do intérprete, mas é um fato da



História do Direito Penal

realidade que depende de determinadas estruturas lógico-objetivas: o conceito de ação final e de culpabilidade.

- “Seu ponto de partida, com respeito à teoria do conhecimento, é distinto: as diversas formas que possuem a natureza inanimada, qualquer forma de vida ou comportamento das pessoas, não podem ser alteradas pelo observador, são estruturas externas e ontológicas, estruturas lógico-objetivas. O intérprete não modifica o objeto, diferentemente do que entende o causalismo neokantiano ao considerar que se produz essa alteração a partir de suas valorações. São dois os elementos centrais de sua teoria do delito. De um lado o conceito de ação, que não se limita à constatação de um simples movimento no mundo exterior. Tratando-se de um comportamento humano, está necessariamente dotado de uma finalidade (dolo), pelo que deve se falar de uma ação final.



História do Direito Penal

De outro, a culpabilidade também supõe uma estrutura lógico-objetiva baseada no livre-arbítrio: *o poder atuar de outro modo*. A partir desses elementos constrói uma teoria do delito assentada na realidade, que pretende colocar limites ao poder e ao mesmo tempo rechaçar qualquer formulação normativista” (BRITO, 2017, p. 143).

- Bases do sistema:

- a) O delito só pode ser cometido por seres humanos, os quais executam ações dirigidas a um fim: ações finais.
- b) Tipo subjetivo: se para o neokantismo o tipo se esgotava com a realização objetiva da conduta que se quer evitar, o conceito final de ação obriga a uma mudança de perspectiva. Se a ação é o exercício de uma atividade final, o tipo deve conter necessariamente elementos subjetivos, ou seja,



História do Direito Penal

- o dolo está no tipo. O dolo é a própria finalidade dirigida à realização dos elementos objetivos do tipo.
- Causalismo neokantiano: dolo mal. Abrange o conhecimento do que se faz (a partir de Welzel será chamado dolo natural) e conhecer que o que se faz está proibido pelo Direito Penal (a partir de Welzel será chamado consciência da antijuridicidade).
 - O finalismo coloca o dolo natural no tipo subjetivo, mas mantém a consciência da antijuridicidade na culpabilidade. O dolo natural complementa-se em determinados delitos com os elementos subjetivos do injusto (ex. intenção de apropriação) que encontram neste modelo uma explicação muito mais satisfatória. Os delitos culposos, que consistem na infração de um dever objetivo de cuidado, igualmente, passam ao tipo, pois neles existe uma ação final de conteúdo negativo (não por em prática o cuidado final requerido para proteção do bem jurídico).



História do Direito Penal

c) Antijuridicidade: passa a ser considerada como injusto pessoal: que não se limita a causação objetiva de lesão a um bem jurídico (desvalor do resultado), mas exige também a finalidade do autor que o Direito desvaloriza (desvalor da ação).

d) Culpabilidade: Welzel mantém em boa parte a ideia do juízo de reprovação, mas entendido como reprovação pessoal. Para ele é suficiente o potencial conhecimento da proibição. Consequências diretas na teoria do erro.

- Críticas: crimes culposos e tentativa de estruturar toda a teoria do delito em torno de conceitos ontologicamente fundamentados, como ação e dolo. Esses conceitos não podem escapar de uma valoração, realizada conforme critérios normativos.

4. Modernas tendências do pensamento jurídico-penal: As teorias funcionalistas.



Modernas Tendências

- Vigente desde as três últimas décadas do século XX.
- O funcionalismo supõe a orientação a fins sociais.
- Mantém as categorias do delito, ainda que dotadas de novo fundamento e conteúdo.
- Proporcionou uma mudança de perspectiva que implica o abandono total ou parcial de referências ontológicas ou naturalísticas, que são substituídas por critérios normativos construídos com a ajuda das ciências sociais.

4.1. A abordagem teleológica de Roxin:

- Modelo que oferece à teoria do crime um orientação politico-criminal na qual todas as categorias do sistema (ação, tipicidade, antijuridicidade e responsabilidade) devem ser desenvolvidas a partir dessa perspectiva.



Modernas Tendências

- Nas palavras de Roxin: “Meu ponto de partida é que, enquanto a tarefa do Direito Penal é o injusto jurídico penal, ao contrário, a concreta imposição da pena deriva da categoria sistemática da culpabilidade. Ambos não são o mesmo. Assim, o Direito Penal dirige-se a todos os cidadãos com suas prescrições atraentes e promessas de proteção. A pena concreta, ao contrário, encontra primeiramente o delinquente e somente tem efeitos mediatos frente aos demais cidadãos (BRITO, 2017, p. 51).
- Roxin extrai a estrutura do injusto da função do Direito Penal, que para ele é a proteção subsidiária de bens jurídicos. Assim, quanto à dogmática, aduz que: “Quando se realmente vê como papel constitucional do Direito Penal a tarefa de proteção subsidiária de bens jurídicos e se pergunta como o sistema jurídico pode garantir essa proteção, pode-se dar apenas uma resposta: deve-se proibir a



Modernas Tendências

criação de riscos não permitidos a bens jurídicos protegidos penalmente e imputar a realização de tais riscos em um resultado lesivo aos autores como uma ação típica protegida. Ex. motorista que desconsidera as leis de trânsito e cria um risco não permitido.

- Quanto à pena, aduz que a punição não depende somente da culpabilidade, mas também da necessidade de prevenção. Seu ponto de partida é que a finalidade da pena é somente prevenção, isto é, deve ser direcionada para a prevenção de futuros crimes, pois desde que se entenda que o Direito Penal é um instrumento de direcionamento e controle social, também deverá perseguir apenas fins sociais.
- Para Roxin, o tipo é materialização do princípio da legalidade penal, a antijuridicidade pressupõe o momento no qual se procura a solução social de conflitos, e a culpabilidade é a concretização da



Modernas Tendências

teoria dos fins da pena. Dessa perspectiva, não somente se incorporam as valorações político-criminais, mas também se sistematiza, com clareza, sua influência em cada elemento do delito.

- A teoria do delito, para Roxin, não pode ficar alheia aos princípios políticos criminais que guiam o Direito Penal: esses princípios devem reger todos os momentos sistemáticos, permitindo uma aproximação constante à realidade social. Sua formulação recupera as ideias neokantianas, mas as desenvolve e complementa, colocando-as em relação às ciências sociais e valores que resultam dos fins preventivos da pena, por esse motivo seu modelo é teleológico-funcional.

- Bases do sistema:
 - a) Ação: conceito entendido como “manifestação da personalidade”, que compreende todas as condutas dolosas e culposas;



Modernas Tendências

- b) A diferença entre tipicidade e antijuridicidade perde boa parte da relevância. No tipo de injusto realiza-se um único juízo de valor sobre o fato cometido a partir de um comportamento. A diferença se mantém para efeitos técnicos-jurídicos e didáticos;
- c) Na teoria do tipo penal imprime-se o princípio da legalidade. Diferencia os crimes de ação (aqueles que o legislador descreve as ações proibidas da maneira mais precisa possível) dos crimes consistentes na infração de um dever (alguém infringe as exigências de conduta derivadas do papel social que desempenha).
- d) Desenvolve amplamente a teoria da imputação objetiva, fundamentalmente através do princípio do risco.
- e) A inclusão do dolo no tipo não surge de um conceito ontológico de ação, mas do princípio de



Modernas Tendências

determinação do próprio Estado de Direito.

f) Adota a teoria limitada da culpabilidade: o dolo compreende o conhecimento dos pressupostos fáticos de justificação (teoria do erro).

g) Culpabilidade: integra um conceito mais amplo denominado responsabilidade.

4.2. O modelo funcionalista radical ou sistêmico:

- Günther Jakobs, assim como Roxin, parte de uma abordagem normativa, rechaçando qualquer fundamentação baseada na ontologia.
- No entanto, Jakobs renuncia às ideias de política criminal para adotar uma proposta de sistema penal de razão teórica, somente de estabilização da norma, não importando o seu conteúdo.



Modernas Tendências

- Jakobs, influenciado por Niklas Luhmann, adota as seguintes premissas:
 - a) A sociedade não está composta de sujeitos, mas de comunicações entre sujeitos.
 - b) As normas jurídicas não tem a missão de dirigir condutas, mas assegurar as expectativas de condutas.
 - c) O ser humano não é base de organização da sociedade: é simplesmente uma peça do todo;
 - d) Elementos naturais do delito, como a relação de causalidade, devem ser substituídos por critérios puramente normativos.

- Ponto de partida: caracteriza a sociedade como um sistema ordenado que conta com elementos em equilíbrio. O direito penal tem a função de manter e reproduzir essa ordem, confirmando assim que a norma violada está vigente.



Modernas Tendências

- Raciocínio: se o fim da pena é confirmar a vigência da norma, o delito é oposto a constatação de que foi desautorizada ou negada a vigência da norma. Por isso o fundamental no delito será a culpabilidade, que é a categoria sistemática que concentra todos os elementos que permitem que uma conduta lesione a vigência da norma.
- Conduta: é a capaz de entrar em contradição com a norma e desautorizá-la. A ação é um ato com um importante conteúdo comunicativo, inseparável de outros elementos do delito. Esse conceito de ação é puramente normativo e confunde-se com culpabilidade já que consiste em “adquirir culpavelmente competência por uma lesão da vigência da norma”.
- Bem jurídico: a tarefa do Direito Penal para Jakobs não é a proteção de bens jurídicos, mas a manutenção e ratificação da vigência da norma



Modernas Tendências

- Culpabilidade: não é fundamentada no livre-arbítrio, mas na prevenção geral. Só permite uma escusa quando o conflito gerado pela violação da norma pode ser resolvido de outra forma que não a imposição de uma pena. O delinquente só é incapaz de culpabilidade quando não se contrapõe qualquer exigência de prevenção geral da pena.
- Portanto, Jakobs vê o Direito Penal como um sistema normativo fechado e autorreferente (autopoietico). Sua missão é a conservação das expectativas sociais frente a decepções, promovida por meio da reafirmação da vigência das normas lesadas.

4.2.1. O Direito Penal do Inimigo:

- Günther Jakobs sustenta que determinados indivíduos, como terroristas e membros do crime organizado, que se afastam de modo permanente do Direito e não oferecem garantias cognitivas de



Modernas Tendências

- que vão continuar fiéis à norma, perdem o estado de cidadania e, por conseguinte, não podem usufruir dos mesmos benefícios processuais concedidos às demais pessoas.
- Haveria uma convivência de dois “direitos” em um mesmo ordenamento jurídico. Em primeiro lugar, um Direito Penal do Cidadão, amplo e dotado de todas as garantias constitucionais, processuais e penais, típico de um Estado Democrático de Direito. Sem prejuízo, em parcela menor e restrita a grupos determinados, com ele coexiste, o Direito Penal do Inimigo, no qual o seu sujeito deve ser enfrentado como fonte de perigo e, portanto, a sua eliminação da sociedade é o fim último do Estado.
 - Para os inimigos, aqueles que não estão vinculados à lei, que dela se apartaram de forma duradoura, se estabelecem uma séria de exceções com respeito às garantias com as que contam os cidadãos. Há



Modernas Tendências

uma passagem de cidadão a inimigo, marcado pela habitualidade, a reincidência, a incorporação do crime organizado, isto é, a demonstração de uma maior periculosidade.

- Principais características do Direito Penal para os inimigos são: antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios; condutas descritas em tipos de mera conduta de perigo abstrato, flexibilizando o princípio da ofensividade; descrição vaga dos crimes e das penas; preponderância do Direito Penal do autor em contraposição ao Direito Penal do fato; endurecimento da execução Penal.

- Críticas:
 - a) Com que critério se diferencia os cidadãos dos inimigos se ambos cometeram fatos delitivos e, portanto, desprezam de alguma forma a lei?



Modernas Tendências

- b) A Tese do Direito Penal do Inimigo pressupõe formular uma solução etnocentrista para a Europa.
- c) O Direito Penal do Inimigo é uma contradição em seus próprios termos. Se não há regras, não é Direito. O Direito Penal é concebido justamente para impor limites ao arbítrio estatal.

5. Velocidades do Direito Penal:

- O professor Jesús-María Silva Sánchez escreve sobre as “velocidades” do Direito Penal:
- Direito Penal de primeira velocidade: Modelo de Direito Penal clássico, que utiliza preferencialmente a pena privativa de liberdade, mas se funda em direitos e garantias individuais. Nesta velocidade, o Direito Penal se restringe ao seu núcleo central (Direito Penal Nuclear).
- Direito Penal de segunda velocidade: Admite a flexibilização de determinadas garantias penais e processuais, porém aliadas à adoção das medidas alternativas à prisão (penas restritivas de direito,



Modernas Tendências

- pecuniárias etc.). Ou seja, há uma expansão do Direito Penal para uma zona lateral ao Direito Penal Nuclear, temos, então, o Direito Penal Periférico. A Lei n. 9.099/95 é reflexo do direito penal de segunda velocidade, introduzindo institutos despenalizadores e um procedimento mais simplificado, destinado aos crimes de menor potencial ofensivo. Nela, há uma flexibilização de direito e garantias penais e processuais em face da persecução de delitos cujos preceitos secundários não implicam na privação da liberdade do acusado.
- Direito Penal de terceira velocidade: Consiste numa mistura das características acima, utilizando-se da pena privativa de liberdade (Direito Penal de primeira velocidade), mas permitindo a flexibilização de direitos e garantias (Direito Penal de segunda velocidade). Compatível com o denominado Direito Penal do Inimigo.



Modernas Tendências

- Há quem sustente a existência de um Direito Penal de quarta velocidade (ou neopunitivismo). De acordo com esse modelo, há restrição e supressão de garantias penais e processuais penais de réus que foram chefes de Estado e, nesta condição, foram responsáveis pela violação grave a tratados internacionais de direitos humanos. Os graves crimes cometidos contra a humanidade por líderes de governo estão enquadrados na quarta velocidade do Direito Penal. O neopunitivismo possui relação com o Direito Penal Internacional.

6. Garantismo:

- Luigi Ferrajoli.
- O garantismo é um modelo normativo de direito penal e processual penal, caracterizado pela estrita



Modernas Tendências

legalidade.

- O garantismo prega a intervenção mínima do Direito Penal.

Dez axiomas garantistas desenvolvidos por Ferrajoli:

1. Não há pena sem crime.
2. Não há crime sem lei.
3. Não há lei sem necessidade.
4. Não há necessidade sem ofensa a bem jurídico.
5. Não há ofensa a bem jurídico sem conduta.
6. Não há conduta sem culpabilidade.



Modernas Tendências

7. Não há culpabilidade sem o devido processo legal.
8. Não há processo sem acusação.
9. Não há acusação sem provas.
10. Não há provas sem defesa.

2021 – MPDFT – Banca própria

Quanto às TEORIAS DO CRIME, pode-se ASSEVERAR que:

- a) O modelo Neokantista, da teoria teleológica do delito, manteve o dolo natural e a culpa *strictu sensu* na culpabilidade, acrescentando a esta, apenas, o elemento exigibilidade de conduta conforme o Direito.



Modernas Tendências

- b) Para o finalismo, o juízo de culpabilidade deve recair sobre o fato.
- c) O funcionalismo sistêmico preconiza que a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, através da prevenção geral ou especial.
- d) Na visão do funcionalismo teleológico, a responsabilidade, como condição para a sanção, exige, além da análise dos requisitos da culpabilidade, o juízo da necessidade da pena. **correta**
- e) Conceito central para a moderna teoria significativa da ação é o papel que cada pessoa tem, em uma vida em sociedade, restringindo-se a possibilidade de responsabilização penal ao seu conhecimento e aos seus limites.



Modernas Tendências

A clássica frase a seguir inaugurou uma nova fase na dogmática jurídico-penal: "*O caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema de direito penal*".

Assinale a alternativa em que consta o autor da referida afirmação, bem como o sistema jurídico-penal a que se refere:

- a) Edmund Mezger - neokantismo penal
- b) Claus Roxin - funcionalismo teleológico racional - **correta**
- c) Günther Jakobs - funcionalismo sistêmico radical
- d) Hans Welzel - finalismo penal

2021 – MPSC - CESPE/CEBRASPE

Acerca dos princípios constitucionais penais, julgue o item subsequente.



Modernas Tendências

Conforme o princípio da culpabilidade, a pessoa somente pode ser apenada por fato pelo qual possa ser reprovada. Assim, tendo o Código Penal brasileiro, após a reforma de 1984, adotado, em larga medida, a teoria finalista do delito, essa reprovabilidade funciona como principal fundamento e critério de medida da pena.

Certo

Errado

2019 - Instituto Consulplan - MPE-SC

A finalidade da pena, conforme o funcionalismo sistêmico do Jakobs, é a prevenção geral implementada pela sensação de segurança decorrente da regular aplicação e execução das penas, e do



Modernas Tendências

índice de ressocialização dos condenados.

() Certo

(**x**) Errado

2019 - TJSC - CESPE/CEBRASPE

Constitui uma das características do direito penal do inimigo:

a) a legislação diferenciada. **correta**

b) a punição a partir de atos executórios.

c) a não utilização de medidas de segurança.

d) a observância das garantias processuais penais.



Modernas Tendências

e) o abrandamento das penas na antecipação da tutela penal.

(TJM/SP/VUNESP/2016)

1. A corrente/teoria penal que se funda na ideia de que as normas jurídicas devem ser protegidas por si mesmas, pouco importando o bem jurídico por trás delas é:

- a) a teoria do garantismo penal, de Luigi Ferrajoli.
- b) o funcionalismo teleológico-racional, de Claus Roxin.
- c) o funcionalismo sistêmico, de Günther Jakobs. **correta**
- d) a teoria da tipicidade conglobante, de Eugenio Zaffaroni.
- e) a teoria constitucionalista do delito.



Teoria do delito

I- Introdução

1) Por que estudar dogmática penal?

A dogmática investiga e define o conteúdo do Direito Penal, quais os pressupostos que devem ocorrer para que intervenha um tipo penal, o que distingue um tipo do outro, qual comportamento é impune e qual é punível. Define os limites para aplicação do Direito Penal (quanto menos desenvolvida é a dogmática mais imprevisível será a decisão dos Tribunais).

A dogmática não é neutra. Ela deve assumir um papel de controle dos princípios, direitos e garantias que emanam do Estado de Direito. Deve haver um confronto permanente entre a lei penal e as normas e princípios constitucionais e com os direitos humanos.



Teoria do delito

I- Fato típico

- 1) **Conceito:** é fato humano indesejado consistente em conduta produtora de determinado resultado, que se ajusta, formal e materialmente, a um tipo penal. O fato típico é composto de conduta, resultado, nexo causal, tipicidade.
- 2) **Conduta:** vem sendo entendida, desde a época clássica, como a base de todos os elementos do delito. Há várias teorias para explicar a conduta.

2.1. Teoria causalista ou naturalista ou clássica ou mecanicista (séc. XIX)

- Tem como principal expoente Franz Von Liszt (século XIX), devendo-se mencionar, ainda, as contribuições de Ernst Von Beling e Gustav Radbruch.



Teoria do delito

- É marcada pelas ideias positivistas que, no panorama científico, pregavam a valorização do método empregado nas ciências naturais ou exatas, pelo qual se analisa o mundo sob uma ótica de causalidade (relação de causa-efeito). O mundo deveria ser explicado por meio da experimentação dos fenômenos, sem espaço para abstrações.
- Assim, a ação é entendida como um simples fato da natureza, um movimento corporal que produz uma modificação no mundo exterior perceptível pelos sentidos. Tudo isso sem analisar a vontade (intencionalidade) do sujeito. Para efeitos da ação a vontade humana era considerada um simples impulso que produzia o resultado. Os componentes intelectuais e volitivos (dolo) seriam analisados na culpabilidade, que concentrava todo o aspecto subjetivo do delito.
- Para a teoria clássica, o dolo é normativo e possui os seguintes elementos: consciência da conduta,



Teoria do delito

do resultado e do nexo de causalidade; consciência da ilicitude do fato; vontade de praticar a conduta e de produzir o resultado.

- Ao definir a ação como movimento humano voluntário, a teoria causalista encontrou dificuldades para justificar os crimes omissivos, formais e de mera conduta.

2.2. Teoria neokantista ou neoclássica ou causal-valorativa ou normativista (séc. XX)

- Exponentes Mezger e Frank.
- Tem base causalista, mas fundamenta-se numa visão neoclássica, marcada pela superação do positivismo, por intermédio da introdução da racionalização do método: a realidade não deve ser examinada apenas sob o prisma das ciências naturais, que além de coexistir com outras ciências, deve ser valorada através dos fenômenos metafísicos. Portanto, a teoria é marcada pela introdução dos valores no âmbito jurídico.



Teoria do delito

- Desse modo, passa-se a admitir a existência de tipos penais compostos de elementos normativos/subjetivos, sem que sejam vistos como “anormais”.
- A conduta, contudo, passa a ser mais abrangente, aparecendo não somente como ação, mas como comportamento, englobando, pois, a omissão.
- Por partir de conceitos naturalistas ficou contraditória ao reconhecer elementos normativos e subjetivos do tipo penal e ao mesmo tempo continuar analisando dolo e culpa tão somente no âmbito da culpabilidade.

2.3. Teoria finalista – ôntico-fenomenológica (séc. XX)

- Expoente máximo: o jusfilósofo alemão Hans Welzel, que dentre as décadas de 1930 a 1960, promoveu profundas alterações na estrutura dogmática do crime.
- Na ótica finalista, toda pessoa, ao agir, é movida por alguma finalidade.
- Conceito: conduta é comportamento humano (ação ou omissão) voluntário e consciente psiquicamente



Teoria do delito

dirigido a um fim.

- O tipo, por sua vez, passa a ter tanto uma dimensão objetiva (conduta, resultado, nexos e tipicidade) quanto uma dimensão subjetiva (dolo e culpa).
- O finalismo centra a análise no desvalor da conduta, não dando a importância devida ao desvalor do resultado.
- O finalismo não fornece uma explicação satisfatória para os crimes culposos.

2.4. Teoria social (séc. XX)

- Teoria criada por Johannes Wessels e que teve como principal adepto Hans-Heinrich Jeschek.
- A pretensão da teoria não é substituir as teorias clássica e finalista, mas acrescentar-lhes uma nova dimensão, qual seja, a relevância social do comportamento.
- Conceito: conduta é o comportamento humano (ação ou omissão) voluntário e psiquicamente dirigido a um



Teoria do delito

fim socialmente reprovável.

- Logo, apenas teria importância, para fins de tipificação, a conduta considerada socialmente reprovável que, a partir dessa teoria, passa a integrar o conceito de conduta, na condição de elemento implícito do tipo penal. Comportamentos socialmente aceitos não seriam típicos.
- Crítica: O que é socialmente relevante?

2.5. Teorias funcionalistas

- As teorias funcionalistas ganham força na década de 70, principalmente na Alemanha, e buscam adequar o estudo do direito penal aos seus fins em determinado ordenamento jurídico.

2.5.1. Funcionalismo teleológico ou moderado ou racional ou dualista ou da política criminal:



Teoria do delito

- Expoente: Claus Roxin, a partir de 1970, com a obra “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”.
- Roxin procura apresentar um conceito normativo de conduta, desprovido de elementos ontológicos, provenientes da realidade (ao contrário do finalismo). Para ele, conduta é o comportamento humano (ação ou omissão) voluntário, causador de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal. A partir desse conceito, Roxin admite princípios de política criminal como formas de exclusão da conduta, a exemplo do princípio da insignificância.

2.5.2. Funcionalismo radical ou sistêmico ou monista:

- Jakobs vê o Direito Penal como um sistema normativo fechado e autorreferente (autopoiético). Sua missão é a conservação das expectativas sociais frente a decepções, promovida por meio da reafirmação da vigência das normas lesadas.



Teoria do delito

- Jakobs também procura apresentar um conceito de conduta destituído do aspecto ontológico da ação humana. Para ele a conduta é o comportamento humano voluntário causador de um resultado evitável, violador do sistema, frustrando as expectativas normativas.
- As bases do funcionalismo sistêmico possibilitaram a criação da teoria do Direito Penal do Inimigo. Considera-se que o tratamento do indivíduo infiel ao sistema, não deve ser o mesmo dispensado aos cidadãos, merecendo punição específica e mais severa.

2.6. Ausência de conduta:

- Para a caracterização da conduta, é preciso que o agente atue com consciência e voluntariedade. Dentre as causas que retiram a consciência, pode-se mencionar o sonambulismo e a narcolepsia. Dentre as que retiram a voluntariedade, pode-se mencionar a coação física irresistível ou *vis absoluta* (ex.: sujeito é empurrado por outro, vindo a colidir contra a vítima e a lesioná-la), os movimentos reflexos e a hipnose.



Teoria do delito

3) Resultado: pode ser analisado sob 02 (dois) prismas:

3.1. Resultado naturalístico:

- É a modificação do mundo físico exterior. Ex. a morte de determinada pessoa.
- De acordo com o resultado naturalístico, as infrações classificam-se em:
 - a) Materiais: exigem o advento de resultado naturalístico para consumação. Ex. homicídio (art. 121 do CP).
 - b) Formais: consumam-se com a prática de conduta, mas comportam resultado naturalístico, embora este seja dispensável. Ex. extorsão mediante sequestro (art. 159 do CP).
 - c) Mera conduta: consumam-se com a prática de conduta, não comportando resultado. Ex. porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da Lei 10826/2003).

3.2. Resultado jurídico ou normativo:



Teoria do delito

- É a modificação do mundo jurídico, causada pela lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado. Todo crime gera resultado jurídico.

4. Nexo causal: É o vínculo que liga determinada conduta (causa) à produção de resultado (efeito).

- Busca aferir se o resultado pode ser atribuído, objetivamente, ao sujeito ativo como obra de seu comportamento típico.

Obs. Esse estudo possui relevância somente nos crimes materiais (que exigem resultado naturalístico para se consumarem), já que os crimes formais e de mera conduta se consumam com a mera prática da conduta. Em regra, os delitos omissivos próprios, por serem de mera conduta, também dispensam análise sobre o nexos causal. Já nos omissivos impróprios, que são crimes materiais, o estudo é relevante.

- Há diversas teorias sobre o nexos causal:



Teoria do delito

4.1. Teoria da equivalência dos antecedentes causais ou da equivalência das condições ou da *conditio sine qua non*:

- Atribuída a Von Buri;
- Considera como causa todo o fato sem o qual não teria ocorrido o resultado.
- A doutrina considera ser a teoria adotada pelo CP brasileiro: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” (art. 13, *caput* do CP).
- Como saber se o fato foi ou não determinante para a ocorrência do resultado?
- Utiliza-se o método da eliminação hipotética dos antecedentes causais de Thyréen: exclui-se, mentalmente, determinado evento. Se o resultado não tivesse ocorrido da mesma forma, é porque ele faz parte do nexo causal e, portanto, é sua causa. De maneira oposta, se no campo mental da suposição, mesmo com a supressão



Teoria do delito

mental do fato, o resultado tivesse ocorrido da mesma forma, ele não será considerado como sua causa.

- Da conjugação da teoria da equivalência dos antecedentes causais com a teoria da eliminação hipotética chega-se à causalidade objetiva ou efetiva do resultado (mera relação entre causa e efeito).
- Crítica: permite o regresso ao infinito. Ex.: Os pais de um homicida ingressam no nexos causal, porque, sem eles, o autor do crime não teria nascido e o resultado não teria ocorrido.

Atenção: nexos causal x responsabilidade objetiva.

4.2. Causalidade adequada (teoria da condição qualificada ou teoria da condição individualizadora)

- Desenvolvida por Von Kries, estuda o nexos causal de maneira jurídica (ou não naturalística).
- Considera-se causa a pessoa, fato, ou circunstância que, além de praticar um antecedente indispensável à produção do resultado, realize uma atividade adequada à sua concretização.



Teoria do delito

- Antecedente causal é somente aquilo que for necessário e adequado a causar o resultado, conforme o bom senso e a razoabilidade (alguns adotam o critério da probabilidade ou da previsibilidade).
- Fracassa ao qualificar os processos causais apenas de acordo com a previsibilidade, ou seja, em juízos estatísticos e de normal ou frequente aparição, sem chegar a expor sua relevância normativa.

4.3. Teoria da causalidade relevante:

- Criada por Edmund Mezger, o qual, ao reconhecer que a teoria da adequação não era em si uma teoria causal, mas sim de imputação, converteu-a na base daquela que denominou de teoria da relevância. Para referida teoria, deve-se considerar como causa a condição jurídico-penalmente relevante, o que pressupõe que referida causa seja adequada, e se exige, ademais, uma interpretação ajustada ao sentido de cada tipo, para ver quais são as causas que podem ser, ou não, consideradas relevantes para mencionado tipo.



Teoria do delito

4.4. Imputação objetiva:

- O vocábulo imputar está significa “atribuir (a alguém) a responsabilidade de”. No campo do Direito Penal, assim como propõe Claus Roxin, significa decidir, através de critérios normativos, se a ação que produz um resultado pode ser objetivamente imputada ao autor, como obra sua.
- Para Roxin, a imputação ao tipo objetivo só é um problema quando o tipo requer um resultado no mundo exterior separado no tempo e no espaço da ação do autor. Nos delitos de mera atividade, por exemplo, a imputação ao tipo objetivo se esgotaria na subsunção do fato aos elementos do tipo descritos na parte especial do Código Penal.
- O fundamental de toda imputação ao tipo objetivo é o nexo causal, pois o primeiro pressuposto da realização do tipo é sempre que o autor haja causado o resultado. No entanto, a relação causal por si só não é suficiente, sendo necessários outros pressupostos, de caráter normativo, complementares e restritivos da causalidade.



Teoria do delito

- A dogmática antiga partia do pressuposto de que, havendo uma relação causal entre a conduta do autor e o resultado, estava satisfeito o tipo objetivo. E, nos casos em que a punição parecia absurda, recorria-se ao elemento subjetivo (dolo) para afastar a tipicidade e, portanto, explicar a impunidade.
- Para comprovar a relação de causalidade, a doutrina e a jurisprudência apoiavam-se – e ainda se apoiam – sobre a teoria da equivalência, para a qual se deve considerar como causa toda condição sem a qual não haveria se produzido o resultado.
- Para Roxin, a fórmula da teoria da equivalência não só é inútil como pode conduzir a erros.
- Tanto assim, que outras teorias, como a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade relevante (ou relevância causal), foram desenvolvidas.
- Portanto, como se observa, a mera relação de causa e efeito não é suficiente para se determinar em que casos a ação que produz um resultado pode ser objetivamente imputada ao autor, como obra sua.



Teoria do delito

- A teoria da imputação objetiva surge, assim, como um progresso das teorias causais que tentavam restringir os excessos da teoria da equivalência de condições. Fundamenta-se, portanto, sobre os pressupostos da teoria da causa adequada e da relevância e tenta resolver corretamente os problemas que a causalidade deixava sem resposta, em especial os casos relativos aos delitos culposos.
- Se propõe que o julgador realize um juízo *ex post* de caráter naturalístico para valorar objetivamente, do plano exterior, a causalidade de um atuar humano com respeito a algumas consequências que coincidirão com aquelas descritas no tipo como resultado. Se a resposta for afirmativa, teria que se dotá-la de um juízo de caráter normativo. Após o requisito prévio que indica o exame anteriormente descrito, terá que se investigar se a série de acontecimentos correlatos pode gerar responsabilidade penal. Para tanto, como centro da imputação objetiva, dever-se-á comprovar que um comportamento é imputável ao seu autor como produtor de um resultado através de uma série de critérios orientadores, de caráter normativo, e derivados dos fins do Direito Penal. São os chamados critérios de imputação.



Teoria do delito

- Segundo **Roxin**, a imputação ao tipo objetivo produz-se com base em 02 (dois) princípios sucessivamente estruturados:

1º: refere-se à premissa de que um resultado causado pelo agente só poderá ser imputado ao tipo objetivo se a conduta do autor criou um risco para o bem jurídico não coberto por um risco permitido e se esse risco também se realizou no resultado concreto. A falta de criação do risco conduz à impunidade; a falta de realização do risco em uma lesão típica do bem jurídico, por seu turno, só tem como consequência a ausência de consumação, permitindo a punição a título de tentativa.

2º: refere-se ao fato de que se o resultado apresenta-se como realização de um risco criado pelo autor, em regra é imputável, de modo que se preenche o tipo objetivo. Não obstante, pode desaparecer a imputação se o alcance do tipo não abarca a exigência de se evitar tais riscos e suas repercussões. Neste sentido, não se pune a incitação à autocolocação em perigo.



Teoria do delito

A criação de um risco não permitido e a realização do risco no resultado.

- A convivência em sociedade há muito pressupõe a tolerância de determinados riscos, diante da vantagem indiscutível de certas atividades, sem as quais o homem não se manteria no mundo atual, tais como o tráfico aéreo, terrestre e marítimo, a utilização de gás, eletricidade, etc. No entanto, existem certos riscos que excedem essa tolerância e, muitas vezes, atingem bens jurídicos penalmente tutelados.
- Logo divide os riscos em permitidos e não permitidos (ou juridicamente desaprovados), sendo aqueles os socialmente aceitáveis e estes os que excedem os limites da tolerância da própria sociedade.
- Nesse passo, a ideia de risco não permitido surge como um novo grau de imputação, um critério a ser analisado depois da causalidade: comprovado o nexo causal, realiza-se um juízo *ex post* consistente, primeiro, em saber se o autor criou um risco juridicamente desaprovado e, segundo, se o resultado produzido é a realização daquele. Sendo afirmativas as respostas, torna-se possível, em princípio, a imputação do resultado à conduta de determinada pessoa.



Teoria do delito

- Através desse novo critério de imputação – criação de um risco não permitido – podem ser descartadas as condutas irrelevantes para o Direito Penal, o que se dá sem a necessidade da análise do tipo subjetivo, como faziam causalistas e finalistas.
- Assim, resta excluída a imputação, por exemplo, nos casos em que, não obstante tenha havido um resultado lesivo, a ação se manteve dentro de um risco socialmente permitido, quando verificada a diminuição do risco ou, ainda, quando o agente, embora não tenha diminuído o risco, tampouco o aumentou de modo juridicamente considerável. Ex. tempestade.
- É imprescindível que o risco gerado por meio de uma determinada conduta vá de encontro à norma penal, sendo censurado e conseqüentemente proibido por esta, para que se possa começar a falar em imputação objetiva. No tocante à realização desse risco não permitido em um resultado penalmente relevante é necessário que se tenha uma relação direta entre o risco criado e o resultado provocado por essa conduta. Caso não haja a existência desse nexu, vinculando a conduta e o resultado, o agente não pode ser responsabilizado



Teoria do delito

pela sua conduta, a não ser que ela já se enquadre em um tipo penal por si só.

- Em síntese, além da criação do risco proibido, o resultado deve ser exatamente o que se espera com aquele determinado risco. Se o resultado final não encontra no risco criado sua origem, o resultado não poderá ser imputado ao risco anteriormente criado pelo autor.

O alcance do tipo

- Segundo Roxin, com a realização de um perigo não coberto pelo risco permitido se dá, em regra, a imputação ao tipo objetivo. Contudo, há casos em que, ainda assim, fracassa a imputação, isto porque o alcance do tipo, o fim de proteção da norma típica (ou seja, da proibição de matar, lesionar etc.), não abarca resultados da classe dos produzidos, ou seja, o tipo não está destinado a impedir tais sucessos.
- O alcance do tipo aparece, então, como um terceiro critério para imputação objetiva: não se poderá imputar a alguém um resultado derivado de cursos lesivos que se encontrem fora do fim de proteção da norma.



Teoria do delito

- Portanto, além da criação e materialização de um risco não permitido, deverá se observar se o resultado por ele causado está abarcado pelo tipo, o que apenas pode ser feito casuisticamente – fato fortemente criticado por alguns autores.
- Seria, pois, a introdução de critérios de política criminal na interpretação dos tipos, devendo-se valorar cada problema caso a caso (na parte especial) sem a aplicação de critérios genéricos aplicáveis a todos os tipos penais.

Exemplo prático de aplicação da imputação objetiva:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. VÍTIMA – MERGULHADOR PROFISSIONAL CONTRATADO PARA VISTORAR ACIDENTE MARÍTIMO. ART. 121, §§ 3º E 4º, PRIMEIRA PARTE, DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA.



Teoria do delito

“6. Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta do acusado e a morte do mergulhador, à luz da teoria da imputação objetiva, seria necessária a demonstração da criação pelo paciente de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese. 7. Com efeito, não há como asseverar, de forma efetiva, que engenheiro tenha contribuído de alguma forma para aumentar o risco já existente (permitido) ou estabelecido situação que ultrapasse os limites para os quais tal risco seria juridicamente tolerado. 8. Habeas corpus concedido para trancar a ação penal, por atipicidade da conduta”. (STJ, HC 68871/PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Rel. para o acórdão Og Fernandes, 6ªT., j. 06/08/2009).



Teoria do delito

Referências bibliográficas

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 12^a ed. Saraiva: São Paulo, 2015.
- OLIVE, Juan Carlos Ferré. NUÑEZ PAZ. Miguel Ángel. OLIVEIRA. William Terra de. BRITO, Alexis Couto de. **Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. Princípios Fundamentais e Sistema. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. FABRETTI. Humberto Barrionuevo. **Introdução ao Direito Penal**. Criminologia, Princípios e Cidadania. São Paulo: Atlas, 2010.
- ZAFFARONI. Eugênio Raúl. PIERANGELI. José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 14^a ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.