

COMENTÁRIOS SOBRE A TEORIA DO FUNCIONALISMO PENAL

Mary Mansoldo¹
Junho/2011

RESUMO:

Trata-se de síntese introdutória sobre a Teoria do Funcionalismo Penal. Sem o propósito de aprofundamento, alguns conceitos são apresentados para reflexões sobre o tema. São analisadas as Teorias do Funcionalismo Penal Radical de *Jakobs* e o Funcionalismo Penal Moderado de *Roxin*.

Palavras-chave: Funcionalismo Penal. Funcionalismo Penal Radical. Funcionalismo Penal Moderado.

ABSTRACT:

It is introductory summary on Theory of Functionalism Criminal. Without the purpose of deepening, some concepts are presented for reflection on the subject. It analyzes the theory of functionalism Criminal Radical Moderate *Jakobs* and Functionalism of Criminal *Roxin*.

Keywords: Criminal Functionalism. Criminal Radical Functionalism. Functionalism Criminal Moderate.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Teoria Finalista – Hans Welzel. 3 Funcionalismos Do Direito Penal. 3.1 Questões Basilares Da Teoria Do Funcionalismo Penal. 3.2 Funcionalismo Radical De Günter Jakobs. 3.3 O Funcionalismo Moderado De Claus Roxin. 3.3.1. A Teoria Da Imputação Objetiva De Roxin. 4 Conclusões. Notas. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O termo *funcionalismo* tem suas raízes em várias ciências, como na sociologia, na filosofia e, a rigor, é utilizado nas ciências sociais.

Estudar e analisar as funções do Direito Penal no ordenamento jurídico, bem como, as suas consequências, denomina-se funcionalismo penal. Tal teoria é interpretada e explicada de formas diferentes pelos teóricos que a defendem, tais como, Jakobs, Zaffaroni, Roxin, entre outros.

Neste trabalho as duas correntes basilares sobre o tema serão analisadas, quais sejam: Teoria do Funcionalismo Radical de Jakobs e a Teoria do Funcionalismo Moderado de Roxin.

Para entender tais teorias, faz-se necessária a compreensão dos conceitos construídos por Hans Welzel, o pai da ciência finalista, eis que, o funcionalismo penal se desenvolveu a partir dos fundamentos críticos de Claus Roxin ao finalismo.

Na atualidade, a ordem jurídica brasileira possui base finalista e as conclusões sobre o funcionalismo penal, ainda, se apresentam de forma tímida. Existem países que se tornaram pioneiros nestes estudos, como Alemanha, Espanha e Portugal. Foram, justamente, os teóricos destes países que encontraram pontos contraditórios na teoria finalista e apresentaram críticas.

Ao ser estudado o tema proposto, sem a pretensão de esgotar o tema, pois, o propósito deste trabalho não é tratá-lo com profundidade, objetiva-se apresentar reflexões que contribuam didaticamente com o desenvolvimento de teorias que, aplicáveis ou não na atualidade, acrescentam significativamente nas bases do Direito Penal e Processual brasileiro.

2 TEORIA FINALISTA – HANS WELZEL

Em 1930 o alemão Hans Welzel criou a Teoria Finalista da Ação do Direito Penal que estuda o crime como atividade humana.

Esta teoria inovou se contrapondo com a Teoria Causalista da Ação que foi adotada até a reforma do Código Penal de 1984 brasileiro. A diferença significativa entre tais teorias refere-se ao fato de na finalista o elemento “intenção” ser considerado na composição da conduta criminal.

Para teoria finalista o dolo ou a culpa são elementos que compõem e definem a imputação da conduta criminal. Ou seja, à conduta de ação ou omissão é composta somando-se o dolo ou a culpa do suposto infrator. Já na teoria clássica ou causalista, tais intenções não eram consideradas na composição da tipicidade, pois, pertenciam à culpabilidade.

Na teoria finalista, encontra-se, além dos elementos objetivos (ação, nexos de causalidade e resultado), o elemento subjetivo do tipo (dolo e culpa). Por fim, a teoria finalista, trás na vontade seu próprio centro, seja no ato de assumir o risco de praticar eventual conduta (dolo), seja na forma em que não observadas as medidas de cuidado, acabou por praticar o fato penalmente incorreto (culpa).

Entre os defensores da teoria finalista estão César Roberto Bitencourt, Francisco de Assis Toledo, Luiz Regis Prado e Rogério Greco.

Da evolução do finalismo derivou a teoria funcionalista, também denominada de pós-finalista.

3 FUNCIONALISMOS DO DIREITO PENAL

Primeiramente, a matéria é chamada de “Funcionalismo no Direito Penal” porque ela procura atribuir função ao direito penal. Busca a teoria do funcionalismo penal responder a uma pergunta que é milenar: Para quê serve o Direito Penal no sistema jurídico?

Respondendo com base no funcionalismo, o Direito em geral e o Direito Penal em particular, são instrumentos que se destinam a garantir a funcionalidade e a eficácia do sistema social e dos seus subsistemas.

3.1 Questões basilares da Teoria do Funcionalismo Penal.

Teóricos da década de 70 passaram a entender e interpretar o Direito Penal como uma função inserida na Ordem Jurídica, desenvolvendo estudos sobre critérios subjetivos somados ao dolo e a culpa.

O teórico Claus Roxin inaugurou as premissas básicas da atual teoria funcionalista, também conhecida como teleológico-racional que apregoa a ideia de reconstrução da teoria do delito com lastro em critérios políticos criminais. O estudo visualizava a aplicação das normas penais aos casos concretos como instrumento do Estado no combate à criminalidade.

Como já dito, a preocupação basilar da teoria do funcionalismo penal é a de responder a pergunta: para que serve o Direito Penal? Na busca pela resposta foi apontado como único caminho viável a valoração das políticas criminais e o abandono do inseguro quesito “vontade”.

Uma questão diferenciada entre o pensamento finalista e o funcionalista diz respeito ao primeiro pensar que a realidade é unívoca e o segundo que a realidade admite várias formas de interpretações, o que não permite que o problema jurídico possa ser resolvido, apenas, através de considerações axiológicas.²

² Greco, Luis, artigo intitulado “Introdução à dogmática funcionalista do delito”, publicado na Revista Jurídica, Porto Alegre, Jul. 2000, p. 39.

3.2 Funcionalismo Radical de Günter Jakobs

Para Jakobs o Direito Penal tem como função reafirmar os valores de determinada ordem jurídica. Por suas teorias, recebeu muitas críticas e sendo considerado, inclusive, nazista. Porém, o teórico afirmou não estar apontando como o Direito Penal deve ser; mas, apenas apontando como o Direito Penal foi e é, ou seja, o Direito Penal foi e é um instrumento reafirmador da ordem jurídica vigente e, por consequência um modelo penal adotado em cada período histórico. Jakobs fez parte de uma concepção funcionalista conhecida como radical, onde o agente é punido porque agiu de modo contrário à norma e cupavelmente, assim, tentou explicar por sua teoria que o Direito Penal possui como função precípua a reafirmação da norma, buscando, desse modo, fortalecer as expectativas de quem a obedece.

Na teoria de Jakobs os fatos sociais são regulados pelo Direito Penal que protege diretamente a norma e indiretamente os bens jurídicos. Por sua vez, o delito é a transgressão da norma que viola as expectativas funcionais.

A grande controvérsia em relação a esta teoria, diz respeito ao fato de defender que a norma deve ser obedecida mesmo estando errada, assim, foi criado o *Direito Penal do Inimigo*, onde muitas interpretações foram no sentido de que o ser humano não é pessoa, é integrante de grupo social.

3.3 O Funcionalismo Moderado de Claus Roxin

Claus Roxin, também, afirmou que o Direito Penal tem por função reafirmar os valores da ordem jurídica. Esses valores consagrados pela Ordem Jurídica devem ser respeitados sob pena de aplicação de uma sanção mais grave, que é a sanção Penal e assim deve ser por razões de política criminal (penetrando na dogmática criminalista) e objetivando a reafirmação da dignidade humana. Porém, Roxin não especifica o que é Dignidade Humana. Sendo que, são muitas as culturas e, por consequência, muitas as concepções em relação aos valores da Dignidade da Pessoa Humana. Mas, de qualquer forma, no cerne do funcionalismo está a tutela de um bem jurídico de forma subsidiária e segmentaria. O bem jurídico é aquele valor cultural ou social que a ordem jurídica reconhece como merecedor de proteção.

No funcionalismo de Claus Roxin, enquanto o bem jurídico não for atingido o Direito Penal não deve atuar. Afirmar esta que cria controvérsias em função da evolução no Direito Penal quanto aos crimes, isto é, na extensa variedade de tipos de bens titulados. E, ainda, na atualidade percebe-se que o Direito Penal se antecipa a lesão. Mas, entende-se que o teórico defende o princípio da insignificância. A insignificância é instituto de política criminal. De tal modo, exclui a tipicidade. Um fato insignificante é formalmente típico, mas não materialmente típico.

3.3.1. A teoria da Imputação Objetiva de Roxin

Os primeiros conceitos da Teoria da Imputação Objetiva partiram de Hegel na Alemanha. Na década de 70 novos contornos foram dados por Claus Roxin. A teoria tem por finalidade resolver os problemas não solucionados pelo causalismo e finalismo.

Objetivando melhor entendimento, enquanto pela Teoria Causalista no tipo constavam, apenas, os elementos objetivos, pois, o dolo e a culpa faziam parte da culpabilidade, pela Teoria Finalista são elementos do tipo os objetivos e os subjetivos, sendo que, o dolo e a culpa foram retirados da culpabilidade e inseridos no tipo. Ou seja, o tipo deixou de ser considerado realizado apenas pelo fenômeno natural da causação, passando a ser necessário também um critério de vontade humana para um determinado fim.

Criou então Claus Roxin uma Teoria Geral da Imputação Objetiva, aperfeiçoando o tipo objetivo com o apontamento das hipóteses normativas que autorizam a imputação do resultado ao autor, eis que, segundo tal teoria, não apenas a causalidade material, mas, também, a causalidade normativa (imputação objetiva) deve compor o tipo objetivo. Por sua vez, para ocorrer à imputação objetiva deve existir um risco não-permitido realizado e que gere um resultado concreto dentro do alcance de um tipo penal.

Ao se empregar tal teoria, torna-se a causalidade material uma condição mínima e a causalidade de natureza jurídica é valorada, isto é, cabe verificar se o resultado previsto pode ou não ser imputado juridicamente ao autor, portanto, não basta que o resultado tenha sido praticado pelo agente para que se possa afirmar a sua relação de causalidade.

4 CONCLUSÕES

Em primeiro momento, salienta-se que existe apenas um funcionalismo penal, porém, existem várias formas de entendê-lo e interpretá-lo. Neste trabalho foram analisadas sem aprofundamentos, apenas, duas teorias sobre o funcionalismo, mas, teóricos como: Hassner que apresenta uma teoria aposta a Jakobs, Zaffaroni com a teoria da tipicidade comblobante ou Santiago Mir Puig que defende o funcionalismo limitado, participam acrescentando ideias e conceitos sobre o tema.

Apesar das variadas teorias, para o funcionalismo penal o sistema jurídico só encontra segurança nele mesmo, isto é, em sua densidade normativa.

Jakobs explica como o Direito Penal tem sido e reafirma as normas de uma ordem jurídica. Roxin vai além e reafirma, também, os valores fundados na dignidade da pessoa humana acrescidos a uma política criminal que direciona, porém, não especifica tais valores.

Na visão de Roxin somente na forma de controle social e na proteção de bens jurídicos essenciais deve-se recorrer ao Direito Penal. Mesmo sendo o fato típico, antijurídico e culpável pode-se não recorrer ao Direito Penal, sendo outras medidas mais eficazes e oportunas do que a sanção penal.

Para Jakobs, o recurso à sanção penal deverá ser utilizado bastando o infringir da lei. Pois, tal recurso irá fortalecer a norma penal como punição pelo desrespeito a expectativa normativa.

Entende-se que, para o funcionalismo penal ser aplicado ao modelo brasileiro, serão necessários ajustes tanto nas próprias regras da teoria como no próprio ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, foram apenas algumas considerações, porém, ressalta-se que o Direito de uma forma ou de outra, deve ser aplicado da maneira mais racional e, objetivando sempre, o proveito do indivíduo e da sociedade.

E, por esta necessidade de racionalidade justa, as teorias analisadas merecem estudos mais aprofundados, eis que o tema é relevante e pode acrescentar de maneira significativa nas atuais e futuras mudanças do âmbito penal e processual.

NOTAS

¹ Advogada. Bacharel em Direito pela UNIFENAS. Especialista em Direito Processual pela UGF. Pós-graduanda em Ciências Penais pela PUC/MG. Mestranda em Direito Processual pela PUC/MG. Professora universitária em Direito Processual. Integrante da equipe Junqueira Sampaio Advogados.

² Greco, Luis, artigo intitulado “Introdução à dogmática funcionalista do delito”, publicado na Revista Jurídica, Porto Alegre, Jul. 2000, p. 39.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, César Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. V.I 16^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOZZA, Fabio da Silva. Uma análise crítica da prevenção geral positiva no funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.16, n.70 (jan./fev. 2008), p. 41-70.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. A responsabilidade no funcionalismo. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre , v.6, n.32 , p. 61-63, jun./ jul. 2005.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. Doutrinas funcionalistas em direito penal (racionalidade final ou racionalidade axiológica? Alguns apontamentos sobre a função do conceito de bem jurídico no direito penal contemporâneo) . **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre , v.8, n.30 , p.25-54, jul. 2008.

GRECO, Luis, artigo intitulado “Introdução à dogmática funcionalista do delito”, **Revista Jurídica**, Porto Alegre, p. 39, Jul. 2000.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 383p.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo. Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans, **O Novo Sistema Jurídico Penal – Uma introdução à doutrina da ação finalista**, RT, 2001.