

Funcionalismo: Aspectos Fundamentais.

SUMÁRIO

1. Introdução
 2. Histórico
 - 2.1 Breve definição do funcionalismo
 - 2.2 A evolução das correntes penais e o funcionalismo
 - 2.3 Bases teóricas do funcionalismo
 3. Funcionalismo de Gunther Jakobs
 4. Funcionalismo de Claus Roxin
 5. Imputação objetiva
 6. Críticas ao sistema funcionalista
 7. Inovações
 8. Conclusão
- ## BIBLIOGRAFIA

1. Introdução

O presente texto objetiva traçar breves considerações sobre o funcionalismo e não pretende ser um estudo exaustivo e conclusivo sobre o tema.

O artigo aborda a evolução das diversas construções filosóficas no decorrer das fases do desenvolvimento histórico do Direito Pen chegando até o funcionalismo. Em seguida, aborda o funcionalismo e suas modalidades.

O funcionalismo, apesar de ser uma escola penal que se posiciona como uma das mais atuais na evolução das escolas penais, especialmente com grande representatividade na Alemanha, não possui aspectos inovadores, visto que encontra suas bases no neokantismo.

Ele se desenvolve na medida em que busca uma legitimação para a intervenção do Estado na sociedade atual -- a sociedade de risco -- cuja característica principal é a rapidez nas transformações sociais.

O sistema funcionalista possui um caráter teleológico, quer dizer, seu conteúdo é essencialmente ligado a política criminal.

Importante frisar que embora muitos juristas acreditem que o funcionalismo é sinônimo de Gunther Jakobs, o que já o remete a ideia de direito penal do inimigo, esta posição é totalmente incorreta. Na atualidade, existem vários funcionalismos e estes oferecem contribuições mais profundas para a dogmática do que o direito penal do inimigo, como a teoria da imputação objetiva. Em especial, o direito penal brasileiro adota o finalismo. Existem posições favoráveis e desfavoráveis em relação ao funcionalismo.

2. Histórico

2.1 Breve definição do funcionalismo

De acordo com Jesús-María Silva Sanchez, o funcionalismo não é mais que o produto da acentuação dos aspectos teleológicos valorativos já presentes na concepção dominante.

Sanchez acredita que não estamos diante de nada novo. Ele ensina que o sistema funcionalista se entrelaça com a metodológica do neokantismo, que nada mais é do que a introdução de aspectos teleológicos e axiológicos na construção do sistema¹.

Portanto, as concepções do funcionalismo têm como base o neokantismo. Diferente do finalismo, o funcionalismo orienta-se aos fins sociais e se opõe às dogmáticas ontologicistas.

Ainda um dos seguidores do funcionalismo, Schünemann relata que as correntes funcionalistas remontam à época do período da Ilustração, na qual a função elementar seria a reconstrução do direito penal como meio de evitar danos sociais². Uma tarefa das mais desafiadoras permanece: agrupar todas as correntes funcionalistas a partir de um conceito unitário.

¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo. Coleção: Direito e Ciências Afins. Volume 7. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011.pag. 121

² RAMOS, Enrique Peñaranda. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoria de sistemas em las actuales concepciones de la pena y del delito. , pag. 224

Os modelos funcionalistas que mais influenciaram o debate acadêmico de uma maneira geral são de Jakobs e o de Roxin³.

De uma maneira generalizada, podemos afirmar que o funcionalismo se caracteriza como um sistema penal com conteúdos dos institutos dogmáticos voltados para política criminal⁴. Explica Andrei Zenkner Schmidt, que o funcionalismo pode ser entendido como a construção do sistema penal e do seu conteúdo, bem como de suas categorias, a partir de considerações de política criminal voltadas ao controle social⁵.

2.2 A evolução das correntes penais e o funcionalismo

O início da teoria do delito ocorreu no período do sistema naturalista ou clássico, e era baseado no positivismo e seus conceitos eram avalorados⁶. O referido sistema e seu método de construção sofreram duras críticas, pelo fato de não encontrar solução para vários casos do direito. Para efeito de ilustração, transportamos o exemplo de Luís Greco:

“O marceneiro que constrói a cama seria também imputado o crime de adultério, pois com sua ação de fabricar a cama causou o resultado ou contribui para o mesmo. O conhecimento da realidade pré-jurídica não resolve problemas jurídicos. Tudo depende da importância que confere o direito ao fato natural, de uma valoração de que este se torna objeto, a qual instantaneamente faz com que ele deixe de ser puramente natural, adentrando o mundo jurídico. Enfim, o primeiro defeito do naturalismo é incorrer naquilo que a filosofia moral chama de *falácia naturalista*: parte do pressuposto de que o ser é capaz de resolver os problemas do dever ser, ou, noutras palavras, de que aquilo que é, só por ser, já deve ser, o que é uma evidente falácia.”⁷.

³ REIS, Marco Antonio Santos. Novos rumos da dogmática jurídico-penal: da superação do finalismo e de sua suposta adoção pelo legislador brasileiro a um necessário esclarecimento funcionalista. Pag. 60

⁴ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Considerações sobre um modelo teleológico-garantista a partir do viés funcional-normativista. In Política Criminal Contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal: Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, p. 88, maio-jun. 2008.

⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Considerações sobre um modelo teleológico-garantista... *op. cit.*, 107

⁶ GRECO, Luís. Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito – Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal” de Roxin. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 8, n. 32, p. 123, out-dez. 2000

⁷ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito... *op. cit.*, pag. 124

Outro problema do casualismo apontado por Luís Greco é seu caráter classificatório e formalista. De acordo com estas características apontadas pelo autor, todos os impasses seriam resolvidos pela lei, bastando o enquadramento do fato ao tipo penal de forma instantânea. No exemplo acima do marceneiro, imputar-lhe ia o crime de adultério.

Na sequência, para superação de parâmetros de cunho positivista, surge o neokantismo. Com o neokantismo, ocorre a substituição da dogmática formalista-classificatória para *um sistema teleológico, referido a valores*⁸. Nas palavras de Luís Greco: “O finalismo aparece como forma de superação do dualismo metodológico do neokantismo, negando o axioma sobre o qual ele assenta: o de que entre ser e dever ser existe um abismo impossível de ultrapassar. A realidade para o finalista, já traz em si uma ordem interna, possui uma lógica intrínseca: *a lógica da coisa* (Sachlogik).” Em síntese, para o finalismo o que importa é a realidade, portanto, “o ser” é mais importante do que o “dever ser”.

Luís Greco critica o finalismo e aponta que este se baseou em demasiado nas estruturas lógico formais e acabou não fornecendo soluções para o direito. Oferece como exemplo casos de tentativa ou do erro de proibição.

O funcionalismo busca solucionar as questões não esclarecidas pelos finalistas. Para o funcionalismo, não interessa a estrutura lógico-real da finalidade, mas o que lhe preocupa é o quando se mostra necessária e legítima a pena por um crime doloso.

2.3 Bases teóricas do Funcionalismo:

Podemos dizer que o funcionalismo baseia-se em duas formulações teóricas sociológicas que lhe dão alicerce: a teoria da sociedade de risco e a dos sistemas⁹.

A sociedade de riscos, termo cunhado pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, para definição da sociedade do início dos anos 80, origina-se dos fenômenos de intensa e veloz globalização, geração de riqueza e desenvolvimento da modernidade.¹⁰ Os riscos

⁸ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito... *op. cit.*, pag. 124

⁹ RASSI, João Daniel. A sociedade de risco, teoria dos sistemas e o FUNCIONALISMO penal: uma aproximação teórica. Artigo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=10342. Acesso em 11 de dezembro de 2011.

¹⁰ Cf. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ed. Paidós, 2002, p. 17.

e perigos decorrentes da sociedade moderna pós-industrial se diferenciam dos da Idade Média, por serem um produto global da máquina do progresso incessante¹¹.

O progresso desenfreado gera situações preocupantes em diversos níveis, tais como: a alimentação, o meio ambiente, a segurança pública e a saúde. A sociedade moderna se depara com problemas que até então eram totalmente desconhecidos¹². A quantidade significativa de riscos gera problemas sem solução em relação ao nexo causal, que se estabelece entre os riscos e os efeitos lesivos desse sistema de produção industrial, o qual fabrica uma pluralidade infinita de interpretações individuais sobre seus conflitos.

Como expressa Ulrich Beck, existe um paradoxo na busca incessante de melhoria das condições humanas e o avanço tecnológico incontido, sendo que o elemento risco se relaciona com o desenvolvimento social¹³. Diante da frustração da impossibilidade de resolução dos obstáculos, fora do âmbito de controle humano, a coletividade se converte em uma sociedade de riscos extremamente conflituosa, autocrítica e insegura¹⁴.

As novas características dos riscos contemporâneos facilitam a propagação de um discurso pela participação do direito penal¹⁵.

Com a ideia de risco, percebe-se que o mundo é fragmentário e menos sistemático, sendo cada vez mais influenciável às demandas sociais de proteção frente a novos riscos¹⁶.

A teoria dos sistemas foi criação do sociólogo alemão Niklas Luhmann, na qual elabora uma teoria geral da sociedade. Seu objetivo foi reagir ao formalismo exagerado do positivismo jurídico. De uma forma resumida, a teoria dos sistemas procura inserir elementos de fora para o direito¹⁷.

O sociólogo alemão observa que o direito se origina da seleção de expectativas de condutas pré-existentes na sociedade por um processo racional. Esse processo

¹¹ Cf. BECK, Ulrich. *La sociedad... op. cit.*, p. 28.

¹² Cf. BECK, Ulrich. *La sociedad... op. cit.*, p. 31.

¹³ Cf. BECK, Ulrich. *La sociedad... op. cit.*, 37 a 39

¹⁴ Cf. BECK, Ulrich. *La sociedad... op. cit.*, p. 31.

¹⁵ Cf. BECK, Ulrich. *La sociedad... op. cit.*, p. 31.

¹⁶ RASSI, João Daniel. A sociedade de risco, teoria dos sistemas e o FUNCIONALISMO penal: uma aproximação teórica. Artigo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=10342. Acesso em 11 de dezembro de 2011.

¹⁷ RASSI, João Daniel. A sociedade de risco, teoria dos sistemas e o FUNCIONALISMO penal: uma aproximação teórica. Artigo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=10342. Acesso em 11 de dezembro de 2011.

legítima a atuação do legislador (e mesmo do Estado) na atribuição de normatividade a estas expectativas¹⁸.

No âmbito do sistema social, existem dois tipos de expectativas apontadas por Luhmann: expectativas cognitivas, que representam expectativas comuns à maioria dos membros da sociedade, mas que inobservadas não geram sanção formal pelo Direito; e expectativas normativas, que se inobservadas geram, para quem as violou, a sanção correspondente do sistema do direito¹⁹.

A teoria dos sistemas traz o conceito de autopoiese. Conforme explicam Germano Schwartz e Arnaldo Bastos Santos Neto:

“Assim, forma-se o sistema do Direito de forma autopoietica, fechado em seu interior, mas aberto ao entorno. Sua evolução reside na interação de sua parte endógena, absorvida pelo exógeno social. Desse modo, o Direito se torna autopoietico *quando suas auto-descrições permitem desenvolver e aplicar uma teoria de fontes jurídicas no contexto da qual as normas possam ser geradas através de precedentes jurisprudenciais ou outros processos de criação jurídica endógena*. (...) O sistema jurídico autopoietico é, portanto, um sistema observável, um sistema ativo de observação, consistente na possibilidade de o próprio Direito ser observado por um observador. É um sistema auto-referente no modo de observar a realidade. Suas normas são derivadas de outras normas, e suas decisões ou se socorrem de suas próprias decisões ou se socorrem das próprias normas”²⁰.

“O sistema passa a ser operativamente fechado e cognitivamente aberto ao entorno. No caso de uma norma penal, por exemplo, é fácil perceber o ponto de abertura do sistema. No caso do artigo 121 do Código Penal Brasileiro, a descrição típica refere a matar alguém (João Hélio). A abertura reside na pergunta: terá A matado X? O sistema processa informações mediante o código Recht/Unrecht, modificando seu interior, dando continuidade à sua autopoiese.”²¹

O direito é fechado porque necessita reproduzir suas operações. Todavia, quando possui programa específico, ele se abre para o mundo externo amalhando essa comunicação mediante seu código (Recht/Unrecht) e, a partir daí, retorna sua recursividade. No sistema brasileiro, o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil é

¹⁸ SCHWARTZ, Germano. O Sistema Jurídico em Kelsen e Luhmann: Diferenças e Semelhanças. In Direitos Fundamentais E Justiça. Porto Alegre, HS Editora, p. 198, ano 2, nº 4, jul-set. 2008.

¹⁹ SCHWARTZ, Germano. O Sistema Jurídico em Kelsen e Luhmann... *op. cit.*, p. 198.

²⁰ SCHWARTZ, Germano. O Sistema Jurídico em Kelsen e Luhmann... *op. cit.*, p. 199 e 200.

²¹ SCHWARTZ, Germano. O Sistema Jurídico em Kelsen e Luhmann... *op. cit.*, p. 201.

exemplar nesse sentido. É uma norma jurídica que autoriza a abertura do sistema, mas que, seguida à abertura, traz para si, dita comunicação, desta vez já sob o amparo de seu código específico²².

3. Funcionalismo de Gunther Jakobs

Além da influência da teoria dos sistemas de Luhmann, podemos visualizar também as ideias de Émile Durkheim, considerado um dos fundadores da corrente funcionalista na área da sociologia²³. Na obra *Da divisão do trabalho social* de Durkheim, podemos notar uma forte preocupação com o individualismo, o que o levou a estudar com profundidade a questão da garantia da coesão social²⁴²⁵.

“Dessa forma, a pena não se presta a produzir efeitos sobre o indivíduo que comete o crime, mas visa atingir a coletividade como um todo: O castigo é sobretudo destinado a atingir pessoas honestas, pois, visto que serve para curar ferimentos provocados por sentimentos coletivos, só pode ter esse papel onde esses sentimentos existem e na medida em que são vivos. Sem dúvida, prevenindo nos espíritos já abalados um novo debilitamento da alma coletiva, o castigo pode muito bem impedir que os atentados se multipliquem; mas esse resultado, útil de resto, nada mais é que um reflexo particular” (DURKHEIM, 1999a, p. 82)²⁶

Do exposto, podemos inferir que existe grande familiaridade de Durkheim com o pensamento de Jakobs, quando o penalista alemão incorpora no direito penal o conceito da garantia a constituição de uma coesão social com a ideia da divisão de trabalho, que acaba por apresentar um caráter moral²⁷.

²² SCHWARTZ, Germano. O Sistema Jurídico em Kelsen e Luhmann... *op. cit.*, p. 202.

²³ BENEDETTI, Juliana Cardoso. As raízes sociológicas do funcionalismo penal: uma aproximação entre Émile Durkheim e Günther Jakobs. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano n. 73, p. 11, jul-ago. 2008

²⁴ BENEDETTI, Juliana Cardoso. As raízes sociológicas do funcionalismo penal... *op. cit.*, p. 14 e 15

²⁵ “O direito é, então, entendido como a expressão institucionalizada de certas relações sociais. Se a forma pela qual essas relações se dão reflete o modo pelo qual os membros do grupo social são solidários entre si, decorre que a partir da análise do direito de uma sociedade será possível dizer algo sobre a solidariedade existente entre seus integrantes. A predominância de um determinado tipo de direito indicará a prevalência de um determinado tipo de solidariedade social.” BENEDETTI, Juliana Cardoso. As raízes sociológicas do funcionalismo penal... *op. cit.*, p. 16

²⁶ BENEDETTI, Juliana Cardoso. As raízes sociológicas do funcionalismo penal... *op. cit.*, p. 20

²⁷ BENEDETTI, Juliana Cardoso. As raízes sociológicas do funcionalismo penal... *op. cit.*, p. 22 e 23

Na sequência, podemos visualizar bem o conceito de divisão de trabalho no trecho do livro de Gunther Jakobs:

“Formulando de modo mais geral: as garantias normativas que o Direito estabelece não têm como conteúdo que todos tentem evitar todos os danos possíveis – se assim fosse, produzir-se-ia uma paralisação imediata da vida social. Por isso é que se atribuem a determinadas pessoas – e não a todas pessoas – que ocupam determinadas posições no contexto de interação, determinados encargos. É dizer, asseguram padrões gerais, papéis que devem ser cumpridos. Deste modo, possibilitam uma orientação com base em padrões gerais, sem necessidade de conhecer as características individuais da pessoa que atua”²⁸.

Quando se pratica um delito, a ideia que traz a concepção de Jakobs é a de que a norma não é afetada, pois se pensássemos de outro modo, estaríamos colocando à prova a vigência da norma e sua função de orientação das condutas sociais. A norma continua válida, mesmo quando é transgressão da mesma²⁹.

A pena para o autor alemão deve ser entendida como a mostra da vigência da norma ao custo de um responsável, o que provoca na população um exercício de fidelidade ao direito. Em consequência, a pena somente cumpriria sua função com a estabilização da norma lesionada³⁰.

A essência do pensamento de Jakobs afirma que a pena visa a estabilização do sistema. Para Jakobs, o Direito Penal deve lembrar à sociedade que há certas máximas que devem ser sempre cumpridas e que são consideradas indisponíveis³¹.

A sociedade é um sistema originado da comunicação, cujas regras já estão implícitas. Esta comunicação deve ser capaz de manter sua configuração³². Portanto, a norma no funcionalismo de Jakobs possui papel crucial, cria expectativas de comportamento e a pena é extremamente importante para a manutenção do sistema.

²⁸ JAKOBS, Günther. A imputação objetiva no direito penal. tradução: André Luís Callegari. 3ª edição revista. Editora Revista dos Tribunais. P. 19. 2010.

²⁹ BOZZA, Fábio da Silva. Uma análise crítica da prevenção geral positiva no funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 70, n. 78, p. 50, jan-fev. 2008

³⁰ BOZZA, Fábio da Silva. Uma análise crítica da prevenção geral positiva... *op. cit.*, p. 52.

³¹ JAKOBS, Günther. Sociedad, Norma y Persona em uma Teoría de um Derecho Penal Funcional. Cuardenos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Buenos Aires - Argentina, Editora Ad-Hoc, nº 9, p. 24, maio-jun. 2009.

³² JAKOBS, Günther. Sociedad, Norma y Persona em uma Teoría de um Derecho Penal Funcional... *op. cit.*, p. 25.

“La prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho penal confirma por tanto, la identidad social. El delito no se toma como principio de una evolución ni tampoco como suceso que deba solucionar se de modo cognitivo, sino como comunicación defectuosa ,siendo imputado este defecto al autor como culpa suya. Dicho de outro modo, la sociedad mantiene las normas y se niega a entender-se asi misma de otro modo. En esta concepción, la pena no es tan sólo um médio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo. Ciertamente, puede que se vinculen a la pena determinadas esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicologia social o individual de muy variadas características, como, por ejemplo, la esperanza de que se mantega o solidifique la fidelidad al ordenamento jurídico. Pero la pena ya significa algo con independencia de estas consecuencias : significa uma autocomprobación”³³.

Podemos dizer que para Jakobs, o funcionalismo deve ser entendido como a teoria que busca no Direito Penal a garantia da identidade normativa, em sua última função a segurança da sociedade³⁴. Para Jakobs a norma exerce papel fundamental na “criação de expectativas de comportamento”. As normas jurídicas possuem validade independentemente de seu cumprimento. A norma continua válida, mesmo quando existe transgressão da mesma ³⁵. Jakobs é duramente criticado por dar extrema importância às necessidades sistêmicas, sempre dirigidas à função preventiva. Conforme relembra Antonio Luís Chaves Camargo: “a violação da norma acaba sendo uma violação de função ao sistema, não porque gere um prejuízo ao bem jurídico, mas, porque vai contra o mandamento da norma” ³⁶.

Na seqüência, Jakobs fundamenta sua teoria da imputação objetiva nas atribuições de papéis sociais de cada indivíduo na sociedade; ninguém será responsável por atos que estejam fora de seu âmbito de organização³⁷.

De acordo com a concepção de Jakobs, a causalidade e finalidade que eram dados ontológicos serão convertidos pelo conceito normativo de competência. Na vida

³³ JAKOBS, Günther. Sociedad, Norma y Persona em uma Teoría de um Derecho Penal Funcional... *op. cit.*, p. 20 e 21.

³⁴ BOZZA, Fábio da Silva. Uma análise crítica da prevenção geral positiva... *op. cit.*, p. 48

³⁵ BOZZA, Fábio da Silva. Uma análise crítica da prevenção geral positiva... *op. cit.*, p. 50

³⁶ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. Imputação objetiva e Direito Penal Brasileiro. São Paulo, Editora Cultural Paulista. 2001. p. 39

³⁷ BENEDETTI, Juliana Cardoso. As raízes sociológicas do funcionalismo penal... *op. cit.*, p. 30

em sociedade, cada indivíduo exerce um papel que se encaixa em expectativas, cada pessoa deve exercer suas funções sem violar as normas penais³⁸.

Ainda, de acordo com os ensinamentos de Antonio Luís Chaves Camargo, “a absolutização do método funcional por Jakobs, sem as limitações do ontológico ou do sentido ordinário da linguagem, levou Silva Sanchez a caracterizar o funcionalismo de Jakobs como funcional radical”.

Uma questão bastante atacada na construção do funcionalismo de Jakobs é que ele não soube explicar a razão da necessidade de estabilização das expectativas normativas por intermédio do Direito Penal, que é um instrumento tão duro, sendo que existem outros meios disponíveis³⁹. Para Jakobs, o mais importante a ser levado em consideração é a *a violação da norma*, portanto, o transgressor é “culpável”, pois a norma deve ser revalidada, nas palavras de Luis Greco “A culpabilidade nada mais é que uma derivação da prevenção geral”⁴⁰

Outra grande controvérsia da ideologia de Jakobs é que o fim em si mesmo não seria o homem, mas sim a norma. A consequência seria que a função de garantia e proteção do conceito de culpabilidade podem se perder totalmente⁴¹.

Para Gunther Jakobs, o Direito Penal possui uma relação de dependência recíproca com a sociedade e cabe ao Direito Penal realizar esforços para resolução dos novos problemas sociais, até que o sistema jurídico alcance uma complexidade adequada com referência ao sistema social⁴².

4. Funcionalismo de Roxin

O ponto em comum entre Jakobs e Roxin é que a construção do sistema jurídico não deve fundamentar-se em dados ontológicos (ação, causalidade, estrutura lógico real), mas sim orientar-se pelos fins do direito penal⁴³.

³⁸ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito... *op. cit.*, pag. 141

³⁹ BOZZA, Fábio da Silva. Uma análise crítica da prevenção geral positiva... *op. cit.*, p. 57

⁴⁰ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito... *op. cit.*, pag. 153

⁴¹ BOZZA, Fábio da Silva. Uma análise crítica da prevenção geral positiva... *op. cit.*, p. 57

⁴² JAKOBS, Günther. Sociedad, Norma y Persona em uma Teoría de um Derecho Penal Funcional... *op. cit.*, p. 23.

⁴³ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Considerações sobre um modelo teleológico-garantista... *op. cit.*, p. 105.

O funcionalismo de Roxin caracteriza-se pelo aspecto predominante da política criminal. Para o jurista alemão, a política criminal e direito penal integram-se e trabalham sempre juntos. Na valiosa lição de Luís Greco:

“o sistema de Roxin apresenta-se como uma síntese entre o pensamento dedutivo (valorações político criminais) e indutivo (composição de grupos de casos), o que é algo profundamente fecundo, porque se esforça por atender, a uma vez só, as exigências de segurança e de justiça, ambas inerentes à ideia de direito. Mas também não cai Roxin no normativismo extremo, pois que permanece sempre atento à resistência da coisa, sem contudo render culto às estruturas lógico reais, como faz o finalismo ortodoxo, garantido a abertura e o dinamismo do sistema”⁴⁴.

Para Roxin, o mais importante para a construção e interpretação do tipo penal deve ser sua fundamentação no bem jurídico. Ele afirma que o injusto penal tem como alicerce a afetação do bem jurídico⁴⁵.

De acordo com Roxin, a teoria da imputação objetiva serve para a reflexão do princípio de proteção de bens jurídicos nas categorias dogmáticas e sistemáticas da teoria do injusto.⁴⁶ Além disso, acrescenta Roxin que a referida teoria ainda serve para manutenção do Estado de Direito e tem como tarefa o equilíbrio de interesses entre a segurança estatal e a liberdade individual.

Roxin é crítico à concepção de Jakobs, no que diz respeito ao abandono da função restritiva de culpabilidade, numa posição menos radical defende a necessidade preventiva da pena, que deve ser subsidiária em relação ao princípio da culpabilidade,

⁴⁴ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito... *op. cit.*, pag. 138 e 139

⁴⁵ ROXIN, Claus. El injusto penal em el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual. In *Derecho Penal y Modernidad*. Coordinador: Luis Miguel Reyna Alfaro. ARA Editores. p. 123

⁴⁶ “Assim, conceituo bens jurídicos como dados imprescindíveis para a livre e pacífica convivência dos seres humanos sob a garantia de todos os direitos assegurados pela Constituição. São bens jurídicos, por exemplo, a vida humana, a integridade física, a autodeterminação sexual, a propriedade e patrimônio, e também os chamados bens jurídicos da coletividade, como a moeda e a administração da justiça. Afinal, sem uma moeda intacta e uma administração da justiça que funcione não é possível uma livre e pacífica convivência na sociedade moderna. Tarefa do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos apenas quando essa proteção não possa ser alcançada por meio de outras medidas sócio-políticas menos gravosas (como o Direito Civil, o Direito Público ou o Direito de contraordenações), pois o princípio da proporcionalidade exige que o Estado se dê por satisfeito com a intervenção menos intensa possível. Em breves palavras, isso significa: tarefa do Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos. Injusto é todo comportamento a que deve ser cominada uma pena por razões ligadas à proteção de bens jurídicos.”. ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 18 n. 82, p. 24 a 47, jan-fev. 2010.

sendo que este princípio permanece inabalável no seu caráter limitativo. Roxin privilegia, desta forma a prevenção especial positiva. Apenas para ilustrar o nosso sistema adota pela interpretação do art. 59 do Código Penal, além da teoria prevencionista⁴⁷⁴⁸.

O funcionalismo de Roxin é chamado de “moderado”, pois a sua essência está mais voltada na questão prática e na inclusão de valores e princípios garantistas, diferentemente do de Jakobs, que se fundamenta na necessidade sistêmica⁴⁹.

5. Imputação Objetiva

A moderna teoria da imputação objetiva já tem sido discutida há muitas décadas na doutrina estrangeira, em especial na Alemanha. No ano de 1970, Roxin expôs o conceito da imputação objetiva, que continha os seguintes pressupostos: a criação de um risco proibido, a concretização do risco no resultado concreto e abrangência do tipo.

Sabemos que além de Roxin, outros doutrinadores alemães construíram outras formulas imputação objetiva como Jakobs, Puppe e Frisch, mas a de Roxin é a de maior aceitação entre doutrinadores na Europa e no Brasil. A teoria da imputação objetiva busca restringir o alcance do nexos da causalidade, fundada na teoria de equivalência dos antecedentes, que às vezes leva a situações de injustiça e também absurdas. A teoria do delito, de acordo com a imputação objetiva, só permite incriminar condutas quando houver o nexos de causalidade entre o resultado, porém é necessário também analisar se a conduta tipificada imputada ao agente ocorreu dentro de um risco não permitido e realizado no alcance do tipo correspondente⁵⁰.

A imputação objetiva não substitui o nexos de causalidade, ela figura como um outro elemento para a observação da realização do resultado. Com a imputação objetiva, o tipo se torna “renormativizado”, o que quer dizer que o direito penal apenas deve se

⁴⁷ BELO, Warley. Culpabilidade material em Jakobs e Roxin. Boletim IBCCRIM nº 221, abril 2011.

⁴⁸ Lição de Luís Greco: “Roxin é mais moderado, pois, ao contrário de Jakobs, não descarta a ideia de culpabilidade, valendo-se dela como elemento limitador da pena. Porém, a culpabilidade, por si só, seria incapaz de fundamentar a pena num direito penal não retributivista, e sim orientado exclusivamente para a proteção de bens jurídicos.” GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito... *op. cit.*, pag. 152 e 153.

⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011. Pag. 125

⁵⁰ MARTINELLI, Joao Paulo Orsini. a teoria da imputação objetiva e o direito penal brasileiro. Artigo da Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050504124801640&mode=print.

preocupar com condutas perigosas ao bem jurídico, ações que não causem lesões ao bem jurídico e estejam na esfera do risco permitido tornam-se atípicas⁵¹. Portanto, a imputação objetiva, pode ser vista como um avanço na dogmática do direito penal para a manutenção do equilíbrio e justiça em várias.

A teoria da imputação objetiva para Roxin possui os seguintes pressupostos: a criação de um risco relevante e proibido; realização do risco no resultado e resultado dentro do alcance do tipo. A teoria de Jakobs: criação de um risco permitido princípio da confiança proibição do regresso capacidade da vítima⁵².

Em síntese, a imputação objetiva incrementa o âmbito do tipo objetivo, e faz incidir uma maior exigência à imputação de um resultado, mas importante frisar que ela não substitui a causalidade, mas tenta elaborar critérios de grupos específicos para imputação de um determinado fato ao agente.

6. Críticas ao sistema funcionalista

A primeira crítica apontada ao sistema funcionalista é que ele pode causar insegurança, devido a uma demasiada orientação teleológica, pois comunica-se e fundamenta-se demais na política criminal. Como consequência de uma interpretação excessiva em elementos de política criminal, o intérprete, no caso o magistrado, possui um amplo poder na hora da decisão. Alguns juristas acreditam que, este poder pode se transformar em arbitrariedade na hora da decisão, em decorrência da possibilidade de amplitude do conceito de Direito Penal ⁵³.

Cancio Meliá critica Jakobs no sentido de que sua concepção de prevenção geral positiva, característica do funcionalismo jakobsiano, possui um excesso de sociologismo ⁵⁴.

⁵¹ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito... *op. cit.*, pag. 145

⁵² MARTINELLI, Joao Paulo Orsini. a teoria da imputação objetiva e o direito penal brasileiro... *op. cit.*,

⁵³ REIS, Marco Antonio Santos. Novos rumos da dogmática jurídico-penal... *op. cit.*, p. 63.

⁵⁴ MELIÁ, Manuel Cancio. Dogmática y Política Criminal En Una Teoría Funcional Del Delito. In El Sistema Funcionalista Del Derecho Penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal. Lima, Editora Grijley, p. 38. 2000.

A utilização do Direito Penal como um instrumento para a estabilidade de valores institucionais pode ter dificuldade em estabelecer limites ao poder sancionador do Estado. Torna-se fundamental que a perspectiva funcionalista busque estabelecer conteúdo material legítimo para a criação de suas normas penais. De acordo com Patricia Laurenzo Copello:

“Se alega, en efecto, que el traslado a la dogmática de una concepción donde el Derecho penal aparece como un instrumento destinado a dotar de estabilidad a una serie de valores institucionalizados a través de normas, convierte a la ciencia jurídico-penal en una disciplina acrítica y condenada a legitimar cualquier clase de intervención punitiva. De modo breve: la perspectiva funcionalista haría de nuestra Ciencia un instrumento conservador de legitimación del estado de cosas establecido – cualesquiera sean los contenidos materiales de este – debilitando así, por otra vía, su tradicional papel garantístico”⁵⁵.

A dogmática funcionalista também sofre críticas no que diz respeito a seu distanciamento de elementos de caráter democrático de um sistema penal como a prevenção especial, intervenção mínima.

“Es más, para críticos tan radicales como F.MUNÓZ CONDE ,cuya postura no se tiene que suscribir necesariamente :”La única diferencia entre la fundamentación actual del Derecho penal y la que ofrecía el nacionalsocialismo es que el funcionalismo está dispuesto a asumir también que Derecho es lo que es funcional (útil) al sistema democrático, aunque muchos de sus preceptos no tengan nada de democrático. En definitiva, ‘la razón de Estado’, que es el poder punitivo, o la funcionalidad de su sistema, independientemente de que sea democrático o autoritario, se convierte en el único fundamento del Derecho (penal)”⁵⁶.

7. Inovações

⁵⁵ COPELLO, Patricia Laurenzo. El enfoque teleológico-funcional em el sistema del delito: breves notas sobre su alcance garantístico. *In* El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales em Memoria del Professor José Manuel Valle Muñoz, São Paulo, Aranzadi Editorial. p. 445. 2008.

⁵⁶ VELÁSQUEZ V, Fernando. El Funcionalismo Jakobsiano: uma Perspectiva Latinoamericana. *In* Revista de Derecho Penal y Criminología. Madrid, Editora Marcial Pons, p. 208, 2ª epoca, nº 15, janeiro. 2005.

O Direito Penal é dinâmico, pois ele acaba representado a sociedade em um determinado momento social e histórico e, por fim, acaba naturalmente incorporando funções da política criminal.

Portanto, com incorporação das funções da política criminal no Direito Penal, este se torna mais próximo da realidade da sociedade em que mantém e regula.

Uma inovação importante do funcionalismo foi exatamente a análise do tipo penal de uma maneira diferenciada da tradicional, além da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, imprescindível a investigação do delito sob aspecto da política criminal.

O funcionalismo representa, de uma certa forma, a solução de algumas questões que o finalismo não encontrou respostas satisfatórias, como por exemplo, nos delitos culposos e omissivos. Nas palavras de Roxin:

“O injusto do delito culposo não está no fim proposto pelo autor, mas sim na causação evitável do resultado não querido. (...) Da mesma forma, fracassa a teoria finalista da ação diante dos delitos omissivos, como, aliás, o admitem os próprios finalistas desde o escrito de habilitação de Armin Kaufmann. Afinal aquele que se omite não domina nenhum curso causal, e o que se lhe reprova é não ter intervindo num curso causal dele independente. (...) Também a teoria finalista da ação não esclarece corretamente o significado social do injusto quando surgem elementos normativos do tipo não dirigíveis pela vontade. (...) Pode-se igualmente criticar os resultados obtidos pela teoria finalista da ação na medida em que não é possível deduzir soluções de problemas jurídicos de dados ontológicos como a finalidade da ação humana. As soluções somente podem ser alcançadas a partir de valorações e nunca a partir de meros dados do ser.”⁵⁷

Um acordo entre uma racionalidade funcional e outra axiológica torna-se fundamental, em relação à própria concepção de Estado de Direito, mas sempre se deve observar e garantir a liberdade e dignidade humana como elementos indisponíveis do Direito Penal⁵⁸.

Ainda vale ressaltar que o Direito Penal apenas se legitima quando não for possível a tutela dos bens jurídicos em questão, respeitando o princípio da subsidiariedade do Direito Penal.

⁵⁷ ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção sistemática... *op. cit.*, pag. 30 e 31

⁵⁸ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa. 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*. Publicação conjunta do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS e do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais. Editora Notadez. p. 32

Atualmente, existem doutrinadores que criticam o funcionalismo pelo fato de o mesmo abandonar totalmente o princípio citado acima e proteger interesses (bens jurídicos) que fogem do Direito Penal clássico. Uma pergunta necessária é a de questionamento da “autenticidade” do bem jurídico⁵⁹.

A ilegitimidade de proteção a um determinado bem jurídico pode acarretar em arbitrariedade na incriminação e aplicação das penas.

A orientação axiológica do funcionalismo traz uma salutar normatização dos conceitos, e ela é precisa, pois conforme constata Silva Sanchez, acaba por proporcionar a flexibilidade essencial para que se permita variações de conteúdo nos conceitos em função das mudanças valorativas ou do equilíbrio de fins.

Nessa sequência, ainda como explica o penalista espanhol “Em todo caso, deve ficar claro que, em suas origens, a preocupação de Roxin é “prática”, e está bastante relacionada às críticas mais triviais ao sistema. Sua proposta constitui, portanto, uma tentativa de salvar o sistema, tornando-o, ao mesmo tempo, apto a resolver problemas. A solução diante do sistema fechado, por um lado, e o pensamento tópico, por outro, é chamado de “sistema aberto”, de orientação teleológica⁶⁰.

O funcionalismo apesar de ser abraçado por muitos países da Europa, ainda encontra uma certa resistência no Brasil.

Em síntese, importante mencionar a explicação de Andrei Zenker Schmidt, na qual existe a possibilidade de construção de um sistema funcionalista-garantista. De acordo com as palavras do referido autor:

“é possível a construção de um sistema penal funcional-garantista de prevenção geral dupla, onde a necessidade de reintegração cultural (prevenção geral positiva) estabelece os limites mínimos da intervenção penal, ao passo que a refutação do arbítrio punitivo (prevenção geral negativa), os limites máximos desta mesma intervenção. Somente assim poderemos promover uma reconciliação entre o caráter humanitário do Direito Penal e a complexidade social do mundo pós-moderno”⁶¹.

8. Conclusão

⁵⁹ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa. Doutrinas funcionalistas em Direito Penal... *op. cit.*, p. 34

⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011. Pag.123 e 124

⁶¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Considerações sobre um modelo teleológico-garantista... *op. cit.*, p. 116

Para finalizar, podemos concluir que o funcionalismo é de extrema importância para o Direito Penal. O sistema funcionalista foi idealizado e estruturado, no início para solução de casos, nos quais o funcionalismo não oferecia soluções adequadas, como por exemplo, delitos omissivos e culposos.

As concepções do funcionalismo atendem a um Direito Penal voltado à satisfação das novas necessidades da sociedade, pois o Direito Penal é dinâmico e reflete o seu entorno.

Portanto, acreditamos que o funcionalismo é, sem dúvida, uma grande contribuição, pois agrega novos elementos de interpretação à Ciência Penal e cria um sistema aberto a novas políticas-criminais.

O funcionalismo trouxe grandes inovações, com perfil garantista para a teoria do delito. O melhor exemplo da contribuição do sistema funcionalista é a teoria da imputação objetiva, que acabou se tornando um complemento essencial para considerações de responsabilidade penal.

Como toda escola penal, o funcionalismo sofre duras críticas. Existe uma forte oposição de doutrinadores em relação ao seu sistema aberto. De acordo com este raciocínio, a doutrina aponta que o sistema aberto pode causar uma ampliação demasiada de conceitos e gerar insegurança jurídica, devido ao seu caráter teleológico.

Porém, o mais importante, quando da adoção do sistema funcionalista é a busca do fim do Direito Penal, sempre respeitando o Estado Democrático de Direito com devido respeito à liberdade, dignidade humana e, mais importante, o combate a arbitrariedade.

BIBLIOGRAFIA

BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Ed. Paidós, 2002.

BELO, Warley. Culpabilidade material em Jakobs e Roxin. Boletim IBCCRIM nº 221, abril 2011. (inserir www.)

BENEDETTI, Juliana Cardoso. As raízes sociológicas do funcionalismo penal: uma aproximação entre Émile Durkheim e Günther Jakobs. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano n. 73, p. 9 a 47, jul-ago. 2008.

BOZZA, Fábio da Silva. Uma análise crítica da prevenção geral positiva no funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 70, n. 78, p. 41 a 70, jan-fev. 2008.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. Imputação objetiva e Direito Penal Brasileiro. São Paulo, Editora Cultural Paulista. 2001.

COPELLO, Patricia Laurenzo. El enfoque teleológico-funcional em el sistema del delito: breves notas sobre su alcance garantístico. *In El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales em Memoria del Professor José Manuel Valle Muñiz*, São Paulo, Aranzadi Editorial. p. 437 a 450. 2008.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa. 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*. Publicação conjunta do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS e do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais. Editora Notadez. p. 25 a 54

GRECO, Luís. Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito – Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal” de Roxin. *Revista Brasileira*

de Ciências Criminais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 8, n. 32, p. 120 a 163, out-dez. 2000.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Notícia do Direito Brasileiro. Nova Série. Universidade de Brasília – Faculdade de Direito.* n. 7, p. 307 a 362, maio-jun. 2009.

JAKOBS, Günther. *Sociedad, Norma y Persona em uma Teoría de um Derecho Penal Funcional. Cuardenos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Buenos Aires - Argentina,* Editora Ad-Hoc, nº 9, p. 19 a 58, maio-jun. 2009.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal.* tradução: André Luís Callegari. 3ª edição revista. Editora Revista dos Tribunais. 2010.

MARTINELLI, Joao Paulo Orsini. a teoria da imputação objetiva e o direito penal brasileiro. Artigo da Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050504124801640&mode=print.

MELIÁ, Manuel Cancio. *Dogmática y Política Criminal En Una Teoría Funcional Del Delito.* In *El Sistema Funcionalista Del Derecho Penal.* Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal. Lima, Editora Grijley, p. 17 a 41. 2000.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Funcionalismo e dogmática penal: ensaio para um sistema de interpretação.* In *Direito Penal Contemporâneo – Questões Controvertidas.* São Paulo, Editora Saraiva, p. 83 a 107. 2011.

RASSI, João Daniel. *A sociedade de risco, teoria dos sistemas e o FUNCIONALISMO penal: uma aproximação teórica.* Artigo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=10342. Acesso em 11 de dezembro de 2011.

REIS, Marco Antonio Santos. *Novos rumos da dogmática jurídico-penal: da superação do finalismo e de sua suposta adoção pelo legislador brasileiro a um necessário*

esclarecimento funcionalista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 17 n. 78, p. 41 a 74, maio-jun. 2009.

RAMOS, Enrique Peñaranda. Sobre la Influencia del Funcionalismo y la Teoría de Sistemas em las Actuales Concepciones de la Pena y del Delito. In *Teoría de Sistemas y Derecho Penal – Fundamentos y Posibilidades de Aplicación*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Granada, Editora Revista dos Tribunais, p. 223 a 255. 2005.

ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 18 n. 82, p. 24 a 47, jan-fev. 2010

ROXIN, Claus. El injusto penal em el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual. In *Derecho Penal y Modernidad*. *Coordinador: Luis Miguel Reyna Alfaro*. ARA Editores

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Considerações sobre um modelo teleológico-garantista a partir do viés funcional-normativista. In *Política Criminal Contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal: Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS*. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, p. 87 a 118, maio-jun. 2008.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Crítica das Concepções Funcionalistas: em busca de um sistema penal teleológico-garantista. In *Ensaio penais em homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, p. 107 a 135, maio-jun. 2008.

SCHWARTZ, Germano. O Sistema Jurídico em Kelsen e Luhmann: Diferenças e Semelhanças. In *Direitos Fundamentais & Justiça*. Porto Alegre, HS Editora, p. 188 a 210, ano 2, nº 4, jul-set. 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo. Coleção: Direito e Ciências Afins. Volume 7. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011.

VELÁSQUEZ V, Fernando. El Funcionalismo Jakobsiano: uma Perspectiva Latinoamericana. *In* Revista de Derecho Penal y Criminología. Madrid, Editora Marcial Pons, p. 197 a 220, 2ª época, nº 15, janeiro. 2005.