

FUNCIONALISMO PENAL: APORTES SOBRE UMA TEORIA AXIOLÓGICA DO DIREITO PENAL.

Carlos Miguel Villar de Souza Júnior¹

Resumo: O presente ensaio é uma tentativa de apresentar à comunidade acadêmica em geral alguns aspectos de uma das mais modernas e importantes teorias existentes no âmbito do Direito Penal Moderno, qual seja o denominado *funcionalismo penal*. Surgido na Alemanha, no início dos anos 70, o funcionalismo penal é uma teoria que pretende revisar os elementos que compõe o conceito analítico de crime (conduta humana, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), bem como da teoria da pena, à luz dos valores de política criminal vigentes na sociedade atual.

Abstract: This essay is an attempt to present to the academic community in general aspects of one of the most modern and important existing theories in the context of modern criminal law, namely the so-called *criminal functionalism*. Emerged in Germany in the early '70s, the *criminal functionalism* is a theory that aims to review the elements that make up the analytical concept of crime (human conduct, typicality, anti-juridical, guilt), and the theory of punishment, based on the values of criminal policy in current society.

Palavras-Chave: Direito Público; Direito Penal; Democracia; Axiologia; Funcionalismo Penal; Teoria do Delito; Teoria da Pena; Criminologia; Política Criminal; Controle Estatal; Sociologia Penal. Teoria Sociológica dos Sistemas; Conduta Humana; Tipicidade; Antijuridicidade; Culpabilidade;

Key-words: Public Law, Criminal Law, Democracy, Axiology; Criminal Functionalism; Theory of Crime; Theory of penalty, Criminology, Criminal Policy, State Control, Criminal Sociology; Sociological Theory of Systems, Human Behavior, typicality, anti-juridical; Culpability;

Introdução.

O presente trabalho é uma tentativa de apresentar à comunidade acadêmica em geral alguns aspectos de uma das mais modernas e importantes teorias do direito penal, qual seja, o denominado *funcionalismo penal*. Comumente relegado na grade curricular dos cursos jurídicos brasileiros, em especial no âmbito da graduação, o funcionalismo não se trata de uma teoria propriamente recente e inédita, tendo sido edificada, no início

¹ Advogado. Especialista em Direito Penal, Criminologia e Política Criminal pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelas Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL em parceria com a Universidad Pablo de Olavide de Sevilha/Espanha (UPO). Professor do curso de graduação em direito das Faculdades OPET, da Universidade Tuiuti do Paraná (UTP) e da Escola da Magistratura do Paraná (EMAP/PR). Prof. convidado do curso de aperfeiçoamento de magistrados em Direito Eleitoral da Escola da Magistratura do Paraná. Ex-docente do Centro de Estudos Jurídicos Prof. Luiz Carlos/PR.

dos anos 70, nas obras de dois de principais seus precursores Claus ROXIN e Günther JAKOBS.

Sua principal inspiração vem das teorias sociológicas de Niklas LÜHMANN² cuja *teoria dos sistemas* lançou as bases necessárias ao desenvolvimento do que hoje se entende por *funcionalismo penal*. Outra contribuição especialmente valiosa para o desenvolvimento da doutrina advém das idéias trazidas à lume por Jürgen HABERMAS, em especial em seu clássico *Faktizität und Geltung*³.

Nessa obra, o ilustre sociólogo alemão, com a percuciência e capacidade analítica que lhe são peculiares, demonstra a necessidade de uma *funcionalização* do sistema jurídico revisando-o a partir de uma compreensão normativa (*axiológica*) e não meramente adstrita aos mecanismos de positivação. O espaço jurídico marcado pela tensão entre poder político e autonomia dos cidadãos, ou, em última análise por uma tensão entre norma positiva e realidade, deve ser permeado pelo influxo dos valores sociais relevantes, derivado do *consenso* proveniente das mais variadas *ações comunicativas* travadas no seio social. O direito, destarte, funcionaria como uma instância *mediadora* entre o sistema social e os anseios comunicativos reais provenientes da complexidade social.

Para o sociólogo, nem todos os influxos comunicativos, provenientes das mais variadas camadas sociais, conseguem alcançar os centros de decisão e de poder, existindo um sem número de obstáculos à sua efetiva consecução e legitimação social. Vale-se, nesse ponto, da metáfora das “*eclusas*”.

Conforme se extrai da aludida metáfora, os influxos comunicativos, para que adquiram força e, destarte, reconhecimento nos planos superiores do poder, devem alcançar volume suficiente para suplantam a barreira que os separam de um mero desejo de reconhecimento de uma parcela da comunidade, para uma verdadeira ação estatal legitimadora de tal anseio. O papel do direito, nesse ponto, é servir como um *medium*, para parte da doutrina, verdadeiro “*filtro*”, separando as pretensões sociais legítimas das

² Luhmann (1927-1998), professor da Universidade de Bielefeld entre 1966 e 1993, é considerado atualmente, junto com Jürgen Habermas, o mais famoso representante da moderna sociologia alemã.

³ No Brasil, intitulada *Direito e Democracia, entre a facticidade e validade*.

patológicas do ponto de vista da emancipação. O critério utilizado para a realização da respectiva “*filtragem*” não poderia ser outro senão o *consenso* estabelecido com base em valores essenciais orientados ao bem comum dentro de um Estado Democrático de Direito.

Infelizmente, o direito atual, sedizente democrático, segundo HABERMAS:

*“é exercido com base em imagens muito concretas de como deva ser a sociedade. (...) os dois grandes paradigmas desse direito concretista são o modelo social e modelo liberal do direito. Esses modelos por demais concretos de organização social não só não encontram mais respaldo no funcionamento efetivo das sociedades como **não se coadunam com o processo cada vez mais intenso de pluralização das formas de vida, processo iniciado com a passagem para a modernidade e que tende a se aprofundar (...)**”⁴.*

A transposição para o que hoje se denomina pós-modernidade não pode continuar marcada pela dicotomia reducionista *estado social x estado liberal*, devendo, pois, ser cada vez mais caracterizada pela discussão travada nos denominados espaços de discussão formadores do *consenso*.

Não mais se admite, dentro de uma *sociedade do risco* ou de uma *sociedade líquida*, para relembrarmos a proposta de Ulrich BECK e Zygmunt BAUMAN, respectivamente, que as instâncias detentoras do poder simplesmente delimitem o que *deve ser* e de que forma deve o direito, como instrumento para a consecução desse fim, se amoldar a essa proposta. Devemos, sim, deixar-nos guiar pela complexidade inerente a uma sociedade cada vez mais multifacetada e plural, onde o que já foi assaz diferente, já não é mais tão estranho assim, onde o que era tido como axioma, hoje não mais se sustenta, onde o novo avanço tecnológico, muitas vezes, representa um fator de altíssimo risco social. Somente através do desenvolvimento desses mecanismos, viabilizadores da discussão democrática, é que alcançaremos o ideal de justiça e igualdade material visado por esse importante espaço de mediação e discussão que é o Direito.

⁴ HABERMAS, Jürgen. in: “*Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos del discurso*”. Madrid: Editorial Trotta, 1998 *apud* NOBRE, Marcos e TERRA, Ricardo. “Direito e Democracia – um guia de leitura de Habermas”. Malheiros. São Paulo. 2008. p. 34

O funcionalismo penal, tema deste ensaio, nada mais é do que isso, uma tentativa de aproximação dos valores político-criminais⁵ vigentes - obtidos através dos influxos comunicativos travados no meio social - projetando-os sobre a dogmática clássica, de índole positivista, que embora detenha o grande mérito, principalmente no plano metodológico, de bem sistematizar a teoria do delito, simplesmente “*fechou os olhos*” para os demais valores que compõem a vida em sociedade.

Na primeira parte deste estudo analisar-se-á a guinada epistemológica decorrente da quebra do paradigma ontológico da teoria finalista desenvolvida por Hans WELZEL e sua paulatina substituição pela lógica valorativa (axiológica), especialmente a formulada por Claus ROXIN.

Em seguida, proceder-se-á ao perfunctório exame dos principais reflexos da introdução da teoria funcionalista no âmbito de cada um dos elementos que compõe o conceito analítico de crime (conduta, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade).

Ao final, serão tecidos alguns comentários acerca das possíveis críticas e consequências da adoção desse novo sistema de aplicação do direito penal, revelando suas deficiências latentes como também seus efeitos benéficos, potenciais e reais, no plano social.

1. Funcionalismo Penal: a quebra do paradigma finalista de viés ontológico e os efeitos da introdução das teorias dos valores no âmbito do direito penal.

1.1 Alerta metodológico.

Antes de adentrarmos ao exame do denominado funcionalismo penal mister se faz esclarecer - em consagração ao rigor metodológico que deve nortear toda e qualquer discussão de natureza científica - que embora existam, no âmbito do direito penal, duas vertentes funcionalistas, a saber: **(a)** o funcionalismo sistêmico-radical de Günther JAKOBS; e **(b)** o funcionalismo

⁵ *Política Criminal aqui entendida como o programa repressivo estipulado para uma determinada sociedade.*

teleológico-moderado de Claus ROXIN, valeremo-nos no presente estudo tão-somente dos conceitos entabulados por essa última corrente.

Tal opção deve-se, única e exclusivamente, a uma maior afinidade estabelecida com a doutrina garantista e, conseqüentemente, menos repressiva formulada pelo ilustre Professor Catedrático de Direito Penal da Universidade Munique, não se olvidando, tampouco se desprezando a valiosa contribuição trazida por Günther JAKOBS à ciência do Direito como um todo, em especial do Direito Penal⁶.

1.2 Bases epistemológicas do *funcionalismo sociológico* e do *funcionalismo penal*.

O denominado funcionalismo penal esclareça-se, *ab initio*, não se trata de uma teoria propriamente nova. A elaboração da teoria funcionalista (teleológica) do delito sofreu nítida influência das teorias sociológicas elaboradas por Max WEBER, Émile DURKHEIM, Talcott PARSONS, Robert MERTON, Niklas LÜHMANN, Jürgen HABERMAS, dentre outros grandes expoentes da sociologia moderna.

Em apertada síntese, e sem a pretensão de exaurir o tema, pode-se afirmar que o *funcionalismo* - no âmbito sociológico - consubstancia-se na perspectiva utilizada para analisar a sociedade e seus componentes característicos enfocando sua mútua integração e interconexão, com o objetivo de reduzir a complexidade inerente a todo e qualquer sistema social. O *funcionalismo* analisa o caminho que o processo social e os arranjos

⁶ Para um estudo mais aprofundado da corrente funcionalista sistêmica-radical ver, dentre outros: LUHMANN, Niklas; GEORGI, Raffaele de. *Teoria de la sociedad*. Trad. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993. JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas, 2003. JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. CALLEGARI, André Luís, da versão em espanhol editada na Argentina em 1996. São Paulo. RT, 2000. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Fundamentos y teoria de la imputación. Parte general*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano G. de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995. CANCIO MELIÁ, Manuel, SUÁREZ GONZALES, Carlos; PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Un nuevo sistema del Derecho Penal: consideraciones sobre la teoria de la imputación de Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1999; AMELUG, Knut. *Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político criminal de Roxin. El moderno sistema de Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. Trad. Jesús Maria Silva Sánchez da 1. ed. Alemã de 1984. Madrid: Tecnos, 1991. CALLEGARI, André Luís, LYNETT, Eduardo Montealegre, JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal e Funcionalismo*. 1 ed., Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2005.

institucionais contribuem para a efetiva manutenção da estabilidade da sociedade, colaborando para sua reprodução. A idéia central é explicar os mais variados aspectos da sociedade com base nas funções realizadas pelas instituições que nela operam e por seus mais variados segmentos.

Valendo-se desse marco teórico e transpondo-o para o âmbito do direito penal, sublevam-se algumas questões que até os dias atuais ainda não possuem uma resposta definitiva, a saber: *Quais seriam as funções do direito penal dentro do sistema social? Quais seriam as funções da pena? Se existem funções específicas para o direito penal, será que ele as cumpre de forma eficiente?*

Visando dar respostas à altura desses questionamentos, o renomado Prof. Dr. Claus ROXIN publica, em 1992, o hoje clássico *Strafrecht - Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen*⁷.

Conforme assevera o autor alemão:

*“En este libro se intenta elaborar y desarrollar y hacer avanzar con un novo contenido de los puntos de partida neokantianos (y neo-hegelianos) de lá época de entreguerras, que en los sistemas neoclásicos solo habían tenido un desarrollo insuficiente y se vieron conmovidos en la época nazi. **El avance consiste sobre todo en que se sustituye la algo vaga orientación neokantiana a los valores culturales por um critério de sistematización específicamente jurídicopenal: las bases políticocriminales de la moderna teoría de los fines da la pena**”⁸*

Da leitura de sua obra, infere-se que com o declínio do finalismo, decorrente das severas críticas recebidas no final da década de 60, opera-se uma verdadeira guinada epistemológica na seara do direito penal. Paulatinamente, abandona-se a pretensão de recorrer ao universo do ser, descartando-se, ainda que não em sua totalidade, as estruturas lógico-objetivas típicas do finalismo, criando-se, assim, uma nova doutrina fundada em um sistema de viés valorativo, ou seja, focada no âmbito do *dever ser*, preocupada em dar conta dos problemas das funções do direito penal.

⁷ Importante lembrar que as bases metodológicas para a teoria funcionalista-teleológica ora em análise já tinham sido lançadas 20 (vinte) anos antes, na também clássica obra de autoria de Claus Roxin: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (Política criminal e sistema jurídico-penal), datada de 1970.

⁸ ROXIN, Claus, in: *“Derecho Penal – Parte General – Tomo I, fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito”*, Civitas. Madrid. 1997. p. 238 – *sem grifos no original*.

Conforme atesta ROXIN: “*la formación jurídicopenal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.) sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho penal*”.⁹

A partir de então, a teoria do delito normativiza-se, passando a ser compreendida como um conjunto de valorações. Aproxima-se o direito penal da política criminal, essa última entendida como o programa de repressão/prevenção das práticas delituosas definido pelo Estado. Introduzem-se valores e funções provenientes do programa de política criminal, a cada um dos elementos que compõe o conceito analítico de crime, livrando-nos, conforme bem alinhavado pelo insigne Prof. Dr. Fábio André GUARAGNI, “*das amarras que as estruturas pré-jurídicas (ou pré-normativas, as quais, como ‘leis do ser que são eternas’ na crítica de Roxin) significam para o desenvolvimento sistêmico da teoria do crime*”.¹⁰

Livre dos grilhões ontológicos - de índole positivista - a que se prendiam os cientistas do direito opera-se a verdadeira introdução das diretrizes político-criminais no seio da doutrina penal, que antes se encontravam relegadas a um plano secundário e desprovido de cientificidade, comumente denominada de *não-ciência*.

A discussão acerca de critérios de justa aplicação da pena, a função precípua de proteção aos bens jurídicos, a atipicidade de condutas não ofensivas, insignificantes e que não causem danos a terceiros, avultam como consectários naturais de uma nova epistemologia do direito penal.

Interessante notar que, embora a teoria finalista ostente o seu mérito na sistematização e estruturação da análise do fenômeno do crime, com base em extratos muito bem delimitados e lógicos, tal “*constructivismo asentado sobre um número reducido de axiomas*”¹¹, tem valia para as ciências do ser, tal como a geometria, cujo objeto mostra-se de reduzida complexidade e não sujeito a variações históricas e culturais, todavia, não para o Direito, fenômeno que se

⁹ ROXIN, Claus, Op. cit. p. 202.

¹⁰ GUARAGNI, Fábio André. In “*As teorias da conduta em Direito Penal – Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*”. Revista dos Tribunais. 2005. p. 235

¹¹ ROXIN, Claus, Op. cit. p. 63

desenvolve numa inalcançável complexidade e em um *continuum* histórico-cultural de interrelações cada vez mais dissidentes e conflitantes.

Com base nessas premissas, extrai-se dos ensinamentos de Claus ROXIN, o fundamento ideológico da denominada teoria teleológica-funcional:

*"O Direito Penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica. Se a teoria do delito for construída neste sentido, teleologicamente, cairão por terra todas as críticas que se dirigem contra a dogmática abstrata-conceitual, herdada dos tempos positivistas. Um divórcio entre construção dogmática e acertos político-criminais, é de plano impossível, e também o tão querido procedimento de jogar o trabalho dogmático-penal e o criminológico um contra o outro perde o seu sentido: pois transformar conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, estas em regras jurídicas, da *lex lata* ou *ferenda*, é um processo em cada uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto¹²".*

A partir da idéia acima exposta funda-se no âmbito do direito penal uma nova escola, de viés funcionalista, instaurando-se um novo paradigma para o estudo das ciências penais como um todo, inclusive no que tange às suas interrelações com outras ciências acessórias (e.g. *criminologia, política criminal etc.*). O estudo desse ramo do direito deixa de ser meramente dogmático, libertando-se, enfim, das amarras positivistas, transformando-se em um dinâmico e complexo sistema de absorção de valores político-criminais, tal como idealizado pelas teorias sociológicas que lhe deram base científica.

Não se trata, conforme bem salientado pelo ilustre professor de Munique, de um abandono total das estruturas lógico-objetivas edificadas pelo *finalismo*, mas sim de uma mescla entre elementos puramente dogmáticos e princípios fundamentais do ordenamento jurídico vigente.

Partindo dessa nova epistemologia do direito penal, encontramos-nos aptos a adentrar ao estudo de seus principais reflexos no âmbito do conceito analítico de delito, bem como nos acidentados caminhos que perpassam a teoria da pena.

3. Funcionalismo penal e teoria do delito.

¹² ROXIN, Claus, in *"Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal"*, tradução de Luís Greco, Renovar, 2.002, p.82.

O presente tópicO tem por escopo um reexame, ainda que não exaustivo, dos elementos que compõem a moderna teoria do fato punível e, por conseguinte, do conceito analítico de crime (conduta, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), à luz da teoria funcionalista na vertente desenvolvida por Claus ROXIN.

Contudo, antes de se dar início a essa meticolosa tarefa, mister se faz tecermos algumas breves considerações acerca do método de abordagem apresentado pelo funcionalismo. Esse alerta revela-se indispensável na medida em que a adoção do método funcionalista subverte a clássica abordagem do direito, principalmente a concebida no Brasil, com espeque na lógica dedutiva (*do geral para o particular*).

O funcionalismo penal tem como ponto de partida, como regra geral, a análise de casos concretos, colhidos em sua maioria da jurisprudência, para se chegar a conclusões gerais, consubstanciando-se, destarte, em um método tipicamente indutivo. Tal sistemática de abordagem, apoiada em grupos de casos, é, principalmente no Brasil, alvo de diversos ataques por parte da denominada doutrina tradicional, de índole positivista, o que em grande parte deve-se a alguns fenômenos bem apreendidos por Virgílio Afonso da Silva¹³, a saber:

(a) a crença nacional – baseada na dicotomia entre as famílias da *common law* e do direito codificado da Europa continental – segundo a qual os precedentes judiciais têm valor apenas para aquele sistema e não para esse último;¹⁴

(b) uma tradição jurídica baseada, sobretudo, na doutrina (especialmente a doutrina positivista);

(c) uma jurisprudência lastreada no legalismo, apegada ao método de interpretação literal, embasada normalmente na doutrina tradicional que lhe garante a pureza do raciocínio subsuntivo, evitando-se, assim, a aplicação direta de princípios.

¹³ SILVA, Virgílio Afonso da. “Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. Malheiros. São Paulo. 2010. p. 32/33.

¹⁴ Para comprovar tal assertiva, basta uma rápida revisão do vetusto estudo das fontes do direito, seara essa onde a jurisprudência ostenta papel de mera fonte secundária, acessória, subsidiária, instrumental e complementar, com importância assaz inferior à lei, essa sim, fonte direta, primária e imediata do Direito.

Não obstante a constatação acima se apresente como mera expressão da realidade do sistema jurídico brasileiro, importante consignar, desde logo, que não se tem por pretensão afirmar esse ou aquele sistema como melhor ou pior, já que este não é um estudo sobre metodologia científica. O que se quer aqui ressaltar é a tentativa do funcionalismo em ampliar a importância da jurisprudência de forma um pouco mais sistemática, não a utilizando como mero argumento de autoridade.

Feito esse pequeno intróito, passa-se a análise do conceito analítico de crime, sob o prisma do funcionalismo penal.

3. Conduta humana.

A compreensão da influência da doutrina funcionalista no conceito de conduta humana reveste-se de fundamental importância para o estudo da teoria do delito, na medida em que tal conceito trata-se da verdadeira *pedra de toque* de todo arcabouço dogmático-penal.

Com efeito, o advento da teoria em exame representou considerável avanço no âmbito de estudo da conduta humana, transformando-se no verdadeiro amalgama entre o Direito Penal no seu enlace com a doutrina valorativa de base político-criminal, resolvendo questões antes altamente controvertidas e culminando com a elaboração da denominada *teoria pessoal da ação*.

Segundo Juarez CIRINO DOS SANTOS:

*“A teoria pessoal da ação, que identifica o substrato material do sistema de fato punível de ROXIN, define ação como manifestação da personalidade, um conceito compreensivo de todo acontecimento atribuível ao centro de ação psíquico-espiritual do homem. A definição de ação como manifestação da personalidade permitiria excluir, por um lado, todos os fenômenos somáticos-corporais insuscetíveis de controle do ego e, portanto, não-dominados ou não-domináveis pela vontade humana”*¹⁵

Conforme se extrai do conceito trazido pelo supra-citado autor, a compreensão de ação como manifestação da personalidade constitui-se como

¹⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal. Parte Geral, ICPC, 2008. p. 94/95.

a mais geral e, por conseguinte, menos delimitada do conceito de ação, capaz de excluir de antemão os fenômenos somático-corporais insuscetíveis de controle e, portanto, não domináveis pela vontade humana, e.g., atos reflexos, atos curto-circuito, ataques epiléticos, força física irresistível e estados de inconsciência.

Tal formulação, embora encontre forte resistência por parte da doutrina pátria, principalmente pela sua nítida aproximação com a denominada *teoria social da ação* formulada por Eberhard SCHMIDT e posteriormente desenvolvida por JESHECK e WESSELS, revela-se coerente com o método de aproximação entre Direito Penal e Política Criminal trazido à lume pelo funcionalismo.

Por razões óbvias, no bojo de um sistema funcionalista, não se pode conceber um conceito fechado, pré-típico e estanque de conduta humana, uma vez que, somente a valoração *ex post* de uma determinada conduta é que demonstrará se ela se trata de uma conduta relevante, ou não, para o direito penal.

O juízo de que alguém teria praticado uma ação será a consequência de uma valoração. A unidade da ação, conforme alerta Luís Greco:

“(...) não é definível por um dado prévio empírico (nem a causalidade, tampouco um comportamento voluntário ou a finalidade) que se encontra na base de todas as formas de manifestação do comportamento punível. Esta unidade se constitui, isso sim, através de um mesmo aspecto valorativo: alguém agiu, quando de um determinado efeito dele decorrente ou não decorrente lhe possa ser atribuído enquanto pessoa, isto é, enquanto centro anímico de atividade, de modo que se possa falar em um “agir” ou “omitir” e, com isso, numa “exteriorização da personalidade. Apesar de que a afirmação de uma ação não implique em qualquer valoração negativa (nem sequer provisória) – comportamentos socialmente benéficos e lesivos são igualmente ações – por trás desta categoria jaz, certamente, uma finalidade político-criminal (...)”¹⁶.

Ademais, não obstante as contundentes críticas lançadas ao conceito pessoal de conduta humana trazido por ROXIN, em especial por se tratar de um conceito amplo e demasiado vago, fato é que - dentro de sua concepção funcionalista do direito penal - sua formulação acerca do conceito de conduta revela-se amplamente coerente e totalmente compatível com sua finalidade político-criminal, deixando a cargo do intérprete aquilatar, com base nos

¹⁶ Greco, Luís. In *“Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal”*. Renovar. Rio de Janeiro. 2002. p. 173.

cânones da política-criminal vigente, a existência de conduta, ou não, por parte do agente no caso concreto.

4. Tipicidade e imputação objetiva.

Como visto anteriormente, a inclusão de critérios axiológicos na estrutura dogmática do delito sedimentou-se a partir da clássica obra de Claus ROXIN, a qual buscou aproximar critérios que eram puramente dogmáticos em político-criminais, rompendo-se com a teoria então predominante com o advento de uma nova teoria orientada às funções do direito penal.

Surge, destarte, uma tendência segundo a qual o sistema de imputação jurídico-penal pode ser organizado, essencialmente, segundo as disposições teóricas preconizadas pelo finalismo (conduta humana, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), todavia, fulcrado, também, na idéia de que cada um dos elementos acima elencados deveria estar orientado à realização das funções estabelecidas para o direito penal, daí a denominação *funcionalismo*.

No que se refere à tipicidade, tema do presente tópico, em especial a análise do tipo objetivo, o funcionalismo trouxe aquela que para alguns seria sua maior contribuição, qual seja, o desenvolvimento da *teoria da imputação objetiva*.

Preliminarmente, insta salientar, que a *teoria da imputação objetiva* não foi desenvolvida por Claus ROXIN conforme erroneamente sustentado por pequena parcela da doutrina pátria, tendo por marco-teórico os estudos de FEÜRBACH, Samuel PUFENDORF, Richard HÖNIG e, em especial, dos jusfilósofo-civilista Karl LARENZ.

Referida teoria consiste basicamente em um *conjunto de requisitos que fazem de uma determinada causação de um resultado naturalístico ou jurídico uma causação típica, violadora da norma*, excluindo-se, assim, algumas condutas que pelo sistema tradicional deveriam ser imputadas ao agente.

A elaboração de tais requisitos acaba por modificar o critério de imputação até então vigente, oriundo do finalismo, lastreado na mera relação de causa e efeito e que até hoje se encontra descrita no artigo 13 do Código Penal Brasileiro, *verbis*:

“Art. 13 - 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”

As situações aberrantes tinham, até o advento da teoria, que ser resolvidas através do segundo escalão analítico do conceito de crime (excludentes da antijuridicidade) ou até mesmo ficavam sem uma resposta adequada.

Exemplificando pensemos na hipótese do agente que age diminuindo um risco pré-existente. O caso trazido por Claus ROXIN em sua obra refere-se ao pedreiro que, avistando a queda de uma viga sobre a cabeça de seu companheiro de trabalho, empurra-a sobre o braço de seu colega que acaba tendo seu membro amputado. Indaga-se: O pedreiro responderia pela lesão corporal de natureza gravíssima (perda de membro)?

Evidentemente que não, mas por quê? À luz da *teoria finalista* a conduta do agente seria entendida como *objetivamente típica* uma vez que a lesão corporal encontra-se prevista em lei como crime.

Ademais disso, quando da análise do *tipo subjetivo* também deveríamos afirmar que o pedreiro agiu com *dolo direto*, esse último entendido como consciência e vontade de realizar os elementos descritos no tipo objetivo (resta claro que o pedreiro tinha consciência e vontade de amputar o braço da vítima no lugar de deixar a viga cair sobre a sua cabeça). Outrossim, a situação acima descrita não se encontra exatamente naquilo que modernamente se entende por estado de necessidade. Qual seria então a solução? Porque não houve crime na hipótese trazida à guisa de exemplo? A teoria finalista não traz uma resposta a contento.

Para solucionar casos limites como o acima exposto, aprimora Claus ROXIN a denominada teoria da imputação objetiva, estabelecendo critérios para a imputação de um resultado típico, mas quais seriam esses critérios?

Fundamentalmente, dois.

O primeiro deles se consubstancia na *criação de um risco juridicamente não permitido*. Dessa forma, as ações que não criam riscos, ou seja, ações não perigosas, jamais podem ser consideradas típicas, ainda que eventualmente causem lesões.

O segundo requisito seria o da *realização do risco no resultado*. Para que se impute ao autor a causação de um resultado não basta que ele crie um risco não permitido de um determinado resultado. É necessário, ademais, que o resultado decorra justamente desse risco, em outras palavras, que seja o resultado natural do perigo cuja produção o Direito houve por bem proibir.

Um exemplo clássico em que o risco não realiza no resultado é o famigerado exemplo da ambulância, onde a vítima, ferida pelo agente – o qual evidentemente criou um risco não permitido – vem a falecer em virtude de um acidente fatal ocorrido com a ambulância. Nesse caso, o risco criado pelo autor do fato, que é o de morrer em virtude dos ferimentos causados por sua ação de lesionar, não se realizou no resultado que fora substituído por outro, *in casu*, o risco de morrer em um acidente automobilístico.

Com base nos critérios acima apresentados: (a) *criação ou incremento de um risco não-permitido* e; (b) *realização do risco no resultado*, a teoria da imputação objetiva surge como uma resposta adequada a muitas questões limítrofes para as quais a teoria finalista não encontrava saída.

Registre-se, por derradeiro, que a natureza articular do presente estudo, não nos autoriza uma incursão mais aprofundada na análise acerca dos demais sub-critérios de imputação objetiva trazidos por ROXIN em sua obra (nove no total), todavia, é de se ressaltar que o próprio autor reconhece que a teoria ainda se encontra inacabada, demandando uma maior sistematização por parte da doutrina em geral.

5. Antijuridicidade

Percorrendo-se os escalões que compõem o conceito analítico de crime, chega-se, logo após a análise do tipo e da tipicidade objetiva e subjetiva, ao exame da antijuridicidade ou ilicitude. Com efeito, como é de conhecimento acadêmico, a ação típica, para que seja considerada criminosa, deve ser, igualmente, antijurídica, isto é proibida, contrária ao direito.

Segundo bem alinhavado pelo ilustre Prof. Dr. Juarez CIRINO DOS SANTOS: “*em direito penal, a antijuridicidade é uma contradição entre ação*

humana (realizada ou omitida) e o ordenamento jurídico no conjunto de suas proibições e permissões (...).¹⁷

Em regra, toda ação típica já será antijurídica em decorrência da própria tipicidade, diz-se que a tipicidade indicia a antijuridicidade, pois o legislador somente descreverá uma ação em um tipo penal se ela normalmente for proibida. Este indício, contudo, pode ser infirmado.

Tal ocorre quando se verifica no caso concreto a ocorrência de uma das denominadas causas de justificação, ou excludentes da ilicitude.

No âmbito do ordenamento jurídico-penal brasileiro as excludentes da antijuridicidade encontram previsão legal no artigo 23 do Código Penal, a saber: (a) estado de necessidade; (b) legítima defesa; (c) exercício regular do direito e; (d) estrito cumprimento do dever legal, sendo certo afirmar ainda que, para grande parte da doutrina tradicional, o rol acima enunciado seria taxativo (*numerus clausus*), não se admitindo sua ampliação por parte do Estado-Juiz, mesmo diante de situações nitidamente injustas.

Com o escopo de evitar tais situações evidentemente incompatíveis com a moderna dogmática penal, o funcionalismo traça uma nova sistemática para o estudo da antijuridicidade, analisando-a, também, a partir de sua função político-criminal.

Para os funcionalistas o juiz, quando do julgamento de um caso concreto, deverá se valer de outras situações justificantes - que não as legalmente previstas no Código Penal – desde que condizentes com o programa de política criminal vigente em um determinado momento de desenvolvimento daquela sociedade.

Exemplificando, na hipótese de uma pessoa que cause lesão em outra pessoa plenamente capaz e com o seu consentimento (tatuagens, piercings, alargadores de orelha etc.), ficaria excluída a antijuridicidade da conduta com base em uma causa supra-legal de afastamento da antijuridicidade, qual seja, o consentimento do ofendido.

Analisar a antijuridicidade também sob o prisma de sua função político-criminal consiste em mais um avanço trazido pelo funcionalismo à análise da teoria finalista, evitando-se a aplicação de penas severas àqueles que praticam

¹⁷ op. cit. p. 217.

atos que, embora tipificados, tenham sido consentidos por parte da suposta vítima.

6. Culpabilidade.

No que tange à culpabilidade - essa entendida como último elemento que compõe o conceito analítico de delito - a grande inovação trazida pelo sistema funcional-teleológico consubstancia-se na premente necessidade de sua expansão, transformando-a em algo maior, a saber, a uma categoria de *responsabilidade*.

À culpabilidade, enquanto condição indispensável de qualquer pena, deve ser acrescentada também a necessidade preventiva (geral ou especial) da sanção penal, de modo que culpabilidade e exigências de prevenção limitem-se reciprocamente, e só culminem com a responsabilidade do agente se forem concorrentes.

Ao se perfazer a análise desse último elemento do delito, deverá o intérprete perquirir acerca da necessidade de se impor uma pena de natureza criminal, não só sob o prisma dogmático realizando a análise dos demais elementos que compõem a culpabilidade (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme o direito), mas também sob o enfoque das teorias preventivas da pena.

Em verdade, tal raciocínio, embora não expressamente autorizado pelo ordenamento jurídico vigente, já é praticado nas hipóteses de estado de necessidade exculpante cujo exemplo mais emblemático é o vetusto caso da *“tábua de salvação”*. Nesse ponto, importante lembrar que a inexigibilidade de conduta diversa não encontra expressa previsão legal, tal como a obediência hierárquica e a coação moral irresistível.

Um outro caso limítrofe é o trazido por Cezar Roberto BITENCOURT¹⁸, ao analisar a seguinte situação: um terceiro estranho e um filho do agente, onde somente um pode ser salvo, e o terceiro está em melhores condições.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. in: *“Manual de Direito Penal – Parte Geral”*, Saraiva. São Paulo. 2007. p. 254.

Como proceder: deixar o próprio filho morrer para não matar o terceiro? E se preferir matar o terceiro para salvar o filho? Pode não ter agido de acordo com os fins ideais do Direito, mas se impõe a pergunta: seria exigível, nas circunstâncias, um comportamento diverso?

Ao realizar os julgamentos dos casos acima, quase a totalidade dos juízes concluiriam pela absolvição do réu, mesmo inexistindo a supra-citada excludente, entendendo não ser possível exigir outra conduta por parte do agente.

Para o funcionalismo, igualmente, mesmo diante da ausência de prévia autorização legal, deverá o magistrado absolver o acusado todas as vezes que a pena criminal não necessite ser vergastada, tampouco seja útil sua aplicação no caso lhe trazido à exame, seja por razões dogmáticas ou razões político-criminais.

Essa nova visão trata-se não somente de um considerável avanço no âmbito da ciência, como também revela um estreitamento entre duas searas comumente estudadas de forma estanque (a teoria do delito e a teoria de pena).

Nesse sentido, lapidar a observação de Luís GRECO:

“Se o delito é o conjunto de pressupostos da pena, devem ser estes construídos tendo em vista sua conseqüência, e os fins desta. A pena retributiva é rechaçada, em nome de uma pena puramente preventiva, que visa a proteger bens jurídicos ou operando efeitos sobre a generalidade da população (prevenção geral), ou sobre o autor do delito (prevenção especial¹⁹)”.

Dessa feita, inova uma vez mais o funcionalismo ao integrar dois planos teóricos que muitas vezes encontram-se divorciados no plano doutrinário e jurisprudencial, os quais, sem sombra de dúvidas, não podem ser analisados de forma separada. Como acima demonstrado, a verificação da prática delitiva, nem sempre deverá desembocar numa açodada e desmedida aplicação da pena por parte do Estado-Juiz.

¹⁹ Greco, Luís, artigo intitulado "Introdução à dogmática funcionalista do delito", publicado na Revista Jurídica, Porto Alegre, Jul. 2.000, p. 39.

Considerações finais.

No atual estágio de evolução das ciências humanas, em especial do Direito Penal, nada mais justifica o apego *seguro* do intérprete à letra da lei, em detrimento dos valores e princípios constitucionais que irradiam seus efeitos por todo o ordenamento jurídico.

O novo direito constitucional (para alguns denominado *neoconstitucionalismo*) avança a passos largos. O ambiente filosófico em que floresceram tais teorias foi o do *pós-positivismo*, tendo como principais mudanças de paradigma, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional, todas elas, plenamente compatíveis com a visão *funcional de delito*.

A adoção de uma concepção *funcionalista* do sistema penal, além de se consubstanciar em um relevante avanço metodológico – ruptura com o paradigma finalista de base ontológica - revigora os métodos de interpretação dessa seara jurídica, dando-lhe maior rigor científico e conseqüentemente uma fortificação do sentimento de justiça por parte da população em geral.

Não se olvida, contudo, que tal tarefa não se revela fácil, mormente no âmbito do Direito Penal, onde o princípio da legalidade travestido de sua função garantista, inviabiliza, na maioria das vezes, a aplicação direta dos princípios vetores das garantias previstas pela Constituição Federal. Todavia, livres dos velhos grilhões do positivismo, talvez possamos, num futuro próximo, desvendar o véu que recai sobre o *atraente* discurso de viés repressivo, trazendo à lume sua verdadeira face obscura e permeada por interesses econômicos.

Referências bibliográficas.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. “*Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*”. 2. ed. Malheiros. São Paulo. 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. “*Manual de Direito Penal – Parte Geral*”. Saraiva. São Paulo. 2007.

CANCIO MELIÁ, Manuel, SUÁREZ GONZALES, Carlos; PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Un nuevo sistema del Derecho Penal: consideraciones sobre*

la teoría de la imputación de Günther Jakobs. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1999.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

GEORGI, Raffaele de e LUHMANN, Niklas. *Teoría de la sociedad*. Trad. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993.

GIMBERNAT, J.A., "La Filosofía Moral y Política de Jürgen Habermas", Madrid, Biblioteca Nueva. 1997.

GRECO, Luís, "Introdução à dogmática funcionalista do delito", publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, RT, n. 32 out – dez. 2000.

_____. "Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal". Renovar. Rio de Janeiro. 2002.

HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos del discurso. Madrid: Editorial Trotta, 1998. [Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Publicado originalmente em 1994].

JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas, 2003.

_____. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. CALLEGARI, André Luís, da versão em espanhol editada na Argentina em 1996. São Paulo. RT, 2000.

_____. *Derecho Penal – Fundamentos y teoría de la imputación. Parte general*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano G. de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

LUHMANN, Niklas e GEORGI, Raffaele de. *Teoría de la sociedad*. Trad. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993.

NOBRE, Marcos e TERRA, Ricardo. *Direito e Democracia – um guia de leitura de Habermas*. Malheiros. São Paulo. 2010.

ROXIN, Claus, *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução de Luís Greco. Renovar: São Paulo. 2002.

_____. *Strafrecht – Allgemeiner Teil. Vol. I. 3ª Ed., Verlagsbuchhandlung München*: 1997.

_____. *Tratado de Derecho Penal – Parte General. Tomo I*. Civitas: Madrid. 1997.