

**FEAD – CENTRO DE GESTÃO  
EMPREENDEDORA**

**BACHARELADO EM DIREITO**

**TEORIAS FUNCIONALISTAS DO DELITO**

**Gabrielle Caroline Santos Ezidoro**

**Gilson dos Santos Júnior**

**Mateus Nathan Penido Alves**

**Max Cirino de Mattos**

**Onofre Ribeiro da Silva Júnior**

**Renata Silva Laudares**

**Tássio Paulino Oliveira Santos**

**Belo Horizonte**

**2009**

**Gabrielle Caroline Santos Ezidoro**  
**Gilson dos Santos Júnior**  
**Mateus Nathan Penido Alves**  
**Max Cirino de Mattos**  
**Onofre Ribeiro da Silva Júnior**  
**Renata Silva Laudares**  
**Tássio Paulino Oliveira Santos**

## **TEORIAS FUNCIONALISTAS DO DELITO**

Trabalho apresentado à disciplina de Direito Penal I do Bacharelado em Direito da FEAD sob a orientação do professor Marcelo Mattar Diniz.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>4</b>
<b>2. TEORIAS .....</b>	<b>7</b>
2.1 Teoria Funcional Racional-Teleológica – Claus Roxin .....	7
2.2 Teoria Funcional Radical – Günther Jakobs .....	8
<b>3. CONCLUSÕES .....</b>	<b>11</b>
<b>4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>12</b>

# 1 INTRODUÇÃO

De acordo com COSTA (2006, p. 2), no Estado Democrático de Direito “difícilmente o excesso de criminalização de condutas alcançará todos os membros da sociedade, caindo no descrédito, selecionando sempre os mais pobres, havendo inclusive falta de comunicação do Estado com a população, perdendo-se a identidade normativa.” Nesse sentido, o funcionalismo busca resgatar a credibilidade do Direito para a sociedade.

O funcionalismo é uma teoria dos anos sessenta do século passado. Surgiu na Europa, com o propósito de repensar o sistema do Direito Penal principalmente através de métodos valorativos, referindo-se a determinados valores (como fazia o sistema causal - valorativo), mas agora direcionando o sistema jurídico-penal às funções que deve desempenhar no plano social através dos fins de prevenção geral e especial da pena dentro de determinado grupo de casos.

De acordo com DINIZ (2009, p. 87), “o Direito Penal é tratado como “funcional” levando-se em conta a função por ele exercida na sociedade, qual seja, a afirmação dos padrões valorativos da sociedade, a manutenção das regras de convivência social, além da simples proteção a bens jurídicos.”

O autor ainda afirma que

“essas construções que sistematizam o crime a partir das funções determinadas à pena são um retorno ao idealismo neokantiano, com larga aceitação no continente europeu, mas ainda incipientes ao sul do Equador. Contudo, como se observa, a consequência prática da aplicação da imputação objetiva acaba sendo semelhante às outras teorias, sendo às vezes inteiramente inócua.” (p. 87)

Conforme COSTA (2006, p. 1), “o que nos motiva a cumprir o Direito Penal, segundo o funcionalismo, é a identidade normativa no grupo social e esta identidade normativa possui para aquele agrupamento humano um valor. Sendo assim, o crime é um desvalor de acordo com o grupo social.”

O funcionalismo tem seu foco na atribuição da ação ao agente, e não somente na ação do agente. A Teoria Funcionalista retoma diversos princípios do neokantismo, como a construção teleológica (método de interpretação sociológica dos fatos) de conceitos e a materialização das categorias do delito.

Em sentido amplo, para o funcionalismo a missão constitucional do Direito Penal seria proteger bens jurídicos através da prevenção geral ou especial. Essa missão faz com que os conceitos do Direito Penal Material sejam “funcionalizados”, ou seja, capazes de desempenhar um papel dentro do sistema de forma acertada e valorada, visando conseqüências adequadas e justas.

Dois pontos importantes para as teorias funcionalistas são a Imputação Objetiva e o Princípio do Incremento do Risco, tratados a seguir.

De acordo com ROCHA e GRECO (1999),

“a teoria da Imputação Objetiva não se preocupa a primeira vista, com a conduta dolosa ou culposa no caso concreto. O problema se desloca para o resultado previsto na parte objetiva do tipo, se esse resultado pode ser imputado ao agente. O estudo da imputação objetiva, dentro do tipo penal complexo, acontece antes mesmo da análise dos seus elementos subjetivos (dolo e culpa).”

Para DINIZ (2009), a Imputação Objetiva merece algumas críticas por levar a absolvições injustas, e é

“utilizada para resolver problemas que surgem normalmente nos tipos culposos (pois nos crimes dolosos a causação de um risco não permitido é óbvia), separa a mera causalidade natural (elo entre a conduta e o resultado) da possibilidade de real determinação (ou de atribuição) do resultado ao agente. (p. 53)

Conforme JESUS (2008, p. 278), “imputação objetiva significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um risco relevante e juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico.”.

Para o autor, trata-se de um dos mais antigos problemas do Direito Penal, pois é complicado determinar-se quando a lesão de um interesse jurídico pode ser atribuída a uma pessoa. Para ele,

“O ponto central não é imputar um resultado a um homem segundo o dogma da relação de causalidade material, i.e., se ele, realizando determinada conduta, produziu certo resultado naturalístico. O âmago da questão, pois nos encontramos no plano jurídico e não na área das ciências físicas, reside em estabelecer o critério da imputação do resultado em face de uma conduta no campo normativo, valorativo.” (p. 278)

Assim, conforme o autor, não é evidenciado o resultado naturalístico, próprio da doutrina causal clássica e do fato típico, mas sim o resultado jurídico correspondente à lesão ou ao perigo de lesão do bem tutelado pelo Direito Penal.

Para o autor, nos casos de risco permitido, o legislador tem consciência de que determinadas situações (construção de meios de transporte como carro ou avião, a própria fabricação de armas de fogo) carregam riscos a interesses que ele mesmo pretende proteger. Para ele, não existe atividade humana isenta de perigo. Entretanto,

“é possível que o sujeito, realizando uma conduta acobertada pelo risco permitido, venha a objetivamente dar causa a um resultado naturalístico danoso que integre a descrição de um crime. Ex: dirigindo normalmente no trânsito, envolve-se em acidente automobilístico com vítima pessoal. Nesse caso, o comportamento deve ser considerado atípico. Falta a imputação objetiva da conduta, ainda que o evento jurídico seja relevante.” (JESUS, 2008, p. 278)

Ilustrando a questão do risco proibido, ele cita o mesmo exemplo da condução de um automóvel, porém na hipótese de que o condutor desobedeça às regras de trânsito, realizando uma “infração de dever objetivo de cuidado” (imprudência, imperícia ou negligência). Nesse caso, conforme o autor,

“Esse perigo desaprovado conduz, em linha de princípio, à tipicidade de conduta, seja a hipótese, em tese, de crime doloso e culposos. Significa que não há um risco proibido para os crimes culposos e dolosos. O perigo é para todas as espécies de infrações penais. Assim, se o autor, no trânsito, realizando uma conduta produtora de um risco desaprovado, causa um acidente com morte de terceiro, há imputação objetiva da conduta e do resultado jurídico.” (JESUS, 2008, p. 279)

## 2. TEORIAS

Existem basicamente duas teorias sobre o funcionalismo, de acordo com COSTA (2006):

“Não seria correta a afirmação de que existe apenas um funcionalismo, vez que na essência, distinguem-se basicamente duas orientações teleológico-funcionalistas: a moderna ou moderada defendida por CLAUS ROXIN e seus discípulos e a radical (sistêmica) representada pelo funcionalismo sociológico (teoria dos sistemas) de GÜNTHER JAKOBS, as quais apresentam diferenças substanciais. As estruturas desta corrente dogmática denominada "funcionalismo" residem na teoria do consenso de HABERNAS e na teoria sistêmica de LUHMANN, arraigadas em MERTON e PARSONS.” (p. 4)

### 2.1 Teoria Funcional Racional-Teleológica – Claus Roxin

Segundo DINIZ (2009, p. 87), Roxin propôs um processo de sistematização orientado para o neokantismo dos anos 30. Para essa teoria, o Direito Penal é “orientado político-criminalmente pela consideração de suas conseqüências, mostrando-se realmente relevante a definição de até que ponto pode-se imputar responsabilidade a alguém por um fato lesivo, levando-se em conta o grau de tolerância social da comunidade com a conduta e os fins da pena”.

Desenvolvida no final da década de sessenta do século XX, teve como discípulos, pouco mais tarde, pensadores como Jüngem Wolter, Achenbach, Berd Schünemann e Wolfgang Chöne. A principal característica do funcionalismo racional-teleológico é a sua totalidade político-criminal.

Segundo COSTA (2006, p. 4), a posição defendida por Roxin “apresenta a ação conceituada como manifestação da personalidade, isto é, tudo o que pode ser atribuído a uma pessoa como centro de atos anímico-espirituais.”

Para o autor, “a essência do sistema formulado por Roxin apresenta-se como a mais pura necessidade de que a Política Criminal possa penetrar na dogmática penal.” (COSTA, 2006, p. 4).

O trabalho dogmático, para os funcionalistas, é identificar que valoração político-criminal corresponde a cada conceito da teoria do delito e desenvolvê-lo de modo que atenda à função da melhor forma possível.

Para Roxin, a culpabilidade (denominada por ele de responsabilidade) é o elemento da teoria do delito que define quando um comportamento ilícito merece ou não ser apenado, por razões de prevenção geral ou especial.

A Política Criminal de um Estado Social e Democrático de Direito adscrive ao Direito Penal uma função de tutela subsidiária de bens jurídicos, através da prevenção geral e especial, sempre com respeito absoluto aos direitos e garantias constitucionalmente assegurados.

Em suma, para COSTA (2006),

“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 inovador e tendente à obtenção de grandes resultados, porque se esforça por atender, a uma só vez, as exigências de segurança e de justiça, ambas inerentes à idéia de direito.” (p. 4)

## **2.2 Teoria Funcional Radical – Günther Jakobs**

De acordo com COSTA (2006, p. 5), Günther Jakobs baseou-se “nos termos metodológicos do instrumental fornecido pela teoria dos sistemas sociais. É o funcionalismo sistêmico com origens nos estudos sociológicos de Niklas Luhmann.”

Ainda conforme o autor, no modelo de Jakobs a ação é “parte da teoria da imputação (conduta do agente/infração à norma/culpabilidade), que, por sua vez, deriva da função da pena. Estabelece-se quem deve ser punido para a estabilidade normativa: o agente é punido porque agiu de modo contrário à norma e culpavelmente.” (COSTA, 2006, p. 5)

TANGERINO (2004) reforça as origens da teoria de Jakobs nos ensinamentos de Luhmann:

“A matriz teórica da problematização que ora pretendemos propor é aquela funcionalista, especificamente de inspiração sistêmica, cujo expoente maior é Günther Jakobs. A raiz primeira de seu pensamento pode ser encontrada em Émilie Durkheim. Entretanto é em Niklas Luhmann, teórico sistêmico alemão, que autor beberá as justificações zetéticas do modelo de direito penal proposto.” (p. 72)

Conforme ROCHA e GRECO (1999, p. 390), “modernamente Günther Jakobs defende uma concepção funcional para a culpabilidade”. De acordo com essa perspectiva, a função do conceito de culpabilidade é “identificar a motivação individual contrária ao Direito que autoriza a punição”. Nesse sentido, a causa da responsabilidade do agente seria o déficit de



fidelidade ao Direito, e o “defeito” da motivação desse agente seria corrigido com a aplicação da pena.

A teoria da motivação, para esses autores, justifica o juízo de reprovação sob bases racionais, explicando que todas as condutas socialmente não desejadas estão expressas nas normas proibitivas – as pessoas não deveriam se comportar de forma contrária às normas, pois automaticamente estariam agindo de forma “anti-social” e seria justificada a aplicação das penalidades previstas no ordenamento.

A concepção funcional de culpabilidade, dessa forma, tem relação direta com cada sociedade, pois apresenta íntima relação com suas exigências de regulamentação. Para ROCHA e GRECO (1999, p. 391), “esse é, sem dúvida, o único mérito da teoria funcional.”. Os autores criticam a teoria, pois a consciência de um povo considera o indivíduo moralmente responsável sempre que sua conduta é impulsionada por motivos “maus ou injustos”, e, ao contrário, quando os motivos são bons e justos, sua responsabilidade é atenuada ou excluída. Para eles,

“ao vincular a noção de culpabilidade aos parâmetros de tolerância social, Jakobs faz com que o juízo jurídico de reprovação se aproxime do juízo moral. Mesmo com a intenção de realizar atividade socialmente construtiva, a confusão entre o juízo moral e o jurídico de reprovação proporciona insegurança nas intervenções do Estado na esfera da liberdade individual, pois existem diversos padrões morais se relacionando no ambiente social.” (p. 391-392).

Outro ponto que os autores ponderam é que a motivação nem sempre é explícita, identificável, pois pode derivar de inúmeros estímulos inconscientes da vontade. Assim, conhecer os motivos que levaram o agente a cometer uma conduta criminosa é importante para atribuir significação aos seus atos; o juízo de reprovação, por outro lado, não deve ser considerado a partir dessa motivação individual, mas deve ser resultado da reação social ao fato em si – o sentido socialmente construído na norma. Em outras palavras, os autores explicam que “na culpabilidade não se deve investigar o *porquê* da conduta humana, mas sim o *para quê*.” (p. 392-393).

ROCHA e GRECO (1999, p. 394) apontam que a teoria funcional baseada na teoria da motivação não estabelece objeto adequado à valoração jurídica, limitando as garantias de liberdade individual. Para eles, não se pode provar empiricamente uma capacidade individual de motivar-se de acordo com as normas jurídicas.

Apenas para ilustrar, citamos o exemplo de interpretação de um caso pratico da teoria funcionalista.

A Corte Constitucional alemã, certa feita, absolvera um cidadão que praticara omissão de socorro, sendo vítima a sua própria esposa, que falecera por falta de transfusão de sangue, diante do fato de ambos serem membros de uma religião que não admitia tal transfusão. O cônjuge varão acatou a última vontade de sua mulher, antes que a mesma falecesse. A Suprema Corte Germânica decidira que os grupos sociais são distintos e conflitivos em seus valores e, que neste caso, a mulher religiosa, caso acontecesse a transfusão de sangue, com autorização marital, mas sem sua concordância, sofreria um drama de consciência, de tal forma, que sua vida perderia o sentido, tendo inclusive solicitado ao marido que não desrespeitasse as regras religiosas de sua crença, comum entre os cônjuges. O fato era típico, antijurídico e culpável, mas aplicar uma pena ao marido, que igualmente vivia sob os mesmos preceitos religiosos, era desnecessário (imputação subjetiva), pois o Estado estaria violando seu drama de consciência e interferindo em seus valores.

### 3. CONCLUSÕES

ROCHA e GRECO (1999) ponderam que ainda é necessário um esforço para a identificação do conteúdo material da culpabilidade que tenha maior compatibilidade com o Estado Democrático de Direito:

“Embora desenvolva argumentação racional, a concepção funcional baseada na teoria da motivação não oferece garantias à liberdade individual, pois não estabelece objeto adequado à valoração jurídica. As dificuldades da dogmática da culpabilidade não foram resolvidas, pois a capacidade individual para motivar-se de acordo com a norma jurídica é tão indemonstrável quanto o poder-de-agir-de-outro-modo. Não se pode comprovar empiricamente se uma tal capacidade existe e em que medida. Por isso, há que se prosseguir no esforço de identificação do conteúdo material da culpabilidade que se mostre compatível com as premissas do Estado Democrático de Direito social” (p. 394)

De acordo com PEREIRA (2002), “pode-se afirmar que o tema do funcionalismo penal, ao menos no âmbito brasileiro, carece ainda de muita reflexão por parte da doutrina”, uma vez que, conforme o autor, a maioria dos manuais de Direito Penal brasileiro não trata deste tema. Para ele,

“Apesar de ter sido abraçado por respeitada doutrina em alguns países europeus como Alemanha (ROXIN e JAKOBS), Espanha (MIR PUIG e LUZÓN PEÑA) e Portugal (FIGUEIREDO DIAS), o funcionalismo ainda encontra resistência em especial por parte de penalistas pertencentes à denominada escola radical-finalista.”

O autor compara o modelo doutrinário de Jakobs a um protótipo, “uma máquina perfeita, porém inábil frente à atual realidade do Direito Penal”, enquanto a concepção de Roxin “representa claramente a idéia de um Direito Penal orientado à humanização através da Política-Criminal, sendo ainda uma meta do funcionalismo a proteção dos bens jurídicos como fim do Direito Penal.” Por fim, conclui que o modelo funcional de ROXIN é mais aceitável e realístico, embora merecedor de certos questionamentos.

PEREIRA (2002) conclui que o funcionalismo no mínimo desperta para uma discussão interessante:

“a idéia de que o Direito Penal deve ser orientado a satisfazer as necessidades de uma nova sociedade, consistindo, pois, em um sistema aberto a novas políticas criminais é por demais atraente, merecendo novos estudos e reflexões sobre o tema de um sistema penal teleologicamente orientado.”

TANGERINO (2004) aponta o funcionalismo como instrumento de modernização jurídica:

“Pode servir, assim, o funcionalismo, como instrumento de modernização do sistema jurídico penal a partir das relações sociais reais e não dos interesses sociais “gerais”, falsamente subjacentes às normas penais como já demonstraram fartamente os criminólogos e os filósofos do direito penal. No campo da existência mesma do direito penal, pode o funcionalismo apontar caminhos na construção de um direito penal que, embora mal necessário, possa ter sentido orgânico na sociedade ou ainda, tornar-se minimamente legítimo.” (p. 94)

Em síntese, existem autores que questionam o funcionalismo e entendem não ser necessária nenhuma discussão adicional, enquanto outros acreditam que essa teoria oferece uma possibilidade de discussão sobre a atual concepção majoritária da teoria finalista, que também apresenta questionamentos.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COSTA, Flávio Ribeiro da. **Sistema penal funcionalista**. Disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1542>. 2006. Acesso em 03/06/2009.

DINIZ, Marcelo Mattar. **Roteiro de Estudos – Direito Penal I**. Belo Horizonte, 2009. Apostila.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral - v.1. São Paulo: Saraiva, 2005. 750 p.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **Breves apontamentos sobre o funcionalismo penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3474>>. Acesso em: 02/06/2009.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão; GRECO, Rogério. **Estrutura jurídica do crime**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999. 513 p.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **O funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs: possibilidades para uma nova missão do Direito Penal**. Estudos Jurídicos vol. 37 nº 99 jan/abr 2004.