

APONTAMENTOS CRÍTICOS ACERCA DO FUNCIONALISMO PENAL DE CLAU ROXIN

Raquel Lima Scalcon

Mestranda em Ciências Criminais pela PUCRS.

Graduada em Direito pela UFRGS.

Resumo: pretende-se analisar criticamente o Funcionalismo de Claus Roxin. Inicialmente se discorre acerca das características da construção funcional do conceito de crime. A seguir, defende-se que a (re)compreensão dos conceitos jurídico-penais como conceitos de valor é contributo irrenunciável da teoria sob estudo. Contudo, sustenta-se a presença de duas inconsistências na Teoria Funcional do Delito, uma de ordem “filosófica” (racionalidade finalística) e outra “metodológica” (ausência de fundamento de validade autônomo).

Palavras-chave: Funcionalismo Penal – Fins de Política Criminal – “Pensamento que calcula” (*das rechnende Denken*) – Racionalidade instrumental (*Zweckrationalität*) – Direito Penal constitucionalmente orientado.

Resumen: el objetivo es analizar críticamente el funcionalismo de Claus Roxin. Inicialmente se habla de las características de la construcción funcional del concepto de delito. A continuación, se argumenta que la (re)comprensión de tales conceptos como de valor es una indispensable contribución de la teoría en estudio. Sin embargo, se argumenta la presencia de dos inconsistencias en la teoría funcional de lo delito, una de orden “filosófica” (racionalidad teleológica) y una de “metodología” (no hay fundamento de validez autónomo).

Palabras-clave: Funcionalismo Penal – Fines de Política Criminal - "Pensamiento que calcula" (*de rechnende Denken*) - Racionalidad instrumental (*Zweckrationalität*) - Derecho Penal constitucionalmente orientado.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo a análise do Sistema Racional-Final ou Teleológico de Direito Penal (ou, simplesmente, do Funcionalismo Penal), ora conceituado como uma teoria do crime caracterizada por construir os conceitos jurídico-penais em função de fins político-criminais pré-fixados¹ e inaugurada a partir da obra “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal” (*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*)². Posteriormente, tal doutrina ganhou maior sistematização em Schünemann³ e Wolter⁴, bem como expressão paradigmática no Tratado de Direito Penal de Roxin, no de Günther Jakobs e, ainda, no de Figueiredo Dias⁵.

¹ Nas palavras de Claus Roxin, os defensores de tal orientação “parten de la hipótesis de que la formación del sistema 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” (ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Traduzido por Diego-Manuel Peña; Miguel Diaz Conlledo; Javier de Vicente Remansal. Madrid: Civitas, 2008, tomo I, p. 203. Tradução de *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*).

² A monografia *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* foi, pela primeira vez, exposta como conferência em Berlim, em maio de 1970, posteriormente se transformando nessa revolucionária obra.

³ SCHUNEMANN, *Strafrechtssystem und Kriminalpolitik*, Rud. Schmitt-FS, 1992 *apud* FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal. Parte Geral*. 2.ed. portuguesa. 1.ed. brasileira. Coimbra: Coimbra Editora; Revista dos Tribunais, 2007, tomo I, p. 251.

⁴ WOLTER, *Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem*, 140 Jahre Goldammer’s Archiv, 1993 *apud* FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal. Parte Geral...*, p. 251.

⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal. Parte Geral*. 2.ed. portuguesa. 1.ed. brasileira. Coimbra: Coimbra Editora; Revista dos Tribunais, 2007, tomo I.

Por conseguinte, uma vez que acolhida por juristas pertencentes a diferentes tradições ou escolas, a Teoria Funcionalista Penal sofreu, pouco ao pouco, especificações e acréscimos de conteúdo, podendo-se hoje, com segurança, afirmar a existência não de um, mas de *muitos* Funcionalismo(s) Pena(is).

Considerando tal diversidade - e até por respeito à metodologia -, faz-se necessário realizar um recorte no objeto do presente estudo. Portanto, o Funcionalismo cuja análise se pretende aprofundar é o Funcionalismo Penal da Escola de Munique ou o Funcionalismo Teleológico-Racional, cujo principal representante é Claus Roxin. Esta escolha fundamenta-se não apenas no inegável reconhecimento do pensamento funcional de Roxin como um ponto de *inflexão* na teoria do crime, a partir do qual foi constituído um novo paradigma acerca da construção do conceito de crime e da compreensão da “Ciência conjunta do Direito Penal” (*die gesamte Strafrechtswissenschaft*)⁶, mas também – e principalmente – pela sua notória aceitação, já que a tal pensamento não foram nem são dirigidas as tão severas críticas sofridas por teorias funcionalistas como a de Jakobs.

1 FUNCIONALISMO PENAL DA ESCOLA DE MUNIQUE. A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE CRIME A PARTIR DOS FINS DE POLÍTICA CRIMINAL

Inicialmente, importa analisar a definição de Funcionalismo apresentada por Roxin em seu tratado:

los defensores de esta orientacion están de acuerdo – con muchas diferencias en lo demás – en rechazar el punto de partida del sistema finalista y parten de la hipótesis de que la formación del sistema jurídicopenal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.), *sino que única e exclusivamente puede guiarse por las finalidades del derecho penal.*⁷ (grifado)

Por conseguinte, a Teoria Funcional do Direito Penal dirigiu uma importante crítica ao *ontologismo* próprio do Finalismo e, dessa forma, acabou por rejeitar, indiretamente, a Teoria Causal do Delito, haja vista que tal característica nela também se verificava⁸. Por outro lado,

⁶ Figueiredo Dias apresenta três possíveis traduções para a expressão “die gesamte Strafrechtswissenschaft”, quais sejam: “ciência conjunta (total ou global) do direito penal” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 24).

⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General...*, p. 203.

⁸ Acerca das semelhanças entre Teoria Causal e Final do delito, sustenta Roxin que “ambas fundamentam o sistema jurídico penal em categorias ônticas, avaloradas, imunizadas de antemão contra objetivos sociais e político-criminais” (ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. In: _____. *Estudos de Direito Penal*. Traduzido por Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tradução de: Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems).

ao resgatar o pensamento *neokantista* e, portanto, a compreensão dos conceitos jurídico-penais como conceitos *normativos*, o Funcionalismo da Escola de Munique aproximou-se da Teoria Neoclássica do Crime, ainda que, como advertiu o próprio Roxin, dela tenha se diferenciado ao substituir “la algo vaga orientación neokantiana a los valores culturales por um criterio de sistematización específicamente jurídicopenal: las bases políticocriminales de la moderna teoría de los fines de la pena”⁹.

Feitas essas breves considerações introdutórias, deve-se adentrar no estudo das principais características da teoria ora sob análise, tarefa cuja realização, para fins metodológicos, será dividida em: (a) exposição da refundada relação entre Direito Penal Normativo e Política Criminal proposta por Roxin a partir de um *Sistema* Jurídico-Penal *teleologicamente orientado* e (b) apresentação da construção da Teoria do Crime *político-criminalmente* fundada (Teoria Funcionalista do Delito).

1.1 UM SISTEMA JURÍDICO-PENAL DE ORIENTAÇÃO TELEOLÓGICA. A NOVA RELAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL NORMATIVO E POLÍTICA CRIMINAL

O estudo do “Pensamento Sistemático” foi de fundamental importância para a construção da Teoria Funcionalista da Escola de Munique. Não por acaso, ainda nas páginas iniciais de sua obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Roxin questionou a necessidade, a utilidade e a própria possibilidade de construir-se a Teoria do Crime a partir de um “Pensamento Sistemático”¹⁰. E o tema foi-lhe tão central, que mesmo em suas obras mais recentes, chega tal autor a referir que um Direito Penal concebido sob a forma de “Sistema” não é unanimidade mesmo em países de elevado desenvolvimento cultural¹¹, bem como que um incipiente estudante de direito ou, mesmo um leigo, provavelmente não poderiam compreender o porquê de tantos esforços em busca de uma sistematização do Direito Penal¹².

Não obstante, o próprio Roxin admite que as principais teorias do crime – Teoria Clássica, Neoclássica e Final - foram assim estruturadas e que, atualmente, a construção sistemática do Direito Penal é predominante mesmo em diferentes tradições jurídicas, com raríssimas exceções. Nesse diapasão, pareceu-lhe lógico procurar uma razão para tal hegemonia. E, na compreensão do autor alemão, os grandes méritos de um “Sistema”

⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General...*, p. 203.

¹⁰ ROXIN, Claus. *Política criminal e Sistema jurídico-penal*. Traduzido por Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Tradução de: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, p. 1-13.

¹¹ ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. *Revista brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 82, a.18, p. 24-47, jan./fev. 2010, p. 26.

¹² ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General...*, p. 203.

Jurídico-Penal, os quais justificariam o seu merecido destaque, podem assim ser elencados¹³: (a) facilidade de análise dos casos concretos; (b) capacidade de propiciar uma aplicação uniforme do Direito; (c) capacidade de simplificar a aplicação do Direito e (d) capacidade de atuar como guia para a posterior elaboração e desenvolvimento do Direito.

De outro lado, conquanto o Pensamento Sistemático possua seus inegáveis contributos, Roxin nele também observou problemas severos como: (a) esquecimento da justiça particular (ou seja, da justiça do *caso concreto*); (b) redução das possibilidades de legítima resolução do problema jurídico; (c) ocorrência de deduções sistemáticas contrárias aos fins de política criminal e (d) utilização de conceitos excessivamente abstratos¹⁴. Diante de críticas desse jaez, Roxin questionou se o método de decisão mais conforme a Ciência do Direito não seria a própria discussão de casos concretos, ou seja, um proceder fundamentado no “Pensamento Problemático” (Tópica)¹⁵. Conquanto a breve hesitação¹⁶, o próprio autor alemão referiu a seguir que, apesar de tal pensamento valorizar o caso concreto, ele não poderia substituir o Pensamento Sistemático, em razão da necessária vinculação do Direito Penal à Lei, o que torna incompatível a Tópica¹⁷.

Pois bem. Se o sistema tornou-se, assim, elemento irrenunciável do Direito Penal desde o Estado de Direito (Princípio da Legalidade), Roxin percebeu que a questão não era tanto desprezá-lo, mas sim construí-lo corretamente, de modo a evitar resultados equivocados¹⁸. Dessa maneira, buscou estruturar seu sistema de forma *teleológica*, ou seja, a partir de fins, de valores. Com tal importante alteração, pretendeu solver em grande medida as inconsistências antes referidas, a partir da seguinte constatação: se o sistema, por vezes, impede a realização de valores materiais no caso concreto, pela sua abstração e generalidade, então o próprio sistema deve ser construído a partir de tais valores.

¹³ Idem, p. 207-10. No mesmo sentido, já referiu o autor em diversa oportunidade que “uma configuração sistemática permite reconduzir a extensa matéria dos pressupostos gerais do delito e conceitos fundamentais uniformes, esclarecer as relações entre eles e, através do desenvolvimento de soluções calculáveis e transcendentais aos casos individuais, garantir a isonomia na aplicação do Direito” (ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção..., p. 26).

¹⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General...*, p. 214.

¹⁵ Idem, p. 210.

¹⁶ Nesse sentido, Roxin chegou a fazer o seguinte questionamento: “de que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada?” (ROXIN, Claus. *Política criminal e Sistema jurídico-penal...*, p. 7).

¹⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General...*, p. 216.

¹⁸ ROXIN, Claus. *Política criminal e Sistema jurídico-penal...*, p. 26. A esse respeito, Roxin já havia referido que o problema talvez não fosse tanto a construção sistemática, mas sim as premissas equivocadamente a ela atribuídas, conforme se pode verificar do seguinte excerto: “Se, portanto, a possibilidade de desvencilhar-se do sistema não é seriamente discutível e as críticas [...] feitas parecem intocadas, é de supor-se que não se dirijam elas ao próprio pensamento sistemático, mas a premissas errôneas em seu desenvolvimento dogmático” (ROXIN, Claus. *Política criminal e Sistema jurídico-penal...*, p. 11-2).

Assim, estar-se-ia a garantir de antemão, para Roxin, a justiça no caso concreto, sem, contudo, violar o Princípio da Legalidade, haja vista que a concretização dessas finalidades, quando da aplicação da norma ao caso, dar-se-ia, agora, sob a forma de uma interpretação conforme os próprios fins de norma (interpretação teleológica dirigida a *ratio legis*)¹⁹. É dizer, pela circularidade da construção de Roxin, a *ratio legis* seria, agora, aqueles mesmos fins cuja promoção, no caso concreto, se pretendia²⁰. Por conseguinte, tais valores e finalidades seriam, ao mesmo tempo, “ponto de partida” (fundamento) para a construção do sistema e “ponto de chegada” da interpretação e realização do sistema (função).

E quais seriam, afinal, os valores que estruturariam o Sistema Jurídico-Penal? Para Roxin, os fins político-criminais. Eis o caminho “correto” a ser tomado:

Deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as conseqüências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência lisztiana. Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais (*Kriminalpolitische Zweckmäßigkeit*) não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese [...].²¹

E foi assim que o Sistema Jurídico-Penal proposto por Roxin e construído a partir dos fins de política criminal mostrou-se tão diverso e inovador em relação ao Sistema Jurídico-Penal anterior, o qual estava, em sua opinião, erroneamente calcado, desde Liszt, em premissas ontológicas e em um Positivismo Jurídico acrítico, cujo valor supremo era puramente *formal*: a Segurança Jurídica.

Daí a razão de Roxin se opor à concepção lisztiana acerca da Ciência conjunta do Direito Penal (*die gesamte Strafrechtswissenschaft*), por entender residir justamente nela o

¹⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General...*, p. 217. Nesse sentido, sustentou Roxin que: “cuando nas finalidades rectoras se convierten directamente em configuradoras del sistema, queda de antemano garantizada la justicia en el caso concreto [...] en la medida en que ello es posible en un Derecho vinculado a la ley; ya que toda constelación de casos se reconduce al fin de la ley. También queda excluida la posibilidad de que las soluciones se produzcan como conclusiones de necesidades sistemáticas axiológicamente ciegas [...], puesto que em tal caso ya no estarían cubiertas por el *punto de partida* sistemático” (ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General...*, p. 217) (destacado). Em nossa leitura, o referido “ponto de partida” seriam as finalidades e valores político-criminais estruturantes do Sistema Jurídico-Penal.

²⁰ A fim de elucidar a argumentação, propor-se-á o seguinte exemplo: se o fim político-criminal cuja promoção se pretende a partir do Sistema Jurídico-Penal é o de prevenção (geral-especial), então em um Sistema teleológico os conceitos e as normas de Direito Penal serão não só *estruturados (moldados)* a partir dessa finalidade (o conceito de culpabilidade, por exemplo, será o que melhor corresponda às necessidades preventivas), mas também *interpretados* pelo aplicador *conforme* tais valores e fins, os quais seriam a própria *ratio legis* (ou seja, o aplicador interpretará a “culpabilidade” – prosseguindo-se a explanação – conforme a finalidade da norma, no caso, a de prevenção geral-especial). Em síntese: os conceitos e as normas jurídico-penais seriam construídos a partir de fins/valores e interpretados de forma a promover esses mesmos fins/valores.

²¹ ROXIN, Claus. *Política criminal e Sistema jurídico-penal...*, p. 20.

equivoco que ensejou a edificação de um Sistema Jurídico-Penal política e socialmente *neutro*, ao qual tanto dirigiu críticas. E o erro de Liszt teria sido verificar, entre o Direito Penal Normativo e a Política Criminal, uma relação unicamente de *tensão* e de *incompatibilidade*, ao conceber aquele como o espaço de defesa da liberdade individual²² e, esta, como o de tutela dos interesses da coletividade no combate ao crime²³. Em Liszt, categoricamente, “o direito penal é a barreira intransponível da política criminal”²⁴ e, o Código Penal, “a magna carta do criminoso”²⁵.

Para Roxin, tal compreensão é reflexo de uma orientação Positivista, a qual, ao pretender retirar do Direito um possível conteúdo social ou político²⁶, teve sua importância histórica, não podendo, contudo, ainda prevalecer²⁷. Sustentou, pois, a necessidade de (re)visitar a relação entre o Direito Penal Normativo e a Política Criminal. Nesse horizonte, a tarefa da Lei Penal não mais se esgotaria na função garantística²⁸, devendo-se reconhecer – desde que preservado o conteúdo de garantia presente na Dogmática Penal – que “problemas político-criminais constituem o conteúdo próprio também da teoria do delito”²⁹. Por conseguinte, Roxin nega, como única possibilidade, uma relação de necessário conflito entre o Direito Penal e Política Criminal, substituindo-a por outra, na qual ambos seriam reunidos a partir de uma síntese, tornando-se, pois, uma “unidade sistemática”³⁰, como já ocorreu com as compreensões de Estado de Direito e Estado Social³¹.

Dito isso, é preciso atentar para as consequências da re(construção) da uma tal relação. A Dogmática Penal, assim, torna-se, nas palavras de Roxin, “muito mais a forma através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo de vigência

²² O Direito Penal Normativo ou a Dogmática Penal, nas palavras de Liszt, seria “o conjunto das regras jurídicas através das quais a pena como consequência jurídica é unida ao crime como tipo legal” (LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge...*, p. 77 *apud* D’AVILA, Fabio Roberto. *Funcionalismo versus normativismo...*, p. 18).

²³ No dizer de Liszt, a Política Criminal seria “a reunião ordenada de princípios, segundo os quais deve ser conduzida a luta da ordem jurídica contra o crime” (LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge...*, p. 77 *apud* D’AVILA, Fabio Roberto. *Funcionalismo versus normativismo...*, p. 19)

²⁴ LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge...*, p. 80 *apud* ROXIN, Claus. *Política criminal e Sistema jurídico-penal...*, p. 1.

²⁵ D’AVILA, Fabio Roberto. *Funcionalismo versus normativismo...*, p. 20.

²⁶ ROXIN, Claus. *Política criminal e Sistema jurídico-penal...*, p. 12.

²⁷ A esse respeito, explica Muñoz Conde ser esta a premissa do Funcionalismo Penal: “desde el momento en que el Derecho Penal es un instrumento de configuración política y social, es necesario que también se tengan en cuenta en su elaboración sistemática los fines y funciones que se pretenden conseguir con él” (In: MUÑOZ CONDE, Francisco. *La relación entre sistema del derecho penal y política criminal: historia de una relación atormentada. Revista de Estudios Criminales*, Porto Alegre, n. 27, ano VII, p. 9-41, out./dez. 2007, p. 12).

²⁸ ROXIN, Claus. *Política criminal e Sistema jurídico-penal...*, p. 13.

²⁹ ROXIN, Claus. *Política criminal e Sistema jurídico-penal...*, p. 14.

³⁰ *Idem*, p. 22.

³¹ *Idem*, p. 20.

jurídica”³². Consequentemente, consoante análise de Fabio D’Avila, “significa dizer, sem rodeios, que os princípios fundamentais de Direito Penal, que os critérios axiológicos reitores da dogmática penal são agora nada mais que política criminal”³³. Desse modo, se os fins de Direito Penal são os de Política Criminal, ganha em dificuldade a possibilidade de distinção entre os seus conceitos, por apresentarem, na teoria de Roxin, a mesma função³⁴. Daí falar-se em uma quase *fusão* de ambos, a partir de um esvaziamento de conteúdo autônomo da Dogmática Penal e da consequente hegemonia axiológica das finalidades político-criminais.

1.2 UMA TEORIA DO DELITO POLÍTICO-CRIMINALMENTE FUNDADA

Os importantíssimos reflexos dessa inovadora relação entre Direito Penal Normativo e Política Criminal podem ser verificados, com maior clareza e concretude, na (re)estruturação da Teoria do Crime proposta pela Escola de Munique. Nesse sentido, rejeitando fundamentações ontológicas, Roxin sustentou que “cada categoria do delito – tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade – deve ser observada, desenvolvida e sistematizada sob o ângulo de sua função político-criminal”³⁵. E assim o fez por meio de uma tripartição dos elementos do crime em *tipo (Tatbestand)*, *injusto (Unrecht)* e *responsabilidade (Verantwortlichkeit)*, cuja definição e conceituação têm por referencial uma finalidade político-criminal: se o *tipo* é a ação valorada do ponto de vista da necessidade abstrata de pena³⁶, o *injusto* é “todo comportamento a que deve ser cominada uma pena por razões ligadas à proteção de bens jurídicos”³⁷, enquanto a *responsabilidade* é a “prevenção limitada pela culpabilidade”³⁸.

Por conseguinte, ainda que simplificada, o *tipo* estrutura-se a partir da *finalidade político-criminal da pena* em abstrato (prevenção geral); o *injusto*, a partir da *função* do Direito Penal de proteção de bens jurídico-penais e a *responsabilidade*, a partir da *finalidade político-criminal da pena* a ser aplicada concretamente (*prevenção geral e especial*). É preciso, no entanto, dizer mais. Uma análise pormenorizada das estruturas do delito presentes

³² Idem, p. 82.

³³ D’AVILA, Fabio Roberto. Funcionalismo *versus* normativismo..., p. 24.

³⁴ É o que se pode verificar na seguinte argumentação de Roxin: “las finalidades rectoras que constituyen el sistema del Derecho penal sólo pueden ser de tipo polímicriminal, ya que naturalmente los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del Derecho penal” (ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General...*, p. 217).

³⁵ ROXIN, Claus. *Política criminal e Sistema jurídico-penal...*, p. 19.

³⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General...*, p. 218.

³⁷ ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção..., p. 38.

³⁸ Idem, p. 43.

no pensamento funcional de Roxin impõe-se não apenas pela relevância das considerações ali presentes, mas também em razão das conseqüências da sua adoção.

Iniciemos com o tipo (*Tatbestand*). Quando da obra inaugural de Roxin acerca do funcionalismo, concebia tal autor que a sua função era a de cumprimento das exigências do Princípio da Legalidade (*nullum crimen sine lege*), devendo-se, pois, estruturar a tipicidade dogmaticamente a partir dele³⁹. Tal concepção, contudo, ganhou maior complexidade em estudos posteriores, de forma a hoje se verificar, no Tratado de Direito Penal de Roxin, a compreensão do tipo como orientado a uma função relacionada, fundamentalmente, à necessidade da pena em abstrato, ou seja, a uma finalidade preventivo-geral⁴⁰.

Nesse sentido, tal função conduziria, para o precitado autor, a duas conseqüências principais: (a) à necessária utilização da interpretação teleológica segundo o fim da norma (restritiva ou extensiva), para que pudessem ser abarcadas da maneira mais completa possível as condutas legalmente censuradas⁴¹ e (b) à indispensável busca da precisão e da clareza da lei, requisito indispensável não apenas para eficaz prevenção geral, mas principalmente para uma legitimidade constitucional (Princípio da Legalidade)⁴².

Outra teoria central no Funcionalismo Penal da Escola de Munique é a da Imputação Objetiva. Constatando que em construções *ontológicas* do Sistema Jurídico-Penal a imputação ao tipo objetivo reduzia-se, erroneamente, a uma mera verificação de causalidade física, o sistema *teleológico* buscou corrigir as inconsistências decorrentes de tal nexo causal, a partir de um conjunto de regras orientadas a valorações jurídicas⁴³. Por conseguinte, a imputação ao tipo objetivo exigiria não apenas uma análise de causalidade, mas também, conforme Roxin, “la realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma”⁴⁴.

Dito isso, passa-se à análise da categoria do *injusto* (*Unrecht*). Inicialmente, deve-se advertir que, para Roxin, “injusto” e “antijuridicidade” *não* são sinônimos. Nesse sentido, enquanto esta seria uma propriedade da ação típica (especificamente, a sua contradição com as determinações do Ordenamento Jurídico)⁴⁵, aquele seria a ação típica propriamente dita, ou

³⁹ ROXIN, Claus. *Política criminal e Sistema jurídico-penal...*, p. 30.

⁴⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General...*, p. 218-9.

⁴¹ Idem, p. 219.

⁴² Idem, *ibidem*.

⁴³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General...*, p. 204.

⁴⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General...*, p. 204; 342-411. A esse respeito, ainda, ROXIN, Claus. Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal In: _____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Traduzido por Ana Paulo dos Santos; Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998. Na doutrina brasileira, ver, por todos, D’AVILA. Fabio Roberto. *Crime culposos e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁴⁵ ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção..., p. 557.

seja, “el objecto de valoración de la antijuridicidad junto con su predicado de valor. [...] en el concepto de injusto se reúnen las tres categorías delictivas de la acción, tipicidad y antijuridicidad”⁴⁶. Ademais, o injusto seria, em sentido material, toda a conduta que deveria ser criminalizada para fins de proteção de bens jurídicos⁴⁷, já que o Direito Penal, segundo o precitado autor, teria por função político-criminal a tutela *subsidiária* de tais bens⁴⁸. Inclusive, um tal conceito de injusto acabou justificando, em sua opinião, o desenvolvimento da Teoria da *Imputação Objetiva*, haja vista que, se o Direito Penal deve proteger bens jurídicos, então um meio para tanto, concretizado naquela teoria, foi o de proibir as condutas que produzissem riscos não permitidos a tais bens, e, conseqüentemente, imputar ao seu autor a eventual concretização do risco não permitido no resultado típico⁴⁹.

Por fim, a elaboração do conceito de “responsabilidade” (*Verantwortlichkeit*) foi outra importante inovação do Sistema Teleológico-Racional do Direito Penal. Nesse sentido, Roxin sustentou que à categoria da *culpabilidade* deveria ser agregado um questionamento acerca do merecimento da pena⁵⁰ ou da necessidade preventiva da punição⁵¹, uma vez que aquela, sozinha, seria incapaz de explicar e promover as finalidades político-criminais de prevenção geral ou especial, o que somente se alçaria a partir do conceito superior de *responsabilidade*, o qual englobaria ambos os pressupostos (culpabilidade e necessidade da pena). Assim, nas palavras do próprio Roxin, ter-se-ia uma “prevenção limitada pela culpabilidade (*schuldbegrenzte Prävention*)”⁵². A consequência fundamental de uma tal construção é a de que, em casos concretos, mesmo diante de idênticas culpabilidades, será a necessidade preventiva da aplicação da pena – ou a sua ausência – que determinará, *diretamente*, a configuração da responsabilidade (*Verantwortlichkeit*) do agente⁵³ e, *indiretamente*, a própria existência do crime.

⁴⁶ Idem, p. 558.

⁴⁷ ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção..., p. 38. Roxin ainda faz referência a funções político-criminais mais específicas que seriam concretizadas na categoria do injusto, tais como: (a) resolução de colisões de interesses juridicamente relevantes; (b) justificação de medidas de segurança e (c) integração do Direito Penal e das suas valorações decisivas com o ordenamento jurídico (ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General...*, p. 219-22).

⁴⁸ ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção..., p. 38.

⁴⁹ Idem, p. 39.

⁵⁰ ROXIN, Claus. *Política criminal e Sistema jurídico-penal...*, p. 67.

⁵¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General...*, p. 222.

⁵² ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção..., p. 43.

⁵³ ROXIN, Claus. *Política criminal e Sistema jurídico-penal...*, p. 70.

2 ANÁLISE CRÍTICA DO FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO-RACIONAL: CONTRIBUTOS E INCONSISTÊNCIAS NA COMPREENSÃO DA CIÊNCIA CONJUNTA DO DIREITO PENAL

2.1 A REAFIRMAÇÃO DA RELAÇÃO DO CONCEITO DE CRIME COM VALORAÇÕES POLÍTICO-SOCIAIS: CONTRIBUTO IRRENUNCIÁVEL DO FUNCIONALISMO PENAL

O Funcionalismo Penal da Escola de Munique tem seus méritos. Um dos mais importantes foi (re)visitar uma determinada compreensão dos conceitos jurídico-penais semelhante à presente nos neoclássicos, mas abnegada, ingênua e equivocadamente, desde a ascensão do Finalismo. Neste, os conceitos jurídico-penais eram concebidos como puramente ontológicos e decorrentes de uma "natureza do ser", e, conseqüentemente, como imanentes, insusceptíveis de modificação pelo legislador - porque essencialmente imutáveis - e, claro, eternos. Desde Roxin, *não mais*. Com a Teoria Funcional, assumiu-se o que *não mais* podia ser negado diante da crise, ou seja, da *perda de sentido e do esgotamento explicativo*⁵⁴ da Teoria Final: os conceitos jurídico-penais estão, necessariamente, relacionados com valorações político-sociais e, portanto, com *valores*⁵⁵ referentes ao Homem na sua temporalidade⁵⁶. Não obstante o reconhecimento dessa compreensão enquanto contributo irrenunciável do Funcionalismo ao Direito Penal Contemporâneo, a pergunta que se propõe é: relacionados com quais valores e de que maneira? É, pois, a partir de um tal questionamento que se intenta desvelar, a seguir, algumas inconsistências verificadas no Sistema Teleológico (Funcional) de Direito Penal.

⁵⁴ Pretendeu-se utilizar, no ponto, o conceito de "crise" apresentado por Castanheira Neves, para quem "a crise não traduz apenas o negativo circunstancial, a quebra anômica que se sofre e lamenta, mas sobretudo a consumação histórico-cultural de um sistema, a perda contextual de sentido das referências até então regulativas - o paradigma que vigorava esgotou-se, um novo paradigma se exige" (CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" - Modelos actualmente alternativos de realização do direito. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Separata v. LXXXIV, p. 1-44, 1998, p. 2).

⁵⁵ Sobre o ponto, ver ainda Muñoz Conde, para quem "una Dogmática jurídicopenal completamente neutra desde el punto de vista político y valorativo no puede existir" (MUÑOZ CONDE, Francisco. La relación entre sistema del derecho penal y política criminal..., p. 38).

⁵⁶ Consoante Faria Costa, não tanto o tempo, mas a temporalidade é "categoria essencial para o pensamento jurídico, mormente jurídico-penal" (FARIA COSTA, José Francisco de. Uma ponte entre o Direito Penal e a Filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena. In: _____. *Linhas de Direito Penal e de Filosofia. Alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 205).

2.2 CRÍTICAS AO FUNCIONALISMO PENAL DA ESCOLA DE MUNIQUE

2.2.1 Inconsistência filosófica: o funcionalismo penal como um pensamento que calcula (*das rechnende Denken*). A assunção de uma racionalidade finalística (*Zweckrationalität*).

O Sistema Jurídico-Penal pode fundamentar-se desde duas perspectivas: ou se parte das consequências do crime – a *pena* – ou do seu objeto de valoração - o *injusto*⁵⁷. Pretende-se ora sustentar que teorias Funcionalistas - e, portanto, também o Funcionalismo objeto do presente estudo - estruturam o delito normativamente a partir da sua consequência. Para tal desiderato, inicialmente se reitera que, no Funcionalismo Teleológico-Racional, como preconizou Roxin, “cada categoria do delito – tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade – deve ser observada, desenvolvida e sistematizada sob o ângulo de sua função político-criminal”⁵⁸.

Pois bem, se é cediço que na teoria funcional o conceito de crime está condicionado por finalidades de Política Criminal, resta ainda saber, especificamente, quais são elas. Nesse sentido, Roxin explicitou que os critérios de sistematização jurídico-penal seriam “las bases políticocriminales de la moderna teoría de los fines de la pena”⁵⁹. Portanto, as finalidades estruturantes de tal sistema teleológico seriam as de *prevenção geral e especial* (a dita “moderna” teoria dos fins da pena).

Inclusive, quando se analisa em pormenor as categorias do delito desenvolvidas no Funcionalismo da Escola de Munique – tipicidade, injusto, responsabilidade -, verifica-se, claramente, que todas elas foram (re)construídas *em função* de finalidades de prevenção geral e especial, servindo, pois, de meio ou instrumento para a persecução de tais fins. Nessa senda, o tipo (*Tatbestand*), conforme antes referido, orienta-se a uma finalidade preventivo-geral⁶⁰. Já o injusto (*Unrecht*) relaciona-se com a função do Direito Penal de tutela de bens jurídicos, não estando, ao menos à primeira vista, orientado a fins de prevenção, o que somente se torna perceptível a partir de uma análise mais profunda, a qual se passa a realizar.

⁵⁷ LAMPE, Ernst Joaquim. Sobre la estructura ontológica del injusto punible. *Revista de Estudios Criminales*, Porto Alegre, n. 16, ano IV, p. 31-47, jan./mai. 2004, p. 31.

⁵⁸ ROXIN, Claus. *Política criminal e Sistema jurídico-penal...*, p. 19.

⁵⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General...*, p. 203.

⁶⁰ Idem, p. 218-9.

Inicialmente, é preciso distinguir entre a fundamentação do injusto – e, portanto, do crime - a partir da *ofensa a bens jurídico-penais*⁶¹ e a fundamentação a partir da *função de tutela de bens jurídico-penais*.⁶² Enquanto naquela se está diante de um fundamento retrospectivo para o injusto (violação – passada - de bens jurídico-penais), nesta tem-se uma justificativa prospectiva (promoção – futura - da tutela de bens jurídico-penais). Ocorre que a estruturação do injusto em função da proteção de bens jurídico-penais pressupõe, necessariamente, a adoção de uma teoria prevencionista da pena, haja vista ser incoerente a atribuição de tal tarefa ao Direito Penal no contexto axiológico de uma teoria retributivista da pena. É dizer, pois, que a construção funcional do injusto não apenas é compatível com, mas também é decorrência lógica da própria teoria dos fins da pena adotada pelo Sistema Racional-final de Direito Penal – especificamente, prevenção geral-especial.

Por fim, é na categoria da *responsabilidade* que se encontra o efeito mais importante de uma elaboração da Teoria do Delito a partir da sua consequência - a pena. Ora, se responsabilidade é "prevenção limitada pela culpabilidade", então, conforme já referido, em casos concretos, mesmo frente a idênticas culpabilidades, será a necessidade preventiva da aplicação da pena – ou a sua ausência – que definirá, diretamente, a configuração da responsabilidade do agente e, indiretamente, a própria existência do crime. Isso significa, sem rodeios, que, mesmo diante de condutas *igualmente* típicas, injustas (ou antijurídicas, para alguns doutrinadores) e culpáveis, a necessidade da pena para fins de prevenção – geral ou especial – é que determinará a ocorrência, ou não, do delito. Haverá crime, pois, se presente tal necessidade. Ausente esta, crime não haverá.

Notoriamente, o que se verifica é um alarmante monopólio axiológico das finalidades político-criminais na elaboração do próprio conceito de crime. Em uma tal construção funcionalista, o questionamento que norteia o Sistema Jurídico-Penal é "considerar X crime

⁶¹ O modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, na lição de Fabio D'Avila, "traduz uma concepção de ilícito penal estabelecida fundamentalmente na ofensa a interesses objetivos, no desvalor que expressa a lesão ou põr-em-perigo bens juridicamente protegidos [...]" (D'AVILA. Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 40). Portanto, prosseguiu o precitado autor, "a este ilícito-típico, aqui entendido como categoria dogmática materialmente informada por juízo de ilicitude centrado na ofensa a bens jurídicos, não basta, pois, o mero preenchimento dos requisitos formais de tipicidade. É também indispensável o atendimento de seus requisitos substanciais, dos requisitos atinentes à ofensividade" (D'AVILA. Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos...*, p. 41).

⁶² Nesse sentido - em importante análise acerca da Ofensividade – sustentou Zaffaroni que "el concepto de bien jurídico es nuclear en el derecho penal para la realización de este principio, pero inmediatamente se procede a equiparar bien jurídico lesionado o afectado con bien jurídico tutelado, identificando dos conceptos sustancialmente diferentes, pues nada prueba que la ley penal tutele un bien jurídico dado que lo único verificable es que confisca un conflicto que lo lesiona o pone en peligro" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 128).

promove ou atinge os fins de política criminal (prevenção geral-especial)?" ou, afirmativamente, "os fins de política criminal definem e constituem o existir do delito". Por conseguinte, o conceito de crime é antecedido de - e justificado por - um exame de utilidade, cujos critérios de valoração decorrem de uma determinada concepção acerca dos fins da pena criminal (especificamente, prevenção geral e especial).

E aqui se deve propor a seguinte reflexão: é aceitável construir o Sistema Jurídico-Penal e, conseqüentemente, toda a Teoria do Crime, a partir de uma categoria que tem por condição de possibilidade a própria ocorrência do crime? Em outras palavras, é possível edificar uma Teoria do Delito partindo-se da sua consequência, qual seja, a pena? O questionamento apresentado não é desprezioso. Muito ao contrário. A partir dele pretende-se sustentar, como já bem o fez Fabio D'Avila⁶³, que a Teoria Funcionalista do Direito Penal estrutura-se no que Heidegger denominou de "pensamento que calcula" (*das rechnende Denken*)⁶⁴. E, buscando dar-lhe concretude, o filósofo alemão apresentou em sua obra o seguinte exemplo, sobre o qual construiu o próprio conceito de *pensamento calculista*:

quando concebemos um plano, investigamos ou organizamos uma empresa, contamos sempre com condições prévias que consideramos em função do objetivo que pretendemos atingir. Contamos, antecipadamente, com determinados resultados. Este cálculo caracteriza todo o pensamento planejador e investigador. *Este pensamento continua a ser um cálculo, mesmo que não opere com números, nem recorra à máquina de calcular, nem a um dispositivo para grandes cálculos.* O pensamento que calcula (*das rechnende Denken*) faz cálculos. [...] O pensamento que calcula corre de oportunidade em oportunidade. *O pensamento que calcula nunca pára, nunca chega a meditar [...] sobre o sentido que reina em tudo o que existe.*⁶⁵ (destacado)

Um tal pensamento, poeticamente exposto por Heidegger, ganha maior sentido e plena realização no contexto do Sistema Teleológico de Direito Penal, tendo em vista que a racionalidade sob a qual se estrutura o Funcionalismo Penal é a finalística (*Zweckrationalität*). É dizer: o Sistema Funcional do Delito, tal qual o agir racional-final teorizado por Weber, determina-se por "expectativas quanto ao comportamento de objetos do mundo exterior e de outras pessoas, utilizando essas expectativas como

⁶³ D'AVILA, Fabio Roberto. Ontologismo e Ilícito Penal: Algumas linhas para uma fundamentação onto-antropológica do Direito Penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (Org.). *Novos rumos do Direito Penal Contemporâneo. Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 260.

⁶⁴ HEIDEGGER, Martin. *Serenidade*. Traduzido por Maria Madalena Andrade; Olga Santos. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, p. 13. Tradução de: *Gelassenheit*.

⁶⁵ HEIDEGGER, Martin. *Serenidade...*, p. 13. Tradução de: *Gelassenheit*.

‘condições’ ou ‘meios’ para alcançar fins próprios”⁶⁶. Aplicando-se essa racionalidade ao Direito, ele perde seu conteúdo de sentido e sua capacidade de autonomia, tornando-se, pois, um mero *instrumento*, ou seja, um “finalístico instrumento e um meio ao serviço de teleologias que de fora o convocam e condicionalmente o submetem”⁶⁷.

Já no Funcionalismo *Penal*, é justamente o *Direito Penal* que nada será além de um “finalístico instrumento” a serviço de uma “teleologia” que lhe é externa, no caso, os fins de *Política Criminal*. Nesse contexto, as categorias que se relacionam com o conceito de crime são as de utilidade, eficiência e funcionalidade do meio (o próprio crime) em relação aos fins (os de *Política Criminal*). Ora, se em uma racionalidade finalística, conforme Maihoffer⁶⁸, os sentidos e conceitos fundamentam-se no *benefício* ou no *prejuízo*, nada mais lógico que assim também o faça o próprio conceito de crime em um sistema funcional e, portanto, racional-final (*Zweckrational*) do *Direito Penal*.

Mas não é só. Considerando que no Funcionalismo Jurídico o conteúdo do Direito está à mercê da sua função, já que ele é conhecido a partir da pergunta “o direito para que serve?”⁶⁹, então da mesma forma o conteúdo do próprio crime no Funcionalismo Penal. Tanto é assim que, tendo por base o conceito de responsabilidade (*Verantwortlichkeit*) proposto por Roxin, se ausente finalidade preventiva (geral-especial), ainda que configurado um ilícito-típico culpável, crime não haverá, tendo em vista que, se houvesse, de nada *serviria* aos fins político-criminais pressupostos. E, no Sistema Funcional do Delito, despreza-se o “*inútil*”. O problema é que, conforme Fabio D’Avila, somente quando já *existe* o crime é que se pode cogitar sobre a legitimidade ou mesmo a utilidade político-criminal de aplicar-lhe uma sanção, sendo no todo ilógico – e, portanto, inaceitável - condicionar o existir do delito a sua consequência⁷⁰.

Acrescenta-se, ainda, que o Funcionalismo Jurídico não se preocupa em conhecer “o que é o direito?”, nem em concebê-lo pelo seu princípio⁷¹, mas apenas em saber *para que* ele serve. Isso porque nega, consoante bem explicou Castanheira Neves, um pressuposto básico daquela pergunta, qual seja, a possibilidade de *autonomia* do Direito – quer dizer, a sua

⁶⁶ WEBER, Max. *Economia e Sociedade. Fundamentos da sociologia compreensiva*. Traduzido por BARBOSA, Regis; BARBOSA, Karen Elsabe. 4. ed. 1. reimp. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009, v. 1, p. 15. Tradução de: *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie*.

⁶⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. *O Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 31.

⁶⁸ MAIHOFFER, Werner. *Rechtsstaat und menschliche Würde*. Frankfurt am Main, 1968, p. 99 ss. *apud* CASTANHEIRA NEVES, António. *O Direito hoje e com que sentido?...*, p. 39.

⁶⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”..., p. 25.

⁷⁰ D’AVILA, Fabio Roberto. *Funcionalismo versus normativismo...*, p. 28.

⁷¹ CASTANHEIRA NEVES, António. *O Direito hoje e com que sentido?...*, p. 40.

independência a fins externos⁷². Significa que, se o Direito deve ser concebido como um mero instrumento, um simples meio, então ele está indefeso perante toda e qualquer “relatividade e contingência constitutiva e intencional implicadas na possível disponibilidade e variação dos fins, dos sociais objetivos a realizar com ele na sua instrumentalidade”⁷³. E assim também o conceito de crime. É exatamente isso, contudo, o que não se pode - *de modo algum* - aceitar. Do contrário, estar-se-ia a admitir que ao crime falta um conteúdo autônomo, e, portanto, que ele existe, unicamente, *se e para* atender à função que lhe é atribuída⁷⁴.

2.2.2 Inconsistência metodológica: a ausência de um fundamento autônomo ao pensamento funcional

A palavra, o pensamento ou a razão (*odos*); o caminho para algo além (*meta*). É esta, pois, segundo Castanheira Neves, a raiz etimológica da palavra “*método*”⁷⁵. Por conseguinte, conceitua o precitado autor *metodologia* como “a ‘lógica’, a razão (racionalidade) ou o pensamento de um proceder (*modus*, processo) que visa a um fim específico ou se propõe um certo objetivo”⁷⁶. A partir dessa compreensão, pode-se sustentar que qualquer teoria, porque necessariamente calcada em determinada metodologia, apresenta uma racionalidade - ou melhor, *um fundamento de validade* - e, da mesma forma, um objetivo ao qual se propõe - ou seja, uma *finalidade*. Toda teoria possui um fundamento - que a justifica - e uma função - cujo alcance se pretende. Fundamento e função *não* coincidentes, mas autônomos, haja vista ser aquele necessariamente retrospectivo (como prévia justificação), e esta, necessariamente prospectiva (enquanto objetivos a serem atingidos)⁷⁷.

Curiosamente, em virtude de estar baseado em um “pensamento que calcula” (*das rechnende Denken*) e, por tal razão, em uma racionalidade finalística-instrumental (*Zweckrationalität*), *falta* ao conceito de crime construído pelo Funcionalismo Penal um *fundamento autônomo*, cujo lugar resta ocupado por uma função, no caso, os fins de Política Criminal. Por conseguinte, o que se verifica na teoria funcionalista penal da Escola de Munique é uma notória *reconstrução* da relação metodológica “fundamento-função”: da

⁷² CASTANHEIRA NEVES, António. *O Direito hoje e com que sentido?...*, p. 40.

⁷³ Idem, p. 40.

⁷⁴ D’AVILA, Fabio Roberto. *Funcionalismo versus normativismo...*, p. 28.

⁷⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 9.

⁷⁶ Idem, *ibidem*.

⁷⁷ Conforme Faria Costa, o fundamento é o “porquê” de uma teoria; a função ou a finalidade, o “para quê” (FARIA COSTA, José Francisco de. *Uma ponte entre o Direito Penal e a Filosofia penal...*, p. 210).

autonomia e da diferenciação entre esses dois elementos estruturantes de qualquer teoria, chega-se à sua *fusão* ou à sua *igualdade*, já que a finalidade passa a ocupar - em monopólio, portanto - ambas as posições. Nesse sentido, à *função* da Política Criminal atribuiu-se, desde o Funcionalismo de Roxin, uma importância tamanha, a ponto dela dar nome a essa construção sistemática do delito.

No entanto, é preciso atentar para um importante problema: finalidades, fins, funções devem ser pontos de chegada não de partida, pois são incapazes de, *consistentemente*, atuarem como base ou “fundamento” sobre a qual se construirá toda uma Teoria do Crime. Do contrário – e assim ocorre com o funcionalismo – tal teoria justificar-se-á pela simples persecução ou promoção de suas finalidades. O que não será diferente de dizer que, em nome do alcance dos fins aos quais se propõe uma teoria, poder-se-á justificar qualquer ato⁷⁸.

Uma tal percepção ganha relevo e causa preocupação quando se está a falar de uma teoria – como é o Funcionalismo Penal da Escola de Munique – que pretende apresentar um conceito de crime e, a partir dele, um limite à legitimidade da criminalização de condutas pelo Estado. Um limite, pois, ao Poder Estatal. Por conseguinte, quando se percebe a insuficiente capacidade dessa teoria em *restringir*, mas a sua ampla propensão em *justificar* e *legitimar* muitas medidas em nome da busca de “importantes” fins, faz-se oportuno e necessário perquirir acerca dos riscos que podem advir da sua aceitação *irrestrita* como *consistente* construção (funcional) do conceito de crime⁷⁹.

É claro que não se pode sequer cogitar, seriamente, de um tal reconhecimento. No entanto, ainda que os fundamentos das teorias sejam superados, não necessariamente todas as suas contribuições também o devem ser. Por conseguinte, conquanto se julgue profundamente inconsistente qualquer espécie de Funcionalismo Penal, isso não enseja, obrigatoriamente, o seu desprezo por inteiro. Tanto é assim que se admitiu como contributo irrenunciável da Teoria Funcional do Delito o retorno à compreensão dos conceitos jurídico-penais como *conceitos de valor* relacionados com o social e com o político.

⁷⁸ Diante de tal contexto axiológico, no qual imperam os fins de Política Criminal, bem referiu Fabio D’Avila “não causar admiração alguma, a usual derroga de princípios fundamentais ou mesmo regras de direito penal, em prol do bom atendimento de princípios preventivistas” (D’AVILA, Fabio Roberto. O Direito e a legislação penal brasileiros no séc. XXI: Entre a normatividade e política criminal. In: GAUER, Ruth Chittó (Org.). *Criminologia e Sistemas Jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2008, p. 326).

⁷⁹ Manifestando contrariedade e preocupação com uma tal possibilidade, sustentou Fabio D’Avila a importância de haver *limites* à persecução de fins do Estado “tão fortes, que o ‘fracasso diante do inimigo’ seja inevitável, em prol da manutenção dos valores ainda preciosos, valores que dão legitimidade não só ao seu agir, mas à própria existência do Estado de Direito. E que, nessa medida, ao perceber que mesmo o eficientismo mais acerbado encontra barreiras axiológicas inultrapassáveis, em nada teria de fracasso, mas de êxito. Êxito que se revela na impositiva revisão ou moderação de seus objetivos políticos” (D’AVILA, Fabio Roberto. *Funcionalismo versus normativismo...*, p. 32).

Se tal afirmação se mostrara inegável após a superação do normativismo formalista⁸⁰, importa saber, afinal, de quais valores se está a falar. Espera-se ter-se demonstrado que estes *não podem* ser os de Política Criminal. Mas sim – e necessariamente – os *constitucionais*. É neles que deve orientar-se um Direito Penal que não pretenda ser, de um lado, um conjunto de silogismos pobres em conteúdo, nem, de outro, um sistema que exista, unicamente, *se e para* atender à função – heterônoma - que lhe for atribuída⁸¹.

CONCLUSÃO

O problema posto à reflexão neste estudo não pretende ser uma mera pergunta acerca da (in)consistência da construção funcional do conceito de crime, mas antes um profundo questionar acerca do *sentido* e da *autonomia* do Direito. Um perquirir sobre a própria aceitabilidade de um Direito como mero instrumento para fins que lhe são externos e, portanto, vazio de sentido e carecedor de autonomia. E isso é, exatamente, o que o Direito não pode ser.

O seu sentido e a sua autonomia, os quais devem existir, não estão em lugar outro que não na sua relação com o Homem. E, para encontrar esse sentido e construir essa autonomia, é preciso, antes, fazê-lo a própria Humanidade. É imperioso, pois, na inesquecível lição de Castanheira Neves, que o Homem não se compreenda somente como “beneficiário” ou “titular” de direitos⁸², mas antes como Sujeito comprometido e construtor do Direito - “(d)o direito não reivindicado no cálculo e sim assumido na existência”.⁸³

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – Modelos actualmente alternativos de realização do direito. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Separata v. LXXXIV, p. 1-44, 1998.

_____. *O Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

⁸⁰ Trata-se, na denominação de Castanheira Neves, do “normativismo legalista”, o qual se sustentava em uma normatividade que, conforme o precitado autor, “dogmaticamente acabava por se fechar sobre si própria; e nesse seu isolamento, alienava-se de uma realidade social que evolua [...]” (CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”..., p. 32).

⁸¹ Também assim Fabio D’Avila, o qual sustentou competir ao Direito Penal *constitucionalmente orientado* o estabelecimento do espaço de legitimidade na qual será possível uma “posterior crítica de cunho político-criminal” (D’AVILA, Fabio Roberto. *Funcionalismo versus normativismo...*, p. 38).

⁸² CASTANHEIRA NEVES, António. *O Direito hoje e com que sentido?...*, p. 75

⁸³ Idem, *ibidem*.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposos e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Ofensividade e crimes omissivos próprios. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. Ontologismo e Ilícito Penal: Algumas linhas para uma fundamentação onto-antropológica do Direito Penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (Org.). *Novos rumos do Direito Penal Contemporâneo. Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. O Direito e a legislação penal brasileiros no séc. XXI: Entre a normatividade e política criminal. In: GAUER, Ruth Chittó (Org.). *Criminologia e Sistemas Jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2008.

_____. Funcionalismo *versus* normativismo no direito penal contemporâneo. In: _____. *Ofensividade em direito penal. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FARIA COSTA, José Francisco de. Uma ponte entre o Direito Penal e a Filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena. In: _____. *Linhas de Direito Penal e de Filosofia. Alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Direito Penal. Parte Geral*. 2.ed. portuguesa. 1.ed. brasileira. Coimbra: Coimbra Editora; Revista dos Tribunais, 2007, tomo I.

LAMPE, Ernst Joaquim. Sobre la estructura ontológica del injusto punible. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 16, ano IV, p. 31-47, jan./mai. 2004

HEIDEGGER, Martin. *Serenidade*. Traduzido por Maria Madalena Andrade; Olga Santos. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, p. 13. Tradução de: *Gelassenheit*.

MUÑOZ CONDE, Francisco. La relación entre sistema del derecho penal y política criminal: historia de una relación atormentada. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 27, ano VII, p. 9-41, out./dez. 2007, p. 12

ROXIN, Claus. Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal In: _____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Traduzido por Ana Paulo dos Santos; Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.

_____. *Política criminal e Sistema jurídico-penal*. Traduzido por Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Tradução de: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*.

_____. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. In: _____. *Estudos de Direito Penal*. Traduzido por Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tradução de: *Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems*.

_____. *Derecho Penal. Parte General*. Traduzido por Diego-Manuel Peña; Miguel Diaz Conlledo; Javier de Vicente Remansal. Madrid: Civitas, 2008, tomo I, p. 203. Tradução de *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*

_____. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. *Revista brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 82, a.18, p. 24-47, jan./fev. 2010.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade. Fundamentos da sociologia compreensiva*. Traduzido por BARBOSA, Regis; BARBOSA, Karen Elsabe. 4. ed. 1. reimp. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009, v. 1, p. 15. Tradução de: *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie*.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.