

DIREITO PENAL / DIREITO PROCESSUAL PENAL

CONTROLE SOCIAL E REAÇÃO AO CRIME: Contribuição da teoria funcionalista do delito

Milton Fontana

Professor de Direito Penal e Promotor de Justiça

Sumário: I- Introdução. II- Conflitos sociais e controles sociais. III- O direito penal como instrumento de controle social. IV- A teoria funcionalista e seus reflexos na teoria geral do delito. V- O funcionalismo penal e o resgate da prevenção geral positiva como função da pena. VI- Considerações finais. VII- Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A necessidade de compreensão do funcionalismo penal¹ e, sobretudo, encontrar melhor justificativa teórica para a razão de punir é que levam ao presente ensaio. A base para o articulado a seguir

¹ A expressão funcionalismo, no dizer de Luís Greco, está vinculada à concepção de 'sistema funcionalista ou teleológico-racional da teoria do delito'. Este novo sistema é fundado sobre uma diferente concepção de direito e Estado, bem como da relação entre direito penal e política criminal. A propósito, outros esclarecimentos sobre a concepção funcionalista podem ser obtidos em Claus Roxin (Política Criminal e Sistema jurídico-penal, Rio de Janeiro, Renovar, 2002), Günther Jakobs (*Sociedad, norma y persona em uma teoria de um Derecho penal funcional*, tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez, Espanha, Civitas, 1996), em Luís Greco, discípulo de Roxin, na recente tradução de *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal* (Rio de Janeiro, Renovar, 2002) e no artigo Introdução à Dogmática Funcionalista do Direito (Revista Brasileira de Ciências Criminais, Tomo 8, Out/Dez 2000, págs. 120/163). Ainda, sobre funcionalismo penal, importante consultar o artigo *Dogmática y política criminal em uma teoria funcional del delito*, do prof. Cancio Meliá (na Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, n. 04, págs. 223/241); sobre Imputação Objetiva ver também notas em Johannes Wessels (*Direito Penal*, na tradução de Juarez Tavares, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996).

exposto é o clássico escrito de Claus Roxin², que, no início dos anos 70, sintetizou as bases daquele que seria um novo sistema de direito penal, concebido como um instrumento para alcançar determinadas finalidades. É por isso que, ao contrário do que se propunha até então, a política criminal é elevada à categoria até então inimaginável, rompendo a concepção Lisztiana que pregava sua absoluta separação do direito penal³.

Assim é que, a partir da concepção de ROXIN, pretende-se acentuar o papel do direito penal como instrumento de controle social e, rompendo com a tradicional concepção finalista do direito, entender de que maneira o direito penal, numa concepção funcionalista, pode exercer funções sociais relevantes e utilitárias socialmente.

É claro que qualquer escrito sobre o funcionalismo deve acentuar as diferenças entre seu criador e seu principal artífice teórico, GÜNTHER JAKOBS⁴, notadamente pela base sociológica adotada por este que, a partir de uma concepção de LUHMANN, pretende uma funcionalização do direito (sistema jurídico), cumprindo seu papel dentro do sistema social.

Destarte, a partir de uma idéia inicial de controle social e seus sistemas, incluído o direito, é apresentada, sinteticamente, a nova teoria, destacando-se seus principais orientadores, culminando-se por destacar-se a função da pena, onde resgatada a necessidade de compreensão dos fins da pena e, sobretudo, a sua justificativa a partir de uma prevenção geral positiva, quando a sanção é reafirmada a partir da sociedade, e não do agente.

² Roxin, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*, traduzido por Luís Greco, Rio de Janeiro, Renovar, Direito Penal 2002.

³ A célebre frase de Franz V. Liszt "*o direito penal é a barreira intransponível da política criminal*" é o ponto de partida do discurso proferido pelo Prof. Claus Roxin, em maio de 1970, em Berlim, quando pretendeu contrapor-se ao dogma até então aceito, aduzindo que direito e política criminal deveriam interagir. Enquanto que para Liszt, com sua "ciência global do direito penal", o direito penal é separado da política criminal por ser ciência social e ciência política. A missão do direito penal (de natureza liberal-garantista) é assegurar a uniformidade da aplicação do direito e a liberdade individual em face da voracidade do Estado. À política criminal é reservado o papel de "guia" do direito penal, mas a ciência jurídica deveria manter sua característica sistemática.

⁴ Jakobs, Günther. *Sociedad, norma y persona em una teoria de un Derecho penal funcional*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid, Civitas, 1996.

CONFLITOS SOCIAIS E CONTROLES SOCIAIS

É pensamento corrente que toda sociedade necessita de instrumentos de controle social, que assegurem convivência suportável, dentro de certas normas e pautas de condutas⁵. Esta necessidade surge a partir de que, para um convívio em grupo, certas regras devem ser obedecidas. E, neste sentido, até é discutível a função das regras, que exercem inegável fator de coerção sobre a coletividade; todavia, inviável admitir-se existência de sociedade organizada sem um mínimo de controle, que pode ser exercitado de várias maneiras.

Uma forma inicial de se estabelecer as modalidades de controle social é classificá-los em controle social formal e informal, partindo-se do entendimento de que os agentes destas modalidades de controle, através de um largo e sutil processo⁶, procuram interiorizar nos indivíduos as pautas de condutas transmitidas e aceitas.

Se é lógica a compreensão acerca dos controles sociais, cabe um questionamento acerca da justificação de sua existência: a conflitividade social. Esta, surge com o chamado comportamento desviado⁷ que, não obstante as críticas de setores da criminologia, pode ser entendido a partir da conduta distinta das expectativas sociais de um determinado momento, afastada dos padrões e modelos de uma maioria social e, causadora de danos.

Conquanto criticável a idéia do *etiquetamento*⁸, também parece inquestionável que a atuação das formas de controle social há de ser estabelecida a partir de certas condutas e tais comportamentos, sobre os

⁵ Garcia-Pablos de Molina, Antonio. *Criminologia : uma introdução a seus fundamentos teóricos*. Tradução de Luiz Flávio Gomes. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1992, pág. 75.

⁶ No sentido do texto citado por Garcia-Pablo de Molina, já referido, pág. 75, informa-se que *"toda sociedade ou grupo social necessita de uma disciplina que assegure a coerência interna de seus membros, razão pela qual se vê obrigada a criar uma rica gama de mecanismos que assegurem a conformidade daqueles com suas normas e pautas de condutas."*

⁷ Idem, pág. 32. Nesse ponto, sociologicamente é explicitada a razão da utilização do conceito de *conduta desviada*, que toma como critério de referência as expectativas sociais, pois não existe e nem pode existir um catálogo apriorístico e neutro das condutas desviadas. *Desviado* será um comportamento concreto na medida em que se afaste das expectativas sociais de um momento dado, enquanto contrarie padrões e modelos da maioria social. E justifica: *"a desviação não reside na conduta mesma, senão nos demais."*

⁸ Idem, pág. 24. A informação é que as teses *interacionistas*, chegam a negar a própria existência do delito, por entender que este somente tem natureza definitorial, tratando-se de *etiqueta* que o seletivo e discriminatório sistema legal atribui a certos autores e não das qualidades negativas de certos comportamentos.

quais atuam os mecanismos de controle social, são aqueles causadores de dano social, em função de sua desadequação às expectativas sociais de conduta, partindo-se da premissa da possibilidade de um atuar livre, que não impossibilite, igualmente, o atuar dos demais.

É por isso que LUHMANN⁹, a partir da compreensão de que existem expectativas de comportamento social, esclarece que “*é justamente para assegurar estas expectativas, mesmo a despeito de não serem elas sempre satisfeitas, que surgem os sistemas sociais. Eles fornecem aos homens modelos de conduta, indicando-lhes que expectativas podem ter em face dos outros.*”¹⁰

DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL

A partir da aceitação da necessidade de controle social sobre certas condutas, como forma de possibilitar convivência social, cabe contextualizar o direito penal como um dos instrumentos de controle formal.

E aqui é importante distinguir os papéis da *política criminal* e do *direito penal*, enquanto este exerce, efetivamente, coercitividade no controle social. A própria criminologia não ignora essa função do direito

⁹ Greco, Luís. Introdução à Dogmática Funcionalista do Direito. Revista Brasileira de Ciências Criminais São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, nº. 32, pág. 139. Esclarece o citado autor que o conceito de *expectativas*, na teoria de Luhmann, desempenha um papel central pois são as “*expectativas e as expectativas de expectativas que orientam o agir e o interagir dos homens em sociedade, reduzindo a complexidade, tornando a vida mais previsível e menos insegura.*”

¹⁰ Acerca do conceito de *expectativas*, Giancarlo Corsi (“in” Glosário sobre la teoría social de Niklas Luhmann, tradução para o espanhol de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos, editado pela Universidad Iberoamericana, 1996), informa que “*Las expectativas se forman mediante la selección de un abanico limitado de posibilidades respecto a las cuales puede orientar-se un sistema...*” (pág. 79). Ainda, explica: “*Esto significa que las expectativas de expectativas al interior de los sistemas sociales son estructuras, y así son las únicas estructuras posibles: las estructuras de los sistemas sociales consisten en expectativas de expectativas o expectativas reflexivas (expectativas que se refieren a otras expectativas).*” (pág. 81). E, quando violadas as expectativas, então, “*La sociedad pone a disposición dos posibilidades distintas para reaccionar frente a las decepciones de expectativas, o bien dos modalidades de la expectativa: 1) cambiar las expectativas desilusionarias, adaptándolas a la realidad que sufre la decepción; 2) detener las expectativas, sin importar la realidad desilusionaria. En el primer caso, se habla de expectativas cognitivas (cogniciones); en el segundo, de expectativas normativas (normas).*” (pág. 82).

penal, ensinando GARCÍA-PLABLOS DE MOLINA¹¹ que “*seria um erro não conferir importância ao papel assinalado ao Direito Penal, minimizando, em consequência, a função liberal, garantista e limitadora - limitadora, ainda que possa parecer um paradoxo – que a ele e somente a ele corresponde.....O Direito Penal traça o marco adequado para a referida resposta ao crime e os limites da mesma.....*”.

Por outro lado, o controle social penal é estruturado a partir de um sistema normativo que “*traza pautas de conducta al ciudadano imponiéndole mandatos y prohibiciones. La norma penal establece deberes jurídicos, desde luego, pero su finalidad no puede consistir en la mera creación de deberes y obligaciones*”¹²

Ainda, o direito penal é concebido como um “*sistema social, composto de normas, que, quando violadas, geram decepções, as quais por sua vez tornam patente a necessidade de reafirmação das expectativas. No direito penal, isto ocorre através da pena, que é definida por JAKOBS como ‘demonstração da vigência da norma às custas de um sujeito competente.*”¹³

Neste ponto, crucial é a compreensão do âmbito de atuação do direito¹⁴, potencializando-se a incidência dos meios de controle social. A atuação do direito penal deve ser *fragmentária*, no sentido de que somente os comportamentos mais desviados, que atentem, efetivamente, contra valores respeitados e aceitos, devem ser criminalizados. O conceito de *bem jurídico* surge, portanto, a partir da escolha dos valores que devem ser respeitados e, assim, por outro ângulo, tal conceito

¹¹ Conforme García-Pablos de Molina, Criminologia, citado, pág. 98. No texto referido há acentuada crítica à adoção da *eficácia* do sistema em detrimento de princípios garantistas, como legalidade, igualdade, segurança jurídica.

¹² Ochoa, Ramón de la Cruz. Localizado em http://udir.com.br/revista_atualidades/ed_02/penal/art05.html, visitado em 2/4/2002, consta o texto da conferência a ser pronunciada na *Reunión Anual de la Sociedad Cubana de C. Penales*, em que enfocada a situação do direito penal como instrumento de controle social e destacada a teoria funcionalista, a importância da sanção penal e a intervenção penal garantista num Estado de Direito.

¹³ Greco, Luís. Citado, pág. 140.

¹⁴ Corsi, Giancarlo, citado, pág. 54, no seu *Glosário sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, sintetiza: “*El código que orienta el derecho esta constituido por la diferencia binaria legal/illegal (Recht/Unrecht): existe comunicación jurídica toda vez que en caso de controversia alguien reivindica los derechos y en referencia a la normatividad vigente debe lograr decidir quién posee la razón de la legalidad y quién no.*”. E prossegue: “*...el derecho es un sistema social dotado de una evolución propia. La variación evolutiva esta constituida por la comunicación de expectativas normativas desatendidas: esto sucede cuando un comportamiento visto retrospectivamente demuestra ser una desilusión de expectativas.*” (pág. 55).

permite vislumbrar as condutas que agridem tais valores, possibilitando, então, a incidência do direito penal.

É bem verdade que JAKOBS descarta a idéia de bem jurídico, ao considerar que a função do direito penal é a proteção das normas jurídicas¹⁵. Embora isolado em sua concepção, afirma o referido jurista que a idéia de bem jurídico é irrelevante, a partir de uma concepção própria de culpabilidade, vinculada à comunicação e que será desenvolvida a seguir, quando analisados os reflexos do funcionalismo no campo da culpabilidade.

A TEORIA FUNCIONALISTA E REFLEXOS NA TEORIA GERAL DO DELITO

Antes de analisar, com mais profundidade, o conceito de bem jurídico e as implicações de uma *teoria funcionalista*¹⁶ numa teoria geral do delito, fundamental é a compreensão da própria concepção funcionalista, visto que necessária a superação dogmática decorrente do finalismo, tão aceito no Brasil a partir da reforma penal de 1984¹⁷.

¹⁵ Greco, cit. pág. 132. A base para a argumentação é a função comunicativa da idéia de culpabilidade.

¹⁶ É equivocada a referência de que tudo que não pertence ao funcionalismo penal deve ser entendido como finalismo. Em verdade, a concepção funcionalista apresenta um rompimento das concepções acerca do crime adotadas pelos modelos natural (causalista) e finalista, ao integrar a política criminal ao direito, abandonando a concepção finalista de conceber o direito a partir de estruturas lógico-objetivas, verdadeiras categorias pré-jurídicas, imutáveis, portanto. O grande mérito do funcionalismo penal é, abandonando a base conceitual (pré-concebida), projetar o direito a partir de sua função. Acerca do assunto, interessante é a síntese apresentada por Luís Greco no recentemente relançado *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal (Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2002)*, onde, tendo por base Claus Roxin, há um capítulo específico acerca das *Etapas históricas da evolução da sistemática do delito* (págs. 197/211).

¹⁷ No sentido do texto, interessante é a crítica apresentada por Luís Greco, citado, pág. 121, relativamente a parcela da doutrina nacional, ao aceitar como finalistas certas concepções acerca do dolo e da culpabilidade (afastando-a do conceito de crime). O referido jurista adverte: “certo setor da doutrina brasileira, esquecendo o ponto de partida jusfilosófico do finalismo, resumiu-o em duas idéias centrais, das quais só a primeira é correta: dolo no tipo, culpabilidade forma do conceito de crime. O estudante deve acautelar-se contra esta última invenção, ficando ciente que nem Welzel, nem Maurach, nem Hirsch, nem finalista algum a defendeu. Por sorte, o engano vem sendo esclarecido por um setor mais comedido da doutrina brasileira: Luiz Regis Prado, *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo : *Revista dos Tribunais*....Cezar Bitencourt, *Manual de Direito Penal*...Zaffaroni/Pierangeli, *Manual de direito penal brasileiro*....” .

ROXIN ensina: “fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativa 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”¹⁸. Com a célebre frase, oriunda de palestra proferida em Berlim, em 1970¹⁹, iniciava-se um movimento de direito penal que preconizava que seus defensores estariam de acordo que, apesar de várias diferenças, “que a construção de um sistema jurídico-penal não deve vincular-se a dados ontológicos (ação, causalidade, estruturas lógico-reais, entre outros), mas sim orientar-se exclusivamente pelos fins do direito penal.”²⁰

Esta “nova” forma de conceber o direito penal, a partir de sua Teoria Geral, é esclarecida por LUIS GRECO: “São retomados, portanto, todos os avanços imorredouros do neokantismo: a construção teleológica de conceitos, a materialização das categorias do delito, acrescentando-se, porém, uma ordem a esses pontos de vista valorativos; eles são dados pela missão constitucional do direito penal, que é proteger bens jurídicos pela prevenção geral ou especial. Os conceitos são submetidos à funcionalização, isto é, exige-se deles que sejam capazes de desempenhar um papel acertado no sistema, alcançando conseqüências justas e adequadas.”²¹

Todavia, àqueles a quem apresentada esta concepção, é necessária uma observação inicial: o fundamento do funcionalismo roxiniano não é a sociologia, embora JAKOBS funcionalize os conceitos (sistema jurídico-penal), dentro da própria sociedade, a partir dos estudos sociológicos de LUHMANN²². Na realidade, a funcionalização conceitual proposta por ROXIN é embasada na política criminal. Assim é que, na

¹⁸ Roxin, Claus. Política Criminal e Sistema Jurídico Penal; tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pág. 20.

¹⁹ É de Claus Roxin a informação de que o conhecido *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal* decorreu da palestra proferida em 13 de maio de 1970, em Berlim, quando tentou reunir as idéias metodológicas e dogmáticas desenvolvidas com vista à uma concepção sistemática global do direito.

²⁰ Greco, Introdução à dogmática funcionalista do delito, citado, pág. 132, referindo-se à idéia central de Claus Roxin.

²¹ Greco, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito, citado, pág. 132.

²² Idem, págs. 139/140. Como já referido, a partir da chamada *Teoria Sistemática da Sociedade*, o direito é um subsistema: sistema jurídico, que ao lado de outros sistemas sociais fornecem aos homens modelos de condutas, como referência aos comportamentos (expectativas) que é possível ter a partir dos outros (expectativas normativas, que se mantém, apesar da conduta daquele que as frustra). A pena, nesse contexto, surge como fator de fortalecimento das expectativas, no sentido de que a validade da norma deve ser mantida. É por isso que Jakobs conceitua a pena como a “demonstração da vigência da norma às custas de um sujeito competente”.

em 1970, dizia esse autor *“ser incompreensível que a dogmática penal continuasse a ater-se ao dogma lizsteano, segundo o qual o direito penal é a fronteira intransponível da dogmática criminal. Política criminal e direito penal deviam, isso sim, integrar-se, trabalhar juntos, sendo este muito mais a forma, através da qual as valorações político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica.”*²³

O funcionalismo penal, em poucas letras, pode ser entendido à luz da função que pode o Direito Penal desenvolver num determinado contexto social. Diversos modelos de funcionalismo podem ser verificados: o funcionalismo normativista de Günther Jakobs, aponta no sentido da revitalização da norma através da imposição de pena; o funcionalismo político-criminal de Claus Roxin, acena para a abertura das estruturas do Direito Penal em obediência à política criminal; o funcionalismo social de Winfried Hassemer, aponta para a interação do Direito Penal com os aspectos sociais vigentes.

Uma discussão importante há de ser posta, neste momento: a concepção de bem jurídico. JUAREZ TAVARES²⁴ ensina que é praticamente impossível conceituar bem jurídico, vez que a maioria das definições apresentadas está vinculada à concepção do injusto. Todavia, reconhece o referido autor que é possível sintetizar uma definição a partir das concepções naturalista (positivista), neokantiana, ontológica e funcionalista²⁵.

Assim é que, inicialmente, a idéia de bem jurídico está estruturada numa visão privatística, existente no século passado, baseado numa concepção “utilitarista” da norma penal sobre a base social, para a proteção da vida, da integridade corporal, do patrimônio etc.

Com o neokantismo, a noção de bem jurídico perde substancialidade e, no dizer de JUAREZ TAVARES, a *“proteção de valores ético-sociais nada mais é do que a incriminalização da antisociabilidade, daí não ser incoerente que seus adeptos venham a conceituar o bem jurídico como um estado social, ou seja, uma determinada ordem, que se impõe como bem vital do indivíduo e da sociedade.”*²⁶

Nota-se, assim, a substituição da noção material de bem pela adoção de valores ético-sociais (ontologismo). Há um verdadeiro regresso, em que a proteção jurídica é confundida com a proteção moral.

²³ Idem, pág. 121.

²⁴ Tavares, Juarez. Teoria do Injusto Penal. Belo Horizonte : Editora Del Rey, 2000, pág. 176.

²⁵ Idem, pág. 177.

²⁶ Tavares, Juarez. Obra citada, pág. 178.

Neste ponto, importante, até para a compreensão do funcionalismo, referir a lição de MUÑOZ CONDE, que situa o conceito de bem jurídico numa esteira giratória, entre a realidade social e funcional, “*na relação sistêmica de ‘input’ e ‘output’, isto é, os conflitos (input) geram a necessidade de uma intervenção (output) sob o pressuposto de utilidade.*”²⁷

Agora, possível retornar à concepção de bem jurídico, numa visão funcionalista: a conceituação de bem jurídico, na acepção funcionalista, não leva em conta tão-somente o substrato material para a definição de incidência da norma, mas valora, sobretudo, a função e a utilidade que tais bens ou valores têm para a vida social. Assim, na visão de OCHOA, “*En el campo del derecho penal la teoría funcionalista consiste en justificar que cuando los comportamientos provoquen disfuncionabilidad en los sistemas sociales y, como consecuencia afectan la estructura social, debe reaccionar el derecho penal para proteger tanto el sistema como su estructura. La reacción penal se medirá de acuerdo a las necesidades colectivas, de tal manera que las necesidades del individuo se subordinen a las colectivas.*”²⁸

Assim, o conceito de bem jurídico é revigorado, acrescentando-se-lhe a função utilitária para a vida social, justificando o controle social e a resposta social à sua violação, com base na confiança que os cidadãos depositam para o seu regular funcionamento. E assim o é, na lição de JAKOBS²⁹, que apoiado nos estudos de NIKLAS LUHMANN ensina que “*o mundo em que vivem os homens é um mundo pleno de sentido. As possibilidades de agir são inúmeras, e aumentam com o grau de complexidade da sociedade em questão. O homem não está só, mas interage, e ao tomar consciência da presença dos outros, surge um ‘elemento de perturbação’: não se sabe ao certo o que esperar do outro, nem tampouco o que o outro espera de nós. Este conceito, de expectativa, desempenha valor central na teoria de LUHMANN: são as expectativas e as expectativas de expectativas que orientam o agir e o interagir dos homens em sociedade, reduzindo a complexidade, tornando a vida mais previsível e menos insegura.*”

²⁷ Idem, pág. 178.

²⁸ Ochoa, já citado, no texto indicado, acerca das teorias sistêmico-funcionalistas do direito, acrescenta: “*La idea de la teoría funcionalista del Bien Jurídico parte del funcionalismo sociológico que se originó con Durkeim en Estados Unidos de América en los años treinta de este siglo. Según esta teoría del Bien Jurídico, se dice que todos los Bienes Jurídicos protegidos por los tipos penales se pueden explicar no a partir de su sustrato material sino de la función y utilidad que tienen para la vida social. De acuerdo con ello la norma penal es funcional cuando sirve para la consolidación del sistema, es decir para la solución de los problemas del mismo.*”.

²⁹ Greco, citado, pág. 139.

A concepção funcionalista do delito colabora para o esclarecimento do conceito de bem jurídico, na dimensão antes assinalada, ao explicar que a defesa do bem jurídico pode ser estruturada a partir da visão de que *“a vida em sociedade torna cada pessoa portadora de um determinado papel – pedestre, motorista, esportista, eleitor – que consubstancia um feixe de expectativas. Cada qual, e não só o autor de crimes omissivos impróprios, como na doutrina tradicional, é garante destas expectativas. A posição de garante, que decorre dessa adscrição de um âmbito de competência a determinado indivíduo, é pressuposto de todo ilícito, quer comissivo, quer omissivo. Compete a cada uma dessas pessoas organizar seu círculo de interações de maneira a não violar as normas penais, a não gerar decepções. Surgem, assim, os delitos por competência organizacional. Mas ao lado desse dever genérico de controlar os perigos emanados da própria organização social, que possui conteúdo meramente negativo, há expectativas de comportamento positivo, que exigem do sujeito que cumpra determinada prestação em nome de alguma instituição social: são estes os delitos por competência institucional.”*³⁰.

Em síntese, a concepção funcionalista do direito explica que, frustrada a expectativa comportamental, o direito deve incidir sobre o fato de alguma maneira: ou ignorando o comportamento, por falta de relevância (v.g., na presença de discriminantes), ou através da imposição do chamado de *defeito de motivação* de um agente determinado. É neste caso que é formulado um juízo de culpabilidade³¹ ou responsabilidade, que significa que a norma deve ser reestabilizada às custas daquele que frustrou a expectativa de sua vigência³².

³⁰ Greco, citado, págs. 140/141.

³¹ Para os Funcionalistas, a expressão *culpabilidade* é substituída por *responsabilidade*. Na obra *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, em que traduz Claus Roxin (Editora Renovar, 2002) Luis Greco esclarece: *“Uma segunda inovação central do sistema teleológico-racional em sua forma aqui defendida é a expansão da ‘culpabilidade’, que se transforma na categoria da ‘responsabilidade’. A culpabilidade, enquanto condição indispensável de qualquer pena, deve ser acrescentada também a necessidade preventiva (geral ou especial) da sanção penal...de modo que a culpabilidade e as exigências de prevenção limitem-se reciprocamente, e só cheguem à ‘responsabilidade’ pessoal do autor se concorrerem em conjunto.”* (págs. 207/208).

³² Greco, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito, citado, pág. 141, onde acrescenta, citando Jakobs: *“...Se o direito penal quer cumprir sua função de reestabilizar expectativas violadas, deve construir seu aparato conceitual teleologicamente, de modo a melhor atender-la...isto leva a uma renormatização dos conceitos. A partir desta perspectiva, um sujeito não é aquele que causa ou pode evitar um acontecimento, mas aquele que pode ser competente para tanto....Toda a teoria do delito, portanto, transforma-se numa teoria da imputação, e a pergunta quanto a se alguém cometeu um crime deve ser entendida como se é preciso punir alguém para reafirmar a validade da norma e reestabilizar o sistema.”*

É bem verdade que as chocantes posições deste sistema, baseados num conceito de eficiência e expectativas, foram observadas por JAKOBS, que insiste, contudo, na necessidade de uma nova busca de justificativa para os fins da pena e num sistema que mostre utilidade social.³³

Superado este ponto do enfrentamento (teoria funcionalista e função do bem jurídico), é necessário também destacar os reflexos desta concepção na teoria geral do delito, especialmente no conceito de *ação*, teoria da *imputação objetiva* e *culpabilidade*.

GRECO, que praticamente apresentou no Brasil a proposta funcionalista, declara que o conceito de *ação* perdeu a sua majestade. É que, se o que importa são considerações valorativas, um conceito de *ação* pré-jurídico não pode ser utilizado. Dentro daqueles que defendem um conceito de *ação* funcionalista, podem ser apontados três grupos: o primeiro, em que o conceito de *ação* é pré-típico, afastado do injusto. ROXIN defende aquilo que é denominado como uma *teoria pessoal da ação*, em que a conduta é uma *exteriorização da personalidade*. JAKOBS, por sua vez, conceitua o agir como a “*evitabilidade de uma diferença de resultado*.”³⁴ O segundo grupo de juristas funcionalistas são aqueles que localizam o conceito de *ação* dentro do próprio tipo penal, como um de seus momentos³⁵. E, finalmente, um último grupo, que repudia o conceito de *ação*, no sentido de que esta acaba envolvida no próprio conceito da teoria da imputação objetiva³⁶.

A teoria da *imputação objetiva* é a mais articulada criação do funcionalismo. É que a tipicidade somente pode ser concebida para as ações dotadas de perigosidade. O conceito de tipo objetivo, portanto, sofre acentuada reformulação, exigindo-se, ao lado da causação do resultado – preconizados pelo naturalismo e finalismo – que esta lesão

³³ Idem, pág. 142. Em nota, Luis Greco sintetiza a distinção entre o funcionalismo defendido por Roxin e Jakobs: “*No sistema de Jakobs, não há espaço para a prevenção especial, que Roxin tenta retomar para a culpabilidade; tampouco se fala em exigências de política-crime, além da estabilização do sistema. ‘A prevenção geral e a observância dos direitos do arguido não estão contidas (no de Jakobs, L. G.) ponto de partida teórico-sistêmico. ‘. Igualmente, o dado indutivo, a resistência da coisa, não encontram lugar no sistema de Jakobs, que ‘renuncia a ter em conta dados empíricos’...Da perspectiva de Jakobs, a única coisa que importa é, como ele próprio põe em relevo, a força de automanutenção do sistema.*”. Segundo o citado Greco, estas afirmações teriam sido feitas por Claus Roxin, por ocasião de recente obtenção de titulação de Doutor “*honoris causa*” na Universidade Lusfada de Lisboa.

³⁴ Idem, pág. 144

³⁵ Idem, pág. 144.

³⁶ Idem, pág. 144.

“surja como conseqüência da criação de um risco não permitido e da realização deste risco não permitido.”³⁷ Nota-se que, sem abandonar a causalidade, a teoria da imputação objetiva despreza a teoria da “*conditio sine qua non*”, acrescentando ao tipo objetivo a necessidade de criação de um risco e a realização do resultado a partir deste risco indevidamente criado.

Por fim, no campo da *culpabilidade*, as concepções de JAKOBS e ROXIN são divergentes, embora partam da concepção de que superada a adoção do livre arbítrio como fundamento do “poder-dever-agir-de-outra-maneira”, que orienta a base aceita de culpabilidade. Aqui, o importante destacar-se é que não é possível a compreensão de culpabilidade sem a sua vinculação à pena, ensinando GRECO³⁸ que os próprios finalistas mais ortodoxos, como KAUFMANN, admitem que os critérios e elementos da culpabilidade não são definíveis sem recurso aos fins da pena.

Nessa linha, então, JAKOBS apresenta seu conceito de culpabilidade como “competência pela ausência de uma motivação jurídica dominante no comportamento antijurídico”³⁹. E ensina: “*en el marco de una perspectiva funcional-social, en Derecho penal solo garantiza una cosa: que se va a contradecir toda expresión de sentido (probada en un procedimiento próprio de un Estado de Derecho) que manifieste que la norma carece de validez. Como consecuencia de esta afirmación, una expresión de sentido de contenido defectuoso es una expresión que conlleva responsabilidad. Una vez afirmada la existencia del injusto, toda ausencia de culpabilidad, bien por falta de capacidad de culpabilidad, por ausencia inevitable de comprensión del injusto o por falta de exigibilidad, transforma el sentido comunicativamente relevante en algo sólo-individual, casual, y, en este sentido, en algo perteneciente al mundo de lo natural (en un mundo exterior a la comunicación).*”⁴⁰

Como visto, a idéia de comunicação é essencial na visão conceitual de JAKOBS e daí a conclusão de que o inculpável não pratica injusto típico, vez que não pretende, com seu agir, comunicar ou transmitir para a coletividade o desrespeito ao ordenamento jurídico. É por isso que afirma: “*el Derecho penal no se desarrolla en la conciencia individual, sino en la comunicación. Sus actores son personas (tanto el autor como la víctima como en juez) y sus condiciones no las estipula un sentimiento individual, sino la sociedad. La principal condición para una sociedad que es respetuosa en la*

³⁷ Greco, citado, pág. 145.

³⁸ Greco, citado, pág. 152.

³⁹ Idem, pág. 152.

⁴⁰ Jakobs, Guinter. Sociedad, norma y persona, citado, pág. 63.

liberidad de actuación es la personalización de los sujetos. No trato de afirmar que deba ser así, sino que es así. El concepto funcional de culpabilidad es por necesidad descriptivo precisamente en la medida en que la sociedad se encuentre determinada. Probablemente, esta descripción neutra, esta exclusión de la utopía, es lo más chocante en la práctica de toda la teoría funcional.”⁴¹

ROXIN, nas palavras de GRECO, é mais moderado ao redefinir a culpabilidade⁴². Assim que a culpabilidade Roxiniana permanece como fundamento de limitação da pena, sendo, contudo, incapaz, por si só, de servir de base numa conceituação não retributivista. Logo, é necessário acrescentar-se à culpabilidade, ao lado de seus elementos, considerações de prevenção geral e especial. A culpabilidade é renomeada como sendo *responsabilidade*, que depende de dois fatores, além do injusto: a culpabilidade do autor e a necessidade preventiva de intervenção penal, que se extrai da lei. Para LUÍS GRECO, será necessário o concurso tanto da culpabilidade como de necessidades preventivas para que se torne justificada a punição⁴³. Nessa linha é o ensinamento: “*À culpabilidade, enquanto condição indispensável para qualquer pena, deve ser acrescentada também a necessidade preventiva (geral ou especial) da sanção penal...de modo que a culpabilidade e exigências de reprovação limitem-se reciprocamente, e só cheguem à ‘responsabilidade’ pessoal do autor se concorrerem em conjunto. Esta limitação da tradicional categoria da culpabilidade através de orientações preventivas, importante para numerosas questões de interpretação, é a tradução dogmática da teoria dos fins da pena....*”. Ainda, segundo Greco⁴⁴, ao traduzir o ensinamento de Roxin: “*ROXIN é um dos defensores da teoria eclética da pena, que ele chama de ‘teoria unificadora dialética’. Esta teoria pode sintetizar-se da seguinte maneira: a pena tem finalidades exclusivamente preventivas. Deve servir tanto para prevenir crimes da generalidade da população (prevenção geral), quando do autor específico (prevenção especial). A prevenção geral deve ser obtida tanto através da contramotivação, intimidação (prevenção geral negativa), quanto do fortalecimento da confiança na ordem jurídica (prevenção geral positiva)....Daí recorrer ROXIN à teoria retributiva, não para fundamentar a pena ou dar-lhe um fim qualquer, e sim para servir-lhe de limite máximo.*”.

⁴¹ Jakobs, Guinter. Citado, pág. 67.

⁴² Greco, citado, pág. 153.

⁴³ Greco, Luís. Citado, pág. 154.

⁴⁴ Roxin, Claus. Funcionalismo e Imputação Objetiva no direito penal. Tradução de Luís Greco. Editora Renovar, 2002, págs. 207/208.

O FUNCIONALISMO PENAL E O RESGATE DA PREVENÇÃO GERAL POSITIVA COMO FUNÇÃO DA PENA

A compreensão sobre os fins da pena é a própria discussão da existência do direito penal. A evolução das idéias penais foi acompanhada de profundo debate acerca da finalidade da sanção, podendo ser aceita a afirmação de que a pena justifica-se por sua necessidade.

Conquanto a separação entre o sistema naturalista e finalista decorra da mudança de posição sobre a função da pena (*retribuição* 'versus' *prevenção*), mesmo entre os penalistas não funcionalistas é predominante a aceitação da teoria da prevenção geral positiva, como razão de punir. LUIS GRECO esclarece que WELZEL, apesar de ser considerado adepto à teoria retributiva, é comumente caracterizado como defensor da prevenção geral⁴⁵.

A teoria dos fins da pena "*adquire portanto valor basilar no sistema funcionalista. Se o delito é o conjunto de pressupostos da pena, devem ser estes construídos tendo em vista sua consequência, 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 especial)*".⁴⁶

Desta maneira, uma importante observação há de ser feita. A retomada da função da pena, sob a ótica funcionalista, descarta totalmente o retributivismo penal, revalorando-se a função preventiva. Em se tratando do caráter preventivo da sanção, ensina CEZAR ROBERTO BITENCOURT⁴⁷ que é compreensível, sob a ótica de um Estado Social e Democrático de Direito, o surgimento da Teoria da Prevenção Geral Positiva, já que nas teorias prevencionistas a idéia de retribuição aparece "*como um mero limite de mínimo e máximo.*" Ainda, acerca da teoria da prevenção geral positiva fundamentadora (decorrente da concepção funcionalista), o referido penalista informa que "*Partindo do conceito de Direito, expressado pelo sociólogo Luhmann, Jacobs entende que as normas jurídicas buscam estabilizar e institucionalizar as experiências sociais, servindo, assim, como uma orientação de conduta que os cidadãos*

⁴⁵ Greco, citado, pág. 133. A constatação feita decorre de informação de Armin Kaufmann, que indicaria este sentido.

⁴⁶ Greco, citado, pág. 132.

⁴⁷ Bitencourt, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993, pág. 135.

devem observar nas suas relações sociais.”⁴⁸ E citando Mir Puig, assevera: “Quando ocorre a infração de uma norma, convém deixar claro que esta continua a existir, mantendo sua vigência, apesar da infração. Caso contrário, abalaria a confiança na norma e sua função orientadora. A pena serve para destacar com seriedade e de forma ‘cara’ para o infrator, que a sua conduta não impede a manutenção da norma. Assim, enquanto o delito é negativo, na medida em que infringe a norma, fraudando expectativas, a pena, por sua vez, é positiva, na medida em que afirma a vigência da norma ao negar a sua infração.”.

Assim, para os funcionalistas, a imposição de pena tem o caráter de reestabilizar a norma, pois, se a norma tem como função, primeiramente, a garantia e o asseguramento destas expectativas, a pena teria, minimamente, de garantir a norma e conseqüentemente, assegurar por via indireta, tais expectativas.

Neste ponto é fundamental destacar o papel que é dado por JAKOBS à pena: o ponto de partida, na concepção acima referida, é a localização do direito como um dos sistemas sociais. Os sistemas (e também o direito), conferem aos homens determinadas pautas (modelos) comportamentais, que são as expectativas em face dos outros. Tais expectativas são as expectativas *cognitivas* e as expectativas *normativas*⁴⁹. Aquelas deixam de subsistir, quando violadas. O homem adapta sua expectativa à nova realidade (aprende, modifica-se). Tais expectativas decorrem da relação do homem com a natureza. Todavia, nas expectativas normativas, que são aquelas decorrentes da relação com outros homens, na lição de LUHMANN⁵⁰, estas se mantêm, não obstante sua violação. O

⁴⁸ Idem, pág. 137.

⁴⁹ Greco, citado, pág. 140, valendo-se de conceitos de Luhmann acerca da natureza das expectativas de conduta e reações decorrentes da sua incoerência (o chamado processamento das decepções).

⁵⁰ Luhmann, Niklas. Sociologia do Direito I. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1983. No capítulo II da clássica obra, traduzida, são colhidos os principais ensinamentos acerca de *complexidade, expectativas e processamento de apontamentos*. Assim, exemplificativamente, Luhmann ensina: “O homem vive em um mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocamente definida através de seu organismo. Desta forma o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informações, e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Por ‘complexidade’ queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por ‘contingência’ entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas.” (pág. 45). Ainda, sobre expectativas: “É nessa possibilidade do desapontamento e não na regularidade da satisfação que se evidencia a referência de uma expectativa à realidade. As estruturas sedimentam, como expectáveis, um recorte

homem cumpridor da norma continua a crer no direito, apesar da conduta daquele que descumpre as regras⁵¹. Assim, as expectativas normativas devem manter-se, decorrendo daí a necessidade de um *processamento das decepções*⁵². Este processamento verifica-se com uma reação, que é a sanção, razão pela qual JAKOBS define a pena como “*demonstração da vigência da norma às custas de um sujeito competente.*”⁵³ E, portanto, “*uma vez violada a expectativa organizacional ou institucional (...), procura o direito explicar tal fato, de alguma maneira; ou através do ocaso – estado de necessidade, culpa da vítima etc – ou através da imputação de defeito de motivação a um agente determinado. Neste segundo caso, formula-se o chamado jutz de culpabilidade, que declara o sujeito competente pela violação da norma, ou seja, fixa que às suas custas que a norma deve ser reestabilizada.*”⁵⁴

Em síntese, destacando esta função de prevenção geral positiva da pena, a teoria funcionalista acrescenta: “*...enquanto as concepções tradicionais da prevenção geral visavam, primeiramente, intimidar*

mais delimitado das possibilidades...Essa dependência de estruturas que têm que ser consistentes, continuando, porém, sensíveis a desapontamentos, força a aceitação de riscos. Especialmente em um mundo com crescente complexidade e contingência isso poderia conduzir a um nível insustentável de tensões e problemas de orientação, caso o sistema social da sociedade como um todo não apresentasse duas possibilidades contrárias de reação a desapontamentos de expectativas. Mesmo quando os desapontamentos se tornam visíveis e têm que ser inseridos na visão da realidade como objeto de experimentação, ainda existe a alternativa de modificação da expectativa desapontada, adaptando-a a realidade decepcionante, ou então sustentar a expectativa, e seguir a vida protestando contra a realidade decepcionante. Dependendo de qual dessas orientações predomina, podemos falar de ‘expectativas cognitivas’ ou ‘normativas’.” (págs. 55/56).

⁵¹ Luhmann, citado, págs. 67/68, explica: “*A repercussão do desapontamento de expectativas normativas, extravazando os casos individuais, demonstra-se através da força da reação. O desapontamento estimula a atividade, ele não pode ser simplesmente aceito...É por isso que o sistema social tem que orientar e canalizar o processamento de desapontamentos de expectativas – e isso não só para impor eficazmente expectativas corretas (p. ex. normas jurídicas), mas sim para criar a possibilidade de expectativas contrafáticas, que se antecipem a desapontamentos, ou seja: normativas. Aquele que espera tem que ser preparado e apetrechado para o caso de se defrontar com uma realidade discrepante....É preciso que seja determinável se, e quando, será possível manter as expectativas frente a desapontamentos. Mesmo no caso de desapontamentos a expectativa ainda deve poder ser manifestada.*”. E arremata, acerca da vigência da norma, ainda que frustrada a expectativa: “*O próprio fato de que o comportamento desapontador é sentido como um desvio, confirma a norma. Isso por tratar-se aqui de uma modalidade de ‘imputação’ de discrepância: não era a expectativa que estava errada, mas sim a ação que foi errada ou incomum; não se trata de esclarecer um erro, mas de questionar o comportamento. Dessa forma a norma já está salva, e aquele que a rompe está quase perdido.*”.

⁵² Greco, citado, pág. 140.

⁵³ Idem, pág. 140.

⁵⁴ Idem, pág. 141, citando Jakobs.

*potenciais criminosos (prevenção geral de intimidação, ou prevenção geral negativa), hoje ressaltam-se, em primeiro lugar, os efeitos da pena sobre a população respeitadora do direito, que tem sua confiança na vigência fática das normas e dos bens jurídicos reafirmada.*⁵⁵

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A contribuição que se pretende dar ao papel do direito como sistema social é a partir do resgate das necessidades de meios de controles em razão de certas condutas estabelecidas. É necessária a compreensão de que, sem regras mínimas estabelecidas, não há possibilidade de convivência social, relativamente harmônica. Esta relatividade decorre de que o comportamento desviante é inerente à própria sociedade, vez que a aceitação das regras (até em razão de serem regras, impostas) não é pacífica.

O controle social a ser exercido pelo direito parte do resgate conceitual de bem jurídico, entendido como valor utilitário e relevante, cuja proteção é imprescindível para a harmonia social. Esta proteção de certos valores – essenciais à vida coletiva – decorre da expectativa que tem a sociedade em sua plena vigência, justificada a reação (com sancionamento) diante da violação da expectativa de vigência e efetividade da norma.

Nessa concepção retratada (expectativa de obediência à norma e frustração quando de sua violação), a teoria funcionalista do direito oferece interessante resposta, a partir da concepção de ROXIN que, baseado numa política criminal comprometida com o Estado Social e Democrático de Direito, preservando as garantias limitadoras do poder punitivo estatal, propõem uma redefinição para a função da pena, resgatando o seu caráter preventivo. Para a concepção funcionalista, a pena exerce função de prevenção geral, incidindo, principalmente, sobre a população respeitadora do direito, que tem reafirmada a sua confiança na proteção dos bens jurídicos (e na vigência da norma). Em uma linha mais comprometida com uma missão determinada (eficácia ou eficiência), JAKOBS sustenta toda a concepção sancionatória a partir da idéia de sistema social em que a sanção decorre do asseguramento das expectativas; na medida em que estas são frustradas, a pena surge como

⁵⁵ Idem, pág. 132.

forma de assegurar a vigência da norma, indicando a necessidade da insistência na crença de sua supremacia.⁶⁶

Concretamente, o que busca a teoria funcionalista é uma atuação mais eficaz do direito penal, respondendo aos anseios sociais. A sociedade (obedecedora das regras jurídicas) não pode ficar refém de conceitos político-criminais descomprometidos (minimalismo, abolicionismo), devendo a tensão existente entre liberdade e segurança social ser resolvida a partir do direito penal vigente, respeitador do Estado Democrático, da Constituição e das garantias, mas preocupado em assegurar ao cumpridor das normas de convivência que o desrespeito a tais regras tem um preço: este preço é a sanção, reveladora da vigência da norma.

Também, nos limites deste ensaio, necessário destacar-se a afirmativa de LUIS GRECO quando demonstra, justificando a importância da teoria da imputação objetiva para a concepção funcionalista (e demonstrando sua inaplicabilidade à teoria finalista da ação) que *“O funcionalista sabe que, quanto mais exigir para o dolo, mais acrescenta na liberdade dos cidadãos, às custas da proteção de bens jurídicos; e quanto menos exigências formular para que haja dolo, mais protege bens jurídicos, e mais limita a liberdade dos cidadãos. É essa tensão liberdade ‘versus’ proteção que permeia o sistema como um todo, não se podendo esquecer que a intervenção do direito penal deve, além de ser eficaz, mostrar-se legítima, o que exige respeito a princípios como o da subsidiariedade e da culpabilidade.”*⁶⁷

Portanto, sem abandonar-se uma concepção garantista, a proposta do funcionalismo penal é de interação entre política criminal e direito, fazendo com que o direito penal seja identificado com uma missão: a missão de desempenhar um papel acertado no sistema, alcançando conseqüências justas e adequadas. E, na lição de ROXIN, este novo sistema, em que as valorações político-criminais assumem proporções até então não alcançadas, ainda assim dá uma atenção minuciosa *“à matéria jurídica, ao objeto de regulamentação, de modo a não deixar escapar*

⁶⁶ Luhmann, citado, pág. 76, esclarece: *“A contribuição da expectativa normativa para o desenvolvimento dos sistemas complexos está relacionada a sua tendência para dilatar as possibilidades de expectativas, juntamente com sua interação contrafática. Essa contribuição fundamenta-se nas necessidades do convívio social, em sua necessidade elevada de expectativa normativas, que leva a uma superprodução. Esse mecanismo pode ser caracterizado por fundamental, pois é ele que possibilita a formação do direito – não no sentido da norma superior, justificando a inferior, ou do estável sustentando o instável, mas sim ao contrário: é aquele mecanismo que gera as possibilidades do esperar-se normativamente, com relação ao qual o direito pode ser uma estrutura seletiva.”*

⁶⁷ Greco, citado, pág. 134.

*nenhuma peculiaridade relevante. O direito tem de sensibilizar-se para as diferenças entre casos aparentemente iguais, pois só assim conseguirá concretizar o postulado de justiça que exige que sejam tratados de modo diferente os diferentes... a valoração político-criminal não é mais que um primeiro passo, o fundamento dedutivo do sistema; porém, essa dedução deve ser complementada pela indução, isto é, por um exame minucioso da realidade e dos problemas com os quais se defrontará o valor, que deve ser, agora, concretizado nesses diferentes grupos de casos.*⁵⁸

E na lição de LUIS GRÉCO o pensamento funcionalista de ROXIN entende-se como *“uma síntese do ontológico com o valorativo, devendo o jurista proceder dedutiva e indutivamente ao mesmo tempo.”*⁵⁹

Finalizando: não é possível desprezar, contudo, as críticas que possam e devam ser feitas a uma concepção funcionalista do direito. A mais importante delas decorre de que o direito penal é projetado como instrumento, como meio para o alcance de determinadas finalidades. O perigo de uma funcionalização do direito consiste em deixar de questionar o papel do direito penal, destacando tão-somente o seu aspecto utilitarista, ou seja, não se questiona o que é o direito (posto, positivado), mas para que serve. Outra crítica bastante efetiva acerca do funcionalismo é que os demais sistemas jurídico-penais também conferem funções ao direito penal, não sendo atribuição exclusiva desta nova concepção. E, valorar sobremaneira as finalidades, obcecados por uma idéia de eficiência (JAKOBS), parece indicar que o homem poderia concordar a prevalência dos fins sobre os meios, o que também não é razoável. Por fim, não parece aceitável o argumento daqueles que colocam o funcionalismo como antítese ao garantismo⁶⁰ penal, sendo perfeitamente aceitável a coexistência de ambos, desde que delimitados os papéis: sem dúvida, dentro da sociedade, o direito é um sistema (sistema jurídico), que se orienta positivamente. Embora teoria fechada e positiva, o garantismo penal (como subsistema auto-referenciável) é compatível com o funcionalismo, na medida em que este sustenta a necessidade de sua legitimação pelo procedimento⁶¹, o que é baseado nos princípios constitucionais fundamentais, como reclama Ferrajoli.

⁵⁸ Greco, citado, pág. 137

⁵⁹ Idem, pág. 137.

⁶⁰ Embora nunca seja demasiado criticar o garantismo por seu irrealismo e por ser uma teoria fechada, voltada para o interior do sistema jurídico. Nesse sentido, admitindo a importância do discurso de Ferrajoli, mas acentuando a utopia, interessante estudo de Germano André D. Schwartz (O garantismo sob uma perspectiva sistêmica. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. Porto Alegre, ano 2, número 4, págs. 33/45).

⁶¹ Schwartz, antes citado, pág. 44.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, 352 p.
- CORSI, Giancarlo. *GLU: glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Tradução para espanhol de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos, coordenados por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996. 192 p.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología: uma introdução a seus fundamentos teóricos*. Tradução de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, 277 p.
- GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, t. 8, out./dez. 2000, p. 120-163.
- JAKOBS, Gunther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*. Tradução ao espanhol por Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijó Sánchez. Madrid: Civitas, 1996, 85 p.
- LUHMANN, Luhmann. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, 252 p.
- MELIÁ, Cancio Manuel. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre. CEIP, ano 2, n. 4, set./dez. 2001, p. 223-242.
- OCHOA, Ramón de la Cruz. *Control Social y Derecho Penal*. *Revista Actualidades*. http://www.udir.com.br/revista_atualidades/ed_02/penal/art05.htm. Acessado em 02 de abril de 2002.
- ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, 394 p.
- . *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, 118 p.
- SCHWARTZ, Germano André. O garantismo sob uma perspectiva sistêmica. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, CEIP, ano 2, n. 4, set./dez. 2001, p. 33-45.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, 336 p.
- WESSELS, Johannes. *Direito penal (aspectos fundamentais)*. Tradução e notas de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996, 205 p.