

BREVE CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TEORIAS FINALISTAS: FUNÇÃO DO DIREITO PENAL

***Jésus Nascimento da Silva**

Graduado em Direito pela Faculdade do Vale do Rio Doce – FADIVALE
Mestre em Direito Público pela Universidade Gama Filho
Doutorando em Direito Civil na PUC Minas.
Direitor da FADIPA- Faculdade de Direito de Ipatinga.

****Sílvia Aparecida de Oliveira**

Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga FADIPA;
Advogada;
Procuradora do Município de Belo Oriente- MG –
Especialista em Direito Público -
Professora titular da Faculdade Pitágoras;
Mestranda em Direito Privado na PUC Minas

*****Maria Emilia Almeida Souza**

Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino, de Buenos Aires, Argentina.
Advogada de Família e Sucessões. Professora de Direito Civil, Direito Processual Civil e Prática Forense na Faculdade de Direito de Ipatinga, FADIPA.
Mantenedora do site www.profmariaemilia.blogspot.com.
Coordenadora do programa Para Sempre Fadipa, voltado para os egressos da instituição.
Tem experiência na área do direito, com ênfase em direito processual civil e direito civil.

RESUMO

As teorias finalistas são uma forma do Direito Penal analisar a razão da própria existência. São construções teóricas que visam a uma melhor interpretação, visão e aplicação do Direito Penal como ciência aplicada ao social. Entendendo que não existe convenção no plano doutrinário, analisaremos, algumas visões inclusive do jurista alemão Claus Roxin acerca do tema, e também, abalizaremos alguns pontos capitais dessa teoria e sua possível aplicação dentro do ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Teorias finalistas. Funcionalismo penal. Direito Penal

1 INTRODUÇÃO

Há uma busca no Direito Penal com o objetivo de reconstruir a teoria do delito.

É certo que todo caminho científico é orientado e pavimentado por pensadores do passado e da atualidade. Sendo tal assertiva verdadeira, justifica-se o presente texto nas orientações modernas sobre tal.

O funcionalismo em si é apenas um dos ângulos de visão e interpretação que são tão variados quanto as inclinações do ser humano que o interpreta. No direito brasileiro ainda estamos em fase de digestão das pesquisas e conclusões de grandes intérpretes espanhóis, portugueses e alemães. Foram, justamente, os teóricos destes países que encontraram pontos contraditórios na teoria finalista e apresentaram críticas.

No Brasil encontraremos três correntes fundamentais sobre o assunto: a) Teoria do funcionalismo radical - Günter Jacobs; b) teoria do funcionalismo moderado – Claus Roxin e por fim; c) funcionalismo limitado - Santiago Mir Puig.

2 HANS WELZEL E AS TEORIAS FUNÇÃO

No século passado Hans Welzel, jurista alemão, criou a Teoria Finalista da Ação do Direito Penal que analisa o crime como atividade humana. Tal teoria contrapôs-se à Teoria Causalista da Ação adotada até a reforma do Código Penal Brasileiro de 1984. A disputa principal entre tais teorias refere-se ao fato de que na finalista o elemento “intenção” ser considerado na composição da conduta criminal. Para teoria finalista o dolo ou a culpa são subsídios que compõem e decidem a atribuição da conduta criminal. À conduta de ação ou omissão é composta adicionando-se o dolo ou a culpa do suposto infrator.

Agora, na teoria clássica ou causalista, as referidas intenções não eram acatadas na composição da tipicidade, pois, competiam à culpabilidade.

Em Cezar Roberto Bitencourt, a culpabilidade é analisada na conseqüente circunstância: “um terceiro estranho e um filho do agente, onde somente um pode ser salvo, e o terceiro está em melhores condições. Como proceder: deixar o próprio filho morrer para não matar o terceiro? E se preferir matar o terceiro para salvar o filho? Pode não ter agido de acordo com os fins ideais do Direito, mas se impõe a pergunta: seria exigível, nas circunstâncias, um comportamento diverso? Ao realizar os julgamentos dos casos acima, quase a totalidade dos juízes concluiriam pela

absolvição do réu, mesmo inexistindo a supracitada excludente, entendendo não ser possível exigir outra conduta por parte do agente.”¹

Na teoria finalista, encontra-se, além dos elementos objetivos (ação, nexos de causalidade e resultado), o elemento subjetivo do tipo (dolo e culpa).

Para os funcionalistas, o juiz, quando do julgamento de um caso concreto, deverá se valer de outras situações justificantes - que não as legalmente previstas no Código Penal - desde que condizentes com o programa de política criminal vigente em um determinado momento de desenvolvimento daquela sociedade. Exemplificando, na hipótese de uma pessoa que cause lesão em outra pessoa plenamente capaz e com o seu consentimento (tatuagens, piercings, alargadores de orelha etc.), ficaria excluída a antijuridicidade da conduta com base em uma causa supra-legal de afastamento da antijuridicidade, qual seja, o consentimento do ofendido. Analisar a antijuridicidade também sob o prisma de sua função político-criminal consiste em mais um avanço trazido pelo funcionalismo à análise da teoria finalista, evitando-se a aplicação de penas severas àqueles que praticam atos que, embora tipificados, tenham sido consentidos por parte da suposta vítima.²

Finalmente, a teoria finalista, traz na vontade seu próprio cerne, seja na ação de admitir o risco de praticar eventual conduta (dolo), seja na forma em que não observadas as medidas de cuidado, acabou por praticar o fato penalmente incorreto (culpa).

2.1 A crítica

Luís Greco³, critica duramente Hans Welzel, argumentando que o mesmo “resolve o problema através de considerações meramente ontológicas, sem perguntar um instante sequer pela valoração jurídico-penal: a finalidade é a vontade da realização; como tal, ela compreende não só o que autor efetivamente almeja; como as consequências que sabe necessárias e as que consideram possíveis e que assume

¹BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal** – Parte geral, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 254

²DE SOUZA JR., C.. **Funcionalismo penal: aportes sobre uma teoria axiológica do direito penal. Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, 3, jul. 2011. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/7865/6415>. Acesso em: 01 Dez. 2013.

³GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Jurídica**, Jul. 2000, p. 39

o risco de produzir. Assim sendo, conclui Welzel que o dolo, por ser finalidade jurídico-penalmente relevante, a finalidade está dirigida à realização de um tipo, abrange as consequências típicas cuja produção o autor assume o risco de produzir.

O pré-jurídico não é modificado pela valoração jurídica; a finalidade permanece finalidade, ainda que agora seja chamada de dolo. E aqui é que surge a crítica elaborada pela escola funcionalista. O funcionalista já formula a sua pergunta de modo distinto. Não lhe interessa primariamente até que ponto vai a estrutura lógico-real da finalidade; pois ainda que uma tal coisa exista e seja unicamente cognoscível, o problema que se tem à frente é um problema jurídico, normativo, a saber: o de quando se mostra necessária a pena por crime doloso. O funcionalista sabe que, quanto mais exigir para o dolo, mais acrescenta na liberdade dos cidadãos, às custas da proteção de bens jurídicos; e que quanto menos exigências formular para que haja dolo, mais protege bens jurídicos, e mais limita a liberdade dos cidadãos.

Pouco importa, portanto, se o dolo compreenderá suas decorrências típicas. O núcleo não é a estatura da vontade em dirigir a conduta; mas o proveito dessa vontade para o sistema de normas. Limita-se, então, o dolo para que se conserve o sistema.

3 A GRANDE QUESTÃO CUJA RESPOSTA NÃO É 42

A teoria do funcionalismo penal busca dar satisfação a um questionamento antigo: Qual é a utilidade do Direito Penal no ordenamento jurídico? Afinal, o próprio nome “Funcionalismo no Direito Penal” se deve à procura da função do direito penal.

NIKLAS LUHMANN assevera que

diante das necessidades dos sistemas, dos subsistemas, e até das relações intra-sistêmicas, aparece à pressão seletiva. Pode-se afirmar que a complexidade implica contingência, que, por sua vez implica pressão seletiva. Quanto maior a complexidade, maior a pressão seletiva⁴.

⁴Luhmann, Niklas. **El derecho de La sociedad**. México. Universidad Iberoamericana, 2002. Extraído de http://www.academia.edu/1414603/DIREITO_POLITICA_E_CONSTITUICAO_PARA_A_TEORIA_DOS_SISTEMAS_DE_NIKLAS_LUHMANN, em 27/11/2013 às 03:40.

Tais elementos são sustentáculos para uma resposta em termos singelos como Direito em geral e o Direito Penal em particular, é aparelho que se destina a afiançar a funcionalidade e o vigor do sistema social e dos seus subsistemas.

Aflito por divulgar o declínio da teoria finalista Roxin apontou como único caminho viável o abandono do prisma inseguro da vontade ganhando preferência sobre ela as decisões valorativas político-criminais.

Instrui-nos, com clareza, Luís Greco:

o finalista pensa que a realidade é unívoca (primeiro engano), e que basta conhecê-la para resolver os problemas jurídicos (segundo engano – falácia naturalista); o funcionalista admite serem várias as interpretações possíveis da realidade, de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas, isto é, que digam respeito à eficácia e a legitimidade da atuação do Direito Penal⁵.

4 PAVIMENTANDO O CAMINHO: TEÓRICOS E SUAS TEORIAS

Para entendimento dos fenômenos jurídicos é de suma relevância entender quem são os percussores e o que diziam. Portanto, trataremos de pensadores de algumas escolas de pensamento.

Já iniciamos com breve observação sobre o teórico Claus Roxin que estabeleceu as premissas da atual teoria funcionalista ou teleológico-racional que propaga o conceito de reconstrução da teoria do delito com base em discernimentos políticos criminais.

A disciplina vislumbrava a utilização das normas penais aos casos concretos como instrumento do Estado na batalha contra o crime. A preocupação basilar da teoria do funcionalismo penal é a de responder a questão: para que serve o Direito Penal? Na investigação pela resposta foi determinado como única passagem viável a valoração das políticas criminais e o abandono do não confiável elemento “vontade”.

⁵ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Jurídica**, Jul. 2000, p. 39

Um ponto distinto entre o pensamento finalista e o funcionalista diz respeito ao primeiro pensar que a realidade é unívoca e o segundo que a realidade admite várias formas de interpretações, o que não permite que o problema jurídico possa ser resolvido, apenas, através de considerações axiológicas⁶.

Trataremos novamente de Roxin mais à frente.

4.1 Günter Jakobs

O Direito Penal, para Jakobs, tem como papel reforçar os valores de determinado ordenamento jurídico.

Sua visão teórica, auferiu variadas críticas e sendo considerada de viés nazista. Todavia, afirmou não estar assinalando como o Direito Penal deveria ser; estaria apenas indicando como o Direito Penal foi e é. Em outras palavras: um instrumento convalidador do ordenamento jurídico em vigor e, em decorrência um exemplo penal seguido em cada era histórica

Este pensador foi parte de uma entendimento funcionalista dito radical, onde o agente é apenado porque agiu de modo antagônico à norma e cupavelmente, de tal modo, arriscou aclarar por sua teoria que o Direito Penal possui como função mor a reafirmação da norma, procurando, desse modo, robustecer as perspectivas de quem a satisfaz.

Na teoria de Jakobs os fatos sociais são geridos pelo Direito Penal que abriga diretamente a norma e indiretamente os bens jurídicos. Assim, o crime é a violação da norma que infringe as expectativas funcionais. A ampla polêmica em relação a esta hipótese, faz referência ao fato de defender que a lei deve ser satisfeita mesmo estando equivocada.

⁶ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Jurídica**, Jul. 2000, p. 39

4.2 Claus Roxin

Roxin, por sua vez, também asseverou que o Direito Penal tem por função reafirmar os axiomas do ordenamento jurídico. Tais axiomas consagrados pela Ordem Jurídica devem ser acatados sob pena de aplicação de uma punição mais severa, que é a sanção Penal e deve ser assim por razões de política criminal e tendo como escopo a reafirmação da dignidade humana.

Entretanto, não aponta o que é Dignidade Humana. Sendo que, são várias as civilizações e, por decorrência, muitas as compreensões no que se refere a valores da Dignidade da Pessoa Humana. Todavia, no cerne do funcionalismo está a proteção de um bem jurídico de forma acessória e segmentaria. O bem jurídico é aquele valor cultural ou social que o ordenamento jurídico distingue como credor de amparo.

Para Roxin, se o bem jurídico não for tocado o Direito Penal não deve agir. Asseveração esta que institui controvérsias em razão da evolução no Direito Penal no que se refere aos crimes, *id est*, na dilatada multiplicidade de tipos de bens titulados. E, também, na contemporaneidade nota-se que o Direito Penal se adianta a lesão. Contudo, entende-se que o teórico acode ao princípio da insignificância. A insignificância é instituto de política criminal. Assim, exclui a tipicidade. Um fato insignificante é formalmente típico, mas não materialmente típico.

4.2.1 Roxin e a Imputação Objetiva

De Hegel na Alemanha, surgiram os iniciais conceitos da Teoria da Imputação Objetiva.

Por meio de Roxin, em meados do anos 70, a teoria teve por finalidade solucionar os problemas não resolvidos pelo causalismo e finalismo. Visando a um melhor juízo, enquanto pela Teoria Causalista no tipo faziam parte, tão somente, os componentes objetivos, pois, o dolo e a culpa faziam parte da culpabilidade, pela Teoria Finalista são componentes do tipo os objetivos e os subjetivos, sendo que, o dolo e a culpa

foram extirpados da culpabilidade e plantados no tipo. Portanto, o tipo deixou de ser considerado concretizado apenas pelo fenômeno natural da causação, passando a ser necessário também um critério de vontade humana para um determinado fim.

Inventou então Claus Roxin uma Teoria Geral da Imputação Objetiva, aprimorando o tipo objetivo com o apontamento das hipóteses legais que permitem a atribuição do resultado ao autor, assim, de acordo com tal teoria, não só a causalidade material, mas, também, a causalidade normativa (imputação objetiva) deve compor o tipo objetivo.

Vejamos o artigo 13 do Código Penal Brasileiro, *verbis*: “Art. 13 O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

As situações aberrantes tinham, até o advento da teoria, que ser resolvidas através do segundo escalão analítico do conceito de crime (excludentes da antijuridicidade) ou até mesmo ficavam sem uma resposta adequada. Exemplificando, pensemos na hipótese da hipótese do agente que age diminuindo um risco pré-existente. O caso trazido por Claus Roxin em sua obra refere-se ao pedreiro que, avistando a queda de uma viga sobre a cabeça de seu companheiro de trabalho, empurra-a sobre o braço de seu colega que acaba tendo seu membro amputado. Indaga-se: O pedreiro responderia pela lesão corporal de natureza gravíssima (perda de membro)? Evidentemente que não, mas por quê? À luz da teoria finalista a conduta do agente seria entendida como objetivamente típica uma vez que a lesão corporal encontra-se prevista em lei como crime.

Ademais disso, quando da análise do tipo subjetivo também deveríamos afirmar que o pedreiro agiu com dolo direto, esse último entendido como consciência e vontade de realizar os elementos descritos no tipo objetivo (resta claro que o pedreiro tinha consciência e vontade de amputar o braço da vítima no lugar de deixar a viga cair sobre a sua cabeça).

Outrossim, a situação acima descrita não se encontra exatamente naquilo que modernamente se entende por estado de necessidade. Qual seria então a solução? Porque não houve crime na hipótese trazida à guisa de exemplo? A teoria finalista não traz uma resposta a contento. Para solucionar casos limites como o acima exposto, aprimora Claus Roxin a denominada teoria da imputação objetiva, estabelecendo critérios para a imputação de um resultado típico, mas quais seriam esses critérios?

Fundamentalmente, dois. O primeiro deles se consubstancia na criação de um risco juridicamente não permitido. Dessa forma, as ações que não criam riscos, ou seja, ações não perigosas, jamais podem ser consideradas típicas, ainda que eventualmente causem lesões. O segundo requisito seria o da realização do risco no resultado. Para que se impute ao autor a causação de um resultado não basta que ele crie um risco não permitido de um determinado resultado. É necessário, ademais, que o resultado decorra justamente desse risco, em outras palavras, que seja o resultado natural do perigo cuja produção o Direito houve por bem proibir.

Um exemplo clássico em que o risco não realiza no resultado é o famigerado exemplo da ambulância, onde a vítima, ferida pelo agente – o qual evidentemente criou um risco não permitido – vem a falecer em virtude de um acidente fatal ocorrido com a ambulância. Nesse caso, o risco criado pelo autor do fato, que é o de morrer em virtude dos ferimentos causados por sua ação de lesionar, não se realizou no resultado que fora substituído por outro, in casu, o risco de morrer em um acidente automobilístico. Com base nos critérios acima apresentados: (a) criação ou incremento de um risco não-permitido e; (b) realização do risco no resultado, a teoria da imputação objetiva surge como uma resposta adequada a muitas questões limítrofes para as quais a teoria finalista não encontrava saída.

Registre-se, por derradeiro, que a natureza articular do presente estudo, não nos autoriza uma incursão mais aprofundada na análise acerca dos demais subcritérios de imputação objetiva trazidos por Roxin em sua obra (nove no total), todavia, é de

se ressaltar que o próprio autor reconhece que a teoria ainda se encontra inacabada, demandando uma maior sistematização por parte da doutrina em geral.⁷

Portanto, para ocorrer a imputação objetiva deve existir um risco não-permitido realizado e que conduza um resultado concreto dentro do alcance de um tipo penal. Ao se aplicar tal teoria, torna-se a causalidade material uma condição mínima e a causalidade de natureza jurídica é valorada, isto é, cabe verificar se o resultado previsto pode ou não ser imputado juridicamente ao autor, portanto, não basta que o resultado tenha sido praticado pelo agente para que se possa afirmar a sua relação de causalidade.

5 Assim...

Assim, abordamos o objeto da nossa missão. O desenvolvimento do finalismo resultou na teoria funcionalista, também designada de pós-finalista. O aparelho funcionalista fulgiu no panorama jurídico protegidos por duas orientações: o funcionalismo estrutural chefiado por Parsons⁸, também conhecido como funcionalismo moderado e o funcionalismo sistêmico, liderado por Luhmann, conhecido também por funcionalismo radical.

Igualmente, a teoria funcionalista procurou resolver o enigma da causalidade sob a ótica objetiva, sem prejuízo de se valer dos critérios subjetivos em um segundo momento. Entretanto, em momento antecedente ao questionamento de uma finalidade (dolo e culpa) o intérprete passa por uma fase preliminar, de caráter objetivo. Faz-se, pois, um processo de imputação de responsabilidades lastreada em critérios pragmáticos. O método de atribuição consiste em cominar alguém uma relação jurídica. Neste ponto, não há que se tratar de regresso infinito, e sim atribuir a alguém a ligação com a seqüela tida como delituosa.

⁷DE SOUZA JR., C.. **Funcionalismo penal**: aportes sobre uma teoria axiológica do direito penal. Sistema Penal & Violência, Porto Alegre, 3, jul. 2011. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/7865/6415>. Acesso em: 01 Dez. 2013.

⁸Talcott Edgar Frederick Parsons (Colorado Springs, 13 de dezembro de 1902 — Munique, 8 de maio de 1979) foi um sociólogo norte-americano. Seu trabalho teve grande influência nas décadas de 1950 e 1960. A mais proeminente tentativa de reviver o pensamento parsoniano, sob o título de "Neofuncionalismo", pertence ao sociólogo Jeffrey Alexander, da Universidade Yale.

Deduz-se então, que o funcionalismo é, pois, um conjugado de teorias que entreveem no Direito Penal a finalidade ou a função de reforçar os valores sociais convencionados por um determinado ordenamento jurídico (Jacobs); essa própria ordem jurídica quando constituída na dignidade humana dentro de uma política criminal (Roxin). Que em nosso sistema jurídico pátrio ainda é insipiente gerando distorções. Ainda vivemos sob o império do circo midiático que estabelecem juízos de reprovação. Caminhamos ainda.

Finalmente, chegamos à terceira corrente da teoria do funcionalismo penal tratando do funcionalismo limitado defendida por Santiago Mir Puig. Tal vertente entende que o Direito Penal tem fundamento na sua utilidade social e define a sua adequada restrição no estado democrático de Direito.

Igualmente, a legalidade restringe a atuação do Estado. A razoabilidade é outra referência limitadora do comportamento entre o Estado e o particular e entre os próprios particulares em suas relações privadas.

6 CONCLUSÕES

O objetivo do presente é a demonstração de breves considerações acerca de tema tão fascinante. É flagrante a insegurança da conduta humana como alicerce para análise científica do fenômeno que se pretende denominar Direito Penal.

Na visão de Roxin, só se recorre ao Direito Penal em caso de ataque a bens jurídicos essenciais: coletivos ou individuais (controle social). É, portanto, a *ultimaratio*, isto é, só se deve recorrer ao Direito Penal se o controle não puder ser exercido por outro meio menos estigmatizante. Entendendo que a pena deve ser necessária e inafastável. O que se conclui é que ainda que o fato seja típico, antijurídico e culpável deve-se recorrer aos métodos dedutivo e indutivo, pois, a sua finalidade é a Justiça no caso concreto.

A referência a Roxin reside na necessidade de comparar seu pensamento com o de Jakobs, por exemplo. Na visão deste a aplicação do Direito Penal será sempre

necessária quando houver infração penal. Entende que a função do Direito Penal é tornar mais forte a autoridade da norma como punição ao indivíduo que a infringir. É a aplicação do método lógico-formal em que basta infringir a lei para o aparato penal entre em ação.

Um teórico pela humano outro pela norma. Mas o que se conclui é que o funcionalismo de Jacobs que exalta a norma falha na importante missão da preservação de valores nos quais foram construídos os princípios penais.

Abraçar a concepção funcionalista do sistema penal, é um acentuado avanço metodológico e proporciona renovo dos métodos de interpretação dessa messe científica, proporcionando maior rigor técnico e, por conseguinte, uma Justiça eficaz para o cidadão.

REFERÊNCIAS

DE SOUZA JR., C.. **Funcionalismo penal**: aportes sobre uma teoria axiológica do direito penal. Sistema Penal & Violência, Porto Alegre, 3, jul. 2011. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/7865/6415>. Acesso em: 01 Dez. 2013.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Jurídica**, Jul. 2000, p. 39

GÜNTER, Jacobs. **Derecho Penal** – Parte general – Fundamentos y teoria de La imputación, 2ª edición. (Marcial Ponz, 1997).

LUHMANN, Niklas. **El derecho de La sociedad**. México. Universidad Iberoamericana, 2002. Extraído de http://www.academia.edu/1414603/DIREITO_POLITICA_E_CONSTITUICAO_PARA_A_TEORIA_DOS_SISTEMAS_DE_NIKLAS_LUHMANN, em 27/11/2013 às 03:40.

Welzel, Hans, O Novo Sistema Jurídico Penal – Uma introdução à doutrina da ação finalista, RT, 2001.