

UMA ANÁLISE DA CONTRIBUIÇÃO DO FUNCIONALISMO DE CLAUS ROXIN À TEORIA DA AÇÃO

*Mariana Martins de Castilho FONSECA**

RESUMO

Este artigo tem como objetivo examinar as contribuições que o funcionalismo trouxe para o Direito Penal, com ênfase ao pensamento desenvolvido por Claus Roxin. Para tanto, foi realizada uma análise evolutiva das principais teorias do delito, apresentando as mudanças que cada uma propôs quanto à estrutura analítica do delito, bem como em relação ao conteúdo do conceito de ação. A partir das incongruências dos modelos teóricos anteriores, foi possível concluir pela possibilidade de construir uma dogmática jurídico-penal através da incorporação de aspectos valorativos, mas sem abandonar a coerência e sem sacrificar a efetividade do sistema.

PALAVRAS-CHAVE: Dogmática jurídico-penal. Teorias do Delito. Funcionalismo

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Análise evolutiva das principais Teorias do Delito: 2.1. O sistema causal-naturalista 2.2. O sistema neokantiano 2.3. O sistema finalista – 3. Premissas para a construção de um novo sistema 3.1. O sistema funcionalista de Claus Roxin 3.2. A ação no funcionalismo teleológico – 4. Conclusão.

* Aluna do Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação da UFMG e Bolsista da PROF-CAPEs. Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais Este trabalho é resultado das discussões e leituras realizadas durante a disciplina Teoria do Delito oferecida pelo Prof. Dr. Luís Augusto Sanzo Brodt na Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

1. INTRODUÇÃO

Tendo em vista que o funcionalismo, em suas diversas vertentes, continua sendo matéria pouco explorada no direito brasileiro e ainda sucintamente abordada nos manuais disponíveis, a proposta aqui foi desmistificar a aridez do tema de modo a demonstrar as contribuições que tal teoria do delito trouxe para uma nova leitura do Direito Penal.

É claro que a importação de teorias estrangeiras deve ser realizada com cuidado, haja vista as peculiaridades de cada sistema nacional, porém, não é mais possível ignorar as novas leituras que melhor se adequam a uma perspectiva democrática e que, de fato, se preocupam com a realização concreta da justiça.

A dogmática jurídico-penal não se restringe mais a um papel de mero instrumento de controle social completamente alheio e autônomo da realidade concreta. Ela incorpora valores, necessidades reais e se altera quando não é mais capaz de dar respostas eficazes. O Direito Penal há muito tempo perdeu o seu caráter exclusivamente repressor, para dar lugar à introdução de novas políticas de ressocialização, prevenção e inclusão social.

Partindo de uma análise evolutiva das principais teorias do delito, procurou-se evidenciar que esse processo não foi marcado por verdadeiras rupturas, mas por uma contínua releitura das premissas equivocadas anteriores para a construção de novos sistemas, com o enfoque sobre a teoria da ação, objeto de nosso estudo.

A construção sistemática desenvolvida por Claus Roxin, a despeito das críticas, apresenta papel de destaque nos dias atuais, principalmente por ter revelado que é possível assegurar a tão enaltecida segurança jurídica sem abrir mão da coerência do sistema orientado a partir de decisões políticas.

2. ANÁLISE EVOLUTIVA DAS PRINCIPAIS TEORIAS DO DELITO

2.1. O SISTEMA CAUSAL-NATURALISTA

O sistema causal-naturalista, também chamado de sistema clássico do delito¹, apresentou como precursores principais Franz V. Liszt e Ernst Von Beling. Tal sistema dominou a Alemanha nas primeiras décadas do século XX, tendo como fundamento o positivismo jurídico.

Em um contexto de Estado Liberal de Direito, a dogmática jurídico-penal – ou melhor, o Direito Penal, como ciência jurídica – possuía como principais objetivos a segurança jurídica e o afastamento de qualquer arbítrio na aplicação do direito. Como ressalta Roxin (2000, p. 03), competiria a esta função liberal-garantística “assegurar a uniformidade da aplicação do direito e a liberdade individual em face da voracidade do Estado ‘Levitã’”.

É o que explica a conhecida frase de Liszt ao afirmar que “o direito penal é a barreira intransponível da política criminal” (ROXIN, 2000, p. 01). O autor concebia o Direito Penal em seu caráter dúplice, como ciência social e como ciência jurídica, contudo, as mantinha como categorias estanques, que não se misturavam. Entre a política criminal (concebida como tarefa social do Direito Penal) e o Direito Penal, em sentido estrito, havia um suposto abismo responsável por manter a tão almejada neutralidade do sistema defendida pelos positivistas (ROXIN, 2000, p. 02).

A influência do positivismo sobre o sistema naturalista foi responsável por uma concepção de ciência que somente poderia ser apreendida através dos sentidos, sobre aquilo que seria mensurável (GRECO, 2000, p. 122). Através dos valores não seria possível a construção de um conhecimento científico válido, pois somente em um

¹ Terminologia utilizada por Luís Greco (2000, p. 122). Também pode ser encontrada em ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro (2002, p. 380).

sistema fechado, avalorado e puramente técnico-jurídico permitir-se-ia o domínio de todos os elementos necessários à aplicação “justa” do direito, com o conseqüente afastamento do indesejado arbítrio estatal em favor do indivíduo.

Este esquema formalista contaminou o conceito analítico do delito, produzindo efeitos em cada uma de suas categorias, compostas por elementares cuidadosamente distribuídas por meio de um método classificatório (GRECO, 2000, p. 122-123), bem como estruturou tal sistema sobre o critério objetivo-subjetivo. O aspecto objetivo (injusto) seria representado pela tipicidade e antijuridicidade e o aspecto subjetivo abarcaria a culpabilidade.

Conforme as lições de Luís Greco (2000, p. 123) e Cezar Roberto Bitencourt (2004, p. 185) a estrutura básica do delito era assim concebida: o tipo compreendido por elementos objetivo-descritivos; a antijuridicidade abarcando elementos objetivo-normativos e a culpabilidade apresentando elementos subjetivo-descritivos.

Assim, o tipo seria “a descrição objetiva de uma modificação no mundo exterior”; a antijuridicidade, definida formalmente, “como contrariedade da ação típica a uma norma do direito, que se fundamenta simplesmente na ausência de causas de justificação” e a culpabilidade, psicologicamente conceituada, como “relação psíquica entre o agente e o fato” (vínculo subjetivo) (GRECO, 2000, p. 123-124).

Resta, pois, explicitar o conteúdo do conceito de ação. Segundo Jakobs (2003, p. 51), para o causalismo a “ação é a causa de conseqüências (especialmente de lesões de bens jurídicos) por um ato voluntário² com um conteúdo qualquer; tampouco aqui se dá importância ao conteúdo da vontade [...]. O exercício da vontade é somente o ponto de partida de uma coisa qualquer; a qualidade, [...] vem determinada pelo curso causal”.

Trata-se de um conceito que não se preocupa com a intenção do agente, bastando, para a responsabilização, tão somente a verificação

² Segundo Bitencourt (2004, p. 199-200), por voluntariedade entendia Von Liszt como um processo fisiológico de uma inervação muscular (o impulso da vontade) e, sob o aspecto psicológico, como “fenômeno da consciência pelo qual estabelecemos as causas”.

do resultado ou a modificação do mundo exterior, traço que causava enormes contradições e injustiças no plano da aplicação do Direito Penal.

Outra característica de tal conceito é a sua natureza pré-jurídica; a ação apresentava existência prévia a qualquer valoração e regulação. Günther Jakobs (2003, p. 52), com base no ensinamento de Radbruch, demonstra que “o conceito causal de ação era o conceito de ação de um positivismo que acreditava poder interpretar e aplicar a lei antes de ter compreendido a sociedade na qual a lei deve aplicar-se”. [...] Como resultado, a dogmática jurídico-penal perde seu caráter científico, tornando-se um conhecimento limitado.

A despeito dos inúmeros problemas práticos criados com o nascimento da estrutura causalista do delito como, por exemplo, a sua limitação diante dos crimes omissivos; de seu conceito formal de antijuridicidade; da redução da culpabilidade em mero nexo psicológico entre o autor e o fato; além da falta de preocupação com a justiça no caso concreto, é inegável que tal sistema trouxe avanços.

Conforme Eugenio Zaffaroni (2002, p. 380), a passagem para uma sistemática classificatória representou a superação de um modelo anterior teleológico³ que tinha como ponto de partida a análise da capacidade do agente (aspecto subjetivo), o que resultava em uma falta de efetividade, pois não contribuía para facilitar as decisões judiciais. Situação que permitiu o desenvolvimento do causalismo de Von Liszt pautado na distinção proposta por Jhering entre injusto e culpabilidade.

2.2. O SISTEMA NEOKANTIANO

Com o advento da filosofia neokantiana, o sistema positivista clássico do delito sofreu profundas transformações, marcadas pela reintrodução de perspectivas valorativas no âmbito da teoria do delito e

3 Para um maior aprofundamento sobre a construção teórica dos hegelianos e dos teóricos dos imperativos consultar: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 380.

do próprio Direito Penal, que passou a se orientar teleologicamente.

Como bem aponta Luís Greco (2000, p. 124), isso ocorreu porque este novo paradigma colocou as ciências da cultura novamente em foco. “Enquanto as ciências naturais se limitam a explicar fatos submetendo-os à categoria da causalidade, as ciências da cultura querem compreendê-los – são ciências compreensivas, e não só explicativas –, o que implica referi-los a finalidades e a valores”.

Logo, a adoção de um sistema orientado a valores influenciou cada uma das categorias do delito. O que antes se restringia a uma distribuição formal das elementares, conduziu a uma “fundamentação material das diferentes categorias sistemáticas, para que se pudesse, no passo seguinte, proceder à construção teleológica dos conceitos, de modo a permitir que eles atendessem à sua finalidade de modo mais perfeito possível” (GRECO, 2000, p. 125).

Com relação à estrutura do delito, as seguintes mudanças podem ser destacadas: o tipo, materialmente considerado, passou a englobar elementos normativos e subjetivos, sendo definido como conduta socialmente lesiva; a antijuridicidade abandonou um conteúdo puramente formal, representado pela contrariedade à norma, adotando a exigência de uma danosidade social⁴ (GRECO, 2000, p. 125). Por fim, na culpabilidade introduziu-se o “juízo de reprovabilidade, pela formação da vontade contrária ao dever, facilitando a solução das questões que a teoria psicológica da culpabilidade não pôde resolver” (BITENCOURT, 2004, p. 189).

Entretanto, analisando a evolução da teoria do delito, Zaffaroni (2002, p. 381) ensina que esta nova sistemática apresenta a mesma estrutura analítica positivista baseada no esquema objetivo-subjetivo, afastando-se deste somente pelo diferente suporte filosófico utilizado. Assim, apesar de um contexto de crise da garantia filosófica da ciência

⁴ Cezar Roberto Bitencourt citando Jescheck (2004, p. 187) esclarece que “esse novo entendimento permitiu graduar o injusto de acordo com a gravidade da lesão produzida. [...] onde não houver lesão de interesse algum, o fato não poderá ser qualificado de antijurídico. A teoria da antijuridicidade material permitiu, inclusive, o desenvolvimento de novas causas de justificação, além das legalmente previstas”.

causal e das dificuldades práticas do modelo anterior, este pouco mudou.

Fenômeno também observado na elaboração do conceito neokantiano de ação. Destaca Zaffaroni (2002, p. 409) que seu conteúdo foi construído com base nos tipos penais e através de uma teoria classificatória do delito, sob o pretexto de criar um conceito amplo de ação. Porém, tal finalidade resultou em seu próprio enfraquecimento gerando a substituição da ação pela tipicidade e a sua identificação como ação realizadora do tipo.

Não obstante a sua contribuição na construção material das categorias e na elaboração teleológica dos conceitos – como foi destacado anteriormente –, o conceito de ação do sistema neoclássico do delito foi objeto de inúmeras críticas. A principal delas levantada por Luís Greco (2000, p. 126) foi o seu isolamento em um normativismo extremo, partindo da noção de uma separação entre o mundo da realidade e o mundo dos valores.

Ora, essa suposta separação entre o direito e uma realidade composta de diferentes valores é o que se pretende questionar com a ajuda do pensamento funcionalista de Claus Roxin. Não é mais possível vislumbrar um direito alheio às necessidades reais e a valores situados em determinado contexto histórico. De nada adianta a formulação de uma dogmática jurídica pretensamente perfeita, do ponto de vista estrutural, se ela não consegue responder às principais demandas sociais.

Se de um lado o novo suporte filosófico trazido pelo sistema neokantiano representou um abalo nas estruturas avaloradas e formais do positivismo clássico, de outro não resolveu o problema, pois manteve o direito em um patamar superior indiferente da realidade contingencial.

É o que se depreende da afirmação de Roxin (2000, p. 25-26): “jamais foi construído a partir desses fundamentos um sistema em oposição à estrutura lógico-formal da antiga teoria do delito capaz de estabelecer-se [...]. Esta incorporação de valorações político-criminais na hierarquia positivista-conceitual da teoria do delito criou

uma ambigüidade sistemática, que se espelha na bipartição entre uma perspectiva formal e material”.

2.3. O SISTEMA FINALISTA

Com base nos ensinamentos de Hans Welzel, a teoria finalista do delito resultou de uma profunda revisão dos sistemas anteriores, sendo elaborada em 1938 e atingindo o ápice a partir da segunda metade do século XX.

Esse sistema, de acordo com Lúcio Antônio Chamon (2004, p. 19), apresentou como parâmetros a alteração do conceito causal de ação e o estabelecimento de uma nova estrutura analítica do delito com base em uma redefinição do critério objetivo-subjetivo da teoria clássica.

É necessário salientar, porém, que é o conceito de ação, entendido por Welzel como exercício da atividade final, que será o fio condutor de toda a teoria finalista do delito e também o fator responsável pela “revolução” em face dos sistemas tradicionais.

A crítica ao causalismo partia do exame de uma ação meramente mecanicista, para a qual pouco importava o conteúdo da vontade do agente, sendo relevante apenas o resultado naturalístico. Concepção que causava enormes distorções no plano prático, muitas vezes apenando severamente sujeitos que sequer tinham orientado subjetivamente a sua conduta para a realização de determinada atividade típica.

Para o finalismo, pois, à ação somava-se não só o acontecer causal, mas o acontecer causal orientado finalisticamente, evidenciando que a construção do conceito finalista de ação não representou uma total ruptura com o modelo naturalista. Eugenio Zaffaroni (2002, p. 404) destaca que no finalismo o agente parte de uma representação mental do resultado que ele quer realizar no mundo exterior e essa representação seleciona os meios para concretizá-lo através da causalidade orientada segundo a finalidade imaginada.

Além disso, acrescenta Luís Greco (2000, p. 127-128) que o finalismo foi responsável também pelo abandono da dicotomia

neokantiana entre ser e dever ser – abordada no item anterior – vislumbrando o direito como algo inserido na realidade. Assim, a tarefa do direito constituiria na análise da realidade, levantando as suas estruturas internas, e posteriormente realizando o processo de valoração jurídica; os conceitos jurídicos, portanto, seriam frutos de uma realidade dinâmica e não um produto da criação do cientista.

Como resultado, de acordo com Zaffaroni (2002, p. 404), há a construção de um conceito de ação com base em dados ontológicos e o “frontal rechaço do conceito jurídico-penal que não tomava em conta os conteúdos da representação que regia a conduta conforme um sentido, e que, por isso, destruía conceitualmente sua essência de exercício da atividade final”.

Antes de analisar as mudanças produzidas pela nova sistemática nas categorias analíticas do delito, é indispensável destacar ainda a natureza pré-jurídica do conceito final de ação.

Em tal contexto, ao legislador caberia tão somente a seleção de condutas puníveis não podendo “alterar a estrutura da atividade final do homem ou a função que o dolo nela desempenha, pois se a pretende submeter a uma disciplina normativa tem que vincular a sua regulação a tal estrutura já que do contrário malogra o objetivo da regulação” (ROXIN, 1986, p. 95).

Logo, muito além de uma mera abstração dos tipos previstos na lei penal, a ação para o finalismo deveria limitar a atividade do legislador às estruturas lógico-objetivas presentes no mundo do ser, a partir de um forte contato da concepção de crime com a realidade. Se o direito pretende regular a conduta humana, deve ele respeitar tal conduta como ela é na realidade, sob pena de desvalorar coisa diversa (GUARAGNI, 2005, p. 130).

Delineados os contornos fundamentais da teoria da ação final, verifica-se que a estrutura analítica do delito aderiu à nova orientação do agir humano conforme um sentido.

O tipo, como a descrição de uma ação proibida, provoca o deslocamento do dolo da culpabilidade. No ilícito, abandona-se a noção de danosidade social ou do dano aos bens jurídicos, para configurá-lo como ilícito pessoal, focado no desvalor da ação do

agente orientada finalisticamente. Por fim, a culpabilidade, de natureza normativa, justifica-se conforme o juízo de reprovabilidade, ou seja, na liberdade do sujeito poder agir de outra maneira (GRECO, 2000, p. 128 -129).

A passagem pelos diferentes sistemas, desde o causalismo até o finalismo, não correspondeu a um processo de rupturas. Através do breve histórico aqui exposto, procurou-se demonstrar que esse desenvolvimento foi pautado por diferentes fases complementares, em um contínuo reaproveitamento de antigos fundamentos para a construção de novas estruturas.

Foi a partir das críticas aos modelos anteriores que foi possível a evolução da teoria do delito nos moldes que conhecemos hoje, fato que influenciou também o nascimento da nova teoria funcionalista de Claus Roxin, pautada nas incongruências do finalismo e na adaptação das categorias do delito segundo orientações de política criminal.

3. PREMISSAS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO SISTEMA

O advento de uma nova teoria do delito, com base funcionalista, foi fruto de uma crise do pensamento sistemático que evidenciou a insuficiência das soluções baseadas em conceitos superiores e a falta de capacidade de rendimento de tais categorias. Era preciso, portanto, rever o método empregado, principalmente pelo finalismo, desprezando as premissas errôneas de seu desenvolvimento (ROXIN, 2000, p. 09-12).

Como ponto de partida, pode-se destacar: o fracasso dos modelos anteriores em apresentar um sistema ajustado às necessidades do caso concreto, a injustificável separação entre dogmática e política criminal, e a superação do sistema finalista pautado em uma concepção ontológica.

Para Roxin (2000, p. 14), a lei e o Direito Penal cumprem uma tarefa muito maior do que a simples garantia de segurança jurídica. Ao lado dessa função, deve-se assegurar também que o Direito seja capaz de responder às demandas por meio de soluções adequadas e justas em face dos casos concretos. E isso, somente é possível reconhecendo

que “problemas político-criminais constituem o conteúdo próprio também da teoria geral do delito”.

Parte o autor da crítica ao causalismo, já trabalhada, que entendia ser o único papel do Direito o afastamento de qualquer arbítrio no momento de sua aplicação. Questões valorativas não seriam objeto da dogmática, mas fins a serem perseguidos, reservados à matéria de política-criminal.

Contudo, o funcionalismo de Roxin (2000, p. 06) demonstrou que apesar de um minucioso trabalho sistemático, com sutilíssimas precisões conceituais, tal estruturação hermética positivista não garantiu o aperfeiçoamento das soluções no campo jurídico, revelando, ao contrário, conseqüências pouco práticas.

Assim, substituindo a “vaga noção neokantiana de ‘valores culturais’ para um critério ‘mais seguro’, [...] qual seja, as bases político-criminais da moderna teoria dos fins da pena” (CHAMON, 2004, p. 46-47), Roxin superou a dicotomia lizstiana, operacionalizou o Direito Penal através de princípios de política e gerou uma funcionalização do Direito.

Todavia, a superação da dicotomia entre dogmática e política-criminal não significou a consideração de ambas as categorias como um todo indiferenciado. Ao contrário, preservaram-se as suas características principais, ressaltando uma relação de complementariedade e não de oposição.

Enquanto à política-criminal ficaria reservado o papel de “fornecer o fundamento do Direito Penal através de ‘princípios’ (políticos) que explicitariam a finalidade do próprio Direito Penal” (função de fundamentação e interpretação), à dogmática restaria preocupação “com aquilo que constitui ou configura o Direito então verificado” (CHAMON, 2004, p. 50).

Como bem aponta Lúcio Antônio Chamon (2004, p. 51), são os princípios político-criminais que orientariam a ponderação acerca da utilidade ou necessidade social de uma determinada conduta, autorizando o intérprete entendê-la como ilícita ou não. As finalidades políticas estabelecidas pelo legislador seriam, pois,

atualizadas pelo aplicador, no caso concreto, através desses princípios que desempenhariam uma função interpretativa.

Demonstradas as funções de fundamentação e de interpretação, é necessário analisar de que modo os princípios político-criminais contribuem para a realização da justiça no caso concreto.

De acordo com Claus Roxin, a introdução de princípios políticos na aplicação do Direito gera uma harmonização entre a lógica sistemática e a correção da solução (2002, p. 230), bem como permite uma aproximação da dogmática jurídico-penal com a realidade que ela pretende regular (2000, p. 83).

Isso ocorre porque essa orientação valorativa é capaz de deixar “transparecer as estruturas internas de determinado ramo do direito [...], de modo muito mais nítido que um sistema deduzido de axiomas e abstrações” (ROXIN, 2000, p. 83), o que permite “uma redução da indeterminação do Direito e sua aplicação garantida por uma unidade axiológica que conferiria ao juízo concreto a qualidade de justo” (CHAMON, 2004, p. 53).

Enquanto um sistema baseado em abstrações se afasta da realidade numa razão crescente, “o desenvolvimento dos pontos de vista político-criminais exige que passe em revista toda a matéria de regulamentação” (ROXIN, 2000, p. 83), pois “só a variedade da vida, com todas as suas transformações, possibilita a concretização das medidas que permitem uma solução correta, isto é, adaptada às peculiaridades do caso concreto” (*Idem*, p. 83).

Outro aspecto que deve ser abordado é o apego do finalismo às estruturas lógico-objetivas presentes no mundo do ser, que vinculariam toda a construção e a estruturação teórica do Direito. Luís Greco (2000, p. 129) destaca que a crítica a tal fundamento parte não só da visão falaciosa de que o conhecimento dessas estruturas bastaria para a solução do problema jurídico, como também do retorno a um normativismo extremo, baseado no ser, que o próprio finalismo procurou superar do neokantismo.

Embora o finalismo objetivasse a busca de soluções justas, tal resultado era prejudicado pela extrema limitação que essas estruturas geravam ao desenvolvimento dogmático da teoria do delito, por não

permitirem a abertura do sistema a diretrizes político-criminais. Daí o porquê de o reputarem reducionista (GUARAGNI, 2005, p. 235).

Conforme a perspectiva funcionalista, o erro na base do sistema final “estaria no fato de tomar-se em conta o conteúdo ontológico em detrimento daquilo que deveria guiar a compreensão e aplicação do Direito de maneira única e exclusiva: as finalidades, no caso, do Direito Penal” (CHAMON, 2004, p. 46).

Assim, o método não deveria ser pautar na limitação e na vinculação do legislador e do jurista às estruturas pré-jurídicas, visto que a busca por soluções justas ficaria engessada em um universo muito distante da multiplicidade de valores que envolvem a realidade concreta. Era inevitável, pois, retomar as bases neokantianas, como forma de reincorporar ao espaço dogmático aspectos valorativos.

Contudo, esse retorno supera o relativismo neokantiano, para adotar “um valor, ou uma finalidade, como norte para a construção de todos os conceitos e níveis analíticos em direito penal. Os conceitos, assim, passam a estar vinculados uns aos outros pelo fato de voltarem-se à uma mesma finalidade” (GUARAGNI, 2005, p. 242).

3.1. O SISTEMA FUNCIONALISTA DE CLAUS ROXIN

O pensamento funcionalista surgiu na segunda metade do século XX, como forma de superar as incongruências dos modelos anteriores e propor uma nova concepção de sistema.

É preciso destacar que tal sistemática se divide em diferentes correntes, como por exemplo, o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs, o funcionalismo redutor de Eugenio Zaffaroni e o funcionalismo teleológico, objeto de nosso estudo, de Claus Roxin, apresentando todos, porém, pontos em comum.

Eugenio Zaffaroni (2002, p. 383) destaca que os parâmetros norteadores dessa nova concepção funcional se baseiam na defesa de que “os conceitos jurídico-penais não podem prescindir de seus fins penais (político-criminais ou políticos em geral) nem tampouco estão dispostos pela natureza nem por dados ónticos, senão que se constroem exclusivamente em função dos objetivos penais prefixados”.

Do que resulta o resgate ao sistema neokantiano de valores que, conforme Luís Greco (2000, p. 132), retoma a construção teleológica dos conceitos e promove a materialização das categorias do delito, todavia, superando o idealismo e a liberdade neokantiana como forma de ligar todos os seus elementos a uma finalidade fixada pela ordem jurídica.

Há que se considerar também, como característica do funcionalismo, principalmente de Roxin e de Günther Jakobs, o seu apoio na sociologia sistêmica. A explicação reside na preocupação de associar a dogmática penal às ciências sociais, de modo que “o sistema jurídico funcione como mecanismo pelo qual se controla a atuação das pessoas segundo expectativas estampadas nas normas, dentro de um sistema mais abrangente, que é o sistema social” (GUARAGNI, 2005, p. 243).

Diante do exposto, pode-se enumerar como pretensões do funcionalismo⁵: o desenvolvimento de conceitos que assegurem as expectativas normativas, através da delimitação do papel social que cada indivíduo deverá cumprir e a atuação dos conceitos, principalmente na teoria do delito, de modo coordenado e orientado a uma finalidade sistêmica comum (GUARAGNI, 2005, p. 246).

Explicitados os contornos básicos do funcionalismo, cumpre adentrar no panorama teleológico de Claus Roxin. Para o autor (ROXIN, 2000, p. 28), uma metodologia jurídico-penal deve acolher três exigências principais, através das quais há a construção de um sistema produtivo. São elas a ordem e a clareza conceitual, a proximidade com a realidade e a orientação conforme fins político-criminais.

Apesar das três exigências terem sido dissecadas no decorrer do estudo realizado sobre as teorias do delito, é imprescindível destacar que o pensamento de Roxin agrega todas as contribuições dos modelos anteriores, afastando somente as suas imprecisões.

5 É necessário destacar, porém, que tais pretensões se adequam melhor ao funcionalismo teleológico de Claus Roxin e ao sistêmico de Günther Jakobs, a despeito de ter o autor as enunciado em sentido geral, como pertencentes a qualquer das espécies de funcionalismo.

Assim, é possível perceber que o funcionalismo teleológico não abandona a preocupação com a segurança jurídica e a coerência do sistema, mas remove apenas a falta de capacidade de rendimento do causalismo ao estabelecer um modelo fechado para realidade e supostamente auto-suficiente.

Do mesmo modo, ao defender a dependência da dogmática com a realidade, supera o idealismo neokantiano baseado em um Direito alheio às necessidades concretas e preso em um mundo do dever-ser, mas aproveita a noção por ele introduzida da construção dos conceitos levando em conta aspectos valorativos.

Por último, a orientação do sistema segundo fins político-criminais desmascara o fetichismo do discurso finalista que acreditava que as estruturas lógico-objetivas, de natureza pré-jurídica, seriam o bálsamo para todas as dificuldades e conflitos concretos. Todavia, considera os avanços promovidos pela reestruturação do modelo objetivo-subjetivo e pelo novo conceito de ação como atividade orientada finalisticamente.

Em um sistema conduzido por princípios políticos e desenvolvido para a tutela subsidiária de bens jurídicos, traça o autor a linha fundamental de seu pensamento: que cada categoria do delito – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade – seja desenvolvida e sistematizada de acordo com as funções político-criminais (ROXIN, 2000, p. 29). Com relação à ação, tal categoria será estudada em um item próprio.

Portanto, em linhas gerais, o tipo estaria estruturado com base do princípio do *nullum-crimen*. E a sua atribuição ao agente ocorreria “por meio de critérios normativos de imputação objetiva, fundados na ‘realização de um perigo não permitido dentro do fim de proteção da norma’ e não mais mediante a mera constatação da causalidade no sentido naturalista” (GUARAGNI, 2005, p. 252).

À antijuridicidade seria atribuído o papel de solução social dos conflitos, visto ser “o campo no qual interesses individuais conflitantes ou necessidades sociais globais entram em choque com as individuais” (ROXIN, 2000, p. 30).

A sua sistematização, desse modo, partiria de princípios ordenadores materiais que determinariam o conteúdo das causas de justificação e estas no interagir do caso concreto fixariam o juízo sobre utilidade ou lesividade, a licitude ou não de um comportamento (ROXIN, 2000, p. 53).

Com relação à culpabilidade, o seu significado foi alargado de modo a abranger a noção de responsabilidade. Logo, o seu conteúdo não se retringe mais à averiguação da vontade defeituosa do autor ou à possibilidade de agir de outra maneira, mas na necessidade preventivo geral ou especial de punição (ROXIN, 2000, p. 31).

Como conseqüência, atesta Roxin (2000, p. 70) que em várias situações o legislador dispensa a punição não porque não haja culpabilidade, mas por causa da irrepetibilidade de tais situações, o que torna desnecessária a prevenção; a culpabilidade, nesse contexto, não consegue mais, por si só, justificar a pena.

3.2. A AÇÃO NO FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO

Tendo em vista que a ação em Roxin constitui objeto central de nossa análise e ainda as peculiaridades que tal teoria apresenta, o seu estudo em um tópico apartado se justifica de modo a permitir um melhor detalhamento da matéria.

De forma introdutória e apoiada nas lições de Eugenio Zaffaroni (2002, p. 412), o conteúdo da ação em Roxin apresenta traços distintivos dos modelos anteriores, porque se baseia em um conceito de ação pré-típico e pessoal. Segundo esta característica, a ação seria “o que se produz por um humano como centro de ação anímico-espiritual ou, mais brevemente, como exteriorização da personalidade”.

Com tal contorno, o funcionalismo de Roxin pretendeu criar um conceito abarcativo de ação de maneira a incluir tanto ações dolosas, como culposas e também as omissões. Para isso, utilizou do método de exclusão: se a “manifestação se caracteriza quando os pensamentos e impulsos volitivos se põem em relação com os acontecimentos do mundo exterior” (GUARAGNI, 2005, p. 259 e 260), tudo o que sobra se distanciaria daquilo que seria ação.

Fábio André Guaragni (2005, p. 260) explica que o caráter generalizante da ação em Roxin se fundamenta nas críticas ao conceito causal e final de ação. Enquanto um “só destaca o aspecto da causalidade nas manifestações da personalidade”, o outro parte do “aspecto da direção segundo o fim”. O que evidencia o fato de ambos os conceitos serem reputados como reducionistas e a necessidade de criação de um novo conteúdo para a ação o mais verossímil possível com a realidade.

Assim, a unidade de ação não seria determinada por um dado prévio, de essência ontológica, mas constituída através de aspectos valorativos: “através da valoração de que se trata de uma não-ação, exclui-se, independentemente da aparência exterior e das conseqüências causais do existir humano, aquilo que já de antemão não se submete às categorias do proibido e do permitido” (ROXIN, 2002, p. 233).

Cabe mencionar que a determinação da conduta do agente no funcionalismo teleológico não correspondeu a um movimento uniforme. Ao contrário, foi marcado por diferentes concepções, desde a negação do conceito de ação até a sua consideração como estrutura analítica do delito, orientada conforme fins político-criminais.

Dois momentos correspondem às diferentes posturas adotadas por Roxin: o primeiro de 1962 a 1994 e o segundo, a partir da década de 1990.

Inicialmente, esclarece Lúcio Antônio Chamon (2004, p. 54-55), que ação era considerada por Roxin como categoria de “mero valor estético”, dotada de uma total esterilidade prática e por isso ineficaz para resolver questões envolvendo a punibilidade.

O caráter radical de seu pensamento residia no rechaço da concepção ontológica do finalismo que acreditava bastar, para determinar o conteúdo da ação e proceder à limitação do legislador, a dedução de um sistema com base em estruturas lógico-objetivas (CHAMON, 2004, p. 56).

O objetivo de Roxin, portanto, foi demonstrar a falta de capacidade de rendimento do conteúdo final da ação, bem como a contradição de uma fundamentação teórica baseada em estruturas eternas

e imutáveis. Segundo o autor, “o que é final e o que não é, depende exclusivamente das finalidades da ordem jurídica” (ROXIN, 1986, p. 102), que por sua vez são estabelecidas pela vontade do legislador.

O erro da concepção finalista foi acomodar-se “às realidades jurídico-penais dado que, com efeito, os meros processos causais em que se faz a abstração do agente e do seu modo específico de conduta são produtos analíticos artificiais, que não existem na vida real e que, por isso, apenas possuem um valor cognoscitivo muito limitado para imputação jurídico-penal” (ROXIN, 1986, p. 101).

Os fenômenos jurídicos vão muito além de um mero controle causal, pois apresentam um conteúdo de significação social que deve ser apreendido pelo agente. Logo, para verificar se um sujeito atuou de forma final é necessário não só analisar se houve o controle dos fatores causais, como também “examinar se entendeu o sentido das circunstâncias de fato, a respeito do qual é, exclusivamente, o legislador quem seleciona os elementos de significado juridicamente relevante” (ROXIN, 1986, p. 103).

Além disso, outros aspectos influenciaram tal tomada de postura, como é o caso dos crimes culposos e omissivos. Em ambos, acreditava Roxin não existir ação, porque no primeiro “o juízo de tipicidade e ilicitude não poderiam ser atribuídos à mera produção do resultado” (CHAMON, 2004, p. 56) e no segundo, considerando que a ação para o finalismo era o controle do processo causal, o omitente, neste caso, “não atua dolosamente nem de qualquer outra forma por faltar a causalidade susceptível de ser controlada” (ROXIN, 1986, p. 98).

Em um segundo momento, verifica-se o abrandamento da postura extremada anterior. A partir dos anos 90, além de uma reconhecida utilidade prática, a ação passa ser capaz de servir como um supraconceito, abrangendo todas as espécies de conduta; “como elemento de união tanto frente à ilicitude quanto perante a culpabilidade – na medida em que lhe são conferidos os ‘predicados valorativos’” e, por fim, “enquanto elemento limite” apto a excluir tudo o que não leva em conta um juízo jurídico-penal (CHAMON, 2004, p. 59-60).

A determinação da prática de uma ação é conseqüência de um juízo valorativo. Desse modo, é esta valoração que “dirá em que hipóteses alguém tem de deixar-se imputar um acontecimento ou um não-agir como um comportamento seu [...]. Alguém agiu, quando um determinado efeito dele decorrente ou não decorrente lhe possa ser atribuído enquanto pessoa” (ROXIN, 2002, p. 232-233).

Assim, a ação entendida como “exteriorização da personalidade” compreende uma manifestação do agente que supera meros pensamentos ou desejos e se concretiza no mundo exterior, contudo, é necessário somar a essa causalidade a dominação de tal atividade pela vontade do sujeito, ou seja, que ela esteja “submetida ao controle do ‘eu’” (CHAMON, 2004, p. 62).

4. CONCLUSÃO

O presente artigo, ao analisar a evolução das principais teorias do delito, teve como objetivo expor as contribuições que o funcionalismo teleológico de Claus Roxin ofereceu à ação, enquanto estrutura analítica do delito e, ainda, evidenciar o papel relevante que ela desempenha na dogmática jurídico-penal.

A opção por tal disposição partiu da constatação de que esse processo evolutivo foi marcado por avanços e retrocessos desde o final do século XIX até os dias atuais. Além disso, por meio de uma leitura comparativa entre os grandes sistemas, fica mais fácil perceber quais foram as críticas levantadas e os argumentos utilizados para a superação dos fundamentos tradicionais.

O mérito da sistemática funcionalista de Claus Roxin foi trabalhar de modo crítico os fundamentos tanto do causalismo como do finalismo, desmascarando as incongruências e evidenciando a possibilidade de construção de um sistema que incorpora aspectos valorativos sem abandonar a coerência e sem sacrificar a efetividade.

O resgate da concepção neokantiana, com base nessas novas premissas, representou uma revolução do pensamento sistemático penal, porque demonstrou que a realidade social é muito mais

complexa do que aquilo previsto no ordenamento jurídico, não podendo os problemas político-criminais serem resolvidos com a mera aplicação automática dos preceitos legais.

A orientação com base em decisões políticas encontra morada em momento anterior à própria aplicação do direito e foi isso que passou despercebido pelos sistemas precedentes. Uma metodologia jurídico-penal, segundo Claus Roxin, deve conceber além da clareza conceitual e da proximidade com a realidade, uma orientação de acordo com fins político-criminais que irá influenciar cada categoria do delito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.1.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. Funcionalismo reductor: perspectiva funcional para superação do finalismo. Disponível em: www.ibccrim.com.br.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Do giro finalista ao funcionalismo penal: embates de perspectivas dogmáticas decadentes*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy B.S. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRECO, Luís Filipe Maksoud. Introdução à dogmática funcionalista do delito: Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e Sistema jurídico-penal”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 32, n. 4, p. 120-163, 2000.

GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em Direito Penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. *O futuro do Direito Penal: tem algum futuro a digmática jurídico-penal?*. Coleção de Estudos de Direito Penal. São Paulo: Manole, 2004, v. 13.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Imputação Objetiva*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução e Introdução Luís Greco. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 2 ed. Lisboa: Vega, 1986.

ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000.

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