

Título: FUNCIONALISMO PENAL: ALGUMAS REFLEXÕES

JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA ROBALDO¹

O termo *funcionalismo*, transportado para o âmbito do Direito Penal, tem suas raízes na filosofia, na sociologia, enfim, em outras ciências, e, a rigor, é utilizado nas ciências sociais.

Trata-se efetivamente de assunto um tanto quanto complexo, mas o propósito neste espaço não é tratá-lo com profundidade, mas apenas trazer algumas reflexões e talvez provocar ou incentivar os alunos de direito, a explorá-lo verticalmente nos seus Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC).

No Direito Penal, o tema se aflorou, principalmente, a partir dos fundamentos crítico-filosóficos de Claus Roxin ao finalismo estruturado por Hans Welzel.

Em relação ao mundo jurídico, pode-se afirmar que o funcionalismo é um método, um caminho de se conhecer o objeto da investigação, em especial, de se buscar solução justa para o caso concreto, à luz do Direito posto, sobretudo o constitucional.

Em síntese, o funcionalismo penal apregoa que o Direito Penal deve ser estruturado, interpretado, aplicado e executado tendo em vista a sua função e, em última análise, as finalidades das suas penas ou medidas alternativas.

Há basicamente, em relação ao Direito Penal, duas correntes sobre o funcionalismo, ou seja, dois enfoques funcionais, surgidos na Alemanha, a partir da década de 1970. *Funcionalismo moderado*, teleológico, valorativo (teleológico-racional) contextualizado pelo penalista alemão Claus Roxin, a partir do funcionalismo estrutural de Parsons e *Funcionalismo radical*, estratégico normativo, construído pelo também penalista alemão Günther Jakobs a partir do funcionalismo sistêmico do sociólogo Niklas Luhmann.

Na perspectiva de Roxin, a função do Direito Penal é a de proteção subsidiária de bens jurídicos essenciais. Para Jakobs, a finalidade básica do Direito Penal, que o faz por meio das suas penas, é a reafirmação da autoridade da norma, justamente para fortalecer as expectativas dos seus destinatários de que aquela norma está em vigor e, logo, deve ser respeitada. A proteção do bem jurídico nesse viés fica em segundo plano, como consequência.

Roxin, na sua visão funcionalista teleológico-racional, trabalha com a idéia de que o Direito Penal, para atender à sua finalidade de proteção subsidiária de bens jurídicos essenciais (vida, saúde, patrimônio e outros), deve ser estruturado sobre o tripé: criminologia, política criminal e dogmática penal, ou seja, o conhecimento criminológico deve ser transformado em exigências político-criminais e estas em regras jurídicas. Nessa visão, o que dá vida à norma penal é a introdução das decisões valorativas político-criminais que ela recebe, a partir do

¹ Procurador de Justiça aposentado. Professor Universitário. Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual Paulista – UNESP. Especialista em Direito Constitucional. Diretor da rede de ensino telepresencial LFG/ESUD-MS. E-mail jc.robaldo@terra.com.br.

quadro axiológico que a Constituição procurou tutelar, pois são essas decisões que irão apontar a necessidade do recurso ao controle penal.

Com efeito, na ótica de Roxin, só se deve recorrer ao Direito Penal, como forma de controle social (proteção de bens jurídicos essenciais: coletivos ou individuais), como última opção (*ultima ratio*), isto é, se não for possível o controle por outro meio menos estigmatizante e desde que a pena seja necessária para tal.

Assim, ainda que o fato seja típico, antijurídico e culpável, por si só não é suficiente para se recorrer à sanção do Direito Penal, utilizando-se, para tal, os métodos dedutivo e indutivo (teleológico-racional), especialmente este último, pois sua preocupação é com a justiça do caso concreto.

Já na visão funcionalista de Jakobs, o recurso à sanção penal será sempre necessário na medida em que se caracterizar a infração penal, pois a função do Direito Penal (e das suas penas) é o de fortalecimento da autoridade da norma como punição àquele que quebrar essa expectativa. Trata-se do método dedutivo (lógico-formal) em que basta infringir a lei.

O Direito é sempre o mesmo, o que muda são as formas (metodologia) de compreendê-lo e aplicá-lo de forma mais racional em proveito do homem tanto como ente social como individual.

São apenas algumas considerações, longe de se esgotar o assunto, pois não foi essa a pretensão.