

A historicidade dos sistemas penais: uma análise histórica das contribuições dogmáticas e filosóficas para o desenvolvimento do direito penal moderno

the historicity of penal systems: a historical analysis of dogmatic and philosophical contributions to the development of modern criminal law

DOI 10.5281/zenodo.13855063

Elielton Barbosa da Silva Xavier¹

55

Resumo: O conhecimento acerca da historicidade dos sistemas penais é de suma importância para correta compreensão do caminho a ser perseguido pelo direito penal moderno. Neste artigo, realizaremos uma breve apresentação dos referidos sistemas ou escolas penais, objetivando fornecer ao leitor uma melhor compreensão acerca de quais contribuições foram determinantes para o desenvolvimento da ciência penal contemporânea, bem como expor qual sistema detém maior eficácia em servir de suporte jurídico-penal para regulação da vida social.

Palavras-chave: Sistemas penais modernos. Causalismo. Neokantismo. Finalismo. Funcionalismo.

Abstract: An understanding of the historical development of penal systems is of paramount importance for the proper comprehension of the trajectory to be pursued by modern criminal law. This article presents a brief overview of these penal systems or schools of thought, aiming to provide the reader with a clearer understanding of the contributions that have been pivotal to the development of contemporary penal science, as well as to elucidate which system demonstrates greater efficacy in serving as a juridical and penal framework for the regulation of social life.

Keywords: Modern penal systems. Causalism. Neokantismo. Finalism. Functionalism.

1 Introdução

O conceito analítico de crime, mesmo com o passar dos séculos, se manteve praticamente inalterado, havendo uma tênue convergência entre os sistemas penais modernos

¹ Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Especialista em direito penal e processo penal pela Universidade Cândido Mendes. Mestrando em direito penal na Faculdade Damas. Delegado de polícia civil do Estado de Pernambuco. E-mail: elielton_xavier@hotmail.com

Recebido em: 01/08/2024

Aprovado em: 29/09/2024

Sistema de Avaliação: *Double Blind Review*



que este se caracteriza de um fato típico, ilícito e culpável. Em que pese esta relativa convergência conceitual, esses elementos estruturantes sofreram diversas modificações substanciais ao longo do tempo, sob ponto de vista da “lente” de cada sistema penal².

Caracterizam-se como as quatro mais importantes etapas do desenvolvimento jurídico penal moderno a formulação dos sistemas naturalista, neokantista, finalista e funcionalista³. O Sistema Social da Ação, também abordado no presente trabalho, se insere por trazer importantes contribuições ao Sistema Funcionalista, sobretudo no desenvolvimento da teoria da imputação objetiva.

Realizaremos, portanto, uma abordagem esquematizada e sinóptica da historicidade dos sistemas penais até o atual sistema funcionalista, que ao fim, trata-se do sistema que vem angariando vários adeptos na academia, surgido e sendo uma verdadeira fusão de conceitos e princípios dos demais sistemas penais precursores, ora absorvendo-os, ora refutando-os, ora reformulando-os⁴.

2 O sistema causalista e a ausência de valoração naturalista. O positivismo clássico pré-imputativo e a ação mecanicista

O Sistema ou teoria causalista, também conhecido como naturalista, clássico ou positiva, tem por base às ciências naturais e se desenvolve como a perspectiva dominante entre os séculos XIX e XX.

Para a concepção naturalista o único caminho para o conhecimento é a partir da análise dos fatos que são perceptíveis pelos sentidos, e desde que, também possam ser comprovados através experimentos, utilizando uma fórmula lógico-matemática, sendo este o ponto de partida em que se manifesta o paradigma das ciências naturais⁵.

No século XIX essa necessidade empírica era, sobretudo, reforçada pelo momento histórico de exaltação das ciências naturais, que em poucos anos, apresentaram grandes avanços, até então inimagináveis para a sociedade contemporânea.

²GRECO, Luiz. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal, de Roxin”. In: CONGRESSO DE DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA, 1., 2000, Bahia. **Anais [...]**. Bahia: UFBA, 2000. p. 213-214.

³MARCEL, Leonardo de Oliveira; COLEN, Guilherme Coelho. Genealogia da teoria da imputação objetiva. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, Recife, v. 12, n. 27, maio-ago. 2020. p. 8.

⁴GRECO, Luiz. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal, de Roxin”. In: CONGRESSO DE DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA, 1., 2000, Bahia. **Anais [...]**. Bahia: UFBA, 2000. p. 214.

⁵LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução: José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 47.

Era o século da experimentação, do desenvolvimento mecanicista e da expansão do conhecimento científico, sobretudo no âmbito das ciências naturais. Na Biologia surgiram os estudos da patologia celular e da comprovação da existência de microrganismos, na química o avanço da doutrina atômica, no mesmo sentido a evolução da física elétrica. Todos estes eventos desconhecidos da humanidade até aquele presente momento, fatos estes experimentados e comprovados através de métodos empíricos próprios das ciências naturais⁶.

Em virtude deste ambiente progressista proporcionado pela evolução das ciências naturais, os positivistas entendiam que o Direito, como qualquer outra disciplina da época, só poderia adquirir o *status* de ciência caso também partisse de preceitos básicos desenvolvidos a partir de um método empírico, com dados colhidos a partir da realidade fática e captada através dos sentidos⁷.

A escola causalista, de base naturalista, defendia a formulação de *conceitos avalorados* a partir de métodos emprestados das ciências exatas. Para os adeptos da escola positiva “valores” seriam emoções, meramente subjetivas, e portanto, de origem metafísica, carecendo de qualquer conhecimento científico⁸. Neste sentido, os positivistas entendiam que conceitos valorados eram acientíficos, pois não mensuráveis pelos sentidos⁹.

O sistema positivista ou causal-naturalista constrói o Direito Penal a partir de conceitos eminentemente formais e classificatórios, não dispensando preocupação com a norma (conteúdo)¹⁰, tão somente com a verificação dos dados colhidos através da realidade dos sentidos, transformando-o em um verdadeiro sistema penal de verificação e subsunção fático-normativa. O conceito de ação desenvolvido pelos positivistas se apresenta como um movimento corpóreo humano voluntário, dominado pelos sentidos.¹¹ Este movimento humano deve ser causador de uma modificação no mundo exterior verificável pelos sentidos.¹²

⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Montevideo: B. de F., 2001. p. 169. (Maestros del derecho penal, n. 3).

⁷ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução: Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 10.

⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Montevideo: B. de F., 2001. p. 167. (Maestros del derecho penal, n. 3).

⁹ GRECO, Luiz. Introdução à dogmática funcionalista do delito. Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal, de Roxin”. In: CONGRESSO DE DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA, 1., 2000, Bahia. **Anais [...]**. Bahia: UFBA, 2000. p. 214.

¹⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 25. (Coleção Ciência Criminal Contemporânea, v. 1).

¹¹ VON BELING, Ernest. **Esquema de Derecho Penal. La doutrina del delito-tipo**. Buenos Aires: Libreria “El foro”. 2002. p. 42.

¹² LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006. v. 1. p. 193. (História do Direito Brasileiro. Direito Penal).

Vale ressaltar que nesta concepção, a ação (conduta) é absolutamente avalorada, desprovida de qualquer elemento subjetivo do agente, tratando-se de uma verdadeira “ação mecânica”¹³.

A tipicidade e antijuridicidade caracterizam-se como a fase externa do delito (comportamento corporal voluntário) contrário ao direito. O aspecto “espiritual” ou subjetivo da ação é separada e analisado unicamente na culpabilidade¹⁴.

Portanto, a teoria causalista sistematiza os componentes do delito da seguinte forma: no tipo estariam os elementos descritivos e objetivos; A antijuridicidade conteria elementos objetivos e normativos, e por fim, na culpabilidade estariam os elementos descritivos e subjetivos (entre eles dolo e culpa)¹⁵.

A tipicidade se esgotaria na descrição da modificação do mundo exterior, sendo valorativamente neutra. A antijuridicidade seria concebida formalmente como comportamento contrário às normas jurídicas, se perfazendo simplesmente ante a ausência de causas de justificação. A culpabilidade, por sua vez, seria o elo subjetivo entre o autor e o fato, sendo que este elo, necessariamente, deveria ter natureza psicológica¹⁶.

Na prática, o sistema causalista disponibilizava ao aplicador do direito apenas a utilização do critério da verificação, ou seja, se o autor deu causa ao resultado, estaria preenchido o tipo; Se o resultado era previsto ou previsível, configurada estaria a culpabilidade.

Neste sentido, no sistema clássico ainda não existe a ideia de imputação que futuramente viria a dominar o âmbito do Direito Penal, pois imputar é necessariamente valorar. Se a ação clássica detinha natureza avalorada, por decorrência lógica, não se poderia partir do critério de imputação, mas apenas do critério formal de verificação e subsunção¹⁷.

No início do século XX já era bastante evidente a insuficiência do Sistema Clássico ou Positivo para servir de suporte jurídico penal para uma sociedade complexa e em pleno desenvolvimento.

¹³BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 25. (Coleção Ciência Criminal Contemporânea, v. 1).

¹⁴BELING, Ernest Von. **Esquema de Derecho Penal. La doutrina del delito-tipo**. Buenos Aires: Libreria “El foro”. 2002. p. 62-63.

¹⁵GRECO, Luiz. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal, de Roxin”. In: CONGRESSO DE DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA, 1., 2000, Bahia. **Anais [...]**, Bahia: UFBA, 2000. p. 215.

¹⁶ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução: Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 12.

¹⁷ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução: Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 12.

Os positivistas partiam da premissa que todos os problemas estariam previamente previstos na lei e que o jurista apenas necessitava realizar uma subsunção de forma avalorada e *automática* do acontecimento à norma para solução de qualquer dos problemas, o que, evidentemente, é uma falácia¹⁸.

É neste contexto e por estes motivos, em meio as diversas críticas, que começa a surgir com força o Sistema neokantista ou neoclássico que passa a confrontar a “grande premissa naturalista” de que as ciências jurídicas para terem o *status* de “ciência” deveriam adotar o mesmo método experimental e empírico, próprio das ciências naturais.

3 O sistema neokantista: a infiltração valorativa e a gênese da construção teleológica de conceitos.

A decadência do sistema positivista ou causalista teve início com o surgimento do Sistema Neokantista ou Neoclássico. Como dito, não havia como não reconhecer as graves falhas do sistema positivista, ante sua simplicidade tendo por base elementos puramente formais e objetivos que não explicavam o crime e seus diversos elementos¹⁹.

A criminalização de uma conduta de forma avalorada claramente não atinge os fins do Direito Penal. É inegável que além de uma descrição objetiva do crime, deva existir uma análise acerca do elemento anímico do agente no momento da conduta, ou seja, uma análise valorada da ação.

É neste momento que o sistema neoclássico avança e percebe que a simples descrição objetiva não explica o injusto, o direito deve reconhecer a existência de elementos subjetivos, sendo que o tipo também deve ser compreendido na sua forma material (uma ação socialmente lesiva)²⁰.

A teoria neokantista mostra que ao lado das ciências da natureza há as ciências culturais, que também possuem o *status* de ciência, sendo esta a natureza dogmática do Direito.

Defendem os adeptos desta teoria que como ciência cultural, o Direito deve possuir método científico próprio e diverso do método empírico das ciências naturais, como outrora sustentava o sistema positivista.

¹⁸GRECO, Luiz. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal, de Roxin”. In: CONGRESSO DE DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA, 1., 2000, Bahia. **Anais** [...]. Bahia: UFBA, 2000. p. 217.

¹⁹ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Madri: Thomsom-Civitas, 1997. t. 1. p. 198.

²⁰GRECO, Luiz. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal, de Roxin”. In: CONGRESSO DE DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA, 1., 2000, Bahia. **Anais** [...]. Bahia: UFBA, 2000. p. 218.

As ciências naturais buscam explicar os fatos, as ciências culturais, por sua vez, têm por finalidade compreendê-los. Portanto, o ponto de partida do Direito como ciência da cultura deve ser baseado na observação e na construção de seus elementos baseados em valores (conteúdo valorativo)²¹.

Desta forma o sistema neokantista afasta o direito penal da dogmática classificatória e do conceito de conduta avalorada oriunda da Escola Positiva do Direito Penal. Os neokantistas buscam uma fundamentação material nas diferentes categorias sistemáticas a fim de garantir uma construção teleológica dos conceitos, que atendam à finalidade da norma e não apenas os elementos objetivos-descritivos nela contidos²².

No neokantismo o tipo avança com o reconhecimento de elementos subjetivos e normativos, compreendidos sobretudo na sua acepção material (teleológica). O direito penal se afasta da ideia clássica naturalista de o tipo ser exclusivamente uma descrição de uma modificação do mundo exterior.

É neste ponto que o sistema neokantista apresenta a teoria dos elementos negativos do tipo. A distinção entre tipicidade e antijuridicidade perde sua importância, pois a descrição fática do tipo também é acompanhada da própria ausência de causa justificadora (teoria da *ratio essendi*), estando os dois elementos reunidos no próprio tipo (tipicidade e antijuridicidade), também denominado tipo total do injusto²³.

A antijuridicidade, por sua vez, perde o seu critério formal de ser apenas uma ação contrária a norma, e passa a ter também uma acepção material, qual seja: ser uma conduta socialmente lesiva. A culpabilidade por sua vez, se transforma em culpabilidade normativa, que é valorada do ponto de vista da “reprovabilidade” pela prática do ato ilícito e típico²⁴.

A inserção de critérios valorativos e a diferenciação de injusto e culpabilidade, não a partir de um critério simplista de base naturalista que defendia ser um objetivo e outro subjetivo, mas utilizando critérios valorativos avançados e baseados em um conceito teleológico, de o injusto ser uma conduta socialmente lesiva e a culpabilidade apresentar-se como

²¹ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução: Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 13.

²²GRECO, Luiz. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal, de Roxin”. In: CONGRESSO DE DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA, 1., 2000, Bahia. **Anais [...]**. Bahia: UFBA, 2000. p. 218.

²³MEZGER, **Tratado de Derecho Penal**. Trad. Rodriguez Munõz, Ed. Revista de Direito Privado. Madrid, 1955. t. 1. p. 297-298.

²⁴ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Madri: Thomsom-Civitas, 1997. t. 1. p. 199.

reprovabilidade do ato ilícito, trata-se de um legado definitivo do Neokantismo e que foi fruto de grande contribuição e servindo de premissa para o moderno sistema funcionalista²⁵.

Em que pese as críticas de alguns adeptos da teoria finalista, que pejorativamente reuniram ambos os sistemas (naturalista e neokantista) sob a pecha de causalistas, e ainda acusando o sistema neoclássico de ser apenas um aprofundamento do positivismo clássico, é inegável que para a doutrina penal moderna o sistema neoclássico trouxe uma evolução dogmática muito importante às ciências jurídicas²⁶.

Para Greco, se houve falha na construção do sistema neokantista que os levaram a fracassar na explicação de várias questões fáticas no direito penal, isso não se deve a ineficiência de um sistema baseado em valores, como acusaram os finalistas, mas por uma desordem valorativa dos próprios neokantistas que detinham valorações difusas, se recusando a selecioná-los, por acreditar ser cientificamente impossível. É neste ponto, completa o Greco, que as “*valorações difusas e não hierarquizadas*” dos neokantistas darão lugar a valorações político-criminais baseadas *nos fins que possuem a pena e o direito penal*, fazendo emergir o então moderno sistema funcionalista²⁷.

4 O sistema finalista: a vontade como elemento reitor da ação humana. O desvalor da ação e o crime como norma de determinação

Na primeira metade do século XX surge na Alemanha o Sistema Finalista criado pelo jurista alemão Hans Welzel, que propõe uma nova visão do Direito Penal, afastando-se da ideia causalista de conduta como um mero movimento humano corpóreo voluntário.

Para Welzel a ação humana é o exercício da atividade final, portanto, a ação é um acontecer finalisticamente direcionado e não apenas um acontecimento causal. A finalidade se baseia no fato do homem, graças a seu conhecimento causal, pode prever dentro de certos limites as possíveis consequências de sua ação, e neste sentido, dirige sua conduta conforme um plano preordenado a fim de alcançar a consecução de seus objetivos.²⁸

²⁵ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Madri: Thomsom-Civitas, 1997. t. 1. p. 199.

²⁶GRECO, Luiz. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal, de Roxin”. In: CONGRESSO DE DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA, 1., 2000, Bahia. **Anais [...]**. Bahia: UFBA, 2000. p. 219.

²⁷GRECO, Luiz. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal, de Roxin”. In: CONGRESSO DE DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA, 1., 2000, Bahia. **Anais [...]**. Bahia: UFBA, 2000. p. 220.

²⁸WELZEL, Hans. **El nuevo Sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 41.

Mas não apenas isto, vale ressaltar, que a ação finalista não apenas compreende apenas a finalidade (objetivos), mas também os meios necessários e as consequências secundárias necessariamente vinculadas a estes, portanto, Welzel adverte que não se pode realizar uma interpretação pura das palavras, onde “finalidade” poderia ser considerado apenas o objetivo (finalidade).²⁹

O Sistema Finalista surge para superar subjetivismo epistemológico neokantiano que acarretou no relativismo valorativo, negando sua premissa básica da impossibilidade de separação do dever e do ser (o dualismo axiológico neokantista).³⁰

Os finalistas defendem a ideia de que o direito regula a realidade, e por isso não pode “vaguear” entre as valorações difusas do dever ser³¹.

Na concepção finalista, a realidade deve ser submetida a uma análise fenomenológica através de estruturas lógico-reais (*sachlogische Strukturen*), que teriam inclusive natureza pré-jurídica, e só então, passariam para a etapa da valoração jurídica. A primeira dessas estruturas lógico-reais seria o agir o humano³².

Para o finalismo, a ação (agir humano) é a essência de toda sua estrutura sistemática, sendo que a ação penalmente relevante se condiciona às mencionadas estruturas lógico-reais, com as quais as normas jurídicas devem conformar-se.³³

O agente através de uma antecipação mental controla os cursos causais e elege os meios correspondentes para consecução de um objetivo “supradeterminado” finalisticamente. É a vontade consciente de um fim reitor do acontecimento humano.³⁴

Enquanto o processo causal desenrola-se a partir de um processo “cego”, a ação humana, do ponto de vista finalista, desenvolve-se a partir de um desenrolar “vidente”³⁵.

²⁹WELZEL, Hans. **Teoría de la acción finalista**. Buenos Aires: Editorial Depalma. Astrea, 1951. p. 21.

³⁰MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**. 2. ed. Buenos Aires: I. B de F., 2002, p. 226.

³¹GRECO, Luiz. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal, de Roxin In: CONGRESSO DE DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA, 1., 2000, Bahia. **Anais [...]**. Bahia: UFBA, 2000. p. 221.

³²GRECO, Luiz. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal, de Roxin”. In: CONGRESSO DE DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA, 1., 2000, Bahia. **Anais [...]**. Bahia: UFBA, 2000. p. 222.

³³DINIZ, Thiago Dias de Matos. Uma possibilidade perdida para o direito penal: Consciência e vontade no horizonte hermenêutico do finalismo. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, Recife, v. 13, n. 29 jan.-mar. 2021. p. 292.

³⁴ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução: Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 20.

³⁵WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. 4. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 39-40.

Como consequência sistemática do novo conceito de ação defendido pela Teoria Finalista, há a retirada do dolo da culpabilidade e sua inserção na tipicidade, que passa a ser chamado de tipo subjetivo do injusto, onde a vontade é a “reitora da ação” e onde será analisada.

O dolo é a finalidade e em que pese esta transição sistemática da culpabilidade para o tipo ser a principal contribuição do sistema finalista de Welzel para o Direito Penal, não foi a única, diversas outras são atribuídas a teoria finalista.

A visão do ilícito como uma infração a uma norma de determinação, o reconhecimento da existência do desvalor da ação, e a valorização da perspectiva *ex ante* no juízo de ilicitude foram contribuições importantíssimas do Finalismo para o Direito Penal³⁶.

A partir do momento que os finalistas reconhecem o ilícito como uma norma de determinação (há proibição de ação), e não como norma de valoração (há proibição de causação), isso traz resultados práticos importantíssimos na análise do crime.

O juízo de ilicitude não é mais formulado apenas e depois que a conduta tenha sido praticada e os resultados danosos causados. O ordenamento passa a reconhecer a proibição a partir de uma perspectiva anterior, fazendo saber ao destinatário da norma que sua ação é proibida desde o início da conduta, e não só após a verificação do resultado.

Neste sentido, o Sistema Finalista superestima a perspectiva *ex ante* (o desvalor da ação) em detrimento do *ex post* (o desvalor do resultado) na formação do juízo de ilicitude da conduta, o que é um avanço que tem a marca histórica do sistema finalista.

Apesar disto, o Finalismo de Welzel sofre fortes críticas, principalmente dos adeptos do Sistema Funcionalista que veremos adiante e entre os quais possui grande “rixa” histórica do ponto de vista dogmático e metodológico.

Para Claus Roxin, o problema da construção sistemática finalista está na tendência de “absolutizar o subjetivo do agente”, há um supervalorização do desvalor subjetivo da ação, em detrimento tanto da perigosidade desta ação (o seu desvalor objetivo), como do resultado de lesão (o desvalor do resultado)³⁷. -

Para Greco, no afã de criticar o Sistema Neokantista, o finalismo retorna a estruturas sistêmicas ultrapassadas que se aproximam do sistema clássico de ação, defendendo que elementos pré-jurídicos (as estruturas lógico-reais) por si só resolveriam um problema jurídico,

³⁶ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução: Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 39.

³⁷ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução: Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 41.

bem como uma tendência classificatória excessiva no debate se o dolo estaria na culpabilidade ou no tipo³⁸.

Em que pese as fortes críticas dos funcionalistas que pontuam diversas falhas do Sistema Finalista, há também o reconhecimento das grandes contribuições desta escola para evolução do Direito Penal.

Conforme reconhece o autor alemão ROXIN: “O finalismo, ao pôr às claras a função da norma de determinação, do desvalor da ação e da perspectiva ex ante, forneceu componentes fundamentais para a construção da moderna teoria da imputação objetiva, a qual soube aproveitá-los, sem incorrer nos exageros em que aquela se afundou”.³⁹

5 O sistema social da ação: a ação como comportamento socialmente relevante

O sistema ou teoria social da ação surgiu em 1932 e teve como precursor Ederhard Schmitt, tendo sido mais uma tentativa aprimorar o sistema causalista e adaptá-lo a necessidade jurídica da realidade, sobretudo em relação a questão da omissão, livrando-se assim, da excessiva carga de influência naturalista⁴⁰.

Apesar de ter originalmente surgido como uma tentativa de solução de aprimorar o sistema causalista, a Teoria Social da ação acabou se afirmando como um sistema próprio dentro da Teoria do Injusto, com fins e elementos particulares, não sendo apenas uma teoria da ação, sendo o principal adepto e desenvolvedor Hans-Heinrich Jescheck⁴¹.

A partir do desenvolvimento levado a efeito por Jescheck o conceito de ação para Teoria Social passou a ser “o comportamento humano voluntário dirigido a um fim socialmente relevante”. Neste ponto, percebe-se que a teoria da ação social compõe elementos tanto do finalismo, como do causalismo, acrescentando-lhes uma nova dimensão que particulariza este sistema, que é a “*relevância ou transcendência social*”⁴².

³⁸GRECO, Luiz. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal, de Roxin”. In: CONGRESSO DE DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA, 1., 2000, Bahia. **Anais** [...]. Bahia: UFBA, 2000. p. 226.

³⁹ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução: Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 42.

⁴⁰BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 5. ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 45.

⁴¹TAVARES, Juarez. **Teoria do delito: variações e tendências**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980. p. 91.

⁴²JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 239-240.

De acordo com Jescheck a ação teria “*transcendência social*” quando afetasse diretamente a relação do indivíduo com a sociedade em que vive, provocando com sua conduta impactos que repercutem na própria comunidade.⁴³

Portanto, a ação do ponto de vista da Teoria Social da Ação só será considerada do ponto de vista penal apenas quando tiver relevância social. A indiferença social do comportamento levará a não-ação.

As principais críticas e dificuldades apontadas pela doutrina para adoção da Teoria Social da Ação se fundamentam, primeiro, no fato da impossibilidade prática de se fornecer um conceito jurídico seguro para defendida “*relevância social*”, tendo em vista a falta de uniformidade do que seria relevante dentro de um grupo social multipolar e histórico. Em segundo lugar, a inserção de critério que utiliza juízo de valor na própria ação acarreta um “juízo” antecipado sobre o evento fático que deveria ocorrer na análise dos demais elementos do delito, assim, esvaziando-os de conteúdo.⁴⁴

Apesar disto, a teoria social da ação trouxe importantes contribuições para o desenvolvimento da atual Teoria da Imputação Objetiva tendo em vista que trabalhou com construções teóricas bastante equivalentes, reduzindo o conceito de ação a determinada função: Ações socialmente irrelevantes devem ser desconsideradas pelo Direito Penal.⁴⁵

6 O sistema funcionalista: a inserção de valorações político-criminais referentes a teoria dos fins da pena. A funcionalização dos institutos na proteção dos bens jurídicos.

O movimento funcionalista surge na Alemanha a partir do ano de 1970 quando diversos juristas empenharam esforços no sentido de desenvolver um sistema jurídico penal que se afastasse das bases sistemáticas do finalismo e que fosse orientado por finalidade jurídico-penais⁴⁶.

Os autores da época perceberam que a exigência sistemática do finalismo apresentava dificuldades metodológica em diversas situações problemáticas, não conseguindo alcançar soluções justas e adequadas no caso concreto.

⁴³JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 240.

⁴⁴TAVARES, Juarez. **Teoria do delito**: variações e tendências. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980. p. 93-94.

⁴⁵ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução: Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 36-37.

⁴⁶ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução: Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 205.

Notadamente, em que pese nos referimos ao sistema ou teoria funcionalista, cabe esclarecer que não se trata de uma sistematização única, mas sim de uma gama de sistemas funcionalistas desenvolvidos ao longo dos anos e que apesar de notórias diferenças metodológicas, entre os mais diversos tipos de funcionalismos, todos partem da premissa que o Direito Penal deve ser orientado por valores e obedientes a sua função constitucional precípua, que é a proteção dos bens jurídicos.⁴⁷

O sistema funcionalista é um sistema aberto, que se afasta dos ideais de um sistema fechado, dedutivo e rigidamente definido, estes mais característicos das ciências matemáticas ou lógicas e, portanto, inaplicável coerentemente, às ciências jurídicas.⁴⁸

O funcionalismo retoma, portanto, os avanços neokantistas que trouxeram inegáveis contribuições valorativas como a construção teleológica dos conceitos e a materialização das categorias do delito, porém, organizando-os de forma coerente, superando o relativismo valorativo neokantista, e optando pela inserção de valorações político-criminais referentes a teoria dos fins da pena como base estruturante.

Neste ponto é que os funcionalistas retomam as bases neokantistas, que pouco se desenvolveu no período entre as grandes guerras, em virtude da influência nazista da Alemanha. Porém, como dito, desta vez, os autores da época decidiram dar uma nova abordagem ao Sistema Valorativo, sendo ele balizado por um parâmetro sistematizador especificamente jurídico-penal, qual seja, os fundamentos político-criminais da moderna teoria da pena.⁴⁹

Para o funcionalismo o direito penal tem como finalidade precípua a proteção dos bens jurídicos e o faz através da aplicação de pena. A teoria dos fins da pena, como critério de política criminal, se infiltra no direito penal para servir de elemento orientador dos elementos constitutivos do crime, que por sua vez, são estruturas jurídicas que são pressupostos e se destinam a própria aplicação da pena, portanto, devendo se ater a esses fins⁵⁰.

Neste sentido, o direito penal no método funcionalista tem seus institutos *funcionalizados* para extrair do sistema conclusões justas e adequadas, coerentes com missão que lhe é conferida (proteção de bens jurídicos), sendo que esses institutos devem ser

⁴⁷ GRECO, Luiz. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal, de Roxin”. In: CONGRESSO DE DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA, 1., 2000, Bahia. **Anais [...]**. Bahia: UFBA, 2000. p. 228-229.

⁴⁸ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução: Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 252-253.

⁴⁹ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução: Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 205-206.

⁵⁰ GRECO, Luiz. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal, de Roxin”. In: CONGRESSO DE DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA, 1., 2000, Bahia. **Anais [...]**. Bahia: UFBA, 2000. p. 230.

compreendidos na perspectiva das valorações político-criminais referentes a teoria dos fins da pena.⁵¹

Como dito, vários foram os métodos ou versões funcionalistas desenvolvidas a partir de 1970 na Alemanha sendo cada uma delas com um enfoque diverso que os confere especificidade suficiente para identificá-los entre os demais.

Neste ponto, é importante ressaltar a notória importância e as grandes contribuições dos demais tipos de funcionalismos e seus autores como, por exemplo, o funcionalismo sistêmico ou estratégico de Gunther Jakobs, que também goza de bastante prestígio e credibilidade na doutrina penal moderna, mas, apesar disto, será apenas com um deles que desenvolveremos este trabalho.

Dentre todos, destaca-se com franca notoriedade na doutrina penal contemporânea o funcionalismo teleológico-racional ou de política criminal de Claus Roxin, que é considerado o principal expoente do movimento funcionalista alemão, e com relação a seus estudos, assim concluiu o referido autor quanto à estruturação do novel Sistema Funcionalista: “De todo o exposto, resta claro que o único caminho correto só pode ser permitir as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema de direito penal”.⁵²

O funcionalismo teleológico é assim chamado porque de acordo com Roxin um sistema jurídico-penal deve alicerçar-se teleologicamente, ou seja, ter por base os valores, sendo esta uma influência inegável do sistema neokantista que muito influenciou o funcionalismo⁵³.

De acordo com o referido autor o direito penal e política criminal são simbióticos, sendo aquele muito mais a forma através da qual as finalidades políticos criminais se transferem na vigência jurídica.⁵⁴ Neste sentido, direito penal e política criminal devem caminhar juntos, trabalhando de forma integrada, a fim de reconhecer em cada categoria da teoria do delito qual a valoração político-criminal a ser desempenhada por esta, e a partir daí funcionalizá-los a ponto de deles extrair o máximo aproveitamento possível, levando em consideração a sua função identificada.⁵⁵

⁵¹GRECO, Luiz. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal, de Roxin”. In: CONGRESSO DE DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA, 1., 2000, Bahia. **Anais [...]**. Bahia: UFBA, 2000. p. 229-230.

⁵²ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 20

⁵³ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução: Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 205-206

⁵⁴ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 82.

⁵⁵GRECO, Luiz. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal, de Roxin”. In: CONGRESSO DE DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA, 1., 2000, Bahia. **Anais [...]**. Bahia: UFBA, 2000. p. 235-236.

O funcionalismo, preponderantemente, desenvolve suas construções sistemáticas nos moldes da teoria do crime desenvolvida pelo sistema neoclássico e finalista, havendo algumas divergências conceituais no que se refere a cada substrato do crime. De toda forma, o conceito de ação finalista é absolutamente rechaçado em razão de seu fundamento ontológico e pré-jurídico, porém é aproveitada a principal contribuição sistemática finalista que é o posicionamento do dolo no tipo subjetivo⁵⁶.

O sistema funcionalista teleológico também se desenvolve em um modelo tripartite de crime, estando o dolo posicionado na tipicidade, e suas construções iniciais já identificam qual a função que cada elemento estruturador da teoria do crime desempenha do ponto de vista político-criminal.

A tipicidade tem o papel limitador insculpido no princípio *nullum crimen sine lege*, a antijuridicidade se trata da regulação social ante eventual conflito de interesses sociais (globais x individuais) e a culpabilidade, por sua vez, apresentada na forma de responsabilidade, cabe avaliar quando o comportamento é ou não merecedor de pena, através da função limitadora desta.⁵⁷

O funcionalismo teleológico racional de Roxin promove mudanças concepcionais importantes na parte geral do direito penal em razão da *funcionalização* dos elementos estruturantes da teoria do crime. Neste ponto, destacamos duas mudanças conceituais e de especial importância ocorridas em dois dos elementos estruturantes do crime: tipicidade e culpabilidade, que após *funcionalizados* passaram a desempenhar papel basilar no Sistema Funcionalista.

A primeira mudança é a apresentação da culpabilidade como substrato da denominada “responsabilidade”, se desenvolvendo como terceiro substrato na teoria do crime. A “responsabilidade” também se insere o critério “necessidade de pena” que serve como regulação da culpabilidade.

A culpabilidade, historicamente, elemento imprescindível a imposição de pena passa, portanto, a ser limitada pelo critério da “necessidade de pena”. A necessidade de pena ou necessidade preventiva utiliza fundamentos político criminais da teoria geral da pena, notadamente critérios de prevenção geral positiva e prevenção especial negativa. Neste sentido, culpabilidade e necessidade de pena passam a limitar-se reciprocamente a fim de que o

⁵⁶ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução: Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 205-206.

⁵⁷ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 31.

elemento “responsabilidade” só esteja devidamente presente quando ambas existirem concorrentemente.⁵⁸

A segunda grande modificação da construção teleológico funcionalista foi a redefinição da tipicidade objetiva e o desenvolvimento da moderna teoria da imputação objetiva⁵⁹. Em suma, o modelo teleológico funcional submete a imputação de um resultado ao tipo objetivo (tipicidade objetiva), apenas e quando houver *a criação de um perigo não permitido* e quando *este risco se realizar no resultado*.

Há, portanto, uma reviravolta no primeiro substrato da teoria do crime, pois em todas as três concepções dos Sistemas Penais (clássico, neoclássico e finalista) a tipicidade objetiva permaneceu fundamentalmente ligada à causalidade, seja por critérios científico-natural ou lógico. Desta vez, há a substituição destes critérios por um conjunto de regras orientadas em função de valorações jurídicas, ou seja, a causação passa a ser objetivamente típica⁶⁰.

Em que pese a recentidade normativa do sistema funcionalista, como demonstrado sinopticamente, já há inúmeras contribuições para o direito penal moderno, tratando-se de um sistema jurídico-penal em pleno desenvolvimento. O funcionalismo, do ponto de vista prático, certamente apresenta uma maior eficácia e justeza como suporte jurídico interpretativo na aplicação das normas penais, pois, como dito, trata-se de um sistema aberto e não sistemático, que certamente ainda trará inúmeras outras contribuições no decorrer dos anos.

7 Considerações finais

O estudo das teorias do direito penal revela a evolução e transformação dos conceitos de crime, ação e culpabilidade ao longo do tempo, refletindo mudanças nas bases filosóficas e metodológicas que sustentam o sistema jurídico.

Desde o século XIX, com o predomínio do sistema causalista e naturalista, até o surgimento e desenvolvimento das teorias neokantista, finalista e funcionalista, observamos uma trajetória que busca, de forma crescente, adequar o direito penal às complexidades da sociedade moderna.

⁵⁸GRECO, Luiz. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal, de Roxin”. In: CONGRESSO DE DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA, 1., 2000, Bahia. **Anais [...]**, Bahia: UFBA, 2000. p. 264-265.

⁵⁹ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução: Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 206-207.

⁶⁰ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução: Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 206-207.

Em uma rápida síntese, vimos que o sistema causalista, alicerçado nas ciências naturais e na objetividade empírica, tratava a ação humana como um simples movimento corporal voluntário, excluindo qualquer análise subjetiva do agente.

Esse enfoque mecânico e formalista, que se limitava à verificação de dados sensoriais e à subsunção fática, mostrou-se insuficiente para lidar com a riqueza e complexidade dos fenômenos sociais e jurídicos além de desconsiderar os aspectos fundamentais da conduta humana, como a intenção e a vontade.

A reação ao causalismo, por sua vez, veio com o neokantismo que introduziu a valorização dos elementos subjetivos e normativos no tipo penal, reconhecendo a necessidade de uma abordagem material e teológica dos conceitos. Ao considerar a ação como um comportamento socialmente lesivo e incorporar a análise valorativa, o Sistema Neokantista trouxe uma evolução significativa, mas também enfrentou críticas por sua relativização dos valores e falta de sistematização ou hierarquização clara desses valores.

O finalismo, por sua vez, apresentou uma ruptura mais profunda com o paradigma causalista, colocando a vontade como elemento central da ação humana. Hans Welzel, ao definir a ação como um acontecer finalisticamente direcionado, deslocou o dolo para a tipicidade e reforçou a importância do desvalor da ação na formação do juízo de ilicitude. Essa perspectiva, embora inovadora, também gerou debates sobre a supervalorização do subjetivo e a possível aproximação com conceitos ultrapassados do causalismo clássico.

O funcionalismo emerge como uma síntese e aparente superação das teorias anteriores, integrando valorações políticas-criminais e os fins da pena na estrutura do direito penal. Claus Roxin, principal expoente do funcionalismo teológico-racional, propõe um sistema aberto e orientado pela função constitucional de proteção de bens jurídicos. O funcionalismo não apenas adota elementos dos sistemas neokantista e finalista, mas também os organiza de forma coerente, buscando extrair conclusões justas e adequadas para o caso concreto. As contribuições do funcionalismo são amplas e significativas, especialmente na redefinição dos conceitos de tipicidade e culpabilidade. A tipicidade assume um papel limitador, enquanto a culpabilidade, agora entendida como responsabilidade, é limitada pelo critério da necessidade de pena, promovendo uma abordagem mais equilibrada e proporcional à aplicação do direito penal.

Em suma, a evolução das teorias do direito penal reflete uma busca constante por um sistema justo eficaz, que consiga equilibrar a objetividade necessária à segurança jurídica com a sensibilidade às nuances subjetivas e sociais da conduta humana. O moderno funcionalismo teológico-racional representa um marco nesse percurso, e nos parece oferecer um modelo que

integra valorativamente e coerentemente os já conhecidos elementos do crime. De toda sorte, cotejando a historicidade dos sistemas penais, notamos que esta trajetória evidencia a capacidade do direito penal de se adaptar e evoluir, respondendo sempre às demandas e desafios de uma sociedade em constante transformação.

8 Referências

BELING, Ernest Von. **Esquema de Derecho Penal**. La doutrina del delito-tipo. Buenos Aires: Libreria “El foro”. 2002.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 5. ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

DINIZ, Thiago Dias de Matos. Uma possibilidade perdida para o direito penal: Consciência e vontade no horizonte hermenêutico do finalismo. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, Recife, v. 13, n. 29 jan.-mar. 2021.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução: José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006. v. 1. (História do Direito Brasileiro. Direito Penal).

MARCEL, Leonardo de Oliveira; COLEN, Guilherme Coelho. Genealogia da teoria da imputação objetiva. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, Recife, v. 12, n. 27, maio-ago. 2020.

MEZGER, **Tratado de Derecho penal**. Trad. Rodriguez Muñoz, Ed. Madrid: Revista de Direito Privado. 1955. t. 1.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Montevideo: B. de F., 2001. (Maestros del derecho penal, n. 3).

GRECO, Luiz. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal, de Roxin”. In: CONGRESSO DE DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA, 1., 2000, Bahia. **Anais [...]**. Bahia: UFBA, 2000.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Madri: Thomsom-Civitas, 1997. t. 1.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução: Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TAVARES, Juarez. **Teoria do delito**: variações e tendências. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. 4. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

WELZEL, Hans. **El nuevo Sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

WELZEL, Hans. **Teoría de la acción finalista**. Buenos Aires: Editorial Depalma. Astrea, 1951.