



G7 JURÍDICO

BLOCO DOS APROVADOS

# Funcionalismo penal (Roxin, funcionalismo moderado)

## Direito Penal

Prof. Cléber Masson

Direito Penal

Aula na íntegra · 29:36

## Funcionalismo penal (Roxin, funcionalismo moderado)

---

Vamos lá, então, para as espécies de funcionalismo penal. A primeira espécie, a mais famosa, é o chamado funcionalismo moderado, dualístico, dualista ou de política criminal. É o funcionalismo de Claus Roxin. Esse funcionalismo também é chamado, pode aparecer com esse nome, de racional-teleológico. Então, olha os nomes: funcionalismo moderado, dualista, de política criminal ou ainda racional-teleológico.

Vamos conversar um pouquinho sobre isso. Por que moderado? Vamos entender cada um dos nomes separadamente. Moderado, porque o direito penal tem limites. Limites que são impostos pelo próprio direito penal, pelos demais ramos do direito e pela sociedade. Então, funcionalismo moderado, porque o direito penal tem limites, limites impostos pelo próprio direito penal, pelos demais ramos do direito e pela sociedade.

Dualista. Vamos pensar isso aqui. Imagina que nós temos o direito penal, esse círculo menor, com suas próprias regras, com seus valores, e nós temos os demais ramos do direito. O direito penal interage, ele dialoga com as demais matrizes do direito, do conhecimento jurídico. Então, é um direito penal que vai interagir com o direito civil, constitucional, tributário, etc. Ele é dualista. Então, vem cá: ele é um sistema próprio de regras e de valores, mas ele não é isolado. Ele interage com os demais ramos do direito. Ele deve observar os postulados dos demais ramos do direito.

## Funcionalismo penal (Roxin, funcionalismo moderado) (cont.)

---

E, por último, esse nome aqui que eu gosto bastante, de política criminal. O que é de política criminal? Política criminal, lembra? Já falamos hoje aqui: é o filtro entre a letra da lei e os interesses e os anseios da sociedade. Então, é um direito penal que vai ser aplicado para atender os interesses da coletividade, não do governante, não, da coletividade, buscando o bem comum. Buscando o bem comum.

E o nome racional-teleológico? Racional, porque é um direito penal equilibrado, guiado pela razão. Trata-se de um direito penal equilibrado, guiado pela razão. E por que teleológico? Porque ele tem uma finalidade. A finalidade de proteção de bens jurídicos. É um direito penal racional e que tem uma finalidade prática, que é a proteção de bens jurídicos.

Vem cá, imagina que você encontra com Roxin. "Professor Roxin," — ele faleceu há poucos anos, né? — "eu queria lhe fazer uma pergunta." E ele fala: "Pois não, uma pergunta só, hein? Por favor, só uma pergunta." Minha pergunta para ele seria: para que serve o direito penal? Qual é a função do direito penal? E ele vai te dizer: o direito penal, a função do direito penal é a proteção de bens jurídicos. Ponto. É a proteção de bens jurídicos. A função do direito penal é proteger bens jurídicos. Consiste na proteção de bens jurídicos. Tudo bem?

## Funcionalismo penal (Roxin, funcionalismo moderado) (cont.)

---

Veja, então, o que o Roxin vai dizer: que o direito penal é mais um instrumento que a sociedade tem para ajudar na solução dos seus problemas. É mais um instrumento, só mais um. Dentre tantos outros instrumentos de que a sociedade dispõe, o direito penal é mais um que ajuda a solucionar os problemas da sociedade, que ajuda na evolução, no desenvolvimento da sociedade, protegendo bens jurídicos. A partir do momento em que eu protejo a vida, o patrimônio, a liberdade sexual, a honra, a sociedade evolui, ela se aperfeiçoa, ela melhora. Está bom?

Então, ele vai dizer que o direito penal é um servo, é um escravo a serviço da sociedade. O direito penal vai ser um servo aqui, um soldado, um escravo da sociedade, para ajudá-la a enfrentar os seus problemas. Veja, fica muito nítido que, na visão do Roxin, o direito penal é pautado pelo bom senso, é pautado pelo equilíbrio. É um direito penal voltado à proteção de bens jurídicos.

Em segundo lugar, um funcionalismo radical, monista ou sistêmico. Funcionalismo radical, monista ou sistêmico, proposto por um outro alemão, Günther Jakobs. Não vá mandar "Günter Jacobs", não é inglês, está? É alemão. Günther, eles falam, né? É Günther Jakobs. Roxin pertence à chamada Escola de Munique, foi o grande nome da Escola de Munique. Jakobs é o grande nome da Escola de Bonn. Vem cá, só para você se lembrar: o Jakobs é o grande nome, o criador do direito penal do inimigo. É ele que escreve, é ele que sistematiza, é ele que propõe o chamado direito penal do inimigo. Veja que é uma análise bem diferente do direito penal.

## Funcionalismo penal (Roxin, funcionalismo moderado) (cont.)

---

Vamos lá, vamos pegar esses nomes, então, do Jakobs. Por que radical? Radical e monista. Esses dois nomes andam muito juntos. Porque um funcionalismo radical ou monista é basicamente o seguinte: o direito penal é um sistema próprio de regras e de valores, que ele respeita, que deve observar apenas os limites impostos pelo próprio direito penal. Então, Jakobs vai dizer o seguinte: "Olha, o direito penal é um sistema próprio de regras e de valores, e ele vai respeitar, ele vai observar unicamente os limites, os freios impostos pelo próprio direito penal." Pelo próprio direito penal. Está bom? Então, o direito penal vai respeitar os limites que são impostos apenas pelo próprio direito penal. E os demais ramos do direito, que cuidem deles. Direito civil, cuide do direito civil. Direito tributário, cuide dos tributos. Direito penal é aqui, é aqui. E esse nome, veja, é uma visão muito mais radical, muito mais extremada do direito penal.

Por que o nome sistêmico? Sistêmico porque ele vai se inspirar na chamada teoria dos sistemas do alemão, do lógico, da lógica jurídica, Niklas Luhmann. Está bom? Então, funcionalismo radical, monista, sistêmico: ele vai se basear na teoria dos sistemas proposta por esse alemão da lógica jurídica, da filosofia jurídica, Luhmann.

O que Luhmann diz? Luhmann diz o seguinte: que o direito penal, enquanto um sistema, é autônomo, autorreferente e autopoietico. O direito penal, enquanto sistema, é autônomo, é autorreferente e é autopoietico. "Cléber, me explica isso: autônomo, autorreferente, autopoietico." Luhmann diz isso. Os sistemas são autônomos, autorreferentes, autopoieticos.

## Funcionalismo penal (Roxin, funcionalismo moderado) (cont.)

---

O que é autônomo? Autônomo: basicamente, o direito penal independe, ele dita suas próprias regras. Ele independe dos demais ramos do direito. "Eu sou autônomo." Ele vive por conta própria. Imagina aquela coisa: o sujeito fala "Ah, eu não quero ser concursado, eu não quero ser empregado, eu quero ser autônomo, eu trabalho quando eu quiser, atendo quem eu quiser, nos dias que eu quiser." Isso é ser autônomo.

O direito penal é autorreferente. O que é isso, hein? Direito penal autorreferente. Quando se diz que o direito penal é autorreferente — vem cá, o Luhmann vai dizer o seguinte, e o Jakobs vai trazer isso para o direito penal: todos os conceitos, todas as terminologias, todas as explicações de que o direito penal necessita estão no próprio direito penal. Então, isso é ser autorreferente. Olha, eu preciso de uma referência, de um conceito, de uma explicação, de uma denominação: tudo de que o direito penal precisa está nele próprio. Está nele próprio. Isso é um direito penal autorreferente.

## Funcionalismo penal (Roxin, funcionalismo moderado) (cont.)

---

E, por último, o que significa dizer que o direito penal é autopoietico? Autopoietico. Vem lá da Grécia antiga. O fenômeno da autopoiese. O que é isso? Direito penal autopoietico. Esse fenômeno da autopoiese, já ouviu falar disso? É o seguinte: esse fenômeno da autopoiese significa — vem cá comigo — que o direito penal se renova por conta própria. O direito penal se autossustenta, se autorrenova, se autoalimenta. O que eu quero dizer com isso? Imagine aí que surjam conceitos, institutos novos: o direito penal cria, ele traz novas definições, ele se atualiza. Imagina uma floresta selvagem. Morre uma árvore, nasce outra; cai um fruto, nasce outro. Isso é autopoiese. Então, o direito penal vai se renovando por conta própria. Ele precisa criar novos institutos: ele cria novos institutos. Ele precisa descartar institutos que estão ultrapassados: ele descarta esses institutos. Ponto. Ele vai se autoalimentando, se autorrenovando. Então, o sistema tem que ser assim. O direito penal, veja, isolado, por assim dizer, dos demais ramos do direito. Autônomo, autorreferente, autopoietico. Autônomo, autorreferente, autopoietico.

## Funcionalismo penal (Roxin, funcionalismo moderado) (cont.)

---

Vamos lá. Lembra que nós encontramos com Roxin e perguntamos para ele para que serve o direito penal? E ele disse: "Olha, o direito penal serve para proteção de bens jurídicos. O direito penal é mais um instrumento, é um escravo da sociedade, para ajudá-la a enfrentar os seus problemas." Pois é. Se a gente fizer agora essa mesma pergunta para o Jakobs — para que serve o direito penal? —, ele vai dizer assim: "O direito penal serve para punir. O direito penal serve para punir." Ele fala assim: a lei penal, a norma penal, o direito penal só conquista autoridade, só ganha autoridade. Então, ele trabalha muito com essa ideia de autoridade e eficácia da norma. O direito penal, a norma penal só ganha eficácia, só ganha autoridade quando ela é aplicada de forma séria, de forma firme e reiterada. A norma penal só ganha respeito, só ganha autoridade, só ganha eficácia quando ela é aplicada de forma constante, de forma reiterada, de forma severa.

O papel do direito penal, então, é punir. É punir porque, punindo, ele faz com que suas normas sejam respeitadas. Ele faz com que suas normas sejam respeitadas. A pena, para ele, a pena tem uma finalidade precípua de prevenção geral. A pena tem uma finalidade precípua de prevenção geral, isto é, de intimidação coletiva. Uma finalidade precípua de prevenção geral, de intimidação coletiva. Olha a ideia: quanto mais se pune, mais as pessoas são inibidas de delinquir. A lei se torna temida, se torna respeitada, ela ganha autoridade, ela ganha eficácia. As pessoas não vão delinquir. Assim, eu protejo o direito penal. Como é que eu protejo o direito penal? Aplicando o direito penal. Quanto mais aplicado é, mais ele intimida as pessoas para que não violem suas regras. Tudo bem?

## Funcionalismo penal (Roxin, funcionalismo moderado) (cont.)

---

Então, enquanto o Roxin vai dizer "olha, o direito penal deve se adaptar à sociedade" — Roxin, voltando, para não dar confusão, vai dizer, lembra, que o direito penal é mais um instrumento a serviço da sociedade; então, ele serve a sociedade, ele vai se adaptar à sociedade em busca do bem comum —, o Jakobs vai dizer para o outro lado: não é o direito penal que se adapta à sociedade, é a sociedade que tem que se adaptar ao direito penal. O direito penal vai punir; que a sociedade respeite o direito penal e não viole essas normas. Ponto. Então, não é o direito penal que se adapta à sociedade, é a sociedade que tem que se adaptar, que tem que se curvar ao direito penal.

Você pegou a ideia: como, para o Roxin, o direito penal é muito mais equilibrado, ele é racional, ele é de bom senso, do que para o Jakobs, que é um direito penal punitivo, amedrontador, intimidador das pessoas. Basta lembrar — eu repito agora, já deixa anotado, que a gente vai falar disso logo, logo —, que, partindo desse funcionalismo radical, o Jakobs cria o tão famoso, tão amado por muitos, odiado por outros, o chamado direito penal do inimigo. O Jakobs desenvolve o direito penal do inimigo. Está bom?

## Funcionalismo penal (Roxin, funcionalismo moderado) (cont.)

---

Vamos lá. Vamos em frente. Falamos de funcionalismo. Vamos continuar estudando outros. Lembra a evolução doutrinária, movimentos do direito penal. Tem uma questão bem bacana aqui, que é o chamado direito de intervenção. Direito de intervenção, também chamado de direito intervencionista. Veja, cuidado aí: eu não chamei de direito penal de intervenção. Eu não chamei de direito penal intervencionista. Veja que não apareceu até agora a palavra "penal". Direito de intervenção, direito intervencionista.

O criador desse modelo aqui foi um outro alemão, um grande penalista chamado Winfried Hassemer. Hassemer é o grande nome aqui. Ele foi ministro do STF alemão, professor universitário, pesquisador, ministro da Suprema Corte Alemã, e ele desenvolve esse chamado direito de intervenção. Como é que ele cria esse direito de intervenção? Vamos pegar essa ideia.

Ele diz basicamente o seguinte — olha, volta aqui, André, por favor: ao longo dos anos, das décadas, dos séculos, o direito penal cresceu demais. Todos os problemas sociais que foram surgindo se deslocaram para o direito penal. Olha, então surgiu um problema social aqui: cria um crime, chama o direito penal para resolver esse problema. Olha, um outro crime ali: cria mais um crime ali, outro crime. E o direito penal foi ficando grande, foi ficando muito pesado, sobrecarregado. Ele até fala: virou um Titanic. Virou uma coisa gigantesca.

## Funcionalismo penal (Roxin, funcionalismo moderado) (cont.)

---

E aí ele vai dizer o seguinte: o direito penal, com a proposta, com a vontade de resolver tudo, acaba não resolvendo nada. O direito penal, com a proposta de resolver tudo, acaba não resolvendo nada. Eu quero resolver tudo, eu acabo não resolvendo nada. Está? E aí, como é que fica essa jogada? Ele vai dizer o que a gente tem que fazer: nós temos que esvaziar o direito penal. Temos que pegar muitas matérias, muito conteúdo que hoje está no direito penal e tirá-lo de lá. Então, o direito penal tem que ficar menor, por assim dizer. Vamos diminuir o direito penal.

Como assim, diminuir o direito penal? Vamos deixar no direito penal somente aqueles crimes que compõem o seu núcleo fundamental. Vamos deixar no direito penal apenas aquelas matérias que integram o seu núcleo fundamental. E o que integra o núcleo fundamental do direito penal? Escreva aí: aqueles crimes que atingem bens jurídicos individuais — dano, vamos dizer assim, dano contra bens jurídicos individuais — e também crimes de perigo concreto, também contra bens individuais.

Olha aí a proposta do Hassemer. Então, o direito penal está muito grande, está muito inchado, está muito pesado, está sobrecarregado. Nós temos que tirar muito conteúdo do direito penal. Vem cá, como é que ele faz isso? Ele fala: vamos deixar no direito penal apenas o seu núcleo fundamental. O que é o núcleo fundamental do direito penal? Crimes de dano e de perigo concreto contra bens jurídicos individuais. O que vai ficar no direito penal? Então, resumindo aqui: apenas os crimes de dano e de perigo concreto contra bens jurídicos individuais.

## Funcionalismo penal (Roxin, funcionalismo moderado) (cont.)

---

Para tutelar esses bens jurídicos, o direito penal é muito bom. O direito penal tem muito traquejo. O direito penal é muito bom, ele é muito eficaz para tratar de bens jurídicos individuais. Então, para investigar, para processar um homicídio, por exemplo, um roubo, o direito penal é ótimo. Que ramo do direito, que outro instrumento a gente tem melhor para investigar, para processar, para condenar, para punir um autor de um homicídio, do que o direito penal? Não tem. Para isso, o direito penal é ótimo.

Agora, o direito penal está cuidando de matéria que não devia estar lá. E ele faz um círculo bem grandão. O que está nesse círculo bem grandão? O direito de intervenção. Lembra da ideia? O direito penal está muito grande, a gente tem que dar uma esvaziada no direito penal. Então, deixa no direito penal aqui o seu núcleo fundamental. O direito penal vai ficar bem menorzinho. Vamos deixar no direito penal apenas o seu núcleo fundamental: os crimes de dano e de perigo concreto contra bens jurídicos individuais. E o restante, que hoje está no direito penal e que a gente tem que tirar, a gente leva para o direito de intervenção.

## Funcionalismo penal (Roxin, funcionalismo moderado) (cont.)

---

O que vai ficar no direito de intervenção? No direito de intervenção, nós vamos deixar os crimes de perigo abstrato e todos os crimes que atingem bens jurídicos metaindividuais, transindividuais, bens jurídicos difusos e coletivos. Então, olha aí, a proposta é essa: deixa no direito penal seu núcleo fundamental, crimes de dano e de perigo concreto contra bens jurídicos individuais, e o restante vamos levar para o direito de intervenção, para esse novo ramo do direito. Lá vão ficar os crimes de perigo abstrato e todos os crimes que atingem bens jurídicos difusos e coletivos.

O que caracteriza esse direito de intervenção? Esse direito de intervenção — vou apagar aqui — esse direito de intervenção não tem natureza penal. Esse direito de intervenção não tem índole penal. Ele não tem natureza penal. Então, vem cá, esse direito de intervenção não tem crime. Veja, essas condutas contra bens, esses crimes de perigo abstrato, crimes contra bens jurídicos difusos e coletivos, eles deixam de ter natureza penal. Eles vão para o direito de intervenção.

## Funcionalismo penal (Roxin, funcionalismo moderado) (cont.)

---

Quem aplica o direito de intervenção, na proposta do Hassemer? Não é a justiça penal. Quem aplica o direito de intervenção é a administração pública. Quem aplica o direito de intervenção, portanto, não é a justiça penal, não é o Poder Judiciário. Quem aplica o direito de intervenção é a administração pública. Por isso, em Portugal se diz que esse direito de intervenção se aproxima daquilo que também a gente hoje chama, no Brasil, de direito administrativo sancionador. Esse direito de intervenção não é direito penal, ele se aproxima muito mais do chamado direito administrativo sancionador.

Como assim? O direito administrativo sancionador são sanções impostas pela administração pública. São sanções impostas não pelo Poder Judiciário, e sim pela administração pública. São sanções aplicadas pela própria administração pública, e não pelo direito penal. E não pelo direito penal. Tudo bem?

Olha, olha o que o Hassemer vai dizer. Pensa aí numa conduta que ofenda o meio ambiente. Hoje é crime ambiental. Está cheio de crimes ambientais por aí. Poxa, imagina: o camarada jogou poluentes lá, resíduos sólidos no riacho. O que o direito penal vai fazer? Poxa, vamos registrar a ocorrência, fazer um BO, instaurar o inquérito policial, ouvir todo mundo, fazer perícia, mandar para o MP.

O Ministério Público oferece a denúncia, o juiz recebe. Houve testemunha, mais perícia, sentença, recurso, mais recursos, mais recursos, recursos, recursos. Não acaba nunca. Não é muito melhor tratar isso pela administração pública? Vamos lá.

## Funcionalismo penal (Roxin, funcionalismo moderado) (cont.)

---

O camarada jogou resíduos sólidos ali, poluiu o rio. A administração pública, com base no seu poder de polícia, vai lá e interdita essa empresa. Cassa o alvará de funcionamento dela, aplica uma multa gigantesca. Isso protege muito mais o meio ambiente do que o direito penal.

Então a gente deixa o direito penal para aquilo que ele é bom, para aquilo que só ele pode fazer. Para os demais crimes, para a gente dar efetividade ao direito penal, a gente esvazia o direito penal e leva isso para o âmbito da administração pública.

Repito: o direito de intervenção não tem natureza penal, não é aplicado pela justiça penal. Ele é uma matéria que se insere na competência da administração pública. Claro que tem críticas para isso. Claro que tem críticas, mas é uma proposta interessante. Tá bom? Já volto.

FECHAMENTO

# ÍNTEGRA TRANSMITIDA NA AULA.

Material com a fala do professor na íntegra, revisada em português, sem acréscimo de conteúdo externo.

Fonte: transcrição integral — Prof. Cléber Masson, G7 Jurídico · Funcionalismo penal (Roxin, funcionalismo moderado)



G7 JURÍDICO