

Data de recebimento: 20/03/2017

Data de aceitação: 13/09/2017

FUNCIONALISMO SISTÊMICO E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SEARA PENAL

GERSON FAUSTINO ROSA¹

GISELE MENDES DE CARVAL²

SUMÁRIO: *INTRODUÇÃO. 1 A SOCIOLOGIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL. 2 PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS E FUNÇÃO DO DIREITO PENAL. 4 FUNCIONALISMO E DIREITO PENAL. 4.1. Teorias normativas-funcionais. 4.2. Funcionalismo teleológico, dualista, moderado ou de política criminal. 4.3. Funcionalismo sistêmico, monista ou radical. 5 A TUTELA LEGAL DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS E A UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO DIREITO PENAL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.*

RESUMO: O presente trabalho tem como meta a análise crítica e a exploração de um grande problema filosófico, sociológico e dogmático-penal da atualidade, qual seja, a forte tendência de se implantar as teorias normativistas-funcionais como sistema orientador do Direito, em especial, do Direito Penal, contrariando a essência das ciências sociais aplicadas, uma vez que são desenvolvidas para beneficiar a convivência humana, para assegurar uma coexistência social pacífica e harmoniosa. Para tanto, conceituou-se brevemente a Sociologia, relacionando-a com a função do Direito Penal, passando-se, portanto, a tratar da exclusiva proteção dos bens jurídicos, confrontando-a com a finalidade funcionalista-sistêmica do Direito Penal, que é a garantia da vigência da norma penal, em detrimento, por consequência, da tutela humana, do Homem, que deveria ser centro do Direito, o grande valor a ser

¹ Professor da Universidade Estadual de Maringá e da Unoeste de Presidente Prudente. Doutorando em Direito pela Fadisp, mestre em Direito pelo Centro Universitário de Maringá. Telefone: 44-3011-4907. Avenida Colombo, 5790 - Jardim Universitario, Maringá - PR, 87020-900, Departamento de Direito Público. E-mail: gersonfaustinatorosa@gmail.com

² Professora de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá e no Centro Universitário de Maringá. Doutora e Pós-Doutora em Direito Penal pela Universidade de Zaragoza, Espanha. Telefone: 44-3011-4907. Avenida Colombo, 5790 - Jardim Universitario, Maringá - PR, 87020-900, Departamento de Direito Público. E-mail: giselemendesdecarvalho@yahoo.es

protegido. Adiante, discorreu-se sobre a origem biológica das teorias sistêmicas, criticando-se a aplicação de biologicismos às Ciências Sociais, que analisam o comportamento humano em sua gama de complexidades. Assim, nota-se que a adoção, como pretende Günther Jakobs, da teoria normativo-funcional sistêmica carece de razoabilidade político-jurídica, além de afrontar a dignidade da pessoa humana e violar os direitos fundamentais.

PALAVRAS- CHAVE: Funcionalismo Sistêmico. Bem jurídico-penal. Dignidade da Pessoa Humana. Direitos da Personalidade.

FUNCTIONALISM SYSTEMIC AND FUNDAMENTAL RIGHTS IN CRIMINAL LAW

ABSTRACT: The present study aims to the critical analysis and exploration of a large philosophical, sociological and dogmatic-penal problem today, that it is the strong trend of deploy the normative-functional theories as a guiding system of the Right, especially, the Criminal Law, contradicting the essence of applied social sciences, since they are designed to benefit the human coexistence, to ensure a peaceful and harmonious social coexistence. Has conceptualized ourselves briefly Sociology, relating it to the function of the criminal law, going to address the unique protection of legal interests, confronting it with the functionalist-systemic purpose of Penal Law, which is the guarantee of validity of the norm penal, to the detriment of the human protection, the human being, which should be the center of the legal system, the great value to be protected. Later, he discoursed about the biological origin of the systemic theories, criticizing the application of biologicismos to Social Sciences, which analyze human behavior in a variety of complexities. Thus, we note that adoption, as suggested by Günther Jakobs, the normative-functional theory lacks political and juridical reasonableness, and violate the human dignity and violate the fundamental rights.

KEYWORDS: Systemic Functionalism. Criminal Legal Interest. Dignity of the Human Person. Personality of Rights.

INTRODUÇÃO

Diante da impossibilidade de se retornar a um Direito Penal da Ilustração, cujos traços fundamentais foram construídos pelo movimento iluminista no fim do século XVIII, rompendo com os postulados do antigo regime, e frente à constatação de uma progressiva modernização do Direito Penal, fruto de uma sociedade de risco, há quem defenda a volta de um Direito centrado na proteção dos bens essencialmente personalistas, individuais, com estrita vinculação aos princípios de garantia.

Há, noutro dizer, quem advogue por uma proposta totalmente alheia à concepção finalista do Direito Penal, posicionando-se favoravelmente a uma completa normativização do comportamento humano, em detrimento da análise ontológica de sua conduta, tudo com base em construções biológicas importadas pela Sociologia e, por derradeiro, pelo Direito Penal, enxergando o Homem como um subsistema que se relaciona com o “grande sistema” sociedade, em uma relação “parte-todo”, e outra, “sistema-entorno”, autorregulando-se através de mecanismos de retroalimentação.

Inicia-se, desta forma, a concepção de sistemas com o biólogo austríaco Karl Ludwig Von Bertalanffy, posteriormente melhorada pelos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela. Foi então que, com base nestes ideais, o sociólogo alemão Niklas Luhmann desenvolveu-importou a teoria da comunicação, afirmando que a sociedade seria um sistema autorreferente e autopoietico.

Mais adiante, o jurista alemão Günther Jakobs, expoente da Escola de Munique, aderiu à teoria de Luhmann para fundamentar a função do sistema jurídico-penal. Nesse contexto, o sistema jurídico se torna um subsistema social caracterizado funcionalmente pela presença de um código binário peculiar, de natureza normativa (lícito/ilícito).

Tem-se, então, que o Direito é um subsistema social autopoietico de comunicação, ou seja, um sistema comunicativo normativamente fechado. E segundo a visão funcionalista sistêmica, compete ao Direito, como regulador social, delimitar o âmbito das expectativas normativas da conduta. Esse é o alicerce metodológico da teoria funcionalista sistêmica desenvolvida por Jakobs para o Direito Penal.

Assim, a função social de uma atividade será definida, então, pela sua utilidade na manutenção, conservação e permanência do todo. Logo, se uma atividade não trazer qualquer benefício para o bom andamento da sociedade, ela não é funcional, e por isso, prescindível, descartável, desprezível.

Propor-se-á, aqui, uma reflexão objetiva sobre uma das principais discussões doutrinárias da atualidade, quanto à nova orientação dogmática da conduta humana para o Direito Penal e suas novas modalidades de respostas em face aos direitos da personalidade. Para tanto, desenvolver-se-á pesquisa orientada pelo método dedutivo, através de análises fundamentais e qualitativas, tendo como recursos bibliografias, literaturas e documentos.

1 A SOCIOLOGIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL

A Sociologia surgiu no século XVIII, durante a análise das consequências de dois grandes acontecimentos históricos, quais sejam, as Revoluções Industrial e Francesa, tidas como causadoras de profundas transformações sociais, políticas, econômicas e culturais à época.

Neste passo, encampando as ideias iluministas de Charles Louis de Montesquieu³ e Thomas Hobbes⁴, o filósofo francês Augusto Comte é mencionado como um dos idealizadores da expressão “Sociologia”, como novo ramo das Ciências Sociais, na primeira metade do século XIX, quando da elaboração de seu Curso de Filosofia Positiva, em 1838 - mais tarde denominado “Sistemas de Filosofia Positiva” -, onde, com o intuito de unificar os estudos relativos ao Homem afirmara ser necessário “saber para prever e prever para ordenar”. O que fora desenvolvido mais adiante pelo *empirismo inglês* de Francis Bacon e pelas *regras do método sociológico* de Émile Durkheim, concretizando-se a corrente da sociologia positivo-funcionalista⁵.

Tem-se que a Sociologia é ciência empírica, que analisa o contexto fático-social em toda sua evolução e desenvolvimento, que estuda as relações entre as pessoas que pertencem a uma comunidade ou aos diversos grupos que compõem a sociedade. Assim, tem como objeto de estudo a análise dos fenômenos de interação dos indivíduos, os conflitos e as formas estruturantes da sociedade, tais como: as camadas sociais, a mobilidade social, os valores ético-sociais, as instituições, as normas e as leis⁶. E os sociólogos, valendo-se de pesquisas sócio-fenomenológicas, observam os padrões de agir do Homem e formulam teorias sobre os fatos sociais, através de técnicas quantitativas e qualitativas.

Assim, como ciência empírica que é, apoia-se sobre os aspectos da vida humano-social, desde o funcionamento das estruturas macrosociológicas – como, por exemplo, o Estado, as classes sociais, os processos de transformações sociais -, até o nível microsociológico, onde analisa-se o ser humano individualmente, sem esquecer, todavia, que

³ Cf. MONTESQUIEU, Charles Louis de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins, 1996.

⁴ Cf. HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

⁵ COMTE, Augusto. *Opúsculos de Filosofia Social – 1819-1929*. Globo/USP: Porto Alegre/São Paulo. 1972, p. 57.

⁶ Modernamente, o sociólogo polonês Zygmunt Bauman, concebe a Sociologia de forma proativa, como sendo uma atividade de natureza intelectual, forçosamente engajada na solução dos problemas sociais por ela identificados (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 64).

o Homem só existe na sociedade, e que esta, inevitavelmente, lhe será uma “prisão” que transcender-lhe-á e determinar-lhe-á sua identidade cultural⁷.

Por sua vez, a Sociologia Criminal, integrante das Ciências Penais, toma o delito como um fato da vida em sociedade, e estuda-o como expressão de certas condições do grupo social, preocupando-se com os fatores externos, exógenos na causação do crime, bem como suas consequências para a coletividade⁸. Serve-se a Sociologia Criminal da Estatística Criminal como método de estudo quantitativo dos fenômenos criminais.

Com essa noção inicial, pode-se dimensionar a complexidade e amplitude da análise do comportamento humano-social, especialmente no que diz respeito às razões criminógenas, o que nos exige observar o Homem multidisciplinarmente, sem restringir-se às simplórias questões biologicistas do funcionalismo, que se fundam nas ciências para reduzir e teorizar problemas sociais, uma vez que o ser humano é extremamente complexo e necessita ser observado ontologicamente, através da busca, na natureza das coisas, no mundo do ser, de limites à liberdade de decisão do legislador. Desenvolvendo-se assim um ordenamento jurídico mínimo, garantidor dos direitos essenciais, intervindo somente quando estritamente necessário, principalmente no que tange ao Direito Penal, cuja função é proteger os bens jurídico-penais.

2 PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS E FUNÇÃO DO DIREITO PENAL

Na atualidade, observa-se a existência de uma legislação latino-americana com tendência marcadamente autoritária e irracional na tipificação dos delitos, que propõe a equiparação dos delitos tentados aos consumados; o tratamento idêntico aos partícipes e autores; um esvaziamento dos bens jurídicos tutelados, chegando-se aos tipos penais de autor, com a inversão da máxima *in dubio pro reo* para *in dubio pro societate*; a violação à racionalidade e à humanidade das penas, mediante a fixação, na lei, de mínimas altíssimas, as quais impedem os juízes de quantificá-las em consonância com o conteúdo do injusto e com a culpabilidade⁹.

⁷ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

⁸ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*. Buenos Aires: Valleta Ediciones, 2006, p. 34.

⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *La legislación “anti-droga” latinoamericana: sus componentes de Derecho penal autoritario*. Porto Alegre: Fascículos de Ciências Penais: Drogas – abordagem interdisciplinar, 1990, p. 16, v. 3.

Diante disso, critica-se a excessiva intervenção estatal na vida privada dos seus cidadãos, sob o argumento de que a Constituição Federal, em seu Título II, ao tratar “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, no Capítulo I “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, salvaguardou, em seu art. 5.º, os direitos à *liberdade (caput)*, à *manifestação do pensamento* (IV), à *liberdade de consciência* (VI), à *intimidade e à vida privada* (X), limitando a invasão do Poder Público na esfera do particular, inclusive no que tange à atuação do legislador, a fim de se evitar que caminhemos para um totalitarismo estatal, na contramão da autonomia pregada pelo Estado Democrático de Direito em que vivemos.

Neste espírito, a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada ilegítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária. Isso vale a dizer: quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade – verdadeira presunção de liberdade – e da dignidade da pessoa humana¹⁰.

Assim, a missão do Direito Penal vem a ser a tutela de bens jurídicos mediante a proteção dos valores ético-sociais mais elementares¹¹. Por sua vez, bem jurídico é, objetivamente, o bem considerado vital, da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social, é protegido juridicamente. O bem jurídico é “o orifício da agulha pelo qual têm que passar os valores da ação¹²”. Logo, nenhuma reforma do Direito Penal pode ser aceitável se não se dirige à proteção de algum bem jurídico, por mais que esteja orientada aos valores da ação.

Substancialmente, o bem jurídico, tido como ponto central da estrutura do delito, constitui, antes de tudo, uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador – trata-se, pois, de dado social preexistente. Desta forma, a norma não cria o bem jurídico, mas sim encontra-o, daí seu aspecto restritivo. Isso porque o fim do Direito não é outro que o de proteger os interesses do homem, e estes preexistem à

¹⁰ PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 73.

¹¹ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 102.

¹² WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. Trad. Bustos Ramíres e Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970, p. 15. Segundo a concepção dos valores ético-sociais da ação de Welzel, a ameaça penal deve contribuir para assegurar os interesses individuais e coletivos fundamentais, através do valor-ação. Daí ser o delito formado de um desvalor da ação e de um desvalor do resultado.

intervenção normativa, não podem ser de modo algum criação ou elaboração meramente jurídica, mas impõem-se a ela¹³.

Assim, sem a presença de um bem jurídico digno de proteção prevista no preceito punitivo, o próprio Direito Penal, além de resultar materialmente injusto e ético-socialmente intolerável, careceria de sentido como tal ordem de Direito¹⁴. Note-se, que a ideia de bem jurídico é de extrema relevância, já que a moderna Ciência Penal não pode prescindir de uma base empírica nem de um vínculo com a realidade que lhe propicia a referida noção. Também não pode renunciar a um dos poucos conceitos que lhe permitem a crítica do Direito positivo¹⁵.

Nesse contexto, questão digna de referência é a importante distinção entre bem jurídico e função, uma vez que a norma penal deve tão somente proteger bens jurídicos e não meras funções, ditas motivos ou razões da tutela, que se referem ao objetivo que se busca alcançar com a tutela penal, não sendo possível erigi-los à condição de bem jurídico. A discussão acerca do bem jurídico penalmente tutelado nos remete diretamente ao estudo da função (missão¹⁶ ou finalidade¹⁷) do próprio Direito Penal, a qual consiste na proteção subsidiária de bens jurídicos fundamentais ao indivíduo e à comunidade. Incumbe-lhe, através de um conjunto de normas (incriminatórias, sancionatórias e de outra natureza), definir e punir as condutas ofensivas à vida, à liberdade, à segurança, ao patrimônio e outros bens declarados e protegidos pela Constituição Federal¹⁸. Ademais, não se permite deduzir proibições de Direito Penal dos princípios de uma certa conduta ética, nem tampouco se impor premissas ideológicas ou religiosas com a ajuda do Direito Punitivo. Verifica-se, desta

¹³ Dito de outra forma, o ordenamento jurídico não cria o interesse, cria-o a própria vida, mas a proteção do Direito eleva o interesse vital à categoria de bem jurídico (LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Luís Jimenez de Asúa. 3. ed. Madrid: Reus. t. 2, s.d., p. 6).

¹⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el Derecho Penal*. Sevilha: Public de la Universidad, 1974, p. 21-22.

¹⁵ PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 21.

¹⁶ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 3. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 67.

¹⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – parte geral*. 3. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, t. 4º, 1966. p. 28, v. 1, leciona que “o fim do Direito Penal é a defesa da sociedade, pela proteção de bens jurídicos fundamentais, como a vida humana, a integridade corporal do homem, a honra, o patrimônio, a segurança da família, a paz pública etc.”

¹⁸ Ao Direito Penal, portanto, incumbe a garantia dos pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas. Ou seja, o Direito Penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do Direito Civil, de uma proibição de Direito Administrativo ou de outras medidas preventivas extrajurídicas (ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2. ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 32).

forma, que o conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normativização de diretivas político-criminais¹⁹.

Nesta seara, observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro é elaborado como um sistema escalonado de normas²⁰, sendo as normas constitucionais superiores, e que devem nortear e inspirar todo o arcabouço jurídico, demonstrando-se o *princípio da supremacia imanente* da Constituição - a qual embasa todas as leis elaboradas sob a sua égide -, princípio este que objetiva garantir a liberdade humana contra os abusos do poder estatal²¹. Motivo pelo qual, tais leis, para serem válidas, necessitam estar em consonância com a Carta Federal, e os bens jurídicos fundamentais devem ser tutelados pelo Direito Penal, e é a Constituição Federal que define quais são esses valores, e não a legislação infraconstitucional²².

Como a lei penal limita o indivíduo em sua liberdade de agir, não se pode proibir além do necessário para que se alcance uma *coexistência livre e pacífica*²³. De modo que, qualquer intervenção nessa área deve ser proporcional²⁴, obediente à dignidade humana e à igualdade²⁵, uma vez que, o bem jurídico tutelado deve ser tão importante, ou mais, do que a liberdade que será cerceada com a intervenção da ingerência penal²⁶.

Welzel, desde 1930, quando desenvolveu sua tese sobre a teoria finalista, já defendia, como função do Direito Penal, a proteção de bens jurídicos, preocupando-se em descrever limites à função seletiva do legislador quanto à escolha de bens a tutelar por meio

¹⁹ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 62.

²⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 374-376.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 225, pondera que “a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizacionais”.

²² Cf. PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 62, tratando da Teoria Constitucional Eclética.

²³ ROXIN, Claus. *op. cit.*, p. 33.

²⁴ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 229. Para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicável nas circunstâncias referidas, proporcionada ao delito e determinada pela lei. Dito de outra forma, as penas previstas em lei devem ser proporcionais aos delitos, e, de certo modo, ao dano causado à sociedade. O dano à sociedade é a verdadeira medida dos crimes.

²⁵ Recorde-se que a ideia de se tutelar a dignidade humana e a igualdade resulta do pensamento iluminista, segundo o qual, tais princípios (ou postulados) compõem condição essencial da liberdade individual.

²⁶ PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro: parte geral - artigos. 1º a 120*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 1, p. 174.

de normas penais²⁷. A lei penal, portanto, tem a finalidade de impedir danos sociais, que não podem ser evitados com outros meios menos gravosos²⁸, posto que a tutela de bens jurídicos significa impedir danos sociais.

Assim, considerando-se a ordem jurídico-penal sob o pressuposto de garantia, a incriminação de uma conduta só deve ter por objeto jurídico o que possa decorrer de um ente real e estável – a pessoa humana – e não de uma função, sendo inválidas as normas que assim o considerem. A distinção entre função e bem jurídico é, pois, essencial a um Direito Penal democrático.²⁹

4 FUNCIONALISMO E DIREITO PENAL

O funcionalismo, em sua essência sistêmica, nasceu no campo das ciências biológicas, mais precisamente na biologia molecular, em meados do século XX, quando o biólogo austríaco Karl Ludwig Von Bertalanffy, pretendendo elaborar um conceito de sistema aplicável a todo campo de investigação científica, inovou, classificando-o como mais do que a mera soma das partes, trazendo a ele a perspectiva do entorno.

Assim, sistema deixou de ser somente a relação *parte-todo*, tendo também o vínculo *sistema-entorno*, concebendo-se sistema como “um conjunto de elementos que se relacionam entre eles mesmos e com um ambiente³⁰”. Portanto, agrega-se ao paradigma aristotélico (sistema para o interior - *parte-todo*) a distinção entre sistema e ambiente (sistema para o exterior - *sistema-entorno*), passando a concebê-lo como um sistema aberto, que intercambia constantemente com o entorno.

Já na segunda metade do século XX, os biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, desenvolveram melhor a criticada concepção de Bertalanffy, que

²⁷ WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 35-42. Em suma, a finalidade do Direito Penal é a “proteção subsidiária dos bens jurídicos”, sendo que são bens jurídicos “todos os dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade; e subsidiariedade significa a preferência por medidas sócio-políticas menos gravosas (ROXIN, Claus. *op. cit.*, p. 35).

²⁸ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 39, preconiza que, segundo a subsidiariedade ou intervenção mínima, só se legitima a criminalização de um fato, se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Logo, somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima.

²⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1980, p. 212.

³⁰ BERTALANFFY, Karl Ludwig Von. *Teoria geral dos sistemas*. Trad. Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Editora Vozes, 1975, p. 62.

passaram, em seguida, a receber contribuições da cibernética, enquanto ciência que lida com mecanismos de controle (*retroalimentação*) e transmissão de informações (*comunicação*), capaz de autorregular-se, pois sua estabilidade e orientação dependem somente de seus mecanismos internos de controle³¹.

Posteriormente ao domínio das ciências sociais, quando passamos a ter sistemas autorreferenciais de comunicação idealizados pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann, onde a noção reitora é a retroalimentação, decorrente do *feedback*, entendida como a capacidade do sistema em se ajustar a uma conduta futura, em decorrência da memória formada tendo em vista os fatos passados. Assim, o sistema capta, sensorialmente, informações do entorno e ajusta-se para obter uma melhor adaptação ao meio³².

Mais adiante, Luhmann agregou à relação *sistema-entorno*, a noção de seletividade, de processamento das informações do entorno, incumbindo ao próprio sistema processar ou não a informação externa, trazendo à luz a ideia de permeabilidade seletiva, desenvolvendo-se uma teoria geral dos sistemas de segunda geração, que trata dos sistemas autorreferentes e autopoieticos³³. A partir de então, a teoria da autopoiese biológica é concebida como modelo teórico geral aplicável aos fenômenos sociais, tendo como premissa maior a noção de autorreferência e circularidade, característica não apenas dos seres vivos, mas também dos sistemas sociais³⁴. Autopoiese é a autoprodução, a atividade própria, constituindo, portanto, uma forma particular de autoprodução pela qual se mantém a unidade e a totalidade do organismo celular. Desse modo, temos a operação de autorreprodução de um sistema, mediante a qual um sistema cria sua própria estrutura e os elementos que a compõem. Trata-se de um sistema autorreferencial, no sentido de que os respectivos elementos são produzidos e reproduzidos pelo próprio sistema numa sequência de interação circular e fechada³⁵.

Constata-se que, basicamente, funcionalismo é a nomenclatura atribuída à teoria sociológica que explica os fenômenos sociais através da realização dos papéis das instituições na sociedade. Assim sendo, quando uma determinada mudança social promove o

³¹ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrete. Barcelona: Antropos, 1996, p. 48.

³² Cf. LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali*. Trad. Alberto Febbrajo. Bologna: Il Mulino, 1990.

³³ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrete. Barcelona: Antropos, 1996, p. 45.

³⁴ LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali*. Trad. Alberto Febbrajo. Bologna: Il Mulino, 1990, p. 81.

³⁵ PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro: parte geral - artigos. 1º a 120*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 1, p. 123-124.

devido equilíbrio harmonioso, estabelecendo a necessária sintonia e funcionamento, será considerada funcional, sendo, a contrário *sensu*, disfuncional quando não o fizer dessa forma, ou seja, quando não se adequar ao funcionamento da “máquina social”. Tal denominação decorre de uma associação, um paralelo, estabelecido entre um modelo interpretativo da sociedade, conhecido como *modelo orgânico*, e a estrutura e o funcionamento da sociedade àqueles de um organismo vivo. Dito de outra forma, é como se, por exemplo, se comparasse a sociedade ao corpo humano, onde um órgão depende do outro, uma parte necessita do adequado funcionamento da outra a fim de que o “todo” possa *funcionar* satisfatoriamente.

A sociedade, então, caracteriza-se pela organização autorreprodutiva e circular dos atos de comunicação, é um sistema autorreferente e autopoietico (sistema compreensivo nas comunicações). O sistema social é um sistema comunicativo, que tem a participação do indivíduo, mas que não é integrado por ele. Veja-se, com isso, que a sociedade se compõe de comunicações, e não de seres humanos, pois estes pertencem ao ambiente que a envolve: entre o homem e a sociedade existe somente uma relação ecológica, e os sujeitos, nesta teoria, são os sistemas, e nunca os indivíduos. Trata-se, noutro dizer, de uma sociedade sem homens³⁶.

Nesse contexto, o sistema jurídico se torna um subsistema social caracterizado funcionalmente pela presença de um código binário peculiar, de natureza normativa (lícito/ilícito). Em razão dessa diferença fundamental, o Direito processa toda informação que precisa para sua própria reprodução autopoietica. Não se indica, contudo, o que é lícito ou ilícito. Temos que o Direito é, então, um subsistema social autopoietico de comunicação, ou seja, um sistema comunicativo normativamente fechado. Sua particularidade como sistema social é ser comunicativo. Segundo a visão funcionalista sistêmica, compete ao Direito, como regulador social, delimitar o âmbito das expectativas normativas da conduta. Esse é o alicerce

³⁶ IZUZQUIZA OTERO, Ignacio. *La sociedad sin hombres*. Barcelona: Anthropos, 1990, p. 111. Assim sendo, ao realizarmos uma breve comparação desse tipo, compreende-se que um *todo* (o corpo/a sociedade) é formado por *partes* (órgãos/instituições sociais como o Estado, as empresas, as famílias, os sistemas educacionais etc.), as quais podem ser subdivididas em partes menores (células/indivíduos, pequenos grupos etc.). Desta forma, tal como no corpo humano, as partes desempenham atividades, ações específicas, as quais conectam essas partes às outras partes do corpo humano (ou da sociedade), corroborando a sustentação da grande estrutura humana (ou social), *funcionando*, por isso é “funcional”. Note-se que a estrutura seria responsável por manter as partes unidas. Nesse passo, no que tange à sociedade, chama-se *estrutura* tudo aquilo que permanece, independentemente da ação individual, existindo. Logo, se uma *célula* de um órgão morrer, o órgão continuará funcionando. Porém, se muitas células deixarem de funcionar, simultaneamente, ou ao menos, alterarem drasticamente seu comportamento, o *órgão* sentirá os efeitos disso, pois é feito de células. Consequentemente, isso repercutirá também no *corpo*, pois é composto pelos órgãos.

metodológico da teoria funcionalista sistêmica desenvolvida por Günther Jakobs para o Direito Penal³⁷.

Ressalte-se, por derradeiro, que a função social de uma atividade será definida, então, pela sua utilidade na manutenção, conservação e permanência do todo. Logo, se uma atividade não trazer qualquer benefício para o bom andamento da sociedade, ela não é funcional, e por isso, prescindível, descartável, desprezível. Há, portanto, verdadeira inversão de valores e ordem de prioridades, uma vez que, em última análise, ter-se-á como consequência a colocação do *homo noumenon* em segundo plano, e não mais como prioridade da humanidade, que passa a ser a sociedade, o funcionamento adequado do mundo, do todo. Como se tal coisa fosse possível.

Tem-se um esvaziamento completo da dignidade humana, pois o ser humano passa a ser mais uma etapa do funcionamento da coletividade, do Estado, sendo que tudo isso é criação do homem para o homem, e não o contrário. Há uma sobreposição completa, desequilibrada, do Estado social sobre a concepção iluminista de Estado liberal. Por isso, inconcebível, inadmissível e inaceitável a manutenção desta teoria sociológica para explicar o “adequado” funcionamento da humanidade, pois, além do que foi dito, ela não é exatamente dinâmica como a sociedade e as pessoas.

4.1 TEORIAS NORMATIVISTAS-FUNCIONAIS

O funcionalismo penal teve início na Alemanha, por volta de 1970, quando da ocorrência de forte revolução entre os penalistas com intuito de submeter a dogmática penal aos fins específicos do Direito Penal. Tratou-se, portanto, de movimento pós-finalista, que pretendeu abandonar o tecnicismo jurídico no enfoque da adequação típica, possibilitando ao tipo penal desempenhar sua efetiva função, qual seja, a de assegurar a paz social e aplicar a política criminal, por isso fora denominado sistema funcional. Veio então, o funcionalismo penal, questionar a validade do conceito de conduta elaborado pelos sistemas clássico e finalista, e, ao conceber o Direito como instrumento de regulação social, delimitou o âmbito

³⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro: parte geral - artigos. 1º a 120*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 1, p. 123-125.

das expectativas normativas da conduta, dando à luz à moderna teoria da imputação objetiva do resultado³⁸.

Nesse passo, busca-se o desempenho pelo Direito Penal de sua tarefa primordial – segundo o funcionalismo –, qual seja, possibilitar o adequado funcionamento da sociedade, o que é mais importante do que seguir à risca a letra fria da lei, sem desconsiderá-la totalmente, sob pena de autorizar o arbítrio da atuação jurisdicional, uma vez que o intérprete deve buscar a real intenção do legislador, maximizando a aplicação do texto legal e desempenhando, com esmero, o papel que lhe foi atribuído pelo ordenamento.

Porém, essa mitigação do texto legal encontra limites e, neste ponto, o funcionalismo apresenta-se em duas concepções: a uma, tem-se o funcionalismo dualista, moderado, ou de política criminal, defendido por Claus Roxin³⁹, que se preocupa com os fins do Direito Penal, norteando-se por finalidades político-criminais, priorizando valores e princípios garantistas. A duas, tem-se também, o funcionalismo monista, radical ou sistêmico, apregoado por Günther Jakobs (Escola de Bonn)⁴⁰, estribado no individualismo monista da Escola de Frankfurt, que sustenta uma teoria do bem jurídico puramente individualista (Teoria Pessoal do bem jurídico), defendendo como função precípua do Direito Penal a tutela de bens jurídicos individuais (Direito Penal *nuclear*)⁴¹. Jakobs satisfaz-se, ao contrário, com a preservação dos fins da pena, levando em consideração apenas as necessidades sistêmicas, e o Direito Penal é que deve se ajustar a elas. Em resumo, sustenta o funcionalismo que a dogmática penal deve ser direcionada à finalidade precípua do Direito Penal, isto é, à política criminal. Tal finalidade seria, então, a reafirmação da autoridade do Direito, que não encontra limites externos, mas somente internos (Funcionalismo Sistêmico⁴²), ou então a proteção de bens jurídicos indispensáveis ao desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, respeitando os limites impostos pelo ordenamento jurídico (Funcionalismo Teleológico⁴³)⁴⁴.

³⁸ CARVALHO, Érika Mendes; PRADO, Luiz Regis. *Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 65.

³⁹ Cf. ROXIN. Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002. Vide ainda: ROXIN. Claus. *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

⁴⁰ Cf. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo*. Trad. Manuel Cancio Meliá. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

⁴¹ Cf. HASSEMER, Winfried. *Crisis y características del moderno Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid. Actualidad Penal, n. 43-22, 1993.

⁴² JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, p. 45- 52.

⁴³ ROXIN. Claus. *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 33-38.

4.2 FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO, DUALISTA, MODERADO OU DE POLÍTICA CRIMINAL

Com intuito de “superar” as concepções ontológicas do causalismo e do finalismo, bem como a análise dita “sistemática” da teoria do delito, veio introduzir a política criminal como critério norteador do Direito Penal, especialmente com o fim de solucionar parte dos problemas dogmáticos. Nesse sentido, Claus Roxin⁴⁵, contrariando as lições de Von Liszt⁴⁶, nega a existência de qualquer “barreira intransponível” entre a política criminal e a dogmática penal, e defende a construção de um sistema onde a política criminal adentra livremente a dogmática penal. Não significa, com isso, que elas não sejam autônomas, mas sim, que interagem sinergicamente, colaborando para a construção de um sistema penal permeável às exigências e tendências político-criminais. Deixa-se, portanto, o sistema causalista de Franz Von Liszt, para adotar o sistema funcionalista de Claus Roxin, que tem como prioridade a estabilidade do ordenamento jurídico-penal, o qual deve, sobretudo, funcionar perfeitamente, sem embaraços.

A única “barreira” proposta por Roxin paira na aplicação dos princípios constitucionais, refletindo o Estado Democrático de Direitos, ou seja, o espelhamento do plano ontológico (plano do ser). Assim, somente as diretrizes político-criminais harmonizadas com os valores constitucionais poderão ingressar no Direito Penal. Dito de outra forma, a política criminal somente poderá transpor a “barreira” da dogmática penal quando estiver em consonância com o estabelecido nos valores constitucionais⁴⁷.

Nesse diapasão, desenvolveram-se novas posições sobre a teoria da pena e sua concepção preventiva geral positiva (prevenção de integração) e, em especial, em relação ao âmbito de relação entre o fato e o seu autor, como ao reintroduzir o conceito de imputação

⁴⁴ Destaca-se que, nesse ponto, o funcionalismo é duramente criticado, uma vez que, ao conferir elevado destaque à política criminal, fundindo-a com a dogmática penal, gera confusão entre as missões do legislador e do aplicador da lei.

⁴⁵ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, p. 188.

⁴⁶ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão*. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Atualização e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003. t. I e II.

⁴⁷ Para um estudo minucioso, cf. ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

objetiva no campo da tipicidade. Já em relação à autoria, sistematizou-se e desenvolveu-se a teoria do domínio do fato⁴⁸.

Bernd Schünemann leciona que o marco decisivo para o pensamento funcional, e para seu estabelecimento na dogmática e na sistemática do Direito Penal não seria uma normativização exclusiva, mas tão-somente complementar, introduzindo para tanto, as valorações ignoradas pelo finalismo, além de estruturar e valorar a realidade social sob a ótica dos princípios valorativos, mas sem que isso signifique ignorar a realidade social⁴⁹.

Tem-se aqui, portanto, uma postura funcionalista mais equilibrada e consentânea, propugnando-se que, embora a relevância das estruturas ônticas possa ser apreciadas tão-somente sob um determinado aspecto valorativo diretivo, é evidente que este princípio normativo ficaria, por assim dizer, incorpóreo se não fosse aplicado a uma determinada realidade existente com anterioridade à aplicação do Direito. Defende-se, desta forma, a renormativização da teoria jurídica do delito, inspirada teologicamente nos fins do Direito Penal⁵⁰. Assim, do ponto de vista funcional, se o Direito Penal é uma instituição dirigida à consecução de certos fins, o conteúdo e requisitos das normas penais deverão ser determinados a partir das perspectivas dos fins a seguir.

4.3 FUNCIONALISMO SISTÊMICO, MONISTA OU RADICAL

De outra banda, atribui-se à Günther Jakobs a responsabilidade de ter adaptado o Direito Penal à teoria dos sistemas sociais de Luhmann (teoria sociológico-sistêmica), com sua teoria da imputação normativa⁵¹. Segundo Jakobs, o Direito Penal encontra-se determinado pela função que lhe é atribuída no sistema social, de modo que o próprio Direito Punitivo é também tido como um sistema autônomo, autorreferente e autopoiético, dentro de

⁴⁸ Roxin elaborou sua teoria calcada na política criminal, vinculando, individualmente, diversos “valores” (necessidade de pena-culpabilidade, responsabilidade-culpabilidade, pena predominantemente preventiva etc.) aos elementos do delito, pois para ele, o tipo objetivo não pode ser reduzido à mera conexão de condições entre comportamentos e resultados, senão que os resultados, conforme as regras político-criminais, teriam que ser imputados ao autor como obra sua (ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 32).

⁴⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. La función de delimitación de injusto y culpabilidad. *Fundamentos de um sistema europeu de Derecho Penal. In Libro-homenaje a Claus Roxin*. Trad. Carlos J. Suárez González. Barcelona: Bosch, 1995, p. 214.

⁵⁰ CARVALHO, Érika Mendes; PRADO, Luiz Regis. *Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 67-68.

⁵¹ LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali*. Trad. Alberto Febbrajo. Bologna: Il Mulino, 1990, p. 81.

um sistema maior, que é a sociedade. Tem ele, portanto, suas regras próprias, devendo a elas se submeter⁵².

Apesar de reconhecer que o Direito Penal tem como função salvaguardar os valores ético-sociais da ação⁵³, distingue-se, todavia, da doutrina finalista por sua mudança de enfoque metodológico, quando parte da missão do Direito Penal e não da essência dos objetos da dogmática, chegando ao extremo de renormativizar os institutos penais diante do naturalismo psicológico de Welzel⁵⁴. Destarte, caso venha qualquer indivíduo a descumprir sua função social na humanidade, ser-lhe-á atribuída uma sanção penal, posto que a autoridade da lei penal somente se alcança com sua rígida e constante aplicação⁵⁵. Isso porque ao Direito Penal incumbe garantir a vigência da norma, a autoridade da lei penal, e não a proteção de bens jurídicos.

Importa mencionar brevemente que, como consectário lógico do funcionalismo sistêmico, em 1985, Günther Jakobs desenvolveu a teoria do *Direito Penal do inimigo*, quando tratou acerca da possibilidade de se punir atos preparatórios da conduta delitiva. Nessa linha, Jakobs constrói sua teoria justamente para os Estados Democráticos de Direitos, considerando “inimigo” todo aquele que rejeita, não reconhece e não participa do sistema normativo e a ordem social vigentes, colocando-se à margem⁵⁶. Por tais motivos, as garantias, as sanções, os institutos clássicos conquistados pela humanidade não o alcançam, pois o inimigo não cumpre “o contrato social⁵⁷”. Tais sujeitos não oferecem nenhuma segurança cognitiva, pois não conseguem assimilar a norma e a ordem, por isso, para eles não há Direito, mas sim uma legislação de luta, de combate, que no fundo traduz-se em um “não Direito”, de pura coação, com escopo unicamente de neutralizar o indivíduo, oferecendo-lhe respostas diferenciadas para recuperar e preservar o sistema normativo por ele ferido e rejeitado.

⁵² JAKOBS, Günther. *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales Murillo. 2. Ed. Madrid: Marcial Pons. 1997, p. 167.

⁵³ Vide WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

⁵⁴ Para Jakobs, um sujeito não é, em tese, aquele que pode ocasionar ou impedir a consumação do delito, senão aquele que pode ser por este responsabilizado. A perspectiva normativista tem como pilares estruturantes a função geral preventiva atribuída à pena e as normas jurídico-penais como seu objeto de proteção.

⁵⁵ Dito de outra forma, para o funcionalismo sistêmico de Jakobs, a missão do Direito Penal é aplicar o comando contido na norma penal, pois somente ter-se-á o merecido respeito diante da reiterada incidência da *criminalis legem* (JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales Murillo. 2. Ed. Madrid: Marcial Pons. 1997, p. 168-169).

⁵⁶ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003. p. 47.

⁵⁷ Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques: *O contrato social* (Título original: *Le Contrat Social*, revisado por Antonio Carlos Marquês). Trad. Pietro Nasseti. 20. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

Desta forma, ter-se-ia dois Direitos Penais: um para o cidadão, e outro para o inimigo. Todavia, apesar de sólida, sedutora e muito bem fundamentada a tese de Jakobs, alguns questionamentos ainda estão sem a devida resposta, tais como: quem é o inimigo? A quem compete rotular o inimigo? Quando nasce tal rótulo? No Inquérito Policial, no processo ou já nasce com o indivíduo? Ademais, não é possível se rotular indivíduos em um Estado Democrático de Direito como “não pessoa”, posto que a Dignidade da Pessoa Humana é a essência do homem, ao passo que, admitindo algo assim, estar-se-ia relativizando toda a ordem constitucional.

5 A TUTELA LEGAL DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS E A UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO DIREITO PENAL

Nesse passo, diante da previsão constitucional da dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1.º, III, da Constituição Federal), posicionando-se como núcleo axiológico de todo o ordenamento jurídico pátrio, tem-se que ter sempre, como prioridade, a pessoa humana, para quem e por quem se construiu e idealizou a figura do Estado moderno, como entidade responsável por assegurar a proteção jurídica dos direitos fundamentais da pessoa, proteção esta que deverá se dar nos termos das diretrizes constitucional⁵⁸. Para tanto, a figura do Estado moderno evoluiu e perpassou três etapas até o momento atual, etapas que correspondem igualmente três fases de direitos fundamentais⁵⁹.

A primeira remonta-nos ao denominado Estado liberal de Direito, em que são principalmente garantidas as liberdades individuais (primeira dimensão de direitos fundamentais), alcançados com o intuito de libertar os indivíduos do absolutismo estatal⁶⁰. O anseio pelas liberdades frente ao totalitarismo estatal restou demonstrado já em 1215, quando da conquista da Magna Carta pelos ingleses junto ao Rei João Sem Terra, momento em que desejavam que lhes fosse permitido construir livremente suas vidas, legalizando e limitando o

⁵⁸ A Constituição do Brasil, por sua vez, inaugura no art. 5.º, capítulo referente aos Direitos e Garantias Fundamentais.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 4-10.

⁶⁰ Nesta esteira, Bonavides leciona que os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o estado. São, por igual, direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõem a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual (BONAVIDES, 2007, p. 563-564).

totalitarismo do *Leviatã*⁶¹. No fim do Século XVIII, com a Revolução Burguesa e a consequente criação do Estado moderno, alimentam-se, com as ideias iluministas, os ideais libertários⁶², quando se passa a renunciar ao absolutismo romano em favor da liberdade. Entretanto, diante do liberalismo exacerbado, novas necessidades brotaram no seio social, dando ensejo à busca por uma igualdade, capaz de mitigar as discrepâncias resultantes do Estado absenteísta, nascendo então o *Welfare State*, no qual objetiva-se resguardar, também, os direitos sociais, culturais e econômicos, uma vez que a desigualdade social que resultou do movimento libertador passou a desconfortar a harmonia e a paz social⁶³.

Essa nova face do estatal, de cunho prestacionista (Estado-providência), que atende aos anseios sociais e reduz as desigualdades com mecanismos compensatórios, positivos, surge como reação natural às tendências liberais e, por vezes, desagregadoras. Esse Estado Social segue, então, com o fim de promover mudanças no seio social, no sentido de se adotar como núcleo axiológico-legal de todo o ordenamento jurídico-estatal, a Constituição. Assim, elabora-se o ordenamento jurídico como um sistema escalonado de normas, cabendo às normas constitucionais (superiores) nortear e inspirar todo o arcabouço jurídico, demonstrando-se o *princípio da supremacia imanente* da Constituição - a qual embasa todas as leis elaboradas sob a sua égide -, princípio este que objetiva garantir a liberdade humana contra os abusos do poder estatal⁶⁴.

Surge então, o Estado Constitucional de Direito, em que se manifestam os direitos fundamentais de terceira dimensão, tais como a qualidade de vida, o meio ambiente, a liberdade de informática, a biotecnologia, a paz, entre outros metaindividuais⁶⁵. Em síntese, esse Estado de Direito como Estado constitucional surge fundado na ideia de liberdade dos indivíduos, das comunidades, dos povos, e por ela busca-se a limitação do poder político. Essa ideia de liberdade plasma um estado de espírito, qual seja, o homem como centro onipresente da esfera política⁶⁶. Troca-se, portanto, a tradição pelo contrato social; a autoridade do monarca pela autoridade nacional; a razão do Estado pelas normas jurídicas; ao

⁶¹ Cf. HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

⁶² Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques: *O Contrato Social* (Título original: *Le Contrat Social* revisado por Antonio Carlos Marquês). Trad. Pietro Nasseti. 20. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

⁶³ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 4-7.

⁶⁴ Nessa linha, Canotilho pondera que “a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizacionais” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 225).

⁶⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 75.

⁶⁶ GOYARD-FABRE, Simone. *L'état*. Paris: Armand Colin, 1999, p. 84.

invés de súditos, cidadãos; o exercício unilateral pelo exercício compartilhado do poder, exercido pelos representantes da coletividade. Emergem, assim, as normas constitucionais, os direitos fundamentais e as leis como os lúdimos instrumentos jurídicos⁶⁷.

Sendo adotada, nesta esteira, pela Constituição Federal brasileira, os mencionados preceitos de um Estado Constitucional e Democrático, o desrespeito às liberdades da pessoa humana configura frontal violação à dignidade do “homem”, aos direitos da personalidade. Assim, quando, por exemplo, o Estado-legislador ultrapassa, no âmbito penal, as “fronteiras” do que lhe é permitido regulamentar, ou seja, quando ele criminaliza condutas com intuito “político”, especialmente para dar uma resposta imediata a algum fato de repercussão social e midiática, “dando à luz” a leis penais obsoletas, desproporcionais, que não tutelam qualquer bem jurídico, restar-se-ão violados os direitos individuais de cada cidadão de ter um Direito Penal cuja função é a exclusiva proteção de bens jurídicos. Isso porque, a previsão da “função” do Direito Penal, muito mais do que dirigir a atividade do legislador, é um limite à inflação de leis penais, não podendo este criminalizar condutas que não violem bens jurídicos (alheios) e, de forma grave – ou seja, grave a ponto de nenhum outro ramo do Direito mostrar-se suficiente para protegê-lo -, sob pena de se infringir os princípios da exclusiva proteção dos bens jurídicos, da alteridade e da intervenção mínima do Direito Penal. Todos postulados basilares do Direito Penal garantista, mínimo, dignos do Estado Constitucional de Direito em que vivemos, ou ao menos pretendemos viver⁶⁸.

E este Direito Penal mínimo deve ser tomado como direito fundamental, tendo em vista dentre as suas funções, a de defesa ou de liberdade⁶⁹, dispondo que impõe-se ao Estado, nesse momento, um dever de abstenção, que refere-se ao dever de não interferência ou não intromissão, respeitando-se o espaço reservado à sua autodeterminação; nessa direção,

⁶⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, t. IV., p. 84 A transmutação da ideia de Estado de Direito à de Estado constitucional é o reflexo de uma tríplice mudança operada nos ordenamentos jurídicos: da primazia da lei à primazia da Constituição e do controle jurisdicional da legalidade ao controle jurisdicional da Constituição. Ocorre então que a lei cede passagem à Constituição e converte a si mesma em objeto de medida. É destronada em favor de uma instância mais alta (*vide* PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Op. cit.*, p. 52-53).

⁶⁸ Verifica-se que a Lei Penal não atua como limite da liberdade individual, mas como seu garante, ou seja, defendendo a liberdade e não a limitando, devendo ser utilizada somente como *ultima ratio*, e não da forma que vem ocorrendo, como *prima ratio*, meramente simbólica e ineficaz (PRADO, Luis Regis. *Op. cit.*, p. 60).

⁶⁹ Verifica-se, dessa forma, que a função da liberdade dos direitos fundamentais tem dupla dimensão, pois a uma, constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; a duas, implica, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdades negativas) (CANOTILHO, 2002, p. 407).

impõe-se ao Estado a abstenção de prejudicar, ou seja, o dever de respeitar os atributos que compõem a dignidade da pessoa humana⁷⁰..

Nesta senda, a política criminal adotada dependerá de cada modelo de Estado, sendo imprescindível, nesse caso, a análise da vinculação axiológica da teoria do delito e de seus conceitos a uma determinada concepção filosófico-política do Direito Penal - leia-se, por exemplo, causalismo, finalismo, funcionalismo etc. - como incumbência do Estado⁷¹. De modo que a *práxis* normativista aqui destacada, identifica-se profundamente com Estados absolutistas, o que não retrata a República Federativa do Brasil, que tem na pessoa humana o seu fundamento (art. 1.º, III, da Constituição Federal)⁷². E se o Estado, através de seu ordenamento jurídico-positivo parte da concepção do homem como pessoa, acaba por firmar sobre esta (pessoa) as suas bases. Consequentemente, estará vinculando-se, na seara penal, à estrutura final da ação no sentido de que a valoração jurídica deve recair necessariamente sobre a unidade *final-causal* da ação humana⁷³. Logo, não poderia recair exclusivamente sobre o lado causal, objetivo, ou externo da mesma sem incorrer numa contradição lógico-objetiva. Menos ainda, poderia pairar sobre ideais normativistas que imputariam objetivamente o resultado à pessoa, independentemente de sua vontade de realização. Pois o conteúdo da vontade de realização do autor (pessoa) deve ser, necessariamente, objeto de valoração jurídica.

CONCLUSÃO

O fenômeno criminal, por complexo e multifacetário que é, merece constante atenção das ciências que estudam analisam as sociedades humanas. Seja sob uma perspectiva meramente jurídica, consubstanciada em mera violação da lei penal, seja por uma visão sociológica do fenômeno ou mesmo sob uma angulação biopsicológica, de fato o tema é merecedor de observação.

⁷⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 192.

⁷¹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 4. ed. Barcelona: PPU, 1996, p. 140.

⁷² Uma alternativa contra tais excessos estatais reside na insistência de se invocar os direitos humanos e as liberdades invioláveis que se consolidaram em grande parte do mundo ocidental, devendo-lhes acolher as constituições democráticas tornando-os de efetivação cogente, em especial para quaisquer dogmática penal, inclusive para as que argumentem político-criminalmente como a de Roxin (*vide* item 5.2, *supra*).

⁷³ WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 13.

Sabe-se que o problema da criminalidade metropolitana, cujos índices se fizeram sentir de forma aguda a partir da década de 1980, tem gerado uma forte demanda “de políticas criminais duras” com o recrudescimento das leis e ampliação de tipos penais, muitas vezes desprovidos de seu exclusivo objeto de proteção, qual seja o bem jurídico penal.

O crime como fenômeno social e, portanto, humano, deve ser estudado à luz da natureza desse ser complexo cuja dignidade transcende superficiais conceitos legais estabelecidos em épocas de lógica pouco democrática. Veja-se que o delito não só é um *fenômeno social normal*, como também cumpre outra função importante, qual seja, a de manter aberto o canal de transformações de que a sociedade precisa.

Afirmar-se que o ser humano tem livre-arbítrio sobre seus atos, podendo posicionar-se ou não, de acordo com a lei - sem uma coerente e necessária observação de fatores criminogenéticos, vindos da própria constituição do delinquente ou do meio social em que vive -, pode nos conduzir a um infecundo e arbitrário Direito Penal das presunções, mecanismo odioso do ponto de vista democrático.

Ao se admitir a violação de direitos e garantias individuais e direitos da personalidade dos denominados “inimigos”, direitos estes assegurados no núcleo intangível da Constituição Federal - conquistados ao longo da história da humanidade através de árduas batalhas e revoluções -, a fim de salvaguardar o mínimo de liberdade aos cidadãos, limitando a atuação do Estado. Certamente tal violação se estenderá, em um futuro próximo, como consequência, aos direitos dos “cidadãos”, permitindo que a esfera de atuação e reprodução do poder estatal cresça em detrimento da liberdade individual do homem, restringido-a.

Não é possível se rotular indivíduos em um Estado Democrático de Direito como “não pessoa”, posto que a Dignidade da Pessoa Humana é essência do homem, ao passo que, admitindo-se algo assim, estar-se-ia relativizando toda a ordem constitucional.

Ademais disso, afirmar que a função social de uma atividade será definida pela sua utilidade na manutenção, conservação e permanência do todo, e que, se uma atividade não trazer qualquer benefício para o bom andamento da sociedade, ela não é funcional, e por isso, prescindível, descartável, desprezível, seria demasiadamente objetivo, mecanicista, desumano, pois as pessoas são diferentes biologicamente, sofrem influências culturais e sociais diversas, especialmente se analisarmos os meios sociais e familiares em que vivem.

Seria, portanto, uma verdadeira inversão de valores e ordem de prioridades, uma vez que, em última análise, ter-se-á como consequência a colocação do *homo noumenon*

em segundo plano, e não mais como prioridade da humanidade, que passa a ser a sociedade, o funcionamento adequado do mundo, do todo. Como se isso fosse possível.

Tem-se um esvaziamento completo da dignidade humana, pois o ser humano passa a ser mais uma etapa do funcionamento da coletividade, do Estado, sendo que tudo isso é criação do homem para o homem, e não o contrário. Há uma sobreposição completa, desequilibrada, do Estado social sobre a concepção iluminista de Estado liberal. Por isso, inconcebível, inadmissível e inaceitável a manutenção desta teoria sociológica (ou melhor, biológica) para explicar o “adequado” funcionamento da humanidade, pois, além do que foi dito, ela não é exatamente dinâmica como a sociedade e as pessoas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BERTALANFFY, Karl Ludwig Von. *Teoria geral dos sistemas*. Trad. Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Editora Vozes, 1975

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria Geral do Delito: uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira*. Coimbra: Almedina, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – parte geral*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, t. 4º, vol. 1, 1966.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. Ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Érika Mendes; PRADO, Luiz Regis. *Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

COMTE, Augusto. *Opúsculos de Filosofia Social – 1819-1929*. Globo/USP: Porto Alegre/São Paulo, 1972.

CONSTANT, Benjamin. *Da Liberdade dos Antigos comparada à dos Modernos*. Filosofia Política II. Porto Alegre: L&PM, 1985.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 3. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FERRI, Enrico. *Sociología Criminal*. Buenos Aires: Valleta Ediciones, 2006.

HASSEMER, Winfried. *Crisis y características del moderno derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid. Actualidad Penal, n. 43-22, 1993.

_____; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirantlo Blanch, 1989.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

IZUZQUIZA OTERO, Ignacio. *La sociedad sin hombres*. Barcelona: Anthropos, 1990.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*. Trad. Manuel Cancio Meliá. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

_____. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales Murillo. 2. Ed. Madrid: Marcial Pons. 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Atualização e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003. t. I e II.

LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrete. Barcelona: Antropos, 1996.

_____. *Sistemi sociali*. Trad. Alberto Febbrajo. Bologna: Il Mulino, 1990.

LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. ver. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins, 1996.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal; parte general*. Barcelona: PPU, 1985.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el Derecho Penal*. Sevilla: Public de la Universidad, 1974.

_____. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral: artigos. 1º a 120º*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 1.

_____. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ROSA, Gerson Faustino. A violação da personalidade humana pelo expansionismo penal. (In) *Revista Direito e Liberdade/ Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – Ano 9, v. 15, n.º 3*. Natal: ESMARN, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques: *O Contrato Social* (Título original: *Le Contrat Social* revisado por Antonio Carlos Marquês). Trad. Pietro Nasseti. 20. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2. ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002.

_____. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

_____. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. da 2. ed. (1994) por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson-Civitas. Reimpressão: 2008.

SCHÜNNEMANN, Bernd. La función de delimitación de injusto y culpabilidad. *Fundamentos de um sistema europeu de Derecho Penal*. In *Libro-homenaje a Claus Roxin*. Trad. Carlos J. Suárez González. Barcelona: Bosch, 1995.

TAVARES, Juarez. *Direito Penal da negligência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.

WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

_____. *O Novo Sistema Jurídico Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. 3. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *La legislación “anti-droga” latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario. Porto Alegre: Fascículos de Ciencias Penais: Drogas – abordagem interdisciplinar. 1990, v. 3.*