O funcionalismo penal é a teoria que pensa o direito penal a partir da sua finalidade. O principal problema a ser respondido por esta tradição do pensamento é: para que serve o direito penal?

Esta pergunta, dentre outras, não era uma preocupação do paradigma anterior ao funcionalismo, o finalismo penal. Para este, importava apenas saber simplesmente se a conduta criminosa foi cometida ou não, e saber qual a pena que incide sobre o caso. Tratava-se de uma interpretação silogística e “mecanicista”, sem se preocupar com as intenções do agente, qual a importância do bem jurídico ferido, etc.

Tais problemas foram trazidos a tona pelo funcionalismo pena, que tem como seus 2 maiores nomes os autores Claus Roxin e Gunther Jakobs. Claus Roxin entende que o direito penal serve para proteger os bens jurídicos mais importantes para a sociedade. É o funcionalismo dos bens jurídicos, a vertente moderada do funcionalismo.

Gunther Jakobs entende que a função do direito penal serve para garantir a vigência tanto da norma do próprio ordenamento. É o funcionalismo sistêmico propriamente dito, uma vertente mais radical. A pena determinada de forma jurídico-estatal poderia ser insuficiente para alguns casos, e para garantir a segurança, era necessário não somente a garantir que determinada conduta é proibida, como também que provavelmente ninguém a fará.

O funcionalismo busca superar a fixação do finalismo pela mera constatação da conduta ilícita. O funcionalismo entende que é preciso que o risco seja relevante e intolerável para a sociedade.

Risco

O conceito de risco, para o funcionalismo sistêmico, é entendido como uma conduta fora das expectativas sociais normais.

O direito penal entra em cena quando o risco é ilícito (isto é, conduta antijurídica, contrária à norma) e relevante o bastante, segundo os princípios da subsidiariedade e fragmentariedade.

Nem todos os riscos chamam a atenção do direito penal. Existem riscos admitidos pela sociedade, como por exemplo usinas nucleares, e riscos pouco relevantes.

O direito penal do cidadão vai até o momento em que um cidadão quebra as expectativas sociais e produz um ato ilícito com risco relevante e intolerável. Antes disso, ele era cidadão; depois disso passa a ser indivíduo/inimigo.

O binômio expectativa + risco é compartilhado tanto pelas teorias de Roxin e de Jakobs. A diferença está na resposta do Estado. Roxin não faz distinção entre pessoa e inimigo, pois o cidadão nunca deixa de ser pessoa. Já Gunther Jakobs admite a “morte” da pessoa quando essa se torna inimigo.

- Gunther Jakobs

O direito penal possui a finalidade de proteger o sistema como um todo (o contrato social) e combater aqueles que o atacam. Nem todos os atos que atacam o contrato social são tem a mesma intensidade; apenas alguns são graves o suficiente para caracterizar um inimigo.

Caso o criminoso tenha capacidade de entender o seu erro e reorientar suas atitudes no sentido do respeito ao ordenamento jurídico e ao contrato social, então seu ilícito é caracterizado como desvio de conduta e incide o direito penal do cidadão.

No caso do criminoso que NÃO TENHA tal capacidade, sua conduta ilícita não é apenas um desvio e sim uma evidência de que ele não quer fazer parte do ordenamento jurídico e do contrato social. Neste caso incide o direito penal do inimigo.

O funcionalismo radical de Jakobs é pensado para o direito penal do cidadão, já que a pena reorienta o criminoso e assegura a legitimidade do ordenamento jurídico. O direito penal do inimigo é uma ferramenta à parte, embora utilize o conceito de risco para justificar o tratamento do inimigo.