

Pensar o direito penal a partir de Günther Jakobs: possibilidades de inovação

César Mortari Barreira¹

Resumo: A construção teórica de Günther Jakobs possui uma coerência interna impressionante. Apesar disso, é possível identificar três fases na obra do penalista de Bonn. O objetivo deste estudo é apresentar duas formas inovadoras de pensar o direito penal na sociedade a partir da segunda fase de seu pensamento. Após breve apresentação das ideias centras que norteiam cada período, discutiremos as duas propostas, uma dialogando com Klaus Günther, outra dialogando com Niklas Luhmann, dando particular atenção à segunda. Dessa forma, este estudo permite ao leitor brasileiro uma compreensão da obra de Jakobs que vai além da crítica generalizada ao “direito penal do inimigo”, ao demonstrar, ainda que sucintamente, as etapas (não lineares) de seu pensamento, bem como contribui para uma recepção crítica e produtiva do chamado “funcionalismo radical”.

Palavras-Chave: direito penal, comunicação, inovação, Jakobs, Günther, Luhmann

1. Questões prévias

Algumas considerações devem ser feitas antes de começarmos a analisar as fases de Jakobs. A importância e relevância da obra do penalista da Universidade de Bonn traduzem-se como um novo paradigma no âmbito da teoria do delito, surgindo como uma resposta aos limites da doutrina finalista. Deve ficar claro para o leitor que Jakobs rompe com a ideia de construção de um conceito unitário de delito, estando preocupado em descrever como ocorre o processo de imputação. Dessa forma, a teoria da imputação deste autor – e seus conceitos de ação e culpabilidade, por exemplo – derivam diretamente da função da pena por ele atribuída. É por esta razão que quando falamos de fases em Jakobs nos referimos às variações observáveis no âmbito da teoria

¹ Mestrando em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,

da pena. Convém destacar, também, que o penalista de Bonn não vê na proteção de bens jurídicos a função manifesta do direito penal. Este existiria para proteger a existência de normas fundamentais da sociedade, ou, nas palavras do autor, “o Direito Penal garante a expectativa de que não ocorram agressões a bens”². Segundo Cancio Meliá e Feijoo Sánchez, a teoria da pena de Jakobs, apesar de contínuas reformulações, tem como ponto de partida a compreensão do direito “como sistema de comunicações que se ocupa da função de estabilização de expectativas normativas, passando a ser elemento central desta perspectiva que as expectativas estejam protegidas por sanções”³.

É importante ressaltar, entretanto, que essa definição apresentada pelos discípulos de Jakobs acerca do elemento comum a todas as fases do penalista de Bonn não é satisfatória. A rigor, a questão da comunicação é característica da segunda fase em diante, estando presente já no *Tratado* (1ª ed. em 1983, 2ª ed. de 1991) e, principalmente, em *Sociedade, norma e pessoa* (1995). Mas não há qualquer referência a aspectos comunicativos da pena ou da violação normativa em *Culpabilidade e Prevenção* (1976), principal obra da primeira fase de Jakobs. Este esclarecimento é fundamental, pois a maneira como Jakobs compreende o conceito de comunicação⁴ será por nós discutida oportunamente. Com isso podemos dizer: o elemento comum durante todo o pensamento de Jakobs é a compreensão do delito como perturbação de expectativas juridicamente garantidas.

Convém destacar, também, que a articulação feita por Marta Machado entre o potencial inovador da segunda fase de Jakobs – a compreensão

bolsista do CNPq, modalidade integral.

² JAKOBS, Günther. *O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência da norma?*, em GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011, p. 161. O artigo de Jakobs é de 2003.

³ MELIÁ, Manuel Cancio & SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. *Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar*, em JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Madrid: Civitas, 2006, p. 21 [tradução livre do espanhol].

⁴ “A sociedade, segundo a compreensão da teoria dos sistemas a que eu agora sigo, é comunicação”, em JAKOBS, Günther. *O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência da norma?*, em GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011, p. 175.

comunicativa da imputação – e a teoria da responsabilidade no Estado Democrático de Direito tal como formulada por Klaus Günther⁵, fundamental para a discussão a respeito da legitimidade das normas, parte de um conceito de comunicação distinto, derivado da teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas. Essas observações são necessárias para qualquer teoria que pretenda inovar a partir da articulação de premissas distintas.

Por fim, compreendemos que um leitor já familiarizado com as discussões sobre a teoria de Jakobs sabe que o conceito de “expectativas normativas” é incorporado do pensamento de Niklas Luhmann. Apresentaremos algumas considerações a respeito da apropriação teórica feita por Jakobs da teoria dos sistemas ao final do artigo, quando discutirmos a segunda possibilidade de inovação. Por hora, basta destacar isso: tanto na primeira fase de Jakobs (escritos até a década de 90), quanto na segunda (da década de 90 até 2003)⁶ e terceira fase (de 2003 em diante) observamos a premissa acima destacada.

1.1. Ideia central da primeira fase

As considerações até agora apresentadas possuem um caráter preparatório, procurando mostrar ao leitor algumas especificidades da teoria de Jakobs. O desenvolvimento das reflexões deste autor nos impede de afirmar que sua teoria segue uma linha retilínea. Cancio Meliá e Feijoo Sánchez apresentam a primeira fase da teoria da pena de Jakobs a partir de uma concepção que compreende a pena como “mecanismo simbólico de influência

⁵ É possível que na doutrina brasileira o nome de Klaus Günther esteja mais associado ao debate acerca da distinção entre princípios e regras no âmbito da teoria da argumentação, graças à tradução, em 2004, de *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht* (traduzido como *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*, editora Landy). Günther, que foi aluno de Jürgen Habermas, é hoje professor de teoria do direito, direito penal e direito processual penal na Faculdade de Direito da Johann Wolfgang Goethe Universität. Sua obra principal no campo penal, *Schuld und Kommunikative Freiheit* (Culpa e liberdade comunicativa), de 2005, ainda não tem tradução para o português. A coletânea de artigos *Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito: textos de Klaus Günther* (editora Saraiva, 2009), organizada por Flavia Portella Püschel e Marta Rodriguez de Assis Machado traz artigos fundamentais para os interessados no pensamento deste autor.

⁶ Por utilizarmos a segunda edição do Tratado, de 1991, o consideramos inserido na segunda fase.

(psicológica) nos membros da sociedade”⁷. Neste período – que tem *Culpabilidade e Prevenção* (1976) como marco – assumem especial relevância tanto o exercício de fidelidade ao direito quanto a necessidade de preservação da confiança na norma.

Importa aqui que a pena exerça uma influência psicológica nos cidadãos. Essa função da pena, inscrita na chamada prevenção geral positiva, apresenta-se a partir do momento em que ela é necessária para manter o ordenamento, em casos em que há perturbação de “expectativas cuja legitimidade encontra-se juridicamente garantida”⁸. Dessa forma, é nessa fase em que observamos uma estreita proximidade entre Jakobs e seu mestre, Hans Welzel, maior expoente do finalismo. Segundo Marta Machado, “ele [Jakobs] próprio chega a admitir que alguns dos elementos da sua primeira formulação da prevenção geral positiva se aproximavam da concepção de Welzel, sendo possível traçar um paralelo entre a ideia de “fidelidade ao Direito”, de Jakobs, e os “valores positivos de ação”, de Welzel”⁹.

De fato, segundo Jakobs “isto é prevenção geral não em sentido intimidatório, mas como exercício de fidelidade para o direito”¹⁰. Ou seja, há praticamente uma identificação entre o chamado exercício de fidelidade ao direito com o conteúdo da prevenção geral positiva e, não por acaso, é neste momento em que surgem críticas relacionadas ao desrespeito da autonomia dos indivíduos, por ser exigida uma atitude interna de adesão aos valores da norma.

⁷ MELIÁ, Manuel Cancio & SÁNCHEZ, Bernarndo Feijoo. *Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar*, em JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Madrid: Civitas, 2006, p. 28 [tradução livre do espanhol].

⁸ JAKOBS, Günther. *Culpabilidad y prevención* em JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 78. Trata-se aqui da primeira citação de Luhmann no texto. Logo após Jakobs apresenta sua diferenciação entre expectativas cognitivas e normativas – que será retomada alguns anos depois no Tratado de Direito Penal –. Já é interessante notar que as citações de Luhmann, neste momento (1976), referem-se a escritos da década de 70, notadamente, *Sociologia do Direito*, publicado em 1972. Esta informação será fundamental mais adiante, tendo em vista a incorporação do conceito de autopoiesis feita por Luhmann a partir da década de 80.

⁹ MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea*. Tese (doutorado). Departamento de Filosofia e Teoria do Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 172.

¹⁰ JAKOBS, Günther. *Culpabilidad y prevención*, em JAKOBS, Günther. *Estudios de*

1.2. Ideia central da segunda fase

A prevenção geral positiva é apresentada de forma mais elaborada no *Tratado de Direito Penal*. (1ª ed. em 1983; 2ª ed. em 1991). O chamado “giro objetivo” de Jakobs já está presente quando sustenta que “a função da pena é a preservação da norma enquanto modelo de orientação para contatos sociais.”¹¹. Importa aqui a prevenção geral por meio do reconhecimento normativo, resultado de três expedientes: i) exercitar a confiança normativa; ii) exercitar a fidelidade jurídica; e iii) exercitar a aceitação das consequências. Nesta segunda fase Jakobs dá cada vez mais ênfase ao primeiro aspecto, relegando a um segundo plano as relações de psicologia social entre autor potencial e a norma jurídico-penal. A partir deste momento, violação normativa e pena são abordados no plano do significado, e não das consequências externas do comportamento¹².

A ênfase no aspecto comunicativo do direito penal fica ainda mais evidente quando consideramos outro texto: *Sociedade, norma e pessoa* (1995). Nele o penalista de Bonn sustenta que a pena cumpre sua função independentemente dos efeitos de psicologia social, sendo o delito considerado como falha de comunicação. Dessa forma, “apenas sobre a base de uma compreensão comunicativa do fato entendido como afirmação que contradiz a norma e da pena entendida como resposta que confirma a norma se pode encontrar uma relação iniludível entre ambas e, nesse sentido, uma relação racional”¹³.

A defesa da identidade da sociedade passa, então, a assumir papel preponderante, já que “a pena não é tão somente um meio para manter a identidade social, mas já constitui essa própria manutenção”¹⁴. Com isso, Jakobs afasta-se de sua posição inicial, em *Culpabilidade e prevenção* (1976), apesar de continuar utilizando a expressão “prevenção geral positiva”. O significado desta expressão volta a ser objeto de análise em *Sobre a teoria da*

derecho penal. Madrid: Civitas, 1997, p. 79.

¹¹ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal – Teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009, p. 27.

¹² Idem, p. 26.

¹³ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Barueri: Manole, 2003, p. 03.

pena (1998): “A prevenção geral positiva – se é que se quer fazer uso desse termo – não deve denominar-se prevenção *geral* porque teve efeitos em um grande número de cabeças, mas porque garante o general, ou melhor, o geral, isto é, a configuração da comunicação; por outro lado, não se trata de prevenção porque se quer alcançar algo através da pena, e sim porque esta, como marginalização do significado do fato em si mesma tem como efeito a vigência da norma”¹⁵.

Segundo Cancio Meliá e Feijoo Sánchez, na segunda fase nota-se uma crescente influência de Hegel, razão pela qual “através de Jakobs estabelece-se uma ponte entre a prevenção geral positiva e as teorias objetivas da retribuição como a hegeliana”¹⁶. Tanto é assim que a posição do penalista de Bonn durante esta época é compreendida como uma revisão funcional da teoria da pena de Hegel. A diferença estaria na troca do conceito abstrato de Direito pelo de identidade da sociedade. Na opinião de seus discípulos, “Jakobs chega a tal nível de abstração que, na realidade, desemboca em um conceito funcional de retribuição”¹⁷. A única diferença entre Jakobs e outros neo-retributivistas, como Köhler e Wolff, estaria na tímida referência ao futuro por meio do conceito de expectativa. Vale destacar que Heiko Lesch, discípulo de Jakobs que também utiliza Luhmann como premissa teórica, sustenta que a pena serve somente para a estabilização de expectativas, sem qualquer referência ao exercício de fidelidade ao direito, designando sua proposta como “teoria funcional retributiva e compensadora da culpabilidade”¹⁸.

Marta Machado, por sua vez, procura desassociar a segunda fase de Jakobs da ideia de retribuição. Para ela “a pena responde a uma anterior infração à norma, mas não se apresenta como a simples retribuição de um mal

¹⁴ Idem, p. 04.

¹⁵ JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*, em JAKOBS, Günther. *Moderna dogmática penal – estudios compilados*. México: Editorial Porrúa, 2006, p. 657-658 [tradução livre do espanhol].

¹⁶ MELIÁ, Manuel Cancio & SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. *Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar*, em JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Madrid: Civitas, 2006, p. 36 [tradução livre do espanhol].

¹⁷ Idem, p. 37 [tradução livre do espanhol].

¹⁸ LESCH, Heiko. *La función de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 79.

nem como um imperativo diante de toda infração da norma, podendo-se dela prescindir em determinadas circunstâncias, em razão de funcionalidade”¹⁹. Dessa forma busca-se enfatizar o aspecto comunicativo da pena, abstraindo-se de seus fins materiais, de tal forma que quando não for observada qualquer ameaça à identidade da sociedade, não há que se falar em punição. Quanto à aproximação com Hegel, a autora observa que “a diferença estaria em que o ponto de referência da fundamentação hegeliana é o conceito abstrato de Direito e o de Jakobs, as condições de subsistência de uma sociedade determinada”²⁰.

Também é salientado que nesse período observamos uma determinada relação entre pessoa e sociedade, “totalmente baseada em comunicação”²¹, em que o conceito de pessoa refere-se ao cidadão que respeita o direito (comunicação pessoal), e não ao indivíduo, que age de acordo com um código de satisfação/insatisfação (comunicação instrumental). Essa distinção é importante já que, segundo Jakobs, “o direito se estabelece para aqueles que podem ser caracterizados como pessoas em direito”²².

Neste contexto, aquele que infringe a norma apresenta uma conduta formalmente pessoal, ao passo que seu conteúdo manifesta-se no ambiente da sociedade. Isso significa que o infrator não está materialmente na sociedade, já que “não cumpriu as expectativas que lhe eram dirigidas como pessoa e se definiu como algo a que essas expectativas não mais se dirigem, como indivíduo”²³. Segundo Marta Machado, fazendo referência a Jakobs, uma vez que a sociedade não estabelece seus contornos por meio de condutas individuais, o infrator da norma deve continuar sendo pessoa, sendo a pena um meio para marginalizar o significado da conduta da pessoa, confirmando assim a identidade normativa da sociedade.

¹⁹ MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea*. Tese (doutorado). Departamento de Filosofia e Teoria do Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 175.

²⁰ Idem, p. 176.

²¹ Ibidem, p. 177.

²² JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Barueri: Manole Editora, 2003, p. 56.

²³ MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea*. Tese (doutorado). Departamento de Filosofia e Teoria do Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 178.

Essa ênfase no aspecto comunicativo é necessária, não só pelas possibilidades de desenvolvimento inovadoras decorrentes da compreensão comunicativa do delito e da pena, mas também porque, em sua terceira fase, Jakobs volta a inserir os efeitos cognitivos em sua teoria da pena. Nesse sentido, a retomada da base cognitiva como garantia das expectativas normativas será identificada com a necessidade da dor penal, de tal forma que a pena deva ser concretizada como comunicação (plano simbólico) e como privação dos meios de interação do autor (plano material).

1.3. Ideia central da terceira fase

A partir de 2003 Jakobs passa a enfrentar a questão da justificação da dor penal. Em *A pena estatal: significado e finalidade* (2006) ele pergunta: “Por que é necessária, também, uma dor produzida pela pena?”²⁴. Neste período observamos uma reconstrução de sua teoria, como já destacado. Segundo Marta Machado, “essa mudança reflete um retorno às preocupações concretas com a garantia de segurança cognitiva na sociedade”²⁵.

As consequências dessa alteração podem ser observadas na formulação do chamado direito penal do inimigo, como salientam Cancio Meliá e Feijoo Sanchez: “aqueles sujeitos que não mostram um “apoio cognitivo” suficiente, podem postular-se como pessoas, mas não são pessoas reais, e recebem as sanções de um “Direito penal” do inimigo”²⁶. Deve ser destacado, entretanto, que a opinião de Jakobs a respeito do “Direito penal do inimigo” não é constante. Em *Criminalização ao estado prévio à lesão de um bem jurídico* (1985) Jakobs rechaça a solução do direito penal do inimigo, vendo a antecipação da tutela penal como ilegítima em um Estado de liberdades. Mas em seus escritos recentes Jakobs volta a se preocupar com a insegurança

²⁴ JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Madrid: Civitas, 2006, p. 135 [tradução livre do espanhol].

²⁵ MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea*. Tese (doutorado). Departamento de Filosofia e Teoria do Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 183.

²⁶ MELIÁ, Manuel Cancio & SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. *Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar*, em JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Madrid: Civitas, 2006, p. 55 [tradução livre do espanhol].

cognitiva, que desta vez será articulada com a necessidade de vigência real da norma desrespeitada, sendo a dor penal elemento fundamental para que esse objetivo seja alcançado. Em *Terroristas como pessoas de direito?* (2005) o penalista de Bonn afirma: “uma expectativa normativa dirigida para uma determinada pessoa perde sua capacidade de orientação quando carece do apoio cognitivo prestado por parte desta pessoa”²⁷.

O que nos interessa enfatizar neste período de produção de Jakobs é: no âmbito do direito penal do cidadão busca-se manter a vigência do ordenamento jurídico. Já no âmbito do direito penal do inimigo busca-se garantir a segurança do ordenamento jurídico. Ou então, como sintetiza Jakobs: “A função manifesta da pena no Direito Penal do cidadão é a contradição, e no Direito Penal do inimigo é a eliminação de um perigo”²⁸. Pode-se dizer: um desenvolve-se como direito penal do fato, e o outro como direito penal do autor.

Segundo Marta Machado, o “direito penal do inimigo é certamente incompatível com seu conceito de imputação penal. Não é compatível com a sua definição funcional: não tem significado comunicativo, não há punição com base em culpabilidade, procede-se antes do fato ou além da pena”²⁹. Dito isso, estamos diante de dois tipos distintos de direito penal, de tal forma que as reflexões a respeito do direito penal do inimigo não devem ser associadas, necessariamente, às ideias presentes em na teoria da imputação de Jakobs.

1.4. Balanço

Ao apresentarmos o desenvolvimento do pensamento de Jakobs procuramos evidenciar a descontinuidade da terceira fase de seu pensamento, na medida em que a segurança cognitiva volta a ser articulada com a finalidade da pena. O próprio Jakobs enfatiza essa mudança na nota 147 de *A pena estatal: significado e finalidade* (2006), quando enfatiza que “aqui se pretende

²⁷ JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo. Noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 57.

²⁸ Idem, p. 47.

²⁹ MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea*. Tese (doutorado). Departamento de

corrigir³⁰ o que foi restringido – efeitos de psicologia social – em escritos anteriores.

Dessa forma, o *Tratado de Direito Penal* (1991) pode ser visto como peça de resistência ao “giro fático” do penalista de Bonn, ou seja, como construção teórica de uma teoria da imputação desvinculada da incorporação da ideia de inimigo e da necessidade de dor penal. Em outras palavras: no *Tratado* observamos a *possibilidade* de utilização da pena aflictiva – pena de prisão – como forma de comunicação estabilizadora da norma, sem confundir teoria da pena com teoria do direito penal. Não há aqui *necessidade* da pena aflictiva. Como salienta Marta Machado, “a partir da sua estrutura comunicativa, Jakobs abre espaço para discutir outros sentidos e outras formas de pena, ou melhor, de comunicação da imputação”³¹. Essa constatação abre espaço para pensarmos possibilidades de inovação na relação entre defraudação da norma e reafirmação da norma.

2. Dois caminhos para inovar

Antes de apresentarmos algumas considerações a respeito das possibilidades de inovação a partir da segunda fase de Jakobs devemos retomar um ponto fundamental. Afirmou-se no começo do artigo que o elemento comum durante todo o pensamento do autor aqui estudado é a compreensão do delito como perturbação de expectativas juridicamente garantidas. Isso nos leva diretamente à teoria dos sistemas de Luhmann. Se, por um lado, é possível observar a influência de Luhmann em toda a obra de Jakobs, por outro, é necessário refletir sobre como é feita esta apropriação. Evidentemente, aqui não há espaço para uma análise completa dessa questão. Assim, pontuaremos algumas questões a partir de escritos posteriores ao *Tratado*.

Esse estudo é fundamental, já que uma das possibilidades de inovação

Filosofia e Teoria do Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 209.

³⁰ JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Madrid: Civitas, 2006, p. 145.

³¹ MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea*. Tese (doutorado). Departamento de

relaciona a teoria da imputação de Jakobs com a teoria da responsabilidade em um Estado Democrático de Direito de Klaus Günther, manifestando uma possibilidade de inovação que não pode ter qualquer proximidade com a teoria dos sistemas de Luhmann, por incompatibilidade de premissas. Com isso queremos chamar a atenção para duas formas produtivas de se pensar o direito penal: uma que observa a questão da legitimidade das decisões políticas que concretizam o sentido e a forma de imputação de responsabilidade, tal como formulada, principalmente, por Günther; e outra que observa a estruturação do direito penal na sociedade funcionalmente diferenciada e seus possíveis desenvolvimentos, tal como formulada por Luhmann.

2.1. A legitimação democrática do sentido da pena

A primeira forma de inovação a partir da segunda fase de Jakobs consiste em articular a compreensão comunicativa do processo de imputação com a determinação dos sujeitos responsáveis pela concretização do sentido da pena, dando especial relevância para a questão da legitimidade das normas penais, tema que não é aprofundando por Jakobs nos escritos da segunda fase, já que este autor observa essa questão como algo concernente ao sistema político.

Dessa forma, é possível dizer que onde Jakobs para, Günther prossegue, pelo menos até 2005, quando é publicada *Culpa e liberdade comunicativa*, na medida em que associa a legitimidade das normas a um processo público (com acesso universal) de formação da vontade e do direito. Como salientam Flávia Püschel e Marta Machado, “o conceito de culpa deverá ser definido pelos próprios cidadãos no processo de legiferação democrática. São os cidadãos que decidem sob quais condições uma pessoa pode ser considerada imputável e culpável”³². Aqui importa o conceito de pessoa deliberativa, formulado por Günther, por meio do qual são fundidos os

Filosofia e Teoria do Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 279.

³² PÜSCHEL, Flávia Portella & MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Org.). *Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito: textos de Klaus Günther*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. XVIII.

conceitos de cidadão destinatário da norma e cidadão autor da norma.

Com isso observa-se um deslocamento importante: a validade do direito não é mais observada a partir da aceitação ou não deste pelo cidadão, mas a partir do processo de produção da norma, de acordo com as premissas destacadas. Ou seja, o dever de obediência decorre da legitimidade do processo de criação da norma, e não mais da aceitação de seu conteúdo. Segundo Marta Machado, “é esse conceito de pessoa de direito, entendido como jogo de trocas entre cidadão co-legislador e pessoa de direito no papel de destinatária das normas, que faz a ponte entre imputação e legitimidade”³³. Dessa forma, a imputação só é legítima quando atenta à observação desses dois papéis.

A ideia central dessa primeira forma de inovação teórica parte da premissa de que o cidadão posicione-se a respeito das condições necessárias para que uma pessoa seja considerada imputável e culpável. Para que isso ocorra é fundamental que os cidadãos se reconheçam “mutuamente como pessoas de direito deliberativas livres e iguais”³⁴. Ora, essa inovação – a determinação dos critérios de imputação pelos cidadãos – só é possível diante da desmaterialização dos conteúdos do delito, tal como feito por Jakobs, razão pela qual é razoável dizer que “a crítica de Günther à Jakobs reconhece os importantes passos dados pela teoria da imputação de Jakobs no âmbito da dogmática penal e apenas propõe incorporar o modelo de imputação de Jakobs aos pressupostos do Estado Democrático de Direito”³⁵.

É interessante notar que Feijoo Sánchez também segue esta linha. Em *Sobre a normatização* (2005) o discípulo de Jakobs afasta-se consideravelmente das premissas de seu mestre ao propor uma teoria normativa, intersubjetiva e comunicativa do direito penal. O penalista de Madrid

³³ MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea*. Tese (doutorado). Departamento de Filosofia e Teoria do Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 318.

³⁴ PÜSCHEL, Flávia Portella & MACHADO, Marta Rodrigues de Assis (Org.). *Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito: textos de Klaus Günther*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47-48.

³⁵ MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea*. Tese (doutorado). Departamento de Filosofia e Teoria do Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 321-

observa em *Sociedade, norma e pessoa*, de Jakobs, uma volta a Hegel, na medida em que os termos “sociedade” e “norma” estariam referidos a Luhmann, e “pessoa” a Hegel. Isso aconteceria, segundo o autor espanhol, por ser necessária uma teoria da ação no direito penal, o que seria impossível de acordo com as premissas luhmannianas. Dessa forma, afirma na nota 188 que “nenhuma teoria global do direito penal seguiu coerentemente a posição de Luhmann no que se refere à teoria da ação”³⁶, razão pela qual até mesmo Jakobs procurou referências em Hegel. Com isso, “Jakobs desenvolve uma teoria comunicativa menos radical que a de Luhman e que apresenta pontos de contato com uma construção intersubjetiva”³⁷.

O que deve ser destacado é que o caminho inovador que leva a teoria de Jakobs para uma teoria intersubjetiva do direito penal deriva, em princípio, da presença de Hegel. Essa é a ponte que conduz a Klaus Günther, passando pelo conceito de comunicação habermasiano.

Por fim, é interessante notar que essa possibilidade de inovação não passa despercebida por Jakobs. Em *A culpabilidade dos estrangeiros* (2008) o penalista de Bonn discute a legitimidade das normas, dialogando com Günther. Após sustentar que em um Estado mais ou menos liberal o que vale é quem conhece ou pode conhecer o caminho do direito, tendo capacidade de discernimento, pode seguir por ele, Jakobs afirma que para se falar em culpabilidade material o Estado que quiser reivindicar para si o “preço” da fidelidade ao direito quando observe a falta desta fidelidade deve oferecer ao cidadão, no mínimo, “uma contribuição de acordo com este “preço”; dito com outras palavras, deve tratar-se de um Estado legítimo”³⁸, salientando que tal contribuição, hoje, diz respeito à possibilidade de participação no processo político, citando expressamente Habermas e Günther. Mas logo após Jakobs sustenta que um déficit de legitimação não invalida a totalidade da estrutura

322.

³⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Normativización del derecho penal y realidad social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 79 [tradução livre do espanhol].

³⁷ Idem.

³⁸ JAKOBS, Günther. *La culpabilidad de los foráneos*, in CANCIO MELIÁ, Manuel & FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*. Madrid: Civitas, 2008, p. 126.

normativa da sociedade e, na nota 42, sustenta que sua tese “corresponde com a de Günther”³⁹, citando a seguinte passagem de *Culpa e liberdade comunicativa*:

“Com o direito de participar no processo democrático de elaboração da norma e com a possibilidade de todos de fazer valer neste processo uma posição divergente, à pessoa em Direito se pode exigir acatar à norma com seu comportamento e evitar o injusto (...) Quando uma pessoa em Direito rechaça uma norma positiva válida e que foi elaborada, neste sentido, de forma legítima, ela deve então reconhecer as demais pessoas em seu papel de cidadãos do Estado e convencê-las publicamente de que não acatem a norma, já que ela não tem aceitação geral”⁴⁰

Jakobs, entretanto, também considera legítimas aquelas normas que não estão disponíveis, que não são ou foram objeto de um discurso público. Isso tem relevância, por exemplo, para o caso de alemães que praticam crime em outros países. Segundo Jakobs, “um alemão que saquear um bazar qualquer em um país governado não democraticamente tem culpabilidade! Não é muito claro se Günther neste caso decidiria de forma distinta ou se deixaria de lado esta problemática”⁴¹.

³⁹ Idem.

⁴⁰ GÜNTHER, Klaus. *Schuld und kommunikativ Freiheit*, 2005, p. 245 e ss., 255 Apud JAKOBS, Günther. *La culpabilidad de los foráneos*, in CANCIO MELIÁ, Manuel & FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*. Madrid: Civitas, 2008, p. 126-127.

⁴¹ JAKOBS, Günther. *La culpabilidad de los foráneos*, in CANCIO MELIÁ, Manuel & FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*. Madrid:

2.2 O direito penal no âmbito da sociedade funcionalmente diferenciada

A segunda forma de inovação a partir da segunda fase de Jakobs consiste em uma [re]aproximação com Luhmann. Antes de prosseguirmos é fundamental esclarecer, então, por qual razão deve-se separar a presente proposta de inovação daquela apresentada por Günther. Luhmann, quando perguntado sobre onde as respostas para as questões mais perplexas da modernidade poderiam ser encontradas, respondeu: “Não em Frankfurt”⁴². O que isso significa?

Segundo Luhmann é possível identificar a evolução social da sociedade por meio de diferentes formas de diferenciação (centro/periferia, diferenciação estratificada ou hierárquica e diferenciação funcional)⁴³. De acordo com a teoria dos sistemas, a sociedade atual evoluiu até a diferenciação funcional, na qual podemos observar diversos sistemas sociais de comunicação, cada qual com uma função e sem qualquer hierarquia entre eles. Não há nenhum super sistema, o que significa, em contraposição a Habermas, que não há espaço para a formação de “esferas públicas” decorrentes da interação comunicativa entre atores em um mundo da vida racionalizado. Por essa razão Orlando Villas Bôas Filho salienta que “Luhmann e Habermas constituem uma referência negativa um para o outro”⁴⁴.

Luhmann rejeita qualquer tentativa de compreender a sociedade por meio de uma visão progressista com pretensões emancipatórias, desenvolvida a partir de uma tradição iluminista. O objetivo de sociólogo de Bielefeld é construir uma teoria que seja capaz de descrever a sociedade moderna. Para isso, utilizará o conceito de comunicação - unidade sintética de três operações seletivas: emissão/elocução, informação e compreensão –, e não o de ação,

Civitas, 2008, p. 127.

⁴² LUHMANN, Niklas. *Theories of distinction*. Califórnia: Stanford University Press, 2002, p. 193 [tradução livre do inglês].

⁴³ Para uma análise a respeito do direito em cada uma dessas etapas, ver LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Herder, 2005, pp. 301-358.

⁴⁴ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2006, p. 85

como elemento básico para a descrição dos sistemas sociais autopoieticos⁴⁵ – dotados de abertura cognitiva e fechamento operacional. Mas isso não significa, como afirma Feijoo Sánchez, que a temática da ação seja necessariamente excluída na perspectiva sistêmica e, conseqüentemente, em uma teoria do direito penal por ela influenciada. O que Luhmann exclui é a utilização do conceito de ação como unidade operativa da sociedade. A ação, na perspectiva da teoria dos sistemas, seria uma construção comunicativa que é “atribuída a um agente ou ator”.⁴⁶

Segundo Luhmann, não se pode elaborar uma teoria da comunicação partindo do conceito de intersubjetividade⁴⁷, e sua proposta teórica procura ser rica o suficiente para abarcar um fenômeno que, em seu entendimento, não é devidamente considerado em Habermas: o dissenso. Luhmann considera que, de alguma forma difícil de ser explicada, a ideia de consenso foi caracterizada como “a melhor ideia”. Mas a comunicação é altamente improvável, sendo necessários mecanismos (linguagem, meios de comunicação e meios de comunicação simbolicamente generalizados) que lidem com essa improbabilidade, sendo o direito um desses mecanismos (meio de comunicação simbolicamente generalizado). O que importa destacar é que o sociólogo alemão busca uma solução “que não recorre a qualquer forma de consenso normativo pautado pela racionalidade”⁴⁸.

Uma vez que cada sistema funcional produz sua própria realidade social, não existe algo como “a” realidade, sendo possível dizer que existem diversas

⁴⁵ O conceito de autopoiesis foi originalmente concebido pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, em *The organization of Living Systems, Its Characterisation and a Modal, Bio System*, 5, 1974.

⁴⁶ MOELLER, Hans-Georg. *Luhmann explained*. Illinois: Open Court, 2006, p. 97 [tradução livre do inglês]. O livro de Raffaele de Giorgi, *Azione e Imputazione*, escrito em 1984 com a contribuição de Luhmann, em que o autor analisa a teoria da imputação penal como aquisição evolutiva da sociedade, é amplamente ignorada.

⁴⁷ LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Madrid: Trotta, 1998, p. 44 [tradução livre do espanhol].

⁴⁸ BÓAS FILHO, Orlando Villas. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2006, p. 156. O autor esclarece que “para Luhmann, o conceito de comunicação, visto a partir da perspectiva da teoria da ação (seja ela a teoria da ação comunicativa ou qualquer outra que centre sua atenção nos atos de fala), fica centrado o ato de participar da comunicação, excluindo o ato de entender, ao passo que uma teoria autopoietica da comunicação deve incorporar o ato de entender na própria unidade do conceito de comunicação”, em BÓAS FILHO, Orlando Villas. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas*

realidades em construção, de tal forma que a sociedade apresenta-se de maneira diferente para cada subsistema social. Trata-se do chamado “construtivismo radical”, a partir do qual a realidade torna-se efeito da observação⁴⁹. Uma teoria sobre a sociedade constitui-se como uma teoria na sociedade. Toda observação decorre de uma distinção, que se por um lado demarca o lado observado, do outro deixa em aberto um ponto cego, a parte não observável da distinção. Dessa forma, a realidade não é algo dado, mas o resultado das distinções entre sistema e ambiente. Como salienta Hans-Georg Moller, “qualquer observação só pode observar alguma coisa a partir da criação de pontos cegos. A realidade depende de pontos cegos”⁵⁰. Com isso podemos dizer que Luhmann rejeita uma “instância capaz de realizar uma descrição compreensiva do todo social, sobretudo se isso implicar pretensões normativas”⁵¹, tal como propõe Habermas e, na mesma linha, Günther.

Feitos esses esclarecimentos, não hesitamos em afirmar que é possível observar a influência de Luhmann em todas as fases de Jakobs. Entretanto, é notório como o penalista de Bonn afasta-se das premissas luhmannianas já a partir de sua segunda fase, fragilizando a coerência interna de sua teoria⁵².

Dessa forma, consideramos que um ponto de partida possível para outra inovação na forma de se pensar o direito penal está no *Tratado de Direito Penal*. É possível observá-lo como peça de resistência, no sentido de aproximação à teoria dos sistemas, em contraposição ao distanciamento observado em seus escritos mais recentes⁵³. O *Tratado* foi escrito em 1983 (e

Luhmann. São Paulo: Editora Max Limonad, 2006, p. 149.

⁴⁹ MOELLER, Hans-Georg. *The radical Luhmann*. Nova York: Columbia University Press, 2012, p. 79 [tradução livre do inglês].

⁵⁰ MOELLER, Hans-Georg. *Luhmann explained*. Illinois: Open Court, 2006, p. 74 [tradução livre do inglês].

⁵¹ BÓAS FILHO, Orlando Villas. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2006, p. 121.

⁵² O maior problema ao tentar unir diversas premissas teóricas está no juízo de compatibilidade das mesmas. É pouco provável que uma articulação entre Luhmann, Hegel, Kant, Hobbes e Rousseau, como Jakobs costuma fazer em seus escritos recentes, possa surtir efeitos produtivos, sem qualquer esforço de filtragem, como se tudo fosse compatível.

⁵³ Isso não significa que não existam problemas de apropriação da teoria dos sistemas no Tratado. Como fugiria dos propósitos deste artigo apresentar uma reflexão pormenorizada sobre o tema, direcionamos o leitor interessado ao artigo *O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva: uma comparação entre Jakobs e Luhmann*, de Mariana Thorstensen Possas, incorporado na Revista Brasileira de Ciências Criminais 56, 2005. Possas analisará

sua segunda edição veio a público em 1991), ao passo que parte considerável do desenvolvimento da teoria dos sistemas veio após esta data, incluindo aqui a incorporação do conceito de autopoiesis (incorporado em *Sistemas sociais*, em 1984, e integrado à análise do direito em *O direito da sociedade*, em 1993). Parece então razoável questionar se os escritos que dão continuidade às reflexões do *Tratado* contribuem para essa (re)aproximação entre Jakobs e Luhmann.

Pensamos que a resposta à questão colocada é negativa, como o próprio Jakobs sabe⁵⁴, não sendo possível observar no referido livro um diálogo produtivo com Luhmann, tal como aparecera em seu *Tratado*, guardadas as reservas já mencionadas. Em escritos posteriores Jakobs volta a pontuar seu distanciamento em relação à teoria dos sistemas, como na nota 1 do artigo *A imputação jurídico-penal e as condições de vigência da norma* (2000), em que afirma, quanto à diferenciação entre pessoa e papel, que não seguirá Luhmann⁵⁵.

Por este motivo sustentamos, uma vez mais, que o *Tratado* é peça de resistência, na medida em que pode ser enriquecido a partir do desenvolvimento da teoria dos sistemas⁵⁶. Considerando o fato de que Jakobs sabe que não respeita todas as premissas de Luhmann, não nos interessa aqui

como Jakobs utiliza o conceito de expectativa normativa, além de refletir sobre o problema da sanção e da pena e a interpretação de Jakobs acerca da função do direito na sociedade moderna. Vale aqui a mesma ressalta já feita: a determinação da função do direito penal no *Tratado* leva em consideração somente o *Sociologia do Direito* (1972) de Luhmann. Nada impede uma releitura do *Tratado* a partir do *O direito da sociedade* (1993).

⁵⁴ Jakobs tem conhecimento de que não respeita todas as premissas de Luhmann, ao afirmar que “um conhecimento superficial dessa teoria permite perceber rapidamente que as presentes considerações não são em absoluto consequentes a essa teoria, e isso nem sequer no que se refere a todas as questões fundamentais”, em JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Baueri: Manole Editora, 2003, p. 2-3. A citação de *Das Recht der Gesellschaft* (O direito da sociedade) de Luhmann comprova o afastamento consciente.

⁵⁵ JAKOBS, Günther *La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma*, em JARA DÍEZ, Carlos Gomes. *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 205.

⁵⁶ Deve ser destacado que não se trata de incorporação direta do arsenal teórico luhmanniano para o campo do direito penal. Luhmann faz sociologia, ou seja, vale-se de uma teoria descritiva, não sendo possível introduzir seus conceitos em uma teoria normativa. Grande parte da polêmica em torno dos escritos de Jakobs diz respeito à falta de clareza de sua linguagem, que mescla passagens descritas com outras normativas. Para uma análise específica a respeito da obscuridade linguística no pensamento de Jakobs, especialmente no âmbito do direito penal do inimigo, ver GRECO, Luís. *Sobre o chamado direito penal do inimigo*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Jahrgang VI, Nr. 7 (2005), pp. 211-238.

destacar todos os problemas de apropriação que existem nessa obra. Problematizaremos sucintamente as reflexões sobre a identidade da sociedade, a norma, e a exclusão da pessoa, tal como desenvolvidos por Jakobs após o *Tratado*, procurando oferecer elementos luhmannianos que demonstram outra possibilidade de se pensar essas questões.

No *Tratado* Jakobs não chega a relacionar a função da pena com a manutenção da identidade da sociedade. A rigor, a palavra “identidade” está ausente neste período. Segundo Jakobs: “a pena é sempre uma reação a uma violação normativa (...). Os conceitos utilizados para designação da pena dependem do contexto, especialmente os conceitos de “violação normativa” e de “responsabilidade”⁵⁷; “apenas são jurídico-penalmente garantidas aquelas normas cuja observância é imprescindível para a manutenção da organização social essencial”⁵⁸; “a função da pena é a preservação da norma enquanto modelo de orientação para contatos sociais”⁵⁹; “a legitimação material [do Direito Penal] consiste no fato de as leis penais serem necessárias à manutenção da configuração da sociedade e do Estado. Não existe um conteúdo genuíno das normas penais; os conteúdos possíveis orientam-se segundo o contexto de regulação em questão”⁶⁰.

Já em *Sociedade, norma e pessoa* Jakobs considera que: “O Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade”⁶¹; “a prestação que realiza o Direito Penal consiste em contradizer por sua vez a contradição das normas determinantes da identidade da sociedade. O Direito Penal confirma, portanto, a identidade social”⁶²; “a pena não é tão-somente um meio para manter a identidade social, mas já constitui essa própria manutenção”⁶³; “com isso se representa a identidade não modificada da sociedade”⁶⁴.

⁵⁷ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal – Teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009, p. 20.

⁵⁸ Idem, p. 24.

⁵⁹ Ibidem, p. 27.

⁶⁰ Ibidem, p. 61.

⁶¹ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Barueri: Manole Editora, 2003, p. 01.

⁶² Idem, p. 04.

⁶³ Ibidem, p. 04.

⁶⁴ Ibidem, p. 05.

Com essas passagens observamos que a identidade da sociedade aparece de forma substancial no segundo texto. Se no *Tratado* Jakobs deixa espaço para os conteúdos possíveis das normas penais essenciais, em *Sociedade, norma e pessoa* ele sustenta que a configuração da identidade social, já está dada, e que deriva de normas.

Para Jakobs, “uma parte das normas das que estão tratadas aqui vem dada pelo mundo racional”⁶⁵, e “outra parte das normas constitutivas da sociedade carece por completo de tal força genuína para auto-estabilizar-se (...) sua vigência deve garantir-se de outro modo, precisamente por meio de uma sanção”⁶⁶, não havendo qualquer referência à contingência dessas normas.

Em *Personalidade e exclusão no direito penal* (2001) Jakobs afirma que “pessoas são destinatários de direitos e deveres”⁶⁷, relacionando o conceito de pessoa, principalmente, à capacidade de suportar um dever⁶⁸. O fenômeno da exclusão, para Jakobs, está relacionado à atividade do próprio direito, no sentido de que este não permite que determinado indivíduo seja considerado sujeito, dando o exemplo das crianças que não tem direito a voto. Apesar de considerar, em diálogo com Luhmann, que “um mínimo de inclusão é indispensável para poder seguir incluindo-se”, e que “os que estão fortemente excluídos perdem seu papel de pessoas e são devolvidos à sua corporalidade”⁶⁹, Jakobs não tira disso qualquer questionamento sobre a prática penal, limitando-se a afirmar que “no esquema apresentado aqui, o conceito de

⁶⁵ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Barueri: Manole Editora, 2003, p. 11.

⁶⁶ Idem, p. 12.

⁶⁷ JAKOBS, Günther. *Personalidad y exclusión en derecho penal*, em JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 2004, p. 51 [tradução livre do espanhol].

⁶⁸ Aqui também seria possível um diálogo com Luhmann. No artigo *As normas desde uma perspectiva sociológica* (1969) o sociólogo alemão questiona as teorias atuais que não problematizam o dever da norma, tomando esta qualidade como dada, como ocorre em Welzel (citado na nota 5). Parece então razoável questionar até que ponto Jakobs distancia-se do conceito de norma – e da ideia de dever a ela acoplada – de Welzel. Para mais detalhes, ver LUHMANN, Niklas. *La moral de la sociedad*, Madrid: Trotta, 2013, pp. 29-56, com referências explícita a Welzel nas pp. 30-31.

⁶⁹ Idem, p. 53 [tradução livre do espanhol]

pessoa limita-se ao de pessoa em direito”⁷⁰.

Como Luhmann poderia contribuir para essa discussão? Primeiramente, compreendendo que Luhmann faz uma teoria da sociedade, não uma teoria do direito. Isto significa que Luhmann, quando estuda o direito, estuda-o a partir da sociologia, ou seja, faz sociologia do direito. Das análises luhmannianas não derivam orientações de como decidir no âmbito da dogmática penal. Isso não quer dizer que a produtividade da teoria dos sistemas sociais não possa ser tematizada pelo direito. Mas para tanto, é necessária uma outra construção da teoria do direito, atenta às colocações luhmannianas e, no âmbito do direito penal, outra teoria do crime, que siga o mesmo caminho. Feita esta advertência, pode-se dizer que em *Identidade – o que ou como?* Luhmann enfatiza uma questão que já apontamos: a observação feita pelo observador. Toda observação designa algo e distingue isso de outras coisas⁷¹. Ou seja, observar é fazer uma distinção, criar uma divisão dentro do mundo entre um lado – de onde se observa – e outro – que permanece não observado. Se Luhmann recusa definir a sociedade em termos de qualquer consenso normativo, ele também afirma que, de acordo com a teoria dos sistemas, “se alguém quiser descrever uma sociedade que descreve seu mundo e a si mesma de acordo com essas condições, deve escolher formas policontexturais”⁷².

Isso se aplica a todos os tipos de sistemas, sejam eles sociais ou psíquicos. Dessa forma, assim como o sistema jurídico produz sua identidade, outros sistemas sociais produzem outras identidades. Isso não impede que os sistemas observem uns aos outros, construindo, por exemplo, uma imagem da economia dentro do sistema jurídico. Entretanto, não é possível afirmar que exista algo como “a” identidade, e muito menos que o direito penal, enquanto subsistema do sistema jurídico, seja chamado a ser o grande guardião dessas “normas indispensáveis”.

Vale também destacar que Luhmann não observa as normas como

⁷⁰ Idem.

⁷¹ LUHMANN, Niklas. *Theories of distinction*. Califórnia: Stanford University Press, 2002, p. 114 [tradução livre do inglês].

⁷² Idem, p. 125 [tradução livre do inglês].

encarregadas de permitir a reprodução da sociedade, tal como compreende Jakobs em *Sociedade, norma e pessoa*, já que, para o sociólogo alemão, elas dizem respeito a um tipo particular de expectativas, na medida em que apresentam uma solução em caso de frustração. Assim, em *O direito da sociedade* (1993) afirma:

“Nossa definição funcional de direito traz consequências para o conceito de norma (...) de modo distinto a como se define na literatura teórica do direito amplamente difundida, o conceito de norma não se define recorrendo a características essenciais da norma, mas mediante uma distinção relacionada com as possibilidades de comportamento em caso de decepção da expectativa”⁷³.

Luhmann não está preocupado com as motivações pelas quais alguém segue a norma, razão pela qual a norma não tem como função orientar motivações. Ou seja, a norma não assegura um comportamento conforme a norma, somente protege quem tem essa expectativa. Luhmann também afirma que “atualmente existe consenso acerca de que o conceito de norma não pode ser definido mediante a ameaça da sanção, muito menos mediante a imposição destas sanções”⁷⁴. A contraposição com Jakobs fica evidente quando o sociólogo alemão sustenta que não determina o direito “a partir de certos tipos de normas”⁷⁵.

Outro aspecto merece destaque: segundo Luhmann, no século XXI poderíamos observar, e essa seria o pior cenário possível, um metacódigo de inclusão/exclusão. Na sociedade funcionalmente diferenciada, em princípio, todos os sistemas funcionais estão abertos para qualquer um. Mas, de fato,

⁷³ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. México: Herder, 2005, p. 190 [tradução livre do espanhol].

⁷⁴ Idem, p. 191-192 [tradução livre do espanhol].

⁷⁵ Idem, p. 193 [tradução livre do espanhol].

eles produzem exclusão em massa, reduzindo diversas pessoas⁷⁶ a “corpos remanescentes que tentam sobreviver ao próximo dia”⁷⁷. Essa situação seria mascarada pela utilização de conceitos como “igualdade”, “liberdade”, articulados na construção do mito de que, ao final, tudo acabará bem, desde que a racionalidade e responsabilidade intrínseca a cada um faça-se presente. Segundo Moeller, “desde a perspectiva da teoria dos sistemas este mito é um ópio ideológico auto administrado para saciar a vaidade humanista”⁷⁸. No entendimento de Luhmann, esses valores servem para preservar uma ilusão de inocência: “igualdade como igualdade de oportunidade e liberdade como possibilidade de imputação individual (e não social)”⁷⁹.

Dito isso, não nos resta dúvida de que a teoria dos sistemas pode contribuir para uma nova maneira de pensar e construir o sistema brasileiro de direito penal⁸⁰. A potencialidade das análises de Luhmann também nos permite observar a prática penal a partir da pergunta: como podem ser relacionadas seletividade do direito penal e diferenciação funcional? Como explicar que grande parcela dos excluídos de fato, aqueles destituídos de direitos básicos que “gravitam à margem das prestações dos subsistemas sociais, dentre os quais o jurídico”⁸¹, sejam justamente incluídos no sistema penal? E o mais importante: o que fazer a partir disso?

Se, por um lado, diante das possíveis contribuições luhmannianas, o

⁷⁶ Luhmann define o conceito de pessoa como forma que serve ao acoplamento estrutural entre sistemas psíquicos e sociais, permitindo assim uma irritação e interpenetração recíproca. Pessoas, no âmbito da teoria dos sistemas, não significam seres humanos. Para uma análise completa, ver o texto “La forma persona”, in LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Madrid: Trotta, 1998, p. 231-244.

⁷⁷ LUHMANN, Niklas. *Globalization or World Society: How to Conceive of Modern Society?*, in *Internacional Review of Sociology* 7, nº 1: 67-79. Apud MOELLER, Hans-Georg. *Luhmann explained*. Illinois: Open Court, 2006, p. 59.

⁷⁸ MOELLER, Hans-Georg. *Luhmann explained*. Illinois: Open Court, 2006, p. 63 [tradução livre do inglês].

⁷⁹ LUHMANN, Niklas. *Globalization or World Society: How to Conceive of Modern Society?*, in *Internacional Review of Sociology* 7, nº 1: 67-79. Apud MOELLER, Hans-Georg. *Luhmann explained*. Illinois: Open Court, 2006, p. 61.

⁸⁰ Para além dessas aproximações com Luhmann, fundamental a chamada “racionalidade penal moderna”, tal como formulada por Álvaro Pires. Uma abordagem inicial pode ser encontrada em PIRES, Álvaro. *A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos*. Novos Estudos CEBRAP, nº 68, 2004: pp. 39-60.

⁸¹ VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 333.

caminho a partir da exigência de fidelidade ao direito nos parece prejudicado, por outro, a tomada de posição diante de uma ação que viola uma norma jurídico-penal precisar levar em consideração a relação acima descrita. Se atentarmos para o que Jakobs diz em seu *Tratado*, ao refletir sobre os casos de solução do conflito sem pena, encontramos que “a sistematização dessas possibilidades de distanciar o agente de sua violação normativa tem lugar na teoria da culpabilidade”⁸², então não nos resta dúvida do potencial inovador que a teoria dos sistemas pode agregar, mediante irritação não controlada, à teoria da imputação de Jakobs. Dessa forma, a afirmação feita por Jakobs, de que “a sociedade, segundo a compreensão da teoria dos sistemas a que eu agora sigo, é comunicação”⁸³, poderia ser, aos poucos, reaproximada às formulações de Luhmann, sem prejuízo de outras formas de se pensar o aspecto comunicativo da pena.

3. Conclusão

Apesar das modificações observadas na teoria da imputação de Günther Jakobs é possível pensar o direito penal de forma inovadora a partir da segunda fase do autor, notadamente, ao dar ênfase ao aspecto comunicativo da pena e da violação normativa. Isso significa marginalizar, no plano teórico, as considerações feitas pelo penalista de Bonn acerca do chamado “direito penal do inimigo” em sua terceira fase. As possibilidades de repensar o direito penal apresentadas, uma a partir do diálogo com Klaus Günther, outra a partir do diálogo com Niklas Luhmann, apesar de radicalmente distintas quanto às premissas, constituem-se como formas fundamentais para pensar tanto a legitimidade das normas jurídico-penais quanto as relações entre direito penal, pessoas e sociedade, nos termos aqui apresentados. Essas considerações propiciam uma análise crítica do pensamento de Jakobs que, para além da mera recepção ou rechaço por parte da doutrina nacional, permite futuros

⁸² JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal – Teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009, p. 27.

⁸³ JAKOBS, Günther. *O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência da norma?*, em GRECO, Luís & TORTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011, p. 175.

desenvolvimientos teóricos.

4. Bibliografía

- CANCIO MELIÁ, Manuel & FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*. Madrid: Civitas, 2008.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Normativización del derecho penal y realidad social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- GRECO, Luís. *Sobre o chamado direito penal do inimigo*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Jahrgang VI, Nr. 7, 2005.
- GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011.
- JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo. Noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 2004.
- JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997,.
- JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Madrid: Civitas, 2006.
- JAKOBS, Günther. *Moderna dogmática penal – estudios compilados*. México: Editorial Porrúa, 2006.
- JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Barueri: Manole, 2003.
- JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal – Teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.
- JARA DÍEZ, Carlos Gomes. *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- LESCH, Heiko. *La función de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la*

- diferencia*. Madrid: Trotta, 1998.
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Herder, 2005.
 - LUHMANN, Niklas. *La moral de la sociedad*. Madrid: Trotta, 2013.
 - LUHMANN, Niklas. *Theories of distinction*. Califórnia: Stanford University Press, 2002.
 - MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea*. Tese (doutorado). Departamento de Filosofia e Teoria do Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.
 - MOELLER, Hans-Georg. *Luhmann explained*. Illinois: Open Court, 2006.
 - MOELLER, Hans-Georg. *The radical Luhmann*. Nova York: Columbia University Press, 2012.
 - PIRES, Álvaro. *A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos*. Novos Estudos CEBRAP, nº 68, 2004.
 - POSSAS, Maria Thorstensen. *O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva: uma comparação entre Jakobs e Luhmann*. Revista Brasileira de Ciências Criminais 56, 2005.
 - PÜSCHEL, Flávia Portella & MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Org.). *Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito: textos de Klaus Günther*. São Paulo: Saraiva, 2009.
 - VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2006.
 - VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.