

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

BEATRIZ VARGAS RAMOS G. DE REZENDE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C928

Criminologias e política criminal I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende; Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-409-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Criminal. 3. Proteção dos Direitos.
4. Políticas Públicas. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

Apresentação

É com imensa satisfação que nós, Coordenadores do Grupo de Trabalho “CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL I”, Professores Doutores Beatriz Ramos Vargas G. de Rezende (Universidade de Brasília - UnB) e Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini (UNICURITIBA), apresentamos à comunidade acadêmica o valioso fruto dos trabalhos apresentados durante o XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, ocorrido nas dependências do Centro Internacional de Convenções do Brasil, situado em Brasília-DF, entre os dias 19 e 21 de julho de 2017, evento científico de grande sucesso de público e que ofertou a sua autorizada contribuição para o crescimento e aprimoramento do saber jurídico brasileiro.

O tema do Encontro foi “DESIGUALDADES E DESENVOLVIMENTO: O papel do Direito nas políticas públicas”. Para além da excelência da proposta, ela foi de uma oportunidade indiscutível, abrangendo toda a programação XXVI CONPEDI, como é o caso do Grupo de Trabalho que dá nome a essa obra, cuja totalidade dos artigos passou por rigorosa e prévia avaliação levada a efeito por, no mínimo, dois Professores Doutores em Direito, antes de sua escolha para apresentação no evento.

Durante os trabalhos do Grupo “Criminologia e Política Criminal I”, os textos foram submetidos à análise dos participantes, discussões havidas no transcurso do dia 21 de julho, numa ambiência marcada pelo intenso debate democrático e respeito às opiniões divergentes, cuja síntese, poder-se-ia afirmar, contribuiu para o aperfeiçoamento dos artigos, numa perspectiva científica responsável.

Foram onze (11) os trabalhos apresentados, na seguinte ordem: “A contribuição da empresa para a crise penitenciária”, de Luís Otávio Sales da Silva Júnior e Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini (01); “Política criminal e a Lei Maria da Penha: o deferimento do comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação como a principal medida protetiva de urgência”, de Artenira da Silva e Silva Sauaia e Gabriella Sousa da Silva Barbosa (02); “Terrorismo e direito penal do inimigo: uma análise crítica da Lei n. 13.260 /2016 em face dos direitos fundamentais”, de Gerson Faustino Rosa e Bruna Furini Lazaretti (03); “Teoria da descoberta inevitável: quando a ilicitude da prova é útil ao devido processo legal”, de Misael Neto Bispo da França e Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado (4); “A gestão do corpo negro no Brasil: da democracia racial ao genocídio”, de Vinicius de Souza

Assumpção (5); “A onda punitiva nos contextos norte-americano e brasileiro: a preferência pela via penal para a manutenção da ordem social”, de Brunna Laporte Cazabonnet (6); “A técnica da infiltração policial como meio de investigação e de obtenção de prova e os limites da legalidade”, de Ana Paula Azevêdo Sá Campos Porto e Barbara Campos Porto (7); “As condições degradantes dos detentos nos presídios do Brasil e o RE 580.252: uma análise à luz dos direitos humanos”, de Sidney Cesar Silva Guerra e Vinícius Pinto Moura (8); “Sistemas, teoria da pena e culpabilidade em Günter Jakobs e Niklas Luhmann: ‘do que se trata o caso’ e ‘o que se esconde por detrás’”, de Priscila Mara Garcia e Amanda Tavares Borges (9); “Tutela deficitária do cárcere feminino e os efeitos da prisionização”, de Carla Roberta Ferreira Destro e Larissa Aparecida Costa (10); “Uma análise sobre o estado de coisas inconstitucionais do sistema carcerário brasileiro e a privatização de presídios como solução”, de Olavo Irineu de Araújo Neto (11).

Parte dos trabalhos resultou de pesquisa empírica, com metodologia adequada ao objeto definido, e o conjunto das apresentações produziu uma discussão madura, permeada pela crítica ao sistema prisional brasileiro. O debate também se orientou pela preocupação com o papel da universidade nesse atual contexto de crise do sistema penal e de colapso do sistema de justiça criminal.

Todos os trabalhos guardam pertinência com o tema “Criminologia e Política Criminal” e resultam de pesquisas universitárias abalizadas. Contribuirão, certamente, para novas pesquisas e avanços nessa área, tão sensível e importante para os estudiosos e, principalmente, para a população em geral, pois as políticas públicas na área criminal, especialmente as voltadas à proteção de direitos dos encarcerados e encarceradas significam, a um só tempo, o respeito à dignidade da pessoa humana e o atendimento da força normativa da Constituição de 1988.

Parabenizando os pesquisadores desse Grupo de Trabalho e todos os organizadores do XXVI CONPEDI, esperamos que os nossos leitores façam ótimo proveito dessa obra, representativa de um esforço coletivo e aristotélico na construção do bem comum.

Brasília, julho de 2017.

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini - UNICURITIBA

Prof^a. Dr^a. Beatriz Ramos Vargas G. de Rezende - UNB

SISTEMAS, TEORIA DA PENA E CULPABILIDADE EM GÜNTER JAKOBS E NIKLAS LUHMANN: “DO QUE SE TRATA O CASO” E “O QUE SE ESCONDE POR DETRÁS”

SYSTEMS, THEORY OF PENALTY AND GUILTY IN GÜNTER JAKOBS AND NIKLAS LUHMANN: "WHAT IF ANY" AND "WHAT IS HIDING FROM BEHIND"

**Priscila Mara Garcia
Amanda Tavares Borges**

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar as bases sistêmicas do pensamento de Günther Jakobs, fazendo o cotejo com o pensamento teórico de Niklas Luhmann, sobretudo no tocante à polêmica teoria do Direito Penal do Inimigo, utilizando-se para isso da pesquisa bibliográfica e método dedutivo. Após uma breve introdução sobre a teoria dos sistemas de Luhmann, analisa-se o pensamento geral de Jakobs. Ante a comparação da teoria dos sistemas com os desenvolvimentos dogmáticos, analisa-se o quanto de Luhmann há em Jakobs, e o quanto ambas as teorias se distanciam, em especial, no tocante ao Direito Penal do Inimigo.

Palavras-chave: Teoria dos sistemas, Funcionalismo sistêmico, Teoria da pena, Culpabilidade, Direito penal do inimigo

Abstract/Resumen/Résumé

The aim of this article is to analyze the systemic bases of Günther Jakobs's thinking, comparing Niklas Luhmann's theoretical thinking, especially with regard to the controversial theory of the Criminal Law of the Enemy, using bibliographical research and deductive method . After a brief introduction on Luhmann's systems theory, the general thinking of Jakobs is analyzed. Before comparing system theory with dogmatic developments, one examines how much Luhmann is in Jakobs, and how much the two theories distance themselves, especially in relation to the Criminal Law of the Enemy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Theory of systems, Systemic functionalism, Penalty theory, Guilt, Criminal law of the enemy

INTRODUÇÃO

O presente estudo parte da percepção de diversos textos sobre as obras de Günther Jakobs e Niklas Luhmann, fazendo um cotejo em suas teorias no tocante ao Direito Penal do Inimigo, observando-se principalmente a teoria dos sistemas de ambos autores. Toda observação sistêmica já é uma observação de segunda ordem e, sobretudo, a construção do sistema científico é, em grande medida, ordenada com observações para revelar uma interpretação.

Utilizou-se para esta pesquisa o método indutivo-dedutivo, vez que, após considerar as particularidades das teorias de Luhmann e Jakobs, conclui por uma observação geral, e depois, passou da análise de dados particulares da experiência sensível de ambos autores para se fazer um cotejamento com a teoria do Direito Penal do Inimigo.

Assim, em primeiro lugar, é feita uma exposição geral da teoria dos sistemas luhmanniana, na crítica da qual, muitos autores do Direito Penal acabam por fundir as críticas a Jakobs, fazendo um emaranhado de observações intra e extrassistêmicas difícil de solucionar.

Passa-se então ao sistema propriamente de Direito de Günther Jakobs, onde se analisa a contribuição da aceção sistêmica para as linhas gerais do modelo de imputação, passando pelas separações entre diversos sistemas e subsistemas e as possibilidades de intercâmbio entre eles, vislumbrando-se, de plano, o impacto geral da absorção de pressupostos luhmannianos no Direito Penal.

Tendo em vista o foco desta limitada observação teórica, a qual não visa elucubrações teórico-dogmáticas mais aprofundadas, mas cinge-se às linhas mestras que permitam enxergar as bases da teoria dos sistemas aplicada à teoria do Direito Penal do Inimigo.

Essa análise abre as portas para a ligação da pena, enquanto prestação social, com o indivíduo, como parte do social. Se a pena é comunicação, e tendo em conta já os pressupostos de autopeise e encerramento operativo de cada sistema, também o indivíduo deve comunicar para que haja um contexto integrado e coerente de comunicações. E essa possibilidade de comunicação e contracomunicação se dá na ligação fornecida pela culpabilidade.

Visto de fora, pode-se analisar o Direito Penal por meio de suas contribuições parciais para a sociedade. Com isso ter-se-ia uma adequada análise sociológica ou filosófica do Direito Penal como um todo. Contudo, se sequer ir além e operacionalizar tal função em

categorias dogmáticas a serem desenvolvidas no dia a dia dos operadores intrassistêmicos, então é a culpabilidade a porta de entrada, a viga mestra do edifício teórico.

Também serão estudadas as consequências do sistema de Direito de Jakobs, uma intra e outra extrassistêmica. Como ligação intrassistêmica, tem-se o tão afamado Direito Penal do Inimigo. De fato, como o próprio Jakobs cita por mais de uma vez, no Direito Penal do Inimigo, trata-se mais de guerra do que efetivamente de Direito enquanto comunicação. Tem-se aqui, a parte mais afeta à guerra de toda construção teórica e, ainda uma vez, serão retomados os pressupostos da controvérsia entre a comunicação e a coerção.

Por outro lado, como repercussão extrassistêmica, sabe-se que é o Direito Penal do Inimigo a construção que atraiu maiores e mais exaltadas críticas da doutrina. Assim, não é exagero dizer que contra o Direito Penal de guerra, foi e é travada verdadeira guerra por parte da doutrina. Ocorre que a polêmica nesse ponto não só obscureceu muito do restante do edifício teórico como, ainda pior, se deu segundo as bases erradas.

A análise do Direito Penal do Inimigo visa permitir a verificação de que, de posse do instrumental teórico sistêmico global, a leitura do Direito Penal do Inimigo toma outras cores, as quais não desacreditam todos os escritos de seu autor: modestos, pois tratam apenas de parcela menor de todos os escritos e consequências da teoria do Direito Penal de Günther Jakobs; ambiciosos, pois, conforme se espera, trata-se de contribuição distinta, que permite antever como uma grande parte das leituras tradicionais sobre tal teoria se encontram muitas vezes equivocadas, eivadas de pressupostos errôneos e, mesmo, antagônicos ao objeto de estudo.

1. A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN: UMA BREVE INTRODUÇÃO.

O pensamento luhmanniano tem como ponto de partida uma epistemologia ligada a um construtivismo radical. Nesse marco já não se preocupa mais em saber efetivamente o que acontece com o mundo, mas, senão, saber o que acontece com o mundo quando há um observador que busca descrevê-lo e a partir de tais descrições.

O mundo jamais poderá ser descrito enquanto uma separação radical entre sujeito e objeto, na qual o sujeito se situa em um plano superior, capaz de conhecer, sem que se alterem os objetos (STRECK, 2011).

Para Luhmann, todo conhecimento é, em verdade, uma criação de um objeto ideal. O conhecimento só é possível justamente porque não atinge o objeto. Conhecer é criar.

Para a teoria do conhecimento deve-se observar que a primeira observação já é distinção: para saber que observa algo, o observador deve ter uma ideia de si próprio.

Note-se que não se trata de uma diferença ontológica, mas de uma diferença criada, artificial, que permite que sejam realizadas observações sobre o mundo, sem que com isso tenham de se analisar as mutações ocorridas no âmbito do observador. Também essa observação, apesar de ser a primeira das observações, não passa de uma diferenciação possível dentre muitas outras. Mas é essa diferenciação entre observador e mundo que permite que se saiba que se observa a partir de algum ponto de vista. Dito com uma metáfora: o olho é incapaz de enxergar o próprio olho, mas apenas através do olho se pode enxergar o mundo (LUHMANN, 2006).

Para observar essa primeira observação, já é necessário que eles estejam diferenciados, já é necessária a própria observação.

Quando no cálculo matemático se procede a partir de uma diferença inicial – “*to draw a distinction*” -, argumentando-se que antes disso nada ficou oculto, nem nada poderia indicar a criação inicial, ficou como pressuposto, desde logo, a figura do calculador, daquele que desenha sobre o papel a primeira diferença que dará origem à criação.

A partir da primeira diferença, o mundo já não é mais o mesmo, há ao menos duas formas: o observador e o objeto.

Segundo a matriz epistemológica de Luhmann, a física, enquanto conjunto teórico de conhecimentos, só é possível justamente porque o observador, ao observar o fenômeno, com todo o seu instrumental exploratório, altera o objeto observado (que já não é o real). Assim também o fixou Maturana para as possibilidades do conhecimento biológico: o homem, como ser vivo, só conhece a natureza, enquanto vida, por meio de aparatos biológicos dados a ele pelo próprio objeto de estudo. Essas são as implicações autológicas de toda observação: “o que é válido para o objeto, também é para o observador” (LUHMANN, 2011, p. 77).

A partir dessa diferenciação inicial é possível seguir fazendo inúmeras diferenciações até o limite do produtivo. Contudo, desde logo a diferenciação estabelece também uma impossibilidade: a de se realizarem diferenciações em ambos os lados da forma de maneira simultânea (novamente a metáfora do olho invisível ao próprio olho e, apenas dessa forma, capaz de enxergar além de si) (LUHMANN, 1983a/b, ideia diluída).

Para isso seria necessário que o observador pudesse sair de si, sem que deixasse de estar em si para observar o objeto e, ao mesmo tempo, observar que observa.

Vê-se, com isso, que a categoria da observação, da diferenciação lógica enquanto forma, é mais geral do que a própria diferença dada por sistema/meio. A partir de uma

primeira observação, várias outras diferenças são possíveis e podem ser desenvolvidas enquanto restarem produtivas (LUHMANN, 2011, p. 152-177).

Embora não seja possível ao observador observar a si próprio enquanto observa os objetos, pois enquanto essa última operação ocorre, a própria consciência de si tem de ficar pressuposta, em ulteriores desenvolvimentos, os objetos podem ficar pressupostos para que sejam possíveis as observações sobre o próprio observador (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 50).

Na fenomenologia de Husserl: a consciência, enquanto *percipiendi* (noesis), não pode ficar perdida para sempre em si (“pensar sobre pensar sobre pensar sobre pensar...”), por outro lado, quando do *percepi* (noema), não pode deixar de ter consciência de si (LUHMANN, 2011, p. 95) e se perder no mundo (SARTRE, 2009, p. 23).

Para Luhmann, essa noção nasceu no contexto das primeiras revoluções liberais e, ocorrendo-se no indivíduo, nunca foi capaz de explicar adequadamente o social (LUHMANN, 2011, p. 166-167): se só o sujeito não é objeto, como explicar a intersubjetividade? Que operações se desdobram no âmbito de dois sujeitos que se relacionam?

Daí por que se deve optar por uma descontinuidade na noção de sujeito, abdicando a Teoria dos Sistemas de tal conceito, se se quiser estar apto às complexidades que aguardam a sociedade ultracomplexa do século XX e XXI.

As únicas respostas que as teorias baseadas no conceito de sujeito puderam fornecer aos problemas de nossa sociedade (inclusive frente aos riscos e frente à ecologia) foram a busca de um consenso adequado entre os indivíduos e uma exigência de política de distribuição justa. No final do século XX, a situação é completamente diferente. Esse modo de discutir os problemas não é convincente, sendo necessário entender a dinâmica específica do social, independentemente do que os seres humanos (no sentido de indivíduos concretos) pensam e conscientemente experimentam na vida social. (LUHMANN, 2011, p. 167).

Para isso, Luhmann tem também de abandonar o conceito de ação de seus predecessores no funcionalismo (em especial, de Parsons). As teorias baseadas na ação pareceriam a Luhmann estar submetidas a uma espécie de “lei das possibilidades restringidas” que permitiria, inclusive, a sua interconvertibilidade” (VILLAS BÔAS FILHO, 2002, p. 16). Essa “lei das possibilidades restringidas” não significa nada além de que o instrumental teórico dessas teorias parecia já esgotado frente às novas perspectivas da realidade social. Nesses termos,

Sustentar que tais sistemas são compostos de ação implicaria admitir que seus elementos seriam essencialmente passageiros, isto é, que não teriam densidade temporal suficiente, uma vez que surgem e desaparecem a qualquer instante (...) nada garantiria a continuidade de conexão entre as ações, de modo que o sistema poderia acabar a qualquer momento, assim que a última ação chegasse ao final. (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 17).

Por demais que presa ao paradigma do sujeito, a teoria da ação tenderia a ainda enxergar a sociedade como um *continuum* das possibilidades do indivíduo, donde derivaria todo o seu “excesso de ontologia”, o qual, por fim, traria o seu necessário fracasso. Para orientar a teoria a um novo paradigma indiferente às possibilidades do indivíduo realizáveis diretamente na sociedade – ou, em outras palavras, um paradigma em que a sociedade não é vista como antonomásia das possibilidades de desenvolvimento do homem enquanto indivíduo – Luhmann orienta a sua Teoria dos Sistemas para um desenvolvimento que reforça seu caráter cerrado operativamente e autopoietico, como será a seguir explicado (ZAFFARONI, 2007).

Para os fins da presente exposição, não importa o histórico de desenvolvimento teórico da teoria sistêmica (LUHMANN, 1983b, p. 77-79), mas, antes, basta a exposição dos conceitos fundamentais, os quais, posteriormente, serão, de forma mais ou menos congruente, apropriados pela dogmática penal.

Em verdade, a interpretação é no sentido de se analisar os motivos pelos quais, apesar da intensa instabilidade, o sistema se mantém. Não há, como na lei da oferta e da demanda, um “ponto de equilíbrio” (ZAFFARONI, 2011, p. 624-630).

A possibilidade de focalização da decisão no juiz permite uma reprodução na sociedade complexa daquilo que, via de regra, só é possível no grupo pequeno: uma influência direta no mecanismo de institucionalização e revisão de expectativas. Essas possibilidades de manutenção da expectativa apesar da violação e de pressuposição em torno do que se deve esperar sobre as expectativas alheias é o que, em termos de teoria jurídica, expressa-se com a simplificação extrema de “dever ser” (KELSEN, 2006, p. 396-399).

No dia a dia, as expectativas estruturadas formam as bases do mundo circundante, conformando o que se espera de sentido nas noções de “homem”, “planta”, “pedra”, “amarelo”, etc. “Já que não se pode participar diretamente da consciência de outras pessoas, a expectativa de expectativas só é possível através da mediação de um mundo comum” (LUHMANN, 1983a, p. 94).

Pois bem para as dimensões da experiência normativa em Luhmann, tem-se o Direito como a necessária “calibragem” entre eles. O papel do Direito é justamente realizar a generalização congruente das expectativas em cada âmbito de sentido uns frente aos outros, impedindo um bloqueio recíproco. É justamente o conjunto de expectativas congruente organizadas que forma o Direito de um sistema social.

Nesses termos,

O Direito não é primariamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas. O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruente e generalizados para as expectativas, significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades (...) A necessidade de segurança que molda o Direito se refere inicialmente à segurança das expectativas próprias, principalmente enquanto expectativas sobre expectativas, referindo-se apenas secundariamente à segurança do preenchimento dessas expectativas através do comportamento esperado. (LUHMANN, 1983b, p.115).

Finda aqui a exposição geral sobre os pressupostos da teoria luhmanniana da sociedade e do Direito. Com a última passagem, sobre a força física, torna-se claro que se questionará, ainda uma vez, a construção teórica do Inimigo. O que se percebe é que, dentro de um contexto sistêmico, em que os comportamentos humanos e o Direito não são analisados de modo naturalístico, mas segundo uma relação comunicativa em relação a expectativas, falar em um Direito Penal do Inimigo não faz sentido, contrariando, inclusive, as próprias apropriações realizadas por Jakobs.

2. A NOÇÃO DE SISTEMA, TEORIA DA PENA E CULPABILIDADE EM JAKOBS

Desde o início da compreensão sistêmica do Direito Penal por Jakobs, pode-se vislumbrar a formação da sociedade enquanto sistema de comunicação, causando a chamada “desnaturalização” dos conceitos da dogmática penal.

Nesses termos, a sociedade não é concebida como um conjunto de homens, em sentido “natural”, que se agrupam em um determinado local e nele constroem relações em comum por meio de trocas – de mercadorias, de afetos, de meras palavras enquanto operações acústicas... – e fins compartilhados (BACHUR, 2009).

Essa teoria geral da sociedade enquanto comunicação é, como se evidencia, retirada diretamente de Luhmann, e o próprio Jakobs não o nega, aduzindo que

Partindo dessa concepção, não se entende a sociedade, diferentemente do que acreditou a filosofia – entroncada com Descartes – desde Hobbes até Kant, adotando-se o ponto de vista da consciência individual, como um sistema que pode compor-se de sujeitos que concluem contratos, produzem imperativos categóricos ou se expandem de modo similar (...) A exposição mais esclarecedora da diferenciação entre sistemas sociais e psíquicos, que tem consequências para o sistema jurídico, ainda que com uma enorme distância em relação ao Direito penal, encontra-se na atualidade na teoria dos sistemas de Luhmann. (JAKOBS, 2003d, p. 1-2).

E é dessa interpretação que seguirão todas as demais relacionadas à interpretação do fato, enquanto crime, e da pena, enquanto função específica do subsistema do Direito para o todo social.

Assim, aqui já se esboça a interpretação de “sentido”, a qual atribui ao fato mais do que uma mera causação de dano ou uma ligação com a vontade transgressora: para além do quanto ocorrido externa ou psicologicamente, o fato criminoso só poderá ser entendido em um contexto genuinamente social se interpretado de acordo com seu significado comunicativo.

As implicações de tal concepção como se verá, vão longe o suficiente para já desde logo poder se vislumbrar, por exemplo, a “normativização” do bem jurídico penal. (BOBBIO, 2012). De fato, não é necessário recorrer aos bens jurídicos mais complexos e polêmicos, como o meio- ambiente ou a confiabilidade da economia: uma vez que se interprete a sociedade como comunicação – e os atos que nela ocorrem apenas a partir de seu significado comunicativo – torna-se claro que, por exemplo, a morte de um homem pelas mãos de outro, não tem aporte comunicacional enquanto destruição de um sistema orgânico, mas apenas enquanto interpretação de tal ato como comunicação contrária à comunicação dominante no seio da sociedade que determina a abstenção de tal ato – segundo critérios e valorações também comunicativos a serem ainda melhor precisados.

Destarte, há uma concepção da sociedade enquanto conformação sistêmica com um elemento específico, não encontrado em outros sistemas, elemento esse identificado na comunicação (JAKOBS, 2003d, p. 2).

Essa primeira seleção acarreta uma segunda, a qual se traduz em um corte transversal sobre os elementos pertencentes ao Direito Penal em um duplo sentido: em primeiro lugar, retira-se a gama de necessidades e complexidades reais do indivíduo, enquanto aparato orgânico e da consciência, dos temas do Direito Penal. Tal gama só será considerada seletivamente, e apenas segundo critérios construídos pelo próprio sistema do Direito: eis as bases para a construção do conceito funcional-sistêmico de culpabilidade.

Nesse sentido:

A resposta à pergunta que agora se impõe, sobre como se gera então o conteúdo determinante, é a mesma dada às perguntas de como se gera a consciência ou a orientação à satisfação de desejos ou à coordenação das funções vitais do ser humano: ao auto-organizar-se o correspondente sistema. (...) Certamente, só se poderá levar a cabo tal auto-organização num ambiente – visto a partir do correspondente sistema – favorável, e como ambiente favorável para um sistema social as construções mencionadas dos indivíduos muito possivelmente resultem idôneas. (JAKOBS, 2003f, p. 36).

O sistema psicofísico é tratado pois como uma black box, na qual se encontra sempre disponível um quantum suficiente de disposição para o seguimento da norma (...) como é sabido, o resistir ante um vício inveterado de fazer algo proibido supõe um esforço imenso. Porém essa prestação não interessa no momento de realizar a imputação jurídico-penal, posto que o Direito Penal não trata de maneira diferente quem vence com enormes esforços uma inclinação ao delito, de quem de todo modo

não se vê interessado por tal delito: ambos cumprem com seu dever. (JAKOBS, 2003a, p 31-32).

El contenido de la culpabilidad es altamente controvertido; (...) Pero en todas las controversias las versiones presentan algo común: por medio de la culpabilidad, de todas las condiciones del hecho que produce la defraudación se aísla una, en concreto un defecto de motivación, como única jurídico- penalmente relevante, al mismo tiempo que se excluye la cuestión acerca de la causa de ese defecto de motivación. Lo defectuoso no es la situación en que se ha dado el hecho, sino la motivación del autor, y las causas del defecto de la motivación sólo incumben al autor (...) y por cierto, de tal suerte que en la cuestión decisiva – la consecución de la observancia de la norma – se supone um poder autónomo del subsistema frente a las condiciones externa a dicho subsistema... (JAKOBS, 1997, p. 81)¹.

Nesses termos, vê-se que a tarefa do Direito Penal se encontra duplamente reduzida: em primeiro lugar, fica do lado de fora da ciência penal todo o processo que diz respeito à consciência e à tomada de decisões por parte do indivíduo, pois importa apenas o output final da operação fornecida pelo sistema da consciência e orgânico concretizado no indivíduo – como se verá, entendido como “pessoa”, em sentido normativo – e isso com reflexos óbvios para o conceito de culpabilidade e, por conseguinte, de pena.

Aprofundando-se nas diferenciações expostas, tem-se que enquanto subsistema da sociedade, o Direito se desenvolve dentro de um contexto global, realizando uma prestação específica essencial para o todo. Como em Luhmann, o desenvolvimento do Direito até os limites da positivação e autopoiese é, mais do que uma aquisição fortuita, uma necessidade, dado o crescimento da complexidade entre os diversos outros subsistemas sociais.

Nesse sentido, o Direito está – e tem necessariamente de estar – ligado diretamente à espécie de sociedade na qual se desenvolve:

Seja como for, a solução de um problema social por meio do Direito Penal tem lugar em todo caso por meio do sistema jurídico enquanto sistema social parcial, e isso significa que tem lugar dentro da sociedade. Portanto, é impossível separar o Direito Penal da sociedade; o Direito Penal constitui um cartão de visitas da sociedade altamente expressivo, igualmente, sobre a base de outras partes da sociedade cabe derivar conclusões bastante confiáveis sobre o Direito Penal. Por exemplo, que a pena máxima se imponha por bruxaria, por contar piadas sobre o Führer ou por homicídio caracteriza ambos, o Direito Penal e a sociedade. (JAKOBS, 2003c, p. 116).

Assim, Jakobs incide no erro apontado por Luhmann de quase todo teórico do Direito: contrapõe o “normativo” ao “ser”, e não ao “cognitivo”. Ainda mais, essa

¹ O conteúdo de culpa é altamente controversa; (...) Mas em todas as disputas versões têm algo em comum: através da culpa, todas as condições do fato de que produz defraudar um, ou seja, uma falta de fundamentação é isolado como o único legal relevante e criminalmente, ao mesmo enquanto excluindo a pergunta sobre a causa desta falta de fundamentação. A imperfeição não é a situação que tem sido o fato, mas a motivação do autor, e as causas do defeito de motivação única compete ao autor (...) e, a propósito, de tal forma que a questão decisiva - a realização observância da regra - é suposto hum subsistema de poder autónomo contra as condições externas que subsistema ... (JAKOBS, 1997, P. 81. Tradução nossa).

necessidade de violência tomada em termos macro acaba por dividir o Direito Penal em “cidadão”, com acesso comunicativo, e “inimigo”, a quem se dirige apenas a força física. Esta é, em suma, a vertente da teoria da pena que prepara o caminho para o Direito Penal do Inimigo e tensiona mais fortemente a possibilidade de aproximação entre Luhmann e Jakobs (MACHADO, 2007, p. 216).

3 – O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Os primeiros esboços daquilo que viria a ser o Direito Penal do Inimigo datam de 1985, em momento anterior até mesmo ao desenvolvimento pleno da vertente comunicativa da teoria da pena de Jakobs (o que só se deu com Sociedade, norma e pessoa na década de 90) (JAKOBS, 2009a).

Jakobs reforça a necessidade de interpretação comunicativa dos fatos “brutos” para o estabelecimento de um âmbito de liberdades, âmbito este por ele chamado de esfera civil interna, a qual perfaz, justamente, o âmbito de organização livre do cidadão (JAKOBS, 2009b, p. 136).

Como se vê, o cidadão, aqui, não é tomado “da mesma maneira em que nasceu, isto é, como um sistema psicofísico que tem a pele como limite” (JAKOBS, 2012, p. 136). Antes, a conformação de um âmbito de liberdade de organização constitui justamente uma esfera de organização livre que dá forma ao cidadão, inclusive através da possibilidade de reação contracomunicativa no caso de transbordamento de tal esfera de forma culpável.

O cidadão se conforma então de maneira normativa, enquanto centro de auto-organização e enquanto ponto de imputação da comunicação social. Essa configuração só se torna possível uma vez que o delito seja interpretado enquanto um acontecimento comunicativo, que define as esferas de liberdade e seu abuso, e não enquanto fato “bruto” que observa quais “bens” foram agredidos. A premissa é a de que em todo contato social algum bem será arriscado, o que se torna ainda mais patente na sociedade moderna de contatos anônimos e acelerados, de forma que, se se pretendesse a santificação de todo bem em uma redoma contra todos os riscos, não se produziria uma sociedade segura, mas, antes, uma sociedade paralisada (JAKOBS, 2010, p. 133).

Nesse primeiro momento, o fiel da balança ainda pende para a necessidade de fortalecimento da esfera de liberdades – do direito penal “do cidadão” – e deve-se lembrar, que, cerca de uma década depois, Jakobs lançaria seus textos mais fortemente desvinculados

de qualquer necessidade de efeitos de psicologia social (JAKOBS, 2009a, p. 133-134). Entretanto, é paradigmática a seguinte passagem:

Posto que a face normativa da vigência da norma não pode jogar a descrição contra a face cognitiva, tais fundamentações teriam que ser aceitas também em um Estado de liberdades e outras semelhantes para a redução do âmbito privado em favor do estabelecimento de controles públicos, sem que por isso possam ser considerados globalmente legitimados, entretanto, os delitos de perigo abstrato. (JAKOBS, 2012, p. 156)

O cidadão só poderia ser composto como esfera de liberdades na medida em que o Estado fosse apto a nele confiar, de forma a não se criar um verdadeiro aparato de observação constante, como nas distopias orwellianas, que asseguraria a conduta correta sempre mediante intimidação e imposição de forma forçada. Contudo, essa confiança do Estado no cidadão se veria cada vez mais deteriorada, por fatores diversos, que tornariam a própria sociedade atual, uma sociedade amedrontada (JAKOBS, 2003b).

Assim, Jakobs expressa que “este imprescindível apoio cognitivo, no entanto, a princípio, não é uma prestação do Estado, mas sim dos próprios cidadãos, visto que estes agem e orientam-se cotidianamente com base no Direito” (JAKOBS, 2009a, p. 56). Ainda, em desenvolvimento posterior, já um pouco mais matizado:

Em todo caso, o perigo do totalitarismo deveria buscar-se e encontrar-se ‘no outro lado’. Se fosse certo que o Estado tivesse que se ocupar somente em procurar uma suficiente fundamentação cognitiva da personalidade (como Kant propôs, de fato, em seu exemplo de uma sociedade civil como um ‘povo de demônios’), então teria que existir uma vigilância de tal envergadura que já não se poderia falar mais de liberdade, sobretudo porque também os mesmos vigilantes deveriam ser vigiados constantemente. A confiança cognitiva é condição de toda inclusão. Sem ela, isto é, incluindo os inimigos careceria a Sociedade de existência. Em outras palavras, a personalidade não é uma mera concessão da Sociedade nem um mero desenvolvimento próprio de cada um, senão que é, muito mais, o produto de uma relação na qual duas partes, a Sociedade e o sujeito particular, hão de contribuir necessariamente mediante um aporte pessoal. (JAKOBS, 2003a, p. 11).

Jakobs torna-se cada vez mais desconfiado da existência de não-alinhados, ou seja, daqueles que não oferecem suficiente garantia de que se restringirão ao seu âmbito de liberdade, ainda que por fora sejam vestidos por “pele de cordeiro” (JAKOBS, 2010, p. 11), misturando-se ao cidadãos de bem da sociedade, de forma que, somada tal desconfiança à possibilidade de manutenção do cumprimento da norma “à fórceps” pelo Direito Penal do Inimigo, bem como ante a necessidade de eficácia generalizante das expectativas normativas dada unicamente por seu coeficiente geral de cumprimentos, torna-se o Direito Penal do inimigo uma necessidade cada vez mais premente.

Nesses termos, tem-se as seguintes premissas que, somadas, redundam na posições ulteriores de Jakobs, que se fazem prescritivas sobre o Direito Penal do Inimigo: 1 – as

expectativas normativas possuem uma necessidade de eficácia global para se manterem vigentes; 2 – tal necessidade pode ser obtida mediante a imposição da forma; 3 – a sociedade moderna possui poucos mecanismos alternativos à própria força para garantir a confiabilidade de seus membros quanto a tais expectativas.

Quanto à progressiva desconfiança sobre os componentes da sociedade moderna, Jakobs a fundamenta em duas vertentes: 1 – o multiculturalismo e individualismo gerador de cisões de projetos coletivos e; 2 – a dependência da legitimidade estatal do sistema econômico e a falência do modelo do Estado de prestações.

Trata-se aqui, daquilo que Jock Young chamou de “insegurança ontológica” (YOUNG, 2002, p. 33-34). Adotando a linha de descrição fornecida por Bittar (BITTAR, 2009, p. 100-101), no pós maio de 68, as sociedades democráticas ocidentais se viram em turbilhão de discursos que estilhaçaram a ideia de uma unidade, de uma construção de um projeto coletivo de longo prazo.

Essa tendência cultural, para efeitos penais, desemboca nos problemas relativos ao estranhamento com o outro culturalmente diferente na sociedade contemporânea. O Estado de bem-estar Social do recém pós-guerra via o outro divergente como alguém a quem faltava alguma qualidade e que, mais dia menos dia, seria, ao final, assimilado, desde que soubesse absorver os valores corretos e necessários para qualquer cidadão respeitável. Sob esse prisma, esse Estado convivia muito mal com a diferença, pois a ideia de uma emancipação contínua e certa não permitia a abertura de espaço para diversas visões sobre o que deveria ser o progresso da sociedade – justamente o que Jakobs clama como um respaldo mais forte dado pela família, pelo Estado ou pela religião. Simplificando: ou o progresso se dá segundo a concepção dominante, ou a possibilidade de apontar diversos “progressos” de acordo com o ponto de vista do narrador iria minar a própria ideia de progresso (JAKOBS, 2003e).

É exatamente a segunda alternativa que se estabelece no âmbito cultural, e deságua no estranhamento de Jakobs com a sociedade atual.

A sociedade atual, no âmbito cultural, teria, então, segundo essa visão, muita facilidade para lidar com a diferença. De certa forma, uma atitude bastante blasé, como se ser diferente fosse, afinal, indiferente.

Contudo, ao mesmo tempo em que a atitude blasé com a diferença revela uma facilidade de ignorá-la, há uma grande dificuldade em com ela se solidarizar. E a tensão entre tolerância e indiferença será um grande marco da sociedade atual.

A sociedade complexa, ou plural, passa a ser entendida como aquela que convive, em seu interior, com um pluralismo de visões políticas, morais, religiosas, etc.

Em contraposição, pode-se afirmar que as sociedades anteriores seriam as caracterizadas por uma perspectiva unitária, em que, embora existissem grupos sediciosos da visão central, estes seriam sempre vistos sob uma perspectiva assimilacionista, observados sob um enfoque parcial e temporal, como por exemplo, os “ainda não incorporados” (YOUNG, 2002, p. 21-22).

Esse momento de confiança é totalmente deixado de lado na sociedade atual, conforme demonstra a leitura de Jakobs, em que não se encontram mais saídas fáceis para a dificuldade em lidar com a diferença. Em uma única frase, “sai a nação-estado, entram as tribos” (BAUMAN, 1997, p. 162). E é sobre essa dificuldade que se apoiam discursos excludentes de viés propriamente cultural, que apontam parcela da sociedade – que na Europa se manifesta principalmente no papel dos imigrantes, no Brasil, afora o problema já presente em relação a imigrantes de outros países latinos, tem seu marco na imagem dos migrantes, em especial, nos estados do sul e sudeste, nordestinos e nortistas – como portadores de uma cultura e de uma formação completamente divergente do *status quo*, cultura essa inassimilável e com grandes dificuldades de diálogo, que traria, portanto, como resposta mais fácil, o total corte de comunicação, como se dentro de uma mesma sociedade pudessem conviver grupos totalmente distintos, embora reciprocamente dependentes, fomentando, assim, o estranhamento e a violência (BAUMAN, 1997, p. 162).

A sociedade atual, na perspectiva de Jakobs, possui uma conformação muito mais descrente na possibilidade de consensos comunicativos. Essa situação de inconformidade fornece facilmente material inflamável para discursos de exclusão total – “a Rota estava nas ruas” -, tendo em vista uma visão de passado romanceado, em que as coisas “não eram tão difíceis” (JAKOBS, 2003a; 2003b).

O mesmo Young relata que, na criminologia, “os que estão mais à esquerda, como David Harvey, tendem a ressaltar a crise econômica e usam 1973 como ponto crítico, enquanto os que estão à direita, como James Q. Wilson, destacam as mudanças culturais e situam o ponto crítico um pouco antes” (YOUNG, 2002, p. 25-26).

É também nesse sentido que Bauman (BAUMAN, 2001) destaca que os países que ainda mantêm algum grau de políticas sociais do *welfare state*, notadamente os nórdicos europeus, veem-se como enormes fortalezas, cercadas de bárbaros, que desejam entrar para usufruir da riqueza insuficiente para ser prolongada para todos os estrangeiros, sobretudo aqueles que compartilham de outras culturas e religiões.

A criação de inimigos é então a solução mais comumente aventada quando a sociedade se encontra em um beco da qual não encontra saídas razoáveis ou realizáveis: alguém deve estar cercando-a de tijolos, para deixá-la em tal beco sem saída.

E para criar inimigos, nada melhor do que o Direito Penal. Como se percebe, ambas as tendências que animam a desconfiança de Jakobs frente aos desalinhados em pele de cordeiro da sociedade atual têm muito pouco a ver com a sociologia de Niklas Luhmann. Aproximam-se, inclusive em seus autores, de correntes que descrevem a sociedade atual através de narrativas próximas à chamada “pós-modernidade”. E o próprio Luhmann rechaça a ideia de uma teoria da pós-modernidade (LUHMANN, 2007, p. 205).

Como se vê, a desconfiança dos componentes da sociedade atual que arrasta Jakobs desde uma perspectiva descritiva-crítica do Direito Penal do Inimigo até uma perspectiva prescritiva (ou, ao menos, “ambígua”) não se desenha a partir de pressupostos da teoria dos sistemas. Em verdade, a insegurança ontológica e a precariedade material, enquanto grandes angústias da sociedade moderna sugeririam, inclusive, um *locus* de observação privilegiada do todo, o que, conforme já demonstrado, é totalmente negado pela teoria luhmanniana. Entretanto, já nos próprios pressupostos de construção da teoria de Jakobs sobre as expectativas normativas e cognitivas e suas consequências para o espectro comunicativo da teoria da pena se pode encontrar divergências significativas do que sugeririam uma teoria efetivamente sistêmica no sentido luhmanniano.

4 - SISTEMAS, TEORIA DA PENA, CULPABILIDADE, JAKOBS E LUHMANN: “DO QUE SE TRATA O CASO” E “O QUE SE ESCONDE POR DETRÁS”.

Após a passagem pela exposição dos pressupostos básicos da teoria dos sistemas em Luhmann e Jakobs, pode-se realizar um balanço de quanto estão, afinal, imbricadas ambas as teorias.

Como primeira observação tem-se que a separação e autonomia radicais da teoria do direito de outros pressupostos tidos por Jakobs como “excesso de humanismo” deriva diretamente da possibilidade de afirmação radical da autossuficiência sistêmica do Direito trazida pela Teoria Luhmanniana. Nesses termos, criticada por seu caráter formal, supostamente passível de adaptação a qualquer sociedade, bem como carente de qualquer tomada de posição político-valorativa em relação às consequências de seus institutos, Jakobs se escora fortemente na teoria dos sistemas, erigindo como pilar de sustentação de tais características criticadas a confiabilidade da teoria sociológica que enxerga no sistema do

Direito o encerramento operativo capaz de operacionalizar, por si, os influxos comunicativos do ambiente. Pode-se dizer que a concepção que Jakobs faz de sua própria produção teórica no universo total da sociedade espelha de forma idêntica a própria construção luhmanniana: a todo momento o teórico do Direito confessa suas próprias impossibilidades apontando para as poucas possibilidades de irritação direta extrassistêmica para a produção das informações intrassistêmicas. O teórico do Direito só produz informações “para dentro”, ao mesmo tempo em que está adstrito aos influxos gerados pelo acoplamento estrutural a outros sistemas, não podendo, por exemplo, ignorar as variações do próprio sistema do Direito, derivadas de alterações de seu ambiente.

Curioso é justamente notar que tal muralha de sustentação para o caráter supostamente cerrado da teoria jakobsiana seja sustentado justamente a partir de uma posição “de fora”. Vale dizer, Jakobs somente sustenta suas impossibilidades enquanto teórico do direito a partir da sua observação de segunda ordem enquanto teórico sobre a teoria (e os teóricos) do Direito.

Analisando os textos de Jakobs, em que já se disserta sobre o incremento do risco ou a necessidade de padrões de comportamento, percebe-se que a teoria dos sistemas acabou por fornecer as bases de sustentação a ideias que já rondavam, de forma desorganizada, o pensamento do penalista. Sem o conceito de autopoiese, de acoplamento estrutural, ou mesmo de comunicação, a teoria de Jakobs talvez tivesse se desenvolvido em sentido semelhante ao que hoje se edifica, contudo, é justamente a integração de todos esses conceitos que dá o seu caráter radical, na medida em que a possibilita não retroceder ou vacilar em um único de seus vértices. É justamente tal certeza que se perde ao retornar a pressupostos não sistêmicos. Em verdade, a teoria do inimigo está novamente ligada muito mais a construções pré-sistêmicas do que a concepções efetivamente luhmannianas.

As referidas observações não querem, entretanto, afirmar que toda a teoria penal deveria se desenvolver segundo a construção sistêmica. Em verdade, tal assertiva iria de encontro à própria teoria dos sistemas, eis que a sociologia, enquanto discurso científico da sociedade sobre a própria sociedade, deve necessariamente permanecer “de fora” dos sistemas que observa se quiser continuar a ser sociologia.

Inobstante, a afirmação daquilo que radica ou não seus pressupostos nos pressupostos sistêmicos, se não permite a construção dos próprios conceitos jurídicos, permite, ao inverso, a desconstrução dos conceitos que, supostamente sistêmicos, de teoria dos sistemas são muito pobres.

Da análise do quantum sistêmico da teoria de Jakobs, pode-se, inclusive, dizer que, em sua última fase da teoria da pena, há muito pouco de Luhmann. Nesses termos, a própria teoria dos sistemas forneceria suporte teórico para a crítica dogmática de tais construções.

Em sua última aula na universidade de Bielefeld, Luhmann palestrou sobre a vocação da sociologia, argumentando que, enquanto teoria científica da própria sociedade, não poderia ela negar nem sua cientificidade, nem sua socialidade. Nesses termos, ao se focar na cientificidade, a sociologia se proporia a questão “do que se trata o caso?”. Por sua vez, ao se focar no caráter social, a questão seria “o que se esconde por detrás?”. A construção das correntes sociológicas variaria conforme a variação no enfoque de suas preocupações com a sua cientificidade ou com a sua vocação social. Pois bem, ao partir da teoria do conhecimento construtivista radical, a sociologia luhmanniana se liberta da questão sobre “o que se esconde por detrás”, eis que o “de trás” é sempre contingente e variável, podendo se esconder uma miríade de possibilidades conforme a capacidade e complexidade do próprio sistema. Nesses termos, a sociologia “autoconsciente” da teoria dos sistemas teria como missão justamente elaborar o máximo possível tais possibilidades não exploradas, de forma a fornecer à própria sociedade – e seus subsistemas – um coeficiente de variação e complexidade adequado para a percepção de que, no limite, tudo pode se esconder por detrás.

Segundo o que se depreende de tudo quanto foi analisado em Luhmann, a sociologia somente pode servir como “conselho ponderado à dogmática”. É justamente com tal caráter de conselho ponderado – que afinal, para ser ponderado, somente pode vir “de fora” da polêmica – que se resgata ao separar aquilo que, na teoria de Jakobs, se baseia ou não na teoria dos sistemas. Colocadas as perguntas e respostas em seus devidos lugares, pode-se afirmar que ainda existe um amplo campo à teoria dos sistemas para questionar a partir “do caso”, “o que se esconde por detrás” da teoria penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se proceder à crítica do Direito Penal de Jakobs a partir de seus pressupostos últimos, pode-se verificar o quanto, afinal, é o legado dogmático jurídico herdeiro da tradição sociológica sistêmica, descortinando as conclusões para se chegar às bases.

Nesse passo, passou-se, em primeiro lugar, brevemente pelas novidades trazidas pelo olhar luhmanniano sobre a teoria da sociedade, apontando a necessidade de autopoiese sistêmica como fundamento do encerramento do sistema social em relação ao sistema psíquico e, sobretudo, de cada subsistema social dentro da sociedade. Ainda, enquanto fator

de operação distintivo do social, a comunicação surge como essencial para o foco especificamente intersubjetivo da experiência sociológica, deixando a atenção ao sistema psíquico, o qual, assim como a sociedade, tem de seguir suas próprias estruturas e se manter autopoieticamente em operação.

Enquanto subsistema da sociedade, também o Direito tem necessariamente de fundar sua possibilidade sistêmica na comunicação, deixando, desde as suas bases, o “homem”, enquanto sistema psíquico, “de fora” de suas operações, somente capazes de ligação entre si enquanto comunicação. Tais conceitos e construções são apropriadas pela teoria de Jakobs para a organização de seus pressupostos teóricos iniciais, os quais, desenvolvidos até as últimas consequências, trazem a função da pena enquanto contracomunicação.

Enquanto análise “macro”, a teoria dos subsistemas, sobretudo a ideia de sistema autopoietico em si é diretamente apropriada por Jakobs, que a utiliza escorando-se como forma de justificar a abstrativização de sua teoria, a qual pouco se importa com a “efetividade”, em termos tradicionais, da pena e do Direito Penal, senão enquanto meios de persecução da própria finalidade do subsistema: a integração das expectativas normativas.

Embora se aproprie da descrição social enquanto conjunto de sistemas autopoieticos, ao descrever o sistema do Direito Penal, Jakobs realiza uma primeira redução e divergência para com a teoria luhmanniana, explicando a reconfirmação da expectativa defraudada unicamente no âmbito temporal – mediante a contracomunicação da sanção -, de forma que, já desde esse primeiro momento, pode-se observar que a teoria jurídica começa a traçar caminho divergente da teoria sociológica.

Referida divergência, contudo, não se faz inadaptável às possibilidades sistêmicas, podendo, em termos gerais, ser ainda lida como compatível à teoria dos sistemas, sobretudo no tocante ao espectro formal da sanção penal e o caráter meramente expressivo da violência, a qual tem seu ápice na teoria da pena de Jakobs, podendo se dizer, junto de outros autores, que é justamente tal fase que possibilitou o maior número de inovações teóricas ao Direito Penal do Inimigo.

Pode-se também criticar a teoria dos sistemas de Luhmann, igualmente a se criticar a teoria dogmática do Direito Penal encetada através da teoria funcionalista da pena. Contudo, não se pode criticar a teoria de Jakobs em decorrência de sua apropriação da teoria dos sistemas de Luhmann, nem entender que a teoria dos sistemas de Luhmann chegaria como consequência final inafastável à teoria da pena de Jakobs. Em verdade, embora haja pontos fundamentais de contato entre as duas teorias, é justamente a apropriação parcial da teoria de Luhmann por Jakobs que traz a esta os pontos de ataque mais contínuos, sobretudo, no âmbito

do Inimigo. Tais pontos são, em geral, ligados pela crítica diretamente à teoria sistêmica de Luhmann, o que, como se demonstrou, não se sustenta.

Enquanto se continuar a criticar a teoria de Jakobs por sua aproximação com a teoria de Luhmann, bem como se compreender aquela como desenvolvimento necessário desta – criticando, portanto, também esta – se estará, desde logo, errando o alvo, fazendo críticas que não dialogam efetivamente com nenhuma das teorias.

Para que a crítica possa, enfim, ter seu lugar adequado, muito mais proveitoso do que refutar a radicalização penalista realizada a partir da teoria dos sistemas, imputando a esta última as mazelas daquela outra, se faz aprofundar a análise sistêmica da própria apropriação jurídica da teoria dos sistemas, não se podendo negar que uma complementa a outra e ambas tem sua parcela de acertos e erros na descrição funcionalista do Direito Penal e da sociedade.

REFERÊNCIAS

BACHUR, João Paulo. **Distanciamento e crítica**: limites e possibilidades da teoria de sistemas de Niklas Luhmann. Tese (doutorado). Departamento de Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. 3. ed. Tradução de José Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.

_____. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BITTAR, Eduardo César Bianchi. **O Direito na pós-modernidade** (e reflexões frankfurtianas). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 5. Ed. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Batista. São Paulo: Edipro, 2012.

JAKOBS, Günther. **Estudios de Derecho Penal**. Tradução ao Castelhana e estudo preliminar de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González e Manuel Cancio Meliá. Madri: Civitas, 1997.

_____. **A imputação objetiva no Direito Penal**. 3. Ed. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2010.

_____. **A imputação penal da ação e da omissão**. Tradução: Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003a.

_____. **Ciência do direito e Ciência do Direito Penal**. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003b.

_____. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003c.

_____. **Sociedade, norma e pessoa:** teoria de um direito penal funcional. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003d.

_____. **Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido.** Tradução de Maurício Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003e.

_____. **Uma teoria da obrigação jurídica.** Tradução: Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003f.

_____. CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo:** noções e críticas. 4. ed. Org. e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.

_____. **Tratado de Direito Penal.** Teoria do injusto penal e culpabilidade. Tradução de Gercélia de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b.

_____. **Fundamentos do Direito Penal.** 2. Ed. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I.** Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983a.

_____. **Sociologia do Direito II.** Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983b.

_____. **A improbabilidade da comunicação.** 4. ed. Tradução de Anabela Carvalho. Lisboa: Passagens, 2006.

_____. **Introdução à Teoria dos Sistemas.** Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Do delito à imputação:** a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea. 2007. Tese (doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada** – ensaio de ontologia fenomenológica. Tradução de Paulo Perdiggão. Petrópolis: Vozes, 2009.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **O paradoxo da auto-referência na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann e suas implicações no âmbito do Direito.** Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

_____. **Teoria dos sistemas e Direito Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2009.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.