Alexandre Gonçalves Kassama

Leituras da modernidade no funcionalismo radical: da teoria dos sistemas à pós-modernidade

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Alamiro Velludo Salvador Netto

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo
2014

Alexandre Gonçalves Kassama

Leituras da modernidade no funcionalismo radical: da teoria dos sistemas à pós-modernidade

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de mestre na área de concentração: Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia.

Orientador: Professor Associado Alamiro Velludo Salvador Netto

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo
2014

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Dona Marina e Seu Nelson que, sem nunca terem concluído o ensino médio, foram os meus maiores professores.

Agradeço ao meu orientador, Professor Alamiro Velludo Salvador Netto, pela confiança e ensinamentos valiosos, que fizeram deste trabalho uma realidade.

Aos colegas da Defensoria Pública do Paraná, em especial, à equipe de trabalho da Execução Penal em Curitiba, a quem eventualmente tive de recorrer para cobrir as falhas necessárias para escrever a presente dissertação.

À Amanda, que vivenciou toda a sua elaboração, tornando a renúncia necessária para dar corpo a este escrito um fardo compartilhado e mais terno.

RESUMO

O presente trabalho 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 Inimigo. Nesse passo, após uma breve digressão sobre a teoria dos sistemas de Luhmann, analisa-se a forma como a matriz sistêmica aporta no pensamento geral de Jakobs, sendo, em sequência, desenvolvido o pensamento inicial em relação à teoria da pena. Através da ligação radical entre a função da pena e a culpabilidade, verifica-se que os conceitos de acoplamento estrutural e encerramento operativo fornecem as bases para o desenvolvimento teórico da dogmática de Jakobs, sem, contudo, serem desenvolvidos até suas últimas consequências. Por fim, 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

The present work aims to analyze the systemic basis of the thought of Günther Jakobs, making comparisons with the theoretical ideas of Niklas Luhmann, particularly with regard to the controversial Enemy´s Theory. In this step, after a brief digression on Luhmann's systems theory, we analyze how the system approach brings in the general thought of Jakobs, being, in sequence, developed the initial thought in relation to the penalty's theory. Through the radical connection between the penalty's function and culpability, we noted that the concepts of structural coupling and operational closure provide the foundation for the theoretical development of Jakobs' dogmatic, without, however, being developed to their ultimate consequences. Finally, the comparison of the systems theory with the dogmatic's development provides the analysis of how much Luhmann is there in Jakobs, and how long both theories depart, in particular, in regards the Enemy Criminal Law

.

Key words:

Systems Theory – Systemic functionalism – penalty's theory – culpability – Enemy Criminal Law

SUMÁRIO

Resumo 3
Abstract 4
1. Introdução 6
2. Capítulo 1: A teoria da sociedade em Niklas Luhmann: uma introdução 11
   a. 1.1. As possibilidades da "realidade": "*Draw a distinction*".....11
      i. 1.1.2. As observações de segunda ordem 17
   b. 1.2. A teoria dos sistemas..... 20
      i. 1.2.2. O encerramento operativo..... 22
      ii. 1.2.3. A sociedade enquanto comunicação..... 25
      iii. 1.2.4. O acoplamento estrutural..... 30
      iv. 1.2.5. A evolução dos subsistemas..... 35
   c. 1.3. A função da norma enquanto "dever ser"..... 45
3. Capítulo 2: A noção de sistema em Jakobs 54
   a. 2.1. A sociedade enquanto sistema: expectativas e comunicação.....54
      i. 2.1.1. O sistema do Direito enquanto subsistema social.....58
      ii. 2.1.2. A consciência enquanto sistema autopoiético.....62
4. Capítulo 3: Teoria da Pena..... 66
   a. 3.1. A pena enquanto prestação específica do sistema do Direito Penal: a manutenção de expectativas normativas..... 66
   b. 3.2. O Direito Penal do Inimigo..... 85
   c. 3.3.Expectativas normativas e cognitivas: sociedade, natureza e comunicação..... 98
5. Capítulo 4: Culpabilidade.....113
   a. 4.1.Culpabilidade enquanto ponto culminante da imputação: contracomunicação e função do Direito.....113
   b. 4.2. Culpabilidade enquanto acoplamento estrutural.....120
   c. 4.3. Culpabilidade e sentido.....124
6. Sistemas, teoria da pena, culpabilidade, Jakobs e Luhmann: *"do que se trata o caso"* e *"o que se esconde por detrás"* 127
7. Conclusão.....131
8. Referências.....134

INTRODUÇÃO

De todos os adjetivos endereçados ao sistema de Direito Penal desenvolvido por Günther Jakobs, talvez o mais ajustado às proporções do impacto causado por sua obra seja "*polêmico"*.

No sentido que adquiriu tal qualificação ao longo dos séculos, pode-se precisar que "*polêmico"* é aquilo que causa "*polêmica"*, e esta, por sua vez, pode ser definida como *"debate oral, questão, controvérsia"*[1]. Nesses termos, talvez uma das mais famosas "*polêmicas"* de nossa história possa ser encontrada na literatura, na chamada "*Questão Coimbrã"*, na qual, em meados do século XIX contrapunham-se defensores da escrita de estilo "*antigo"*, de formas já tradicionais, baseados em Lisboa, aos defensores de estilo *"novo"*, baseados em Coimbra, detentores de novas ideias literárias e filosóficas, que desaguaram na também chamada *"questão do bom senso e do bom gosto"*.

Tal qual os literatos, o sistema de Jakobs evoluiu de uma correção de formas tradicionais, para uma ruptura, com a criação de um sistema novo[2]. E tal qual a questão de antanho, invocou dúvidas sobre o seu *"bom senso e bom gosto"*.

Pois bem, a centelha teórica que inflamou a presente tese parte da percepção que diversos textos *sobre* as obras de Günther Jakobs fazem uma interpretação acelerada, muitas vezes confundindo pressupostos teóricos e proposições dogmáticas, de forma a quase se construir uma *teoria* sobre a teoria de Jakobs que faz imagem pouco fiel sobre a própria teoria que visa teorizar.

Partindo-se do pressuposto – nas páginas que seguem melhor explicado – que toda observação sistêmica é já uma observação de segunda ordem e, sobretudo, a construção do sistema científico é, em grande medida, ordenada com observações de observações, sabe-se que a proposta de voltar aos textos originais, ou desvelar uma interpretação "verdadeira", é sempre uma proposta fadada ao fracasso, na medida em que a exposição do "verdadeiro" ou "original" é também a *construção* de um "verdadeiro" e "original". Contudo, dentro da própria estrutura dos textos analisados, pode-se vislumbrar liames marginais que permitem uma exposição comparativo-crítica dos textos *de* Jakobs e dos textos *sobre* Jakobs.

---

[1] FERREIRA, A. B. de H., **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Coord. Marina Baird Ferreira, Margarida dos Anjos. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010, p.1664.

[2] Segundo o próprio **Jakobs,** de uma *"corrección normativa (...) hacia la construcción normativa"*. JAKOBS, G**. Estudios de Derecho Penal**. Trad. ao Castelhano e Estudo Preliminar de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González e Manuel Cancio Meliá. Madri: Civitas, 1997, p. 7.

Sobretudo, volta-se a presente investigação ao desvelamento dos pressupostos filosófico-sociológicos que levaram ao desenvolvimento do sistema dogmático em questão.

Tal qual o diabo machadiano que visava desfiar as virtuosas *capas de veludo, puxando-as pelas franjas de algodão*[3], parte-se do princípio de que a exposição e construção dos conceitos dogmáticos práticos revelam, em seus detalhes, as opções filosóficas últimas, as quais, todavia, nem sempre são adequadamente interpretadas, e essa é a *diferença que faz a diferença*.

Essa opção justifica-se pela já referida interpretação apressada, que muitas vezes confunde ambos os conceitos, fazendo uma teoria sobre a teoria de Jakobs, na qual se acaba, muitas vezes, por confundir a teoria de Jakobs com as teorias por trás dessa teoria, criticando esta e aquelas em um amálgama pouco explicado e muito menos explicador.

Desembaraçar aquilo que pode ser desembaraçado – sempre ciente de que se trata, ao fim e ao cabo, de mais uma teoria – dentro de uma teoria sobre a teoria por trás da teoria é o escopo último das presentes linhas.

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.

Para os termos de uma tese de Direito Penal, não se realizará uma valoração e ponderação crítica-filosófica da tese filosófico-sociológica luhmanniana. Ainda assim, o tema será analisado com maior profundidade do que o normalmente realizado, e serão expostos os conceitos-chave, os quais permitirão o salto da sociologia para os dogmas jurídicos jakobsianos.

Passa-se então ao sistema propriamente de Direito de Günther Jakobs. Aqui se analisa a contribuição da acepção sistêmica para as linhas gerais do modelo de imputação, passando pelas separações entre diversos sistemas e subsistemas e as possibilidades de intercâmbio entre eles.

Faz-se, assim, uma retrospectiva da noção sistêmica na teoria de Jakobs, e, sobretudo comparando textos anteriores à adoção de tal noção, pode-se vislumbrar de plano o impacto geral da absorção de pressupostos luhmannianos no Direito Penal.

Com tal exposição, observa-se também muitos pontos de interpretação errônea em que se debate parte da doutrina crítica a Jakobs sobre a resolução dos pressupostos

---

[3] DE ASSIS, M. **A Igreja do Diabo**. *In:* **Histórias sem data**, p.10. Acessível em http://machado.mec.gov.br/images/stories/pdf/contos/macn004.pdf, acesso em 20/10/2014

filosófico-sociológicos e suas possíveis consequências indesejadas. Como se verá, nem só de sistemas vive Jakobs, mas daquilo que vive, e precisamente naquilo, é mal interpretado.

De posse do arcabouço teórico sistêmico, e tendo já visto de forma panorâmica a forma de sua incorporação intrassistêmica pela teoria penal, parte-se para a análise dos desenvolvimentos dogmáticos, de certa forma, traçando as linhas já apontadas pelo panorama geral até as suas consequências.

Tendo em vista o foco desta limitada observação teórica, a qual, como já ressaltado, não visa elucubrações teórico-dogmáticas mais aprofundadas, mas cinge-se às linhas mestras que permitam enxergar as bases do sistema, foram selecionadas as categorias da pena e da culpabilidade.

De fato, como teoria sistêmica, que analisa o Direito Penal como subsistema do sistema social, e em especial tendo em vista a contribuição específica prestada por tal subsistema ao todo social, o que caracteriza a teoria de Jakobs como funcionalista é, precisamente, a construção dos pormenores dogmáticos a partir da análise da função da pena. O que a caracteriza como *sistêmica* é o encontro de tal função por meio da apropriação de elementos da teoria dos sistemas luhmanniana.

Se o Direito Penal tem alguma *serventia*, a forma mais fácil de buscá-la se dá pela verificação de sua prestação específica: a pena. Como se verá, postas as coisas em seus patamares teóricos filosófico-sociológicos, a pena só pode se inserir dentro de uma análise sistêmica enquanto portadora de um "sentido" social, para além da mera imposição da força física, enquanto *comunicação.*

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 autopoiese 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.

Se só a pena é que fornece a prestação específica do Direito Penal para o todo social, só por meio da culpabilidade é que a pena adquire efetiva coerência dentro do sistema do Direito. Ousa-se dizer que a culpabilidade, em termos intrassistêmicos, é a verdadeira chave da matriz teórica, e não a pena. Em verdade, como se verá, não faz qualquer sentido separar uma e outra, eis que não se pode falar de pena sem culpabilidade, e esta, por sua vez, só adquire razão de ser ante a possibilidade de imputação dirigida pela

pena. Contudo, é o conceito de culpabilidade que abre a porta do desenvolvimento dogmático para as finalidades assentadas quando definidas a função da pena e do Direito Penal enquanto prestador de tal função.

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.

Novamente serão aqui retomados os pressupostos e dificuldades da diferenciação entre pena e mera coerção. De fato, como se verá, nem tudo o que acontece no âmbito da teoria da pena reflete na culpabilidade. Da mesma forma, fixando-se um conceito *ad hoc* de culpabilidade, nem sempre se poderia lançar as buscas de uma finalidade da pena a partir de tal ponto.

Trata-se, enfim, de duas instituições distintas, porém, inseparáveis.

Já avançado o estudo sobre a pena e a culpabilidade, logo se verá que a teoria da imputação é, em verdade, um mero complemento e desenvolvimento do quanto concertado entre as duas categorias.

Ainda, no âmbito da teoria da pena a palavra "polêmico" tem também outro significado.

Do grego *"polemikós"*, a etimologia da palavra aponta a ligação do termo referente à "*afinidade com a guerra*". Nesses termos, "polêmico" seria aquilo "*que concerne à guerra".*

Esse último significado de polêmica poderá ser facilmente ligado a duas 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. Ocorre que somente pelo Direito Penal do Inimigo não é possível apreender todas as bases de que parte a teoria de Jakobs e, muitas vezes, a partir da análise daquele, parte-se ao ataque de todo o restante. Com isso, perde-se efetivamente a matriz filosófico-sociológica que daria bases para uma crítica, inclusive, intrassistêmica. Ainda pior, insatisfeita com as consequências dogmáticas últimas – e, como se verá, há profundas dúvidas sobre a construção do Direito Penal do Inimigo mesmo no âmbito de uma teoria funcionalista sistêmica do Direito Penal – nega-se todo o edifício teórico desde as bases, descartando-se de plano diversas contribuições interessantes.

A análise do Direito Penal do Inimigo apenas após a propedêutica 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. Se normalmente toma-se conhecimento da teoria de Jakobs por meio do Direito Penal do Inimigo, a proposital disposição do assunto como parte posterior da tese permite verificar como, de posse do instrumental teórico global, em especial sociológico, tem-se uma leitura muito diferente das leituras tradicionais sobre essa última parte dos escritos de Jakobs.

Dado o fôlego e a capacidade intelectual do autor desta tese, bem como a diferença para com o fôlego e capacidade intelectual do autor sobre o qual disserta, as contribuições do estudo têm de se encerrar nesses termos ao mesmo tempo modestos e ambiciosos.

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, como se, na linha de Heidegger, houvesse desde logo uma oposição ao objeto, que impediria o fenômeno de se manifestar ao ser do investigador[4].

[4] Salvo no presente momento, não se trabalha em nenhum outro da presente tese com a matriz ontológica, senão naquilo em que ela influenciou a teoria sistêmica luhmanniana. Nesses termos, a presente menção a Heidegger e sua teoria epistemológica-ontológica deve ser lida como metáfora, até porque, como supracitado, não se desconhece a impossibilidade da construção de um "original". *Toda observação é uma nova diferenciação*.

CAPÍTULO 1

A TEORIA DA SOCIEDADE EM NIKLAS LUHMANN: UMA INTRODUÇÃO

Nos moldes de uma obra jurídica que busca fazer a crítica do Direito Penal funcionalista sistêmico, a crítica da obra sociológica de Luhmann ficará contida aos estreitos limites necessários para demonstrar quais pressupostos estão sendo utilizados na dogmática, de que forma, e com que finalidade, bem como quais não estão.

Não se procede, assim, a uma análise perfunctória do pensamento sociológico, tarefa que fica a cargo de monografias mais especializadas[5].

Todavia, mesmo no estudo jurídico, será inevitável fazer referências a teorias sociológicas complexas, que muitas vezes surgem como pedras fundamentais, capazes de fazer a estrutura dogmático-jurídica se sustentar, sendo, assim, inevitável uma exposição, ainda que breve, do pensamento do autor.

1.1. AS POSSIBILIDADES DA "REALIDADE": "*DRAW A DISTINCTION*"

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.

Essa premissa baseia-se no pensamento filosófico-matemático de Spencer-Brown, para quem, no cálculo, a princípio, nenhuma operação deve ficar pressuposta, sendo que, a partir do primeiro traço do lápis na folha de papel em branco, tem-se uma primeira diferenciação (ao menos em "parte de cima/parte de baixo"), a partir da qual todas as outras operações subseqüentes poderão ser construídas.

Com isso, já são desde logo refutadas todas as concepções ontológicas do mundo, que têm tão grande prestígio na ciência penal[6][7].

---

[5] Veja-se, a título de exemplo, VILLAS BÔAS FILHO, O. **Teoria dos sistemas e Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. NEVES, R. F. **Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann.** Tese (Mestrado em Sociologia) – Departamento de Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. GONÇALVES, G. L; VILLAS BÔAS FILHO, O. **Teoria dos sistemas sociais**. Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013

[6] Nas palavras do próprio LUHMANN, N. **Introdução à Teoria dos Sistemas.** 3. Ed. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 150: *"Não existe observação pura do mundo, mas somente a que é feita consoante o sistema que a relata. Nesse contexto, a ontologia é ainda um esquema de*

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[8].

Em verdade, nem mesmo as ciências ditas "duras", "exatas", "da natureza", possuem mais a pretensão de um conhecimento totalmente exato "das coisas como são".

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. Todas as ciências traçam as suas estruturas a partir de uma distinção primeira, a qual é subsequentemente diferenciada e desenvolvida até o limite em que posteriores diferenciações deixem de ser úteis, podendo-se, então, partir para novas concepções iniciais.

Mas, como base de todas as ciências, como observação primeira, antes de todas as observações, uma primeira diferença é fundamental no olhar do homem sobre o mundo: a diferença entre observador e mundo.

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

---

observação (...) A tradição ontológica repousa suas bases sobre a descoberta de um esquema de observação guiado por uma diferença: ser/não ser. Mas essa descrição do mundo, assim como a distinção entre meios e fins, constitui um esquema referido a um observador".

[7] *"Para Luhmann, a metafísica ontológica que pautou o desenvolvimento do conhecimento e da ciência ocidentais, amparada pela lógica bivalente (a lógica clássica), isto é, aquela do terceiro excluído para a qual algo é ou não é, e não pode ser e não ser ao mesmo tempo, tem limitado o conceito de mundo, uma vez que o mundo não pode designar-se como indeterminação (nem ser, nem não ser). É justamente essa dimensão ontológica, isto é, a existência necessária de um 'ser privilegiado', o sujeito, com relação aos demais 'seres' do mundo, aquilo que é designado como objetos, pelos sujeitos, que dificulta o entendimento de sistemas autopoiéticos."* RODRIGUES, L. P.; NEVES, F. M. **Niklas Luhmann: A sociedade como sistema**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2012. p. 120.

[8] A impossibilidade da separação radical entre sujeito e objeto já é explorada por autores críticos da área jurídica que, entretanto, trabalham com o paradigma da linguagem no tocante à hermenêutica. Assim, cf. STRECK, L. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

enxergar o mundo. 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"*[9].

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).

Quando se realiza o primeiro traçado, as possibilidades indicam em duas direções possíveis: há uma "bifurcação" do mundo.

O observador pode optar por seguir diferenciado ou um lado, ou o outro, mas não pode diferenciar a ambos ao mesmo tempo. Aplicada a regra à observação inicial, é possível fazer observações subseqüentes sobre o objeto, bem como é possível que se detenha sobre o próprio observador, fazendo observações sobre ele, mas não é possível fazer observações sobre o observador enquanto este observa o objeto. 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

[9] LUHMANN, N. **Introdução...** p. 77.

primeira observação, várias outras diferenças são possíveis e podem ser desenvolvidas enquanto restarem produtivas[10][11].

Quando se procede à diferença, as possibilidades se bifurcam: ou se volta para um lado, ou para o outro, não é possível desenvolver ambos ao mesmo tempo. Essa demarcação fornece aquilo que será a dificuldade de todas as ciências: cada uma delas, a partir de uma diferença inicial, possui "pontos cegos" inconciliáveis entre os diferentes sentidos dados aos desenvolvimentos de cada lado da forma.

Esse paradoxo se "desparadoxiza" na teoria luhmanniana por meio do tempo: se impossível uma operação junto à outra, é possível que primeiro uma seja desenvolvida, ficando a outra pressuposta, sendo esta então posteriormente desenvolvida.

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[12].

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[13] (e se perder no mundo)[14].

Toda a teoria se constrói a partir de um "paradoxo de base", que segue o seu desenvolvimento ora de um, ora de outro lado da forma, sendo que ambos os lados são sempre essenciais um ao outro, embora não possam ser desenvolvidos ao mesmo tempo,

---

[10] LUHMANN, N. **Introdução...** p. 160: "*O mundo fica, assim, aberto à observação, e não existe uma hierarquia de formas essenciais que possam conferir prioridade às distinções ou à seleção delas*".

[11] No âmbito da teoria dos sistemas, mesmo o observador é constituído como sistema que se constrói a partir de suas operações de observação. Sobre a dupla natureza do observador enquanto sistema e enquanto operação inicial, v. LUHMANN, N. **Introdução...,** p.152-177

[12] VILLAS BÔAS FILHO, O. **Teoria dos sistemas...**p. 50: "*o 'observar' não gera um acesso a uma suposta realidade exterior, uma vez que está sempre baseado num esquema que é pautado por distinções específicas, as quais são constitutivas daquilo que é observado, razão pela qual não há realidade dada que seja independente do observador. Entretanto, a observação não pode observar a si mesma, pois, para tanto, teria que utilizar outra distinção, o que implica uma nova observação*".

[13] Cf. LUHMANN, N. **Introdução...** p. 95.

[14] Ou, na explicação de Sartre: "*a condição necessária e suficiente para que a consciência cognoscente seja conhecimento de seu objeto é que seja consciência de si como sendo este conhecimento. É uma condição necessária: se minha consciência não fosse consciência de ser consciência de mesa, seria consciência desta mesa sem ser consciente de sê-lo, ou, se preferirmos, uma consciência ignorante de si, uma consciência inconsciente – o que é absurdo. É uma condição suficiente: basta que eu tenha consciência desta mesa para que efetivamente tenha consciência dela. Não basta, decerto, para que eu possa afirmar que esta mesa existe em si – mas sim que ela existe para mim.*" SARTRE, J-P. **O ser e o nada –** ensaio de ontologia fenomenológica. Tradução de Paulo Perdigão. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 23.

ficando, portanto, necessariamente pressupostos quando o outro lado está em desenvolvimento.

Esse tipo de fundamento permite um salto chave frente às teorias tradicionais: a desnecessidade da categoria do sujeito, conforme a construção tradicional na filosofia ocidental (de Kant e Fichte).

Segundo tal construção tradicional, a noção de sujeito se baseia em duas ideias fundamentais: 1 – só a consciência, em sentido psicológico, é capaz de autoconsciência e, portanto, de observações e; 2 – como o sujeito é o que percebe os objetos, ele não pode estar junto a eles, mas deve ser transcendental, não pertencente ao mesmo mundo dos objetos.

Para Luhmann, essa noção nasceu no contexto das primeiras revoluções liberais e, focando-se no indivíduo, nunca foi capaz de explicar adequadamente o social[15]: 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.*[16]

Desta forma, para a sociologia sistêmica luhmanniana, os dois postulados do sujeito devem ser refutados: 1 – a experiência social nunca pode ser reduzida a uma soma das

---

[15] LUHMANN, N. **Introdução...**, p. 166-167: *"A teoria do sujeito descuidou, por razões estruturais, do problema da explicação da intersubjetividade. Se todas as coisas devem ficar subordinadas ao sujeito (subiectum), já que nele acontece a reflexão, então é difícil explicar o inter da intersubjetividade. Como é possível a interação de muitos sujeitos? (...) Até hoje não há uma teoria satisfatória da intersubjetividade, e o objetivo de Husserl (na 5ª meditação cartesiana) de radicalizar na direção de um eu puro levou, por fim, a conceitos negativos, fazendo com que a sociologia desistisse de seguir por esse caminho e optasse pela escolha empírica. O que aparecia como indiscutível era que algo social deveria existir entre os sujeitos, mas este algo se transferiu, sem maior especificação, para a teoria da linguagem, não se cumprindo a finalidade de dar um passo decisivo na fenomenologia da intersubjetividade."*.

[16] LUHMANN, N. **Introdução...**, p. 167.

consciências individuais. Enganar e ser enganado, comunicar ou deixar de fazê-lo, falhas de comunicação, etc. tudo isso demonstra que o observador, para além da consciência, pode também ser a sociedade. A situação de uma relação entre dois sujeitos é diversa da situação individual de cada sujeito considerando um ao outro, de forma que a consciência não pode ser tida como o único ente capaz de auto-reflexão; ainda, 2 – a diferenciação de diversos observadores, e não mais um sujeito transcendental que tudo observa, não permite mais colocar alguém num lugar supremo de observação. Não é possível estar sempre fora. Não existe *locus* de observação privilegiado na sociedade. O importante é saber que há observação de fora (hetero-referência) e de dentro (auto-referência). Quando a sociologia descreve a economia ou a política, ela está fora desses sistemas e não faz dinheiro ou poder (o que a leva a um embate com aqueles que estão dentro sobre quem detém um melhor ponto de observação). Quando ela descreve a própria sociedade, faz, inevitavelmente, auto-referência. Nesse último caso, a sociedade se observa (já que não mais apenas o sujeito tem consciência de si), embora com um protocolo científico, o que difere da auto-imagem social dada pelos meios de comunicação.

É esse jogo de dentro e fora que importa para a observação e que é incompatível com o conceito de sujeito, pois não é possível diferenciar estando sempre fora. Por tudo isso, pretende-se abandonar o conceito de sujeito.

A Teoria dos Sistemas, como hipótese dentro de uma opção filosófica por um construtivismo radical, não diz que a sociedade é, em sentido ontológico, um sistema e que o restante é meio, nem diz que a sociedade é apenas informação e que o homem deve ficar de fora da sociedade, como meio, mas diz apenas que interpretá-los como tal poderá fornecer um método mais apto para a obtenção de respostas mais complexas e análises mais consentâneas aos problemas apresentados pela sociedade atual[17], o que envolve o necessário abandono das categorias tradicionais do "sujeito"[18].

---

[17] Em termos ainda não propriamente elaborados, mas suficientemente explicativos, LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I.** Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 43-44: "*Personalidades e sistemas sociais como diferentes estruturações de complexões de sentido das mesmas experiência e ação. Tão-só a diferenciação entre diversos sistemas de referência (o que, naturalmente, é facilitado pela existência de organismos humanos) estabelece a separação de personalidades e sistemas sociais, enquanto estruturas distintas de assimilação da sociologia – mas o 'material' que constitui esses sistemas é o mesmo (...) daí concluir-se existir um campo de pesquisa ao mesmo tempo pré-psicológico e pré-sociológico, no qual têm que ser esclarecidos certos conceitos e mecanismos básicos que são importantes tanto para a teoria da personalidade quanto para a teoria dos sistemas"*

[18] *"Para Luhmann, sistema e entorno constituem o paradigma central da nova teoria dos sistemas, entretanto, para compreendê-lo é necessário o abandono de certos preceitos nos quais a tradição de se fazer ciências sociais tem se fundado. No caso da noção sistema/entorno, por exemplo, quer seja o sistema quer seja o entorno – segundo Luhmann tudo que existe pertence a um ou a outro – não podem ser vistos de forma ontologizada."*. RODRIGUES, L. P.; NEVES, F. M. **Niklas Luhmann: A sociedade como sistema.**... p. 34.

De certa forma, a Teoria dos Sistemas é necessária justamente em decorrência da inaptidão para a entrega de uma resposta mais apta das teorias tradicionais[19]. E entre as causas principais de tal inaptidão está o conceito de sujeito[20].

Daí porque o abandono do conceito de sujeito e a interpretação da sociedade como o específico do intersubjetivo – e não, portanto, como um aglomerado de indivíduos – não traz, por si, qualquer concepção totalizante, autoritária ou organicista[21]. O que se pretende é simplesmente fornecer um método de análise mais complexo que pode trazer respostas tanto em um, como em outro sentido. E, dado que a continuação das diferenciações dentro de uma teoria não tem necessariamente de ser levada a cabo senão enquanto apresente possibilidades de sucesso, o método pode ser, inclusive, abandonado ou retransformado, caso as respostas por ele encontradas sejam inaptas ou inúteis para os resultados que são buscados.

1.1.2. AS OBSERVAÇÕES DE SEGUNDA ORDEM

Após a observação inicial, qualquer teoria se constrói por meio de subseqüentes observações com base na primeira observação realizada. Essas observações subseqüentes são chamadas "*observações de segunda ordem*".

Uma vez que não é possível adentrar ao objeto em si, e a própria observação primeira apenas aponta para um aspecto do objeto, ficando latente a possibilidade de emergir um outro aspecto não englobado por tal observação, a partir das observações de segunda ordem, que apenas observam segundo aquilo que já foi previamente selecionado

---

[19] VILLAS BÔAS FILHO, O. **Teoria dos sistemas...** p. XXVIII – XXIX (Introdução): "*É, portanto, diante da constatação de uma crise de caráter teórico, que impossibilitaria uma adequada descrição da sociedade moderna, que Luhmann propõe uma mudança de paradigma que, tal como se verá adiante, constitui uma radical tentativa de superação tanto da 'teoria da ação', no âmbito da sociologia, quanto da filosofia da consciência, no campo da filosofia"*

[20] VILLAS BÔAS FILHO, O. **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, p. 8: *"Aludindo a Gaston Bachelard, Luhmann elenca três desses 'obstácles épistemológiques', que impediriam a sociologia clássica de analisar a contento a sociedade moderna. Tais seriam os obstáculos: a) o pressuposto de que a sociedade é constituída por pessoas ou por relações entre pessoas, ao que Luhmann chama de 'preconceito humanista'; b) a pressuposição da existência de uma multiplicidade de sociedades; c) pressuposição da possibilidade de conhecimento do mundo ab extra, que permitiria sua descrição objetiva por meio de um sujeito cognoscente posto diante de um objeto do conhecimento que seria essencialmente passivo."*

[21] Como entendem ZAFFARONI, E. R; BATISTA, N; ALAGIA, A; SLOKAR, A. **Direito Penal Brasileiro:** primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 624-625: "*em síntese: toda a teoria se sustenta na necessidade de controle que se legitima por si mesma e age de acordo com um contínuo fortalecimento dos papéis. Surge aqui uma clara manifestação de organicismo extremo: as consciências – ou seja, as seleções individuais – devem subordinar-se aos papéis que as tornam funcionais para o sistema, assim como o equilibram".*

pela primeira observação, a possibilidade de desapontamento é crescente. Esse desapontamento fornece um conceito chave para Luhmann que é o de "*contingência*".

A contingência pode ser definida como a consciência de que uma dada diferenciação deixa claro que uma outra poderia ter sido a escolhida. Traz a ideia de uma possibilidade do que poderia ser tendo em vista aquilo que é[22].

As observações de segunda ordem potencializam a contingência na medida em que tornam mais complexa a teoria e, ao mesmo tempo, menos complexo ao sistema criado o objeto apreendido.

Veja-se que a primeira observação já reduz a complexidade do objeto estudado, uma vez que seleciona uma diferenciação possível e a desenvolve. A segunda observação seleciona uma diferenciação possível dentro da própria diferenciação já levada a cabo pela primeira diferenciação. Com isso se distancia ainda mais do objeto, uma vez que alarga as possibilidades da primeira seleção já construída pela primeira observação. Ao mesmo tempo, eleva a complexidade da teoria. A uma redução da complexidade para fora, responde uma enorme complexidade estruturada para dentro. Esse padrão de construção será frequentemente retomado no âmbito da Teoria dos Sistemas. Dada a complexidade da teoria e a frequente distância do objeto, surge uma enorme contingência. E, segundo Luhmann, é justamente essa contingência que caracteriza a nossa sociedade de hoje.

No âmbito da pedagogia já não se estuda mais a aprendizagem da criança, mas as diferentes abordagens pedagógicas possíveis. Os desenvolvimentos de segunda ordem apenas aclaram os pontos cegos deixados pelos desenvolvimentos de primeira ordem. E *"uma das características específicas da modernidade é o interesse em ver o que os outros não podem ver"*[23].

Assim, em primeiro lugar, tem-se a arquitetura de Brunelleschi, com a perspectiva no desenho, de forma a dar o adequado enquadramento espacial das construções, enxergando algo que até então ficava oculto nas observações primeiras. Depois, também na literatura, com a tradição das novelas em que o espectador sabe melhor do que os próprios personagens como a trama se desenvolve.

---

[22] Em termos de sociologia do Direito: *"por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas"*. LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I,** p. 45.

[23] LUHMANN, N. **Introdução...** p. 170.

Hoje também a política está voltada para observações de segunda ordem: não importa tanto a questão do poder em si ou das causas nobres, mas aquilo que será visto pela opinião pública como nobre ou poderoso.

Igualmente a economia, ao trabalhar com valor de mercado, faz observações sobre o valor já atribuído.

Em especial, os intelectuais fazem observações de segunda ordem[24]: essa tese faz observações sobre transcrições e anotações realizadas sobre obras dos autores estudados, que efetivamente fizeram observações iniciais dentro do âmbito da ciência penal e sociológica.

Dado que em todos os sistemas trabalha-se com a observação de segunda ordem, uma vez que se tem um trabalho sobre outro que já produziu uma primeira diferenciação contingente, emerge uma contingência potencializada que caracteriza a nossa sociedade[25]. Donde também decorre o fato de a sociedade moderna estar em constante mutação: *"velocidade para reparar o que continuamente se decompõe: sempre espreita o inesperado"*[26].

Toda a produção se dá sobre a aceitação de que, assumindo que o mundo seja assim, vislumbra-se que poderia ser de outra forma[27].

Dada toda essa contingência, a possibilidade de se chegar a um fundamento último, à verdade suprema, ao conhecimento final, deve ser descartada. Na física, hoje, ao se trabalhar com dois contextos de observação diferente, um para o macro, um para o micro (e independente das tentativas de construção de uma "teoria do tudo"), há uma operação típica de diferenciação: foca-se ora em um dos lados, ora em outro, deixando em cada caso o lado não observado de forma subentendida. Maturana completou o mesmo arco para a biologia: a vida que se auto-observa por meio de aparatos biológicos, constrói a teoria sendo parte do objeto e simplesmente focando-se nas diferenciações, deixando, por ora, tal conhecimento de que se é parte da vida subentendido.

Por fim, a própria comunicação sociológica é uma operação dentro da própria sociedade. Por isso a teoria é uma reentrada no próprio objeto diferenciado ("re-entry"). A

---

[24] LUHMANN, N. **Introdução...** p. 174: *"os intelectuais se encarregam de analisar preferencialmente outros intelectuais: Habermas que se ocupou de Derrida e Nietzsche; Parsons que reconstruiu Weber, e os críticos afirmam que Parsons não o compreendeu"*.

[25] LUHMANN, N. **Introdução...** p. 173: *"o artificial, o mutável, o carente de constantes explicações, parece ser o que pode ser oferecido pelo modo de ser da modernidade"*.

[26] *Idem, ibidem.*

[27] LUHMANN, N. **Introdução...**, p. 169: "*objetos à luz de um horizonte de mudanças possíveis"*.

sociologia, que faz parte da sociedade, ao tentar descrevê-la, matizando-a – e, portanto, também a si própria – como objeto, a cria!

Nesse mar de contingências e possibilidades, *"a sociedade moderna encontra em seus próprios paradoxos, e também na tentativa de selecioná-los, a capacidade de se colocar em funcionamento e seguir adiante"*[28].

Essa contingência do conhecimento revela mais uma vez que a Teoria dos Sistemas não pretende fornecer um conhecimento último sobre a natureza da sociedade, mas apenas um novo material conceitual e metodológico capaz de fornecer e explorar diferenciações ainda não observadas em outras teorias.

Assim, não há porque ter medo da sociedade sem pessoas. A forma como esse material foi ou não utilizado na dogmática penal é que pode ser alvo de novas observações. A interação entre os sistemas penal e sociológico pode ser analisada, inclusive, segundo o método sistêmico, de forma a avaliar quais observações fornecem auto-referências, quais fornecem hetero-referência, quais possibilitam uma maior complexidade, quais trazem apenas a colonização de um sistema pelo outro[29].

1.2 A TEORIA DOS SISTEMAS

A partir da matriz epistemológica de um construtivismo radical, como o demonstrado, e tendo em vista a ultracomplexidade da sociedade atual[30], bem como a insuficiência das teorias tradicionais para dar respostas e análises mais complexas frente aos problemas emergentes, Luhmann busca uma nova construção teórica, que abandone as categorias do sujeito e da consciência como único ente com auto-reflexão.

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 interconversibilidade"*[31]. Essa "*lei das*

---

[28] LUHMANN, N. **Introdução...** p. 177.

[29] Uma pesquisa semelhante frente a interação entre o sistema político e jurídico ante a sociologia luhmanniana é apresentada por NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. Tradução do próprio autor. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.79-106.

[30] "*a única verdade ontológica que ainda se pode expressar sobre a sociedade: sua complexidade.*". NAFARRETE, J. T. na introdução de LUHMANN, N. **Introdução....**, p. 23.

[31] VILLAS BÔAS FILHO, O. **Teoria dos sistemas...** p. 16

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.*[32]

Por demais 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 autopoiético, como será a seguir explicado.

Para os fins da presente exposição, não importa o histórico de desenvolvimento teórico da teoria sistêmica[33], mas, antes, basta a exposição dos conceitos fundamentais, os quais, posteriormente, serão, de forma mais ou menos congruente, apropriados pela dogmática penal.

A noção de sistema teve como predecessores os sistemas estáveis com um mecanismo de reequilíbrio, como os modelos encontrados na economia neoclássica, e a ideia de sistema do universo, como a totalidade das causas e movimentação da entropia.

Ambos os modelos foram abandonados[34]. Na teoria luhmanniana não importa a manutenção estável do sistema. 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".

---

[32] VILLAS BÔAS FILHO, O. **Teoria dos sistemas...** p. 17.

[33] Histórico que, em linhas gerais, pode ser encontrado em LUHMANN, N. **Introdução...**, p. 77-79.

[34] Donde não se poder dizer, como fazem, entre outros, ZAFFARONI, BATISTA, SLOKAR, ALEGIA, **Direito Penal Brasileiro...**, p. 624-630**,** que a teoria dos sistemas faz uma interpretação que busca sempre a manutenção do equilíbrio da sociedade. Hoje, o próprio modelo de sistema da teoria parte do pressuposto de que sistemas complexos se mantêm em constante desequilíbrio.

Ainda, tendo em vista a lei da entropia, os sistemas devem ser vistos como parciais, não mais envolvendo todos os entes do universo, de forma que, por meio de trocas com o meio, sejam capazes de produzir neguentropia.

Nesse passo, a diferenciação fundante da Teoria dos Sistemas é a diferença entre sistema e meio. O sistema é a diferença que se estabelece na diferença entre sistema e meio, formando o *"paradoxo de base"*[35] a partir do qual se desenvolverão todas as demais diferenciações.

Essa teoria segue um desenvolvimento que vai desde Saussure (a linguagem é a diferença), passando por Gabriel Tarde (pois ninguém pode imitar a si mesmo, mas apenas o diferente) e chegando em Batenson (a informação é a diferença que faz a diferença). A base, portanto, se estabelece na diferença, o que se contrapõe a uma visão unitária global, como a de Hegel.

O que difere a teoria luhmanniana das antigas interpretações sistêmicas (como *input/output, feedback positivo, feedback negativo*) é a caracterização do próprio sistema. As antigas teorias funcionavam bem para explicar o funcionamento do sistema, mas eram incapazes de demonstrar onde e como se constituía o próprio sistema. Essa dificuldade chega, inclusive, ao trabalho de Parsons, contra o qual as críticas sempre foram no sentido de uma grande dificuldade para indicar os pressupostos de variação e transformação do sistema[36].

Para então descrever o que constitui o sistema em si, Luhmann recorre a um conceito muito caro em sua teoria: o encerramento operativo.

1.2.2. O ENCERRAMENTO OPERATIVO

---

[35] LUHMANN, N. **Introdução...** p. 81.

[36] O que redunda na frequente acusação, como a acima vista, que interpreta a teoria dos sistemas como conservadora, na forma em que tal teoria foi enquadrada dentro da diferenciação realizada por DAHRENDORF, R. **As classes e seus conflitos na sociedade industrial.** Tradução de José Viegas. Brasília: Universidade de Brasília, 1982 entre "teorias do conflito" e "teorias do consenso", diferença essa utilizada, entre outros, por Shecaira, para a exposição das diversas tradições criminológicas**.** V. SHECAIRA, S. S. **Criminologia.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 123-127. Por fim, essa mesma acusação é retomada por Savador Netto que, citando Caffé Alves, aduz que: *"...a tese funcionalista desconhece ou despreza referências que não contribuam a favor de uma análise de permanência, harmonia e continuidade das formas sociais básicas, sempre assimiladas a um sistema complexo de papéis diferenciados, reciprocamente referidos e integrados (...) Essa corrente não leva em conta o jogo dos interesses vitais das classes compreendidas como agentes coletivos"*. SALVADOR NETTO, A. V. **Finalidades da pena, Conceito Material de Delito e Sistema Penal Integral**. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 58.

A diferença entre sistema e meio se dá pela diferenciação do sistema ("a diferença na diferença") que realiza operações em si próprio.

Essas operações só ocorrem no sistema e não atacam ou excursionam no meio. Quando o sistema seleciona algo do meio e sobre ele realiza suas operações, já se está diante, novamente, do próprio sistema!

Ainda quando recebe "influência externa", essa influência só se manifesta após a tradução para o padrão operativo do próprio sistema.

Longe de trazer a imagem de um ente isolado, é apenas a partir do encerramento operativo que é possível o "diálogo" com o meio. Sem o encerramento não é possível dizer o que é o sistema e o que é o meio. Aqui, portanto, o encerramento é condição da abertura. Só quando diferenciado, por meio de suas próprias operações, pode-se interpretar o funcionamento do sistema como produtor de neguentropia (já que a soma total, segundo a lei da entropia, será realizada no total dos entes, cabendo ao sistema em si um saldo positivo)[37].

Frente à diferenciação primeira da teoria entre sistema e meio, no lado do sistema observa-se um único fator de operação que lhe dá unidade. Esse fator, ademais, deve estar em curso ao longo do tempo: se ocorrer uma única vez não constituirá um sistema, mas um mero acontecimento.

A vida, por exemplo, *"é uma estrutura circular (autopoiética), que produz a si mesma circularmente, e que surgiu em um momento determinado da evolução, sem que suas causas possam ser exatamente definidas"*[38]. A partir do surgimento e estabilização da operação da vida, tem-se uma verdadeira diversificação que não perde o fator único de operação: os peixes, os micróbios e os humanos são todos vivos, e a vida surge da própria vida. O paradoxo de base de um conjunto de operações em um sistema no sentido luhmanniano – v.g. autopoiético – é a identidade da operação ao longo das subsequentes diferenciações: "identidade consigo mesmo e diferença consigo mesmo" ao longo do tempo. Todas as unidades formam um mesmo tipo de operação e, ao mesmo tempo, são capazes de diferir uma da outra[39].

---

[37] *"The answer lies in the capacity of thermodinamically open systems (...) to enter into relations of exchange, i. e., environmental dependency, and nevertheless to guarantee their autonomy through structural regulation.*". LUHMANN, N. **Ecological communication.** Tradução ao inglês de John Bednarz JR. Cambridge: Polity Press, 1989, p. 4.

[38] LUHMANN, N. **Introdução...** p. 89.

[39] *"Luhmann vai argumentar que a noção de 'clausura operacional', uma vez que não significa 'isolamento termodinâmico', mas sim que as operações próprias se possibilitam recursivamente pelos resultados de*

Aqui fica exposta mais uma vez a fragilidade da teoria social que se baseia na categoria da ação: o esquema meios/fins da teoria da ação não seria capaz de integrar as ações antecedentes e consequentes de forma adequada ao paradoxo identidade/diferença que assegura a auto-referenciabilidade dos sistemas. A ação é por demais efêmera para integrar com suficiente estruturação um sistema contínuo: em algum momento se torna dificultoso, para não dizer impossível, estabelecer os nexos de continuidade entre ações antecedentes e consequentes.

Da noção de encerramento operativo como fator de operação único ao longo do tempo derivam outros dois conceitos-chave: *a) auto-organização; b) autopoiesis.*

A *auto-organização* diz respeito às necessidades de o sistema, interpretado como fechado para poder se diferenciar do meio, construir suas próprias estruturas; ele não pode começar algo já iniciado, pois o meio não lhe serve. Aqui, contudo, a estrutura deve ser entendida em sentido diverso do sentido comum em que ela é interpretada como algo estático que se contrapõe a processo. Antes, a estrutura deve ser entendida como dinâmica: é um (re)arranjo no presente que se chegou a partir de outro (re)arranjo e que dará origem a outro. Daí a *autopoiesis*.

A *autopoiesis* traz a determinação do estado posterior do sistema a partir do resultado da operação anterior. O sistema chega a novos lugares a partir de si próprio. A estrutura dá os limites possíveis da reprodução autopoiética do único fator de operação sistêmico.

As estruturas são definidas pelo conceito de expectativas. São generalizações das expectativas comuns sobre as possibilidades de operações constantemente atualizadas quando das realizações das próprias operações.

Autopoiético é o sistema que produz operações a partir de suas próprias operações, servindo-se de suas estruturas.

O termo foi retirado por Luhmann de Maturana, que, por sua vez, o reelaborou a partir de Aristóteles. Na filosofia aristotélica, a *praxis* é vista como a ação com fins na própria ação, enquanto a *poiesis* é a ação com o fim em um outro fim. Na *autopoiesis* a ação visa a produção do próprio produtor.

Note-se que para o conceito de *autopoiesis* não é necessário o controle de todos os fatores para dizer que há tal produção. No exemplo do próprio Luhmann, não é preciso

---

operações próprias', não se choca com a lei da entropia.". RODRIGUES, L. P; NEVES, F. M. **Niklas Luhmann: A sociedade como sistema**... p. 25.

controlar todas as substâncias químicas presentes no ovo (embora elas certamente sejam necessárias) para poder fritá-lo[40].

Da mesma forma, não se pode dizer que o homem é necessário para a autopoiese do sistema social[41]. Ele o é tanto quanto as condições do ar atmosférico, a temperatura de seu sangue, suas cordas vocais, etc. O conceito de *autopoiesis* não se confunde com o de *creatio*, mas sim com o de uma produção em um contexto em que os elementos básicos já estão colocados.

Maturana acredita que a comunicação depende do homem. Luhmann, valendo-se da tradição da diferença, entende que a comunicação produz suas próprias diferenciações, independente de fatores de outra ordem como o físico, o químico e o biológico.

Ademais, a noção de *autopoiesis*, conforme foi construída por Luhmann em seu pensamento inicial, não admite meio termo: ou se é ou não se é.

Na biologia, ou se está vivo, ou morto. Como não há gradação, não se explica pela *autopoiesis* a evolução do sistema. A ideia de um sistema mais ou menos autopoiético enfraquece o conceito. Ela traz a ideia de uma autonomia relativa em que o sistema tem estruturas inicialmente dependes do meio, as quais vão progressivamente se autonomizando. Esse, segundo Luhmann, é um problema de causalidade, não de autopoiese. A causalidade, para a teoria do sistemas, é apenas mais uma seleção levada a cabo pelo observador segundo os seus próprios interesses.

Se a vida é um sistema autopoiético que produz seres vivos através da produção de material orgânico, qual é o fator que, na sociedade, analisada como sistema, se mantêm constante ao longo de toda a sua variação?

1.2.3 A SOCIEDADE COMO COMUNICAÇÃO

Esse fator é a comunicação.

Não pode ser a ação, porque a ação pode também se encerrar no individual, sem qualquer repercussão social. Não é também o mero uso da linguagem, pois esta também pode ser individual. Para se tornar comunicação é necessário que o outro a quem se dirige tenha características específicas (ex: possa compreender a língua falada) de forma que perceba o ato como comunicação, como um processo que pode ter continuidade.

---

[40] LUHMANN, N. **Introdução...** p. 122.

[41] Ideia contrária à do próprio Maturana, o qual, segundo Luhmann tem em tal resistência *"uma disposição de ânimo fortemente afetiva"*. LUHMANN, N. **Introdução...**, p. 124.

O sistema social se produz da produção de comunicação a partir da própria comunicação. É esse o fator específico de análise desse sistema e apenas dele. Perguntar sobre o limite último entre comunicação e não-comunicação é possível, mas não necessariamente essencial, como no caso dos limites últimos do sistema "vida", em que não se sabe bem ao certo como foi que se diferenciou.

É a comunicação o fator de exclusão de outros fatores no que se tem como sistema social, e também o fator constante ao longo de toda a diferenciação do próprio sistema social. A comunicação está para a sociedade, assim como as relações bioquímicas das proteínas para a vida. Ela é *a diferença que faz a diferença* do sistema em relação ao meio[42].

O esquema meios/fins da teoria da ação quando aplicado ao ator individual fornece uma grande complexidade, mas ele não é capaz de trazer uma interpretação adequada das situações de intersubjetividade, em que há uma *dupla contingência*[43]. Em outras palavras, a teoria da ação, quando aplicada ao contexto social, não oferece possibilidades consistentes de análise da cadeia de antecedentes e consequentes.

Ainda, nas teorias da ação, a única forma de se "amarrar" de modo consequente os plexos de ações é partir das premissas de veracidade e tendência ao consenso de todos os seres humanos. Ora, tais premissas há muito têm se mostrado falsas ou, na melhor das hipóteses, totalmente inverificáveis. Assim, mais uma vez a teoria dos sistemas, em que o sujeito transcendental é deixado de lado para que, só assim, possa surgir espaço para a observação a partir de outros sujeitos – como a própria sociedade enquanto sistema – oferece um instrumental mais apto de análise, permitindo que os sistemas psíquicos individuais possam permanecer opacos uns aos outros, abrindo a possibilidade de continuidade da comunicação ao longo de ações insinceras e sem qualquer objetivo social comum.

Outrossim, não há no conceito de comunicação luhmanniano nenhum momento que não seja intersubjetivo. Para chegar a tal conceito, Luhmann abandona as observações tradicionais que consideram a comunicação sob a metáfora da transmissão de informações e da identidade de informação recebida e repassada. Para o conceito luhmanniano, a

---

[42] *"A comunicação é o limite da sociedade, tudo o mais é entorno. (...) Para Luhmann, a comunicação é uma operação mais precisa do que a ação, elemento central para a sociologia desde Max Weber. A comunicação tem o mérito de definir o elemento discreto da análise sociológica, da mesma forma como o estudo da matéria define a física e o estudo das moléculas define a química.*" RODRIGUES, L. P.; NEVES, F. M. **Niklas Luhmann: A sociedade como sistema**...p. 55.

[43] Conceito melhor explicado *infra.*

comunicação é a diferenciação que se estabelece no ato de compreensão: o receptor diferencia o ato de tentar comunicar algo e a informação passada por tal ato. Enquanto não há tal diferenciação, o ato é percebido como um mero movimento, gestos sem sentido. A comunicação só surge quando há tal diferenciação. Por surgir apenas a partir da compreensão, a comunicação não pode ser analisada segundo um momento individual a partir do qual haveria uma ideia "transmitida" de forma correta pelo emissor. Ora, só se poderá dizer se interação perfaz uma comunicação quando o receptor – e, portanto, ao menos uma segunda pessoa – demonstrar que diferencia o ato de seu conteúdo informacional, e que, destarte, não houve mero ruído, não sendo necessários intérpretes para chegar a uma interação com conteúdo[44]. Note-se, novamente, que o consenso torna-se, dessa forma, desnecessário para a continuidade da operação. Basta que a compreensão identifique o ato como operação de comunicação, o que, inclusive, envolve a possibilidade de má-compreensão do conteúdo passado, ou de discordância com ele, bastando, para a ligação das operações a diferenciação entre ato de comunicar e informação, o que permitirá o seguimento das operações, ainda que no sentido do dissenso e do engano.

Em decorrência do fator único de operação (encerramento operativo) dado pela comunicação, as alterações no sistema só podem se dar pela própria comunicação. Os fatores diversos não traduzidos para o fator de operação só podem influenciar negativamente, no sentido da destruição material externa do sistema.

Assim, a comunicação só pode ser alterada pela própria comunicação, não por bombas-atômicas, ou pela radiação. Estas últimas podem acabar com as bases para que possa efetivamente existir um sistema social, entretanto não podem, por si, alterar o próprio sistema. Só estarão presentes no sistema quando sejam traduzidas para o fator de operação único: ou seja, as bombas-atômicas só se tornam fatores de relevância dentro do sistema social quando é possível comunicar sobre elas[45].

O mesmo problema pode ser levantado ao homem enquanto consciência individual. A consciência, assim como a sociedade, tem seu próprio fator de operação e se constitui como sistema autopoiético. O homem, quando por meio do sistema da consciência, toma percepção de algo – e o fator de operação da consciência é a atenção –, pode decidir

---

[44] Observe-se que a Teoria dos Sistemas encontra certa dificuldade na tradução ao português dos termos aqui livremente traduzidos como compreensão, ato de comunicar e informação. A esse ponto da teoria não será orientada mais do que a observação já feita no parágrafo supra, e que se entende suficiente para uma pesquisa dogmático-penal. Para um aprofundamento, ver, entre outros, NEVES, M. **Entre Têmis e Liviatã...**; VILLAS BÔAS FILHO, O. **Teoria dos sistemas...**

[45] Assim a análise realizada por Luhmann sobre os problemas ecológicos em LUHMANN, N. **Ecological communication...**

comunicá-lo, mas, uma vez comunicado, ele já está dentro do sistema social e, se aquilo que será comunicado faz um par exatamente simétrico com aquilo que foi percebido é de difícil, para não dizer impossível, comprovação, dificuldade essa que, como se demonstrará mais tarde, se potencializa com a invenção da escrita e que, para os fins de reprodução autopoiética do sistema social, não tem qualquer importância[46].

Por ter de escolher se liga a comunicação à comunicação, inclusive para poder escolher do meio aquilo que traduz, ou não, para comunicação, o sistema social deve ser capaz de se auto-observar. Aqui se encontra o abandono da categoria do sujeito: a "consciência" não é exclusiva da consciência humana, também a comunicação é capaz de se auto-observar.

Daqui surgem as possibilidades de separação em auto e hetero-referência. No caso da comunicação, auto-referência é a própria informação passada, hetero-referência, o ato que a veicula.

Também o sistema psíquico individual é capaz de fazer essa diferenciação entre auto e hetero-referência, nos moldes do quanto acima exposto: o sistema psíquico pode observar a sociedade do lado externo, mas enquanto não se comunica, essa observação fica sem efeito para o sistema social. Por outro lado, quando se comunica, já se está dentro do sistema social, não mais no sistema psíquico[47]! O ruído produzido pelos agentes individuais, a partir de sua compreensão e tentativa de transmissão, se torna comunicação e, portanto, não mais dependente da efetiva intenção de seu emissor no momento em que a realizou.

A partir da comunicação percebida, tem-se a comunicação que se auto-observou, ou seja, o sistema que se constrói se auto-observando. Daí por que, por exemplo, na ecologia, o importante para a sociedade não são os fatores reais de poluição e degradação ambiental, mas, sim, o fato de eles serem percebidos e comunicados pela sociedade que sobre eles se manifesta consecutivamente dessa ou daquela maneira, conformando o seu

---

[46] *"No entanto, e o que pode parecer mais absurdo, não é o ser humano quem comunica, mas o sistema social. A atribuição da comunicação a pessoas particulares é uma ilusão e um obstáculo epistemológico ao rigor sociológico. A comunicação não morre quando alguém morre e não nasce quando alguém nasce, ela perpassa a existência de qualquer um. Por esse motivo, deve-se pensar a comunicação como um processo de atualização constante que envolve um grande número de pessoas, sem poder ser resumida à consciência de uma única pessoa. Ao contrário, tanto o sistema social quanto o sistema psíquico (os* unit acts *dos sistemas psíquicos são os pensamentos) são sistemas que operam autopoieticamente, portanto, separados. A comunicação é o limite da sociedade, tudo o mais é entorno."* RODRIGUES, L. P.; NEVES, F. M. **Niklas Luhmann: A sociedade como sistema**...p. 81.

[47] *"Los sistemas sociales surgem de los ruídos producidos por los sistemas psíquicos em su intento por comunicar-se".* LUHMANN, N. **Sistemas sociales:** lineamentos para una teoria general, p. 203 *apud* VILLAS BÔAS FILHO, O. **Teoria dos sistemas...**, p. 133.

desenvolvimento. Os fatores brutos, como acima explicado, só podem influenciar negativamente. Com o homem o problema é o mesmo e será retomado por Jakobs: as noções de liberdade do indivíduo frente ao sistema social não se resolvem simplesmente afirmando que ontologicamente o homem é a base da sociedade, ou a partir da vinculação a outras premissas escolhidas *a priori*. O homem será tão livre quanto e na medida que tal conteúdo esteja efetivamente presente na conformação da comunicação de uma específica sociedade[48]. O homem enquanto ser biológico, ou mesmo enquanto consciência individual, não pode ser fundamento para a alteração do sistema social, senão como fator de sua destruição – pois, o que está fora só é capaz de influenciar negativamente. Por óbvio, se todos os homens fossem extintos, não haveria sociedade, entretanto, não é o homem enquanto ser orgânico-psíquico que dá a conformação do sistema. Como já dito, o conceito de *autopoiesis* não é o de *creatio*. Combater a teoria sistêmica por meio de preceitos vinculados a uma ontologia fundamental, como ainda é comum entre os penalistas, é, desde logo, mirar no alvo equivocado. E como se tem demonstrado em todos os países, talvez efetivamente a dogmática jurídica tradicional não tenha conseguido fornecer respostas adequadas à complexidade de seu meio, uma vez que os bastiões do Direito Penal liberal vêm sendo, por todos os lados – da mídia ao próprio parlamento –, seguidamente ignorados[49]. Uma análise sistêmica deixa de simplesmente afirmar a liberdade ontológica individual para partir a interpretações mais complexas, que possam dar uma resposta mais apta, ainda que seja apenas para afirmar a própria liberdade individual, dessa vez não como verdade ontológica, mas como comunicação.

Dado que o próprio sistema é que analisa e escolhe as formas como uma dada manifestação dentro de si se desenvolverá – por exemplo, no caso do sistema social, como se ligará, ou não, uma nova comunicação a uma comunicação prévia -, os sistemas podem ser analisados como "máquinas não triviais", nas quais o estado interno da máquina determina o output de forma imprevista para o input inicial.

São máquinas com auto-referência, recursivas, capazes de se alterar cada vez que operam. Em geral, há o equívoco de se definir o sistema social como uma máquina trivial, como, no âmbito do Direito, evoca a imagem do "juiz máquina": se os pressupostos da lei

---

[48] JAKOBS, G. **Sociedade, Norma, Pessoa:** teoria de um direito penal funcional. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Berueri: Manole, 2003.

[49] Nesse sentido, DINIZ, E. S. **O sentido operacional dos conceitos de pessoa e inimigo em Direito Penal.** Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade se São Paulo, São Paulo, 2010, p. 18-56. Ainda, MACHADO, M. R. de A. **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, p. 71-162.

estão presentes, deve-se aplicar o conseqüente, sem verificar as conseqüências de tal aplicação. O mesmo acontece no tocante à educação chamada por Paulo Freire de "bancária": considera os alunos como máquinas triviais, ignorando a autopoiese do sistema da consciência.

Aí se encontra, mais uma vez, a impossibilidade de determinação direta do sistema por parte de todos aqueles elementos que se encontram em seu meio: para influir no sistema é preciso que o estímulo do meio seja retraduzido em operações do próprio sistema. Mais uma vez, enquanto os problemas da ecologia não forem adequadamente comunicados e representados no sistema social, todos os riscos que eles envolvem não deixarão de ser uma "verdade inconveniente" a qual se dá pouca importância[50].

E as possibilidades de conversão do ruído causado pelo meio em informação dentro do sistema são analisadas a partir do conceito de *acoplamento estrutural*.

1.2.4 O ACOPLAMENTO ESTRUTURAL

Quais as possibilidades do homem, enquanto ser individual, influenciar no todo social? Como é possível a um ator se reconhecer como agente histórico e lutar dentro do contexto de suas próprias circunstâncias para produzir mudanças no contexto social? Em que medida os fatores reais do meio-ambiente, interpretado como ecologia, podem influenciar a sociedade (a qual, afinal, hoje se define "de risco")?

Todos esses problemas são enfrentados com o auxílio do conceito de acoplamento estrutural. Trata-se, em verdade, de uma possibilidade de interpretação de um sistema, enquanto autopoiético, e, ao mesmo tempo, não totalmente inerte frente a todas as mudanças que o circundam.

O acoplamento estrutural define qual a relação entre sistema e meio. A leitura comum se dá pela causalidade, no sentido de que uma mutação no meio acaba por modificar de uma dada forma o sistema. Nesse sentido a teoria da seleção natural: o meio especifica o sistema que prevalecerá.

Esse tipo de leitura não é compatível com sistemas autopoiéticos, em que se parte da premissa de que não se pode prever qual o resultado da evolução no sistema, uma vez que é o próprio sistema quem tem de se produzir.

[50] E aqui se inserem os problemas do chamado "ecoterrorismo", como manifestação mais comunicativa do que propriamente violenta.

É óbvio que um sistema tem de ser compatível com o meio (a vida não desenvolveria guelras para seres não aquáticos), pois, do contrário, seria incapaz de subsistir. Isso, entretanto, deve ser compatível com a autopoiese: o meio deve interagir de forma a não ser capaz de determinar a forma como o sistema se modificará. Há uma relação no sentido de demarcação de um espectro de múltiplas possibilidades.

O conceito de acoplamento estrutural foi retirado por Luhmann mais uma vez de Maturana. A ideia aqui é de que o meio é recebido pelo sistema, de alguma forma delimitando as possibilidades, deixando, contudo, um espectro com uma ampla gama possível de desenvolvimentos, os quais se darão segundo os processos do próprio sistema e de acordo com o seu fechamento operativo. No exemplo de Luhmann: os músculos são adaptados ao meio (por exemplo, à força gravitacional de nosso planeta frente ao diversos ecossistemas). Isso não impede que sejam diversos os mecanismos nas diversas formas de vida[51]. Se o meio acabasse com a possibilidade de reprodução autopoiética, a própria vida, enquanto sistema, estaria finda.

Dessa forma, a única intervenção determinante possível do meio no sistema é negativa. Dado que apenas uma parte do meio é acoplada ao sistema (já que o sistema tem de ser visto como parcial para produzir neguentropia), o que fica de fora influencia negativamente.

As formas de reação do sistema frente ao meio são indiferença e canalização. Quando capaz de fazer a seleção, o sistema processa a informação e a transforma em estrutura: influxos provenientes do meio, mediante o acoplamento estrutural, permitem ao sistema se "auto-irritar" para reagir. É a seleção do que irrita ou não (redução da complexidade vinda do meio) que permite a reação com novas construções de estruturas (aumento da complexidade sistêmica)[52].

O órgão cerebral é tido no modelo luhmanniano como o exemplo perfeito de sistema cerrado operacionalmente e, ao mesmo tempo, com acoplamento estrutural, pois só pode conhecer o seu meio mediante um espectro reduzido de decibéis e de frações de cor, sendo que tais estímulos produzem nele estruturas que, por sua vez, não podem ser reproduzidas no meio.

O mesmo modelo deve ser verificado em relação à consciência e à comunicação.

---

[51] LUHMANN, N. **Introdução...** p. 128-151.

[52] Nas palavras de Luhmann, *"a um espectro reduzido para fora corresponde uma enorme capacidade de criação de estrutura para dentro"*. LUHMANN, N. **Introdução...** p. 132-133.

No acoplamento estrutural que se dá entre esses dois sistemas, deve-se observar que há uma mútua dependência: não há consciência sem comunicação nem vice-versa.

Segundo Luhmann: *"não é possível imaginar que a consciência tivesse surgido no processo de evolução sem ter havido comunicação; assim como também seria impossível que pudesse haver comunicação de conteúdos significativos sem ter havido consciência"*[53]
.

Aqui há uma análise da interdependência das estruturas de constituição do indivíduo e da sociedade que será retomada por Jakobs[54] a partir de matrizes de fundamentação diversas.

Nessa necessária co-dependência entre os dois sistemas há a necessidade do acoplamento estrutural, já que, frente à sociedade, a consciência é meio. Esse acoplamento primeiro se dá pela linguagem. Somente por meio dela é possível a percepção consciente e, ao mesmo tempo, a veiculação de comunicações. A quantidade relativamente simples de sons e possibilidades na língua demonstra a seleção que reduz a complexidade e, a partir disso, permite a reconstrução complexa[55].

Novamente o papel do ser humano é desmistificado: ele, como um todo, não é um sistema autopoiético e, de fato, na análise sistêmica está fora do sistema social (unicamente enquanto "ser total", vez que pode operar dentro dela enquanto comunicação). Contudo, a interpretação sistêmica fornece uma riqueza maior de complexidade para análise do homem enquanto *locus* de aglomeração de diversos sistemas cada qual autopoiético: assim, o sistema neurofisiológico, o orgânico, o psíquico. Todos esses sistemas formam o "meio" para o sistema social, mas o sistema psíquico é capaz de irritar o social, ou melhor, este é capaz de perceber o que daquele irritá-lo-á, por meio da linguagem, estimulando a comunicação[56].

É a consciência a porta de entrada do meio (químico, físico, biológico) para o sistema da própria consciência e, deste, para a comunicação. E a porta de entrada à própria consciência já é seletiva (por exemplo, pelas limitações do sistema neurofisiológico). A partir do que, por meio de seu aparato sensorial, o homem é capaz de perceber, ele se torna também capaz de emitir informação tendente a se tornar comunicação. A atenção como

---

[53] LUHMANN, N. **Introdução...** p. 133.
[54] Ver, *infra,* cap. 3.
[55] *"Luhmann fala também em interpenetração, um tipo específico de acoplamento estrutural no qual os sistemas acoplados não podem existir um sem o outro. Isto se dá, por exemplo, entre a consciência e cérebro e entre sistemas psíquicos e sistemas sociais"*. RODRIGUES, L. P.; NEVES, F. M. **Niklas Luhmann: A sociedade como sistema**...p. 94.
[56] Idéia que, como se verá *infra* (Cap. 2), será também apropriada por Jakobs.

operação da consciência e a comunicação como operação da sociedade são cada qual fatores unicamente para os seus próprios sistemas e, dessa forma, não necessariamente o que se percebe é o que se comunica. Contudo, apenas o que se percebe é que pode ser comunicado, havendo entre os dois sistemas um acoplamento estrutural. Esse mesmo acoplamento estrutural, sem determinação unilateral, é que impede que as teorias da socialização sejam analisadas a partir das teorias da herança cultural: como a consciência é também autopoiética, não pode haver socialização que não seja auto-socialização. A ideia de papéis sociais que se transmitem de geração em geração vai contra a autopoiese e, mesmo, contra a individualidade que, apesar de uma relação com a cultura, se manifesta em cada um. Nesse sentido, para a teoria dos sistemas, é o próprio indivíduo quem deve selecionar as informações e proceder, ou não, a uma socialização adequada[57]. "Seja você mesmo" é uma fórmula vazia que só repete o que já acontece normalmente. Esse modelo, como é óbvio, traz a possibilidade radical de o indivíduo dizer sim ou não, o que, mais uma vez, contraria as análises apressadas da teoria sistêmica, as quais, uma vez constatada a ideia de homem como meio frente ao sistema social autopoiético, logo concluem pela opressividade da teoria que supostamente torna o homem uma mera ferramenta do social.

Como se pode ver, muito fica de fora da comunicação, donde surge uma possibilidade incrível de complexidade intra-sistêmica. O acoplamento estrutural de todos os sistemas mantém a todos permanentemente irritados. Essa irritação, contudo, deve ser vista de forma contrária ao processo de reequilíbrio dos modelos sistêmicos antigos: hoje, entende-se que há sistemas em permanente mutação e, entretanto, capazes de se manterem. A perturbação altera sem reequilibrar.

A estrutura determina o que pode ser examinado pelo sistema e a autopoiese demonstra o que realmente o é.

A influência do meio capaz de alteração ordenada no sistema deve ser então entendida como *"uma determinação para a autodeterminação"*[58] . O estímulo do meio atualiza o uso das estruturas do sistema. A "informação" é aquilo que, pelas estruturas, irrita o sistema. Não se trata de mera determinação exterior, pois isso seria causalidade.

---

[57] Talvez seja possível um paralelo entre essa necessidade de auto-socialização e aquilo a que SHECAIRA se refere ao falar do criminoso como um ser com "*assombrosa capacidade de transcender"* uma vez que não pode ser analisado como totalmente determinado pelo seu meio. SHECAIRA, S. S. **Criminologia...** p. 48.
[58] LUHMANN, N. **Introdução...**p. 140.

Assim, tem-se a consideração de que cada informação só é possível dentro de seu próprio sistema, já que cada sistema conta com suas próprias expectativas e esquemas de ordenação, sendo que o próprio sistema é responsável pela seleção da irritação.

Daí por que, no exemplo luhmanniano, informações como Produto Interno Bruto e nível de desemprego são informações para o sistema político e não para o econômico, uma vez que as grandes empresas (e também médias e, cada vez mais, também pequenas) produzem a sua informação econômica por meio de balancetes, prospectivas de consumo, etc[59].

Ora, essa noção de informação dentro do próprio sistema, dentro de um marco teórico dado pelo acoplamento estrutural e pela produção autopoiética, pode também ser utilizada para a análise das informações veiculadas por meio de normas jurídicas e das perplexidades que, no âmbito penal, algumas delas têm causado: seriam as crescentes pressões por incriminações, como, por exemplo, no tocante à responsabilidade penal da pessoa jurídica, na (má) conformação dos institutos de captação ambiental de som e imagem e do agente infiltrado, informações efetivamente jurídicas? A reação da dogmática por meio da criação de estruturas e conceitos estranhos ao sistema penal tradicional traria uma tentativa válida de tradução de informações de outros sistemas para o sistema jurídico? Não seria a própria hipótese do Inimigo uma informação mais afeita a outros sistemas do que ao do Direito? Todas essas perguntas envolvem explicações ainda a serem desenvolvidas pela análise sociológica da teoria jurídica.

O que fica claro é a relação entre o acoplamento do sistema ao meio e a invenção constante de novas estruturas.

Dentro das possibilidades intra-sistêmicas, o acoplamento estrutural novo é um acontecimento improvável, mas que, uma vez ocorrido, torna as possibilidades de manutenção favoráveis.

No âmbito social, a complexidade permitiu formas de comunicação extremamente improváveis: obter carros por papéis que representam mecanismos de crédito a serem, por sua vez, contabilizados segundo outros mecanismos comunicativos, os quais envolvem, em última instância, uma comunicação jurídica.

No contexto do acoplamento entre consciência e sociedade há uma produção constante e, segundo o até agora observado, dentro de uma complexidade cada vez maior.[60]

---

[59] LUHMANN, N. **Introdução...** p. 143.

[60] "*Os acoplamentos estruturais entre comunicação e consciência surgem paralelamente na evolução (eles coevoluem), e têm a função de alcançar uma alta complexidade"* LUHMANN,N. **Introdução...**, p. 147.

Nas palavras de Luhmann, *"a autopoieses, tanto da vida como da comunicação, é um fenômeno tão forte que o máximo que toda mudança estrutural (structural drift) produz, de forma quase imperceptível, é mais diversidade".*[61]

A forma como essas premissas serão apropriadas – e aqui, ainda mais do que na teoria sociológica dos sistemas específica sobre o Direito – por Jakobs, ainda têm de ser demonstradas, mas os conceitos bases para o entendimento da teoria dos sistemas – que aqui, como já referido, foram apresentados apenas em linhas gerais para permitir uma crítica à teoria jurídica de Jakobs – devem ser mantidos em mente para a descrição dos impactos da estruturação da teoria funcionalista sistêmica.

1.2.5 A EVOLUÇÃO DOS SUBSISTEMAS

O quanto até agora exposto forma uma base geral teórica para a análise sistêmica de qualquer objeto. As concepções de sistema, meio, fechamento operativo, acoplamento estrutural, complexidade e contingência formam os núcleos fundamentais – aqui, novamente, ressalta-se: apenas tangencialmente apresentados na presente tese – por onde as análises sociológicas de Luhmann partirão e aos quais sempre regressarão.

Munido desses referenciais, Luhmann procedeu à análise de diversos objetos específicos da sociedade que não se confundem com o todo do sistema social. Assim, a análise da ciência, da moral, do amor, da amizade, da economia, da política e do próprio Direito, partem de uma segunda diferenciação na diferenciação entre sistema social/meio.

Aliás, o próprio Luhmann só procedeu à análise da sociedade enquanto "sistema total" como última tarefa de seu legado teórico, após ter analisado especificamente cada um dos subsistemas diferenciados da sociedade moderna.

Ocorre que a específica subdivisão em diversos subsistemas não se traduz adequadamente em termos ontológicos, devendo ser explicitada segundo as condições que a possibilitaram dentro da sociedade atual super-complexa[62]. O modelo sistêmico deve então fornecer um referencial capaz de explicitar como, a partir de uma operação comum de comunicação, diversos subsistemas parciais são capazes de se diferenciar, formando cada qual seu próprio encerramento operativo mediante a diferenciação e monopolização

---

[61] LUHMANN, N. **Introdução...** p. 149

[62] *"A sociedade moderna distingue-se pela sua alta complexidade. 'Considerando o número, a diversidade e a interdependência de ações possíveis', assim enfatiza Luhmann, 'a sociedade moderna é supercomplexa – muito mais complexa do que qualquer uma das formações sociais mais antigas, limitadas regionalmente'"* NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã...** p. 15.

de sua prestação específica. Eis aqui a contribuição específica de Luhmann às teorias da evolução.

Tendo em vista a diferenciação entre operações e estruturas – sendo estas entendidas como expectativas frente às próprias operações -, a evolução em Luhmann é marcada por um triplo processo decomposto em variação, seleção e restabilização. Esse processo, da mesma forma que o acoplamento estrutural, *"manifesta-se com a transformação do improvável em provável. (...) Ocorre evolução, portanto, quando aquilo que é desviante passa a integrar a estrutura do respectivo sistema"*[63]. Pode-se dizer que o acoplamento estrutural, como a criação de novas estruturas para a relação com o meio, é, em grande parte, o resultado final da evolução. E, como visto, novos acoplamentos evoluem, ao menos no que até hoje observado, no mesmo sentido de uma maior complexidade. Tendo em vista que o sistema é uma diferença frente ao total do meio, ele sempre conterá em suas estruturas um grau menor de complexidade que o meio que o circunda. Novamente, a complexidade desestruturada do meio só pode ser apreendida pelo sistema de forma seletiva, até para que possa manter a sua própria autopoiese, de forma que a seleção de apenas uma parte da complexidade do meio (e, assim, de uma menor complexidade frente ao todo que o circunda) possibilite a integração da complexidade do sistema (maior complexidade intra-sistêmica). A diferença de complexidade entre meio e sistema e a necessidade de manutenção da autopoiese do próprio sistema são, integrados, o motor da evolução na teoria dos sistemas luhmanniana[64].

Tendo em vista o acoplamento estrutural e o encerramento operativo, a formulação da teoria da evolução não pode seguir os mesmos moldes da teoria da evolução darwiniana: não é o meio que seleciona os sistemas, mas, sim, o exato oposto: só o sistema pode selecionar do meio aquilo que o fará evoluir[65]. E tendo em vista que o fator de

---

[63] NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã...** p.1.

[64] *"Quanto mais complexo é o próprio sistema, tanto mais complexo pode ser o ambiente no qual ele é capaz de orientar-se coerentemente. A complexidade de um sistema é regulada essencialmente, por meio de sua estrutura, ou seja, pela seleção prévia dos possíveis estados que o sistema pode assumir em relação ao seu ambiente, Por isso as questões estruturais, e entre elas as questões jurídicas, são a chave para as relações sistema/ambiente e para o grau de complexidade e seletividade alcançável nessas relações"* LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I,** p. 168.

[65] Lembre-se ademais que, conforme já ficou a cima exposto, *"No âmbito da teoria sistêmica, rejeita-se radicalmente qualquer redução sociobiológica da evolução social no sentido do 'gene egoísta. Os fatores genéticos pertencem à infra-estrutura bioquímica, ao ambiente orgânico da sociedade. Esta diferencia-se do seu ambiente na medida em que é constituída por comunicações como unidades elementares."* NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã...** p. 3. Outrossim, também a evolução social não pode ser atribuída a ações de atores ou grupos de indivíduos, o que se espera já tenha ficado claro ante o exposto *supra. "Considerando-se, entretanto, que o homem faz parte do ambiente dos sistemas sociais, seu organismo ou sua consciência apenas podem condicionar-lhes, mas não determinar-lhes a evolução"* NEVES, M. **Entre Têmis e**

operação que constitui a sociedade enquanto sistema é a comunicação, é justamente uma comunicação produzida a partir de um estímulo do meio retraduzido pelo acoplamento estrutural para o sistema e que não era esperada segundo as estruturas de expectativas sociais que permite a "variação" enquanto primeiro momento da evolução.

Reforçando os conceitos de operação e estrutura enquanto expectativa, a operação – no caso da sociedade, comunicação – surge como um momento não esperado dentro das expectativas, conformando a variação necessária para uma modificação possível. Pode ocorrer que as estruturas reajam a tal variação de forma negativa, no sentido de uma supressão e, nesse caso, a possibilidade de evolução estará finda para este processo. Para que o processo evolutivo tenha continuidade, é necessário proceder à etapa de "seleção". Na seleção, a variação fornecida pela operação não esperada é na medida do possível integrada frente às expectativas como uma operação capaz de ter seu uso repetido. Embora ainda não seja uma operação cotidiana, torna-se uma operação possível, que poderá condensar expectativas no futuro aptas a dirigir operações posteriores. Finalmente, quando há a reorganização de novas expectativas no complexo das estruturas existentes, está-se diante da restabilização: *"a restabilização, como mecanismo evolutivo, implica, em grau maior ou menor, que as estruturas preexistentes rearticulem-se para adequar-se às novas expectativas, possibilitando, assim, a continuidade dinâmica da sociedade"*[66].

Esse processo de variação, seleção e restabilização a partir dos conceitos de operação (fechamento operativo), estrutura (plexo de expectativas), acoplamento estrutural e assimetria de complexidade entre meio e sistema, é utilizado por Luhmann na descrição da evolução social até a formação da sociedade diferenciada hodierna em que o Direito cumpre uma função específica enquanto subsistema autopoiético do todo social.

Na descrição de tal evolução, Luhmann divide os diferentes estágios sociais (sociedade arcaicas, sociedades de culturas avançadas e sociedade moderna) segundo o princípio pelo qual os sistemas dentro de tais sociedades se diferenciam: diferenciação segmentária, diferenciação hierárquica e diferenciação funcional. Ressalte-se que essa divisão é realizada mais como tipo ideal do que como descrição rígida de períodos cronológicos.

Leviatã... p. 4. Ou, ainda, *"o homem vive como um organismo comandado por um sistema psíquico (personalidade). As possibilidades estruturalmente permitidas para esse sistema psíquico-orgânico não são idênticas às da sociedade enquanto sistema social (...) Por isso homem e sociedade são reciprocamente ambiente. Cada um é para o outro demasiadamente complexo e contingente"* LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I**, p. 169.

[66] NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã...** p. 7.

A diferenciação segmentária é caracterizada pela existência na sociedade de sistemas iguais ou semelhantes[67]. Assim, diversas famílias que constituem um mesmo clã. Na diferenciação hierárquica[68] surgem centros assimétricos de organização, que, contudo, não matizam ainda a sociedade de acordo com sistemas ligados a funções específicas. A situação em que tais centros operam é, na vida cotidiana, excepcional. Assim a relação existente entre uma casta superior e outra inferior, na qual se aglutinam a grande maioria das famílias[69]. Finalmente, na diferenciação funcional cada sistema parcial possui um fim específico, constituindo-se de forma diversa dos demais. Nesse sentido se organizam os diversos subsistemas com funções próprias na sociedade complexa atual: o Direito, a economia, a religião, etc[70]. Veja-se que a diferença entre cada princípio de diferenciação não se dá no grau de diferenciação, mas na forma de cada uma. A rigor, não existe sociedade não diferenciada, *"pois apenas sistemas sociais com um grau de complexidade demasiadamente baixo podem se manter indiferenciados, de modo a unir entre si cada um dos elementos que os compõe"*[71]. Ainda, novamente, de se deixar claro o caráter não taxativo da descrição realizada de cada estágio da sociedade frente a cada princípio de diferenciação identificador:

> *Mesmo nas sociedades mais simples os papéis se diferenciam funcionalmente conforme a idade e o sexo, e mesmo nas sociedades industriais mais complexas existem vários campos funcionais no quais a diferenciação segmentária se confirma como coerente – continuam existindo várias famílias, vários hospitais, vários distritos administrativos, etc*[72].

O que importa para a caracterização do estágio de evolução é a diferenciação predominante: na sociedade contemporânea as diferenciações segmentárias são mantidas na medida em que tenham um valor para o sistema parcial funcional específico.

---

[67] *"Igualdade dos sistemas parciais, que se distinguem com base na descendência ou na comunidade de habitação, ou mediante a combinação de ambos os critérios"* LUHMANN, N; DE GIORGI, R. **Teoria della societá,** p. 255 *apud* NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã...,** p. 7.

[68] Que em alguns momentos é desenvolvida também na versão "centro/periferia", como uma forma intermediária de diferenciação entre a diferenciação segmentária e a hierárquica. Cf. VILLAS BÔAS FILHO, O. **Teoria dos sistemas...**, p. 100.

[69] *"A diferenciação estratificada caracteriza-se pela 'desigualdade de nível dos sistemas parciais', sendo fundamental a distinção entre 'nobreza e povo comum'*. LUHMANN, N; DE GIORGI, R. **Teoria della societá**, p. 256, *apud* NEVES, 2008, p. 8.

[70] *"Característica da diferenciação funcional são tanto a desigualdade quanto a igualdade dos sistemas parciais. Os sistemas funcionais são iguais na sua desigualdade"* NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã...**, p. 10.

[71] VILLAS BÔAS FILHO, O. **Teoria dos sistemas...** p. 99.

[72] LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I**... p. 176.

Pois bem. Na sociedade arcaica, dada a diferenciação segmentária, todos os subsistemas têm a mesma visão de seu ambiente, uma vez que têm o mesmo princípio de formação. Nesses termos, a seletividade é limitada, e *"o mundo observado está marcado pela diferença entre o que é familiar e o que não é"* [73]. Nela há uma confusão entre variação e seleção, bem como entre operação e estrutura: o mundo dado é experimentado como o único possível e qualquer modificação se traduz como revolução. Isso "*significa que as comunicações inesperadas são exceções que põem em xeque a própria estrutura social. O desvio é tido como algo estranho à comunidade"*[74] . As limitações dadas pela sociedade são diretamente sentidas pelo Direito, que não é capaz de ir além da baixa complexidade de possibilidades já estabelecida. Nesse sentido, o Direito é tão dependente da configuração concreta, daquilo que efetivamente ocorre, que torna-se impossível uma separação entre vigência e imposição: o Direito válido é unicamente aquele imposto e, uma vez não imposto, não há violação, mas mutação do próprio Direito[75]. O Direito concreto surge como o único possível[76]. A inerência das estruturas impede que se questione sua finalidade, o que surge no mundo jurídico como ritualismo e procedimentalismo. Dada a identificação dos diversos subsistemas segundo o parentesco, o Direito é marcado pela reciprocidade e pela represália, e a relação para com o tempo é de uma total vinculação do futuro e do presente ao passado: o sentido de experimentação do tempo é dado pela convivência contínua e cotidiana com as pessoas e as coisas nos seus devidos lugares, o que se revela, por exemplo, na convivência cotidiana com os mortos, os quais não podem ser abandonados. A falta de represália implicaria uma traição ao próprio passado e toda a sua esfera de sentido:

> *O direito não é, a rigor, aplicado ou executado (instrumentalmente), mas sim assegurado e afirmado expressivamente pelo respectivo indivíduo ou grupo ofendido. Ele é verificado e confirmado concretamente no presente, não existindo ainda uma diferença clara entre regra e ação (...) Nesse sentido, sustenta-se que o impasse da evolução do direito arcaico reside no mecanismo da variação, na insuportabilidade estrutural do desvio inovador*[77].

---

[73] VILLAS BÔAS FILHO, O. **Teoria dos Sistemas...** p. 101.
[74] NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã...** p. 8.
[75] O *fiat iustitia pereat mundus* é aqui um raciocínio impossível, pois a justiça é só aquela capaz de se encontrar dentro das limitações sociais já traçadas, de forma que jamais poderia contrariar a estrutura do mundo.
[76] *"O traço fundamental da estrutura é a ausência de alternativas para a ordem"* LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I...**, p. 188.
[77] NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã...** p. 20-21.

Com o enriquecimento desigual de algum clã ou família, ou com o encontro com outras etnias, o princípio da igualdade é quebrado, gerando uma maior complexidade à que o sistema responde mediante uma organização segundo o princípio da estratificação hierárquica[78].

Nas sociedades diferenciadas segundo a estratificação hierárquica já há uma suficiente distinção entre estruturas e operações, de forma que é possível uma diferenciação entre variação e seleção, o que se manifesta na forma de uma maior carga de tolerância ao desvio, que não necessariamente confronta as estruturas. O desvio passa a ser tratado como um padrão comportamental desviante, mas interno à própria sociedade, que não mais afronta as estruturas sociais. A dificuldade de mutação aqui se dá em relação às estruturas. Elas são sentidas como imanentes e invariáveis, impassíveis de qualquer modificação, tendo em vista que sua alteração levaria à ruína da própria sociedade. Há, em verdade, apenas uma elevação do grau de desvio suportável: as operações são diferenciadas das estruturas e, embora possam, agora, variar, ficam submetidas ao controle estrito das estruturas incontestáveis. Na diferenciação social, a reciprocidade dá lugar à hierarquia, a qual se estabelece independente das situações concretas: o nobre nunca pode deixar de ser nobre. Assim, a imanência das estruturas (e das diferenças por elas estabelecidas) faz com que perguntas como "o que você faria se fosse rei?" sejam experimentadas como sem sentido. O subsistema dominante passa a crer que representa todo o sistema[79] e considera como ambiente todos os demais, havendo uma desigualdade "*que se reflete numa desigualdade nas possibilidades de comunicação, com a decorrente necessidade de impor aos demais subsistemas as autodescrições com pretensões globais realizadas pelos dominantes*"[80].

---

[78] *"Com o desenvolvimento econômico o número de casos de disputas jurídicas cresce. Com isso a defesa própria e a luta tornam-se crescentemente inoportunas, surgindo uma necessidade de institucionalização de processos regulares para decisões sobre disputas jurídicas, correspondendo, no campo material, a uma necessidade de separação entre o direito civil e direito penal, que não era possível no campo da vigência da defesa própria. Isso é facilitado na medida em que com a crescente diferenciação dispõe-se cada vez mais de possibilidades para a organização de modos de vida, o que leva a um número cada vez maior de partes em disputa, as quais não dependem de uma futura vida em comum"* LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I...**, p. 197.

[79] *"A moral conteudística, religiosamente fundamentada, ao mesmo tempo excludente na dimensão pessoal ou social e totalizante na dimensão material e temporal, atua como freio aos desvios inovadores, na medida em que estabelece que o proveniente 'de baixo' deve adequar-se ao fixado 'em cima'"* NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã...** p. 10.

[80] VILLAS BÔAS FILHO, O. **Teoria dos Sistemas...** p. 103.

Luhmann dá como exemplo desse tipo de sociedade, basicamente, as civilizações chinesa, hindu, islâmica, greco-romana, do continente europeu e anglo-saxã[81]. Há aqui uma diferenciação funcional incompleta, em que, por exemplo, os sistemas econômico e, sobretudo, o político, já possuem algumas funções destacadas, entretanto, não acessíveis para a maior parte da população na maior parte de suas vidas[82]. Há um primado do político ou da religião (ou, ainda mais comum, uma mescla de ambos) que permite falar agora em "imposição do Direito", o qual, ainda que excepcionalmente não seja cumprido, não é capaz de fazer ruir as bases de organização das sociedades. Nesse contexto, o Direito se desvincula de parentes e partidos. Agora é possível a criação de um tribunal para decidir sobre expectativas, sem que essas existam unicamente na medida em que se imponham. A figura do tribunal pode absorver diversas complexidades, realizando a congruência de expectativas:

> *A conquista decisiva reside, então, na institucionalização do* ***procedimento judicial – sistemas de interação de tipo especial, cuja função consiste em determinar a decisão de uma situação em aberto, em absorver a incerteza e dessa forma substituir a luta arcaica pelo direito, por um processo que apresenta mais alternativas e possibilita opções fundamentais[83].***

Os tribunais e os processos por eles instrumentalizados surgem então como conquistas evolutivas capazes de fomentar o maior grau de dissidência, de variação das possibilidades sociais, sem que a sociedade inteira venha a baixo, uma vez que as expectativas não precisam mais ser asseguradas mediante a força e, mais do que isso, o próprio processo fornece um canal de arrefecimento das disputas que se dão no mundo não institucionalizado. A imparcialidade do terceiro julgador traz a incerteza do resultado, o que induz ao engajamento das partes na causa, substituindo a antiga incerteza derivada da própria luta ou dos julgamentos divinos. *"Protegido pelo poder político estabilizado,*

---

[81] LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I**... p. 201.

[82] *"Existem templos, igrejas ou mosteiros, sacerdotes e sábios que se ocupam não mais apenas com a interpretação religiosa dos eventos, mas com a interpretação da própria religião. Existem mercados ou locais de armazenamento e distribuição que servem para a compensação de necessidades também entre não parentes. Existe uma dominação política em certo grau capaz de tomar decisões e, normalmente, de impô-las, mais poderosa que todas as forças individuais do país, sendo então imprescindível por causa desse desempenho ordenador em termos políticos e administrativos. Vistos a partir da vida cotidiana, porém, esses centros funcionais, geralmente urbanos, governam apenas situações excepcionais. A margem deles, e de forma relativamente autônoma, a massa da população vive na antiga ordem de parentesco, nas casas e em aldeias, ou eventualmente em estabelecimentos profissionais nas cidades"* LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I...,** p. 201-202.

[83] LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I...**, p. 207, grifo nosso.

desenvolve-se o poder da argumentação e da demonstração"[84] . O Direito decidido no processo possui uma maior capacidade de observação e controle, o que permite, inclusive, que se veja o Direito de outras sociedades como formas de estrutura também válidas enquanto Direito – ainda que unicamente para as outras sociedades. Justamente as regras que levam à decisão no caso concreto na sociedade própria a que se pertence exprimem a ainda pequena – quando comparada com as sociedades modernas – complexidade das sociedades antigas: não há abstração suficiente para ver a própria formação estrutural como contingente, de forma que as bases últimas do Direito têm de ser limitadas, sendo absorvidas de fora, como regras imanentes, princípios divinos, etc[85]. Na medida em que a ordem não pode ser posta em questão, a seleção não se diferencia da restabilização. Ainda, com a seletividade concentrada em um único subsistema superior, as dificuldades de comunicação entre todos os demais podem gerar atritos traduzidos como sobrecarga de complexidade, a qual a diferenciação centrada em um único subsistema não é capaz de responder adequadamente. Essa pressão por seleção (complexidade) força a mudança.

No limiar das sociedades pré-modernas, a concepção do Direito como imutável encontra relativizações como na contraposição entre Direito Natural e Direito Positivo, sendo que este seria inferior e derivaria sua própria autoridade daquele. *"A dicotomia 'ordem jurídica natural/ordem jurídico-positiva' implica a delimitação da esfera do direito invariável pela noção de direito variável, alterável"*[86]. Tem- se a percepção de que, embora em suas bases o Direito seja sempre o mesmo, parcelas dele podem sofrer mudanças, uma vez que não conformam o imprescindível para a organização social.

A total diferenciação e efetiva organização em complexidade segundo a diferenciação de subsistemas funcionais dar-se-á unicamente na sociedade moderna a partir do fenômeno da positivação do Direito.

Na diferenciação funcional, diferente da diferenciação hierárquica, não importa mais a posição de cada subsistema, mas unicamente suas funções, pois funções diferentes não são capazes de serem comparadas em critérios de hierarquia. Ainda, uma vez que não há um superior, nem sequer uma igualdade no sentido da diferenciação segmentária, em que todos ocupavam os mesmos espaços funcionais, a principal característica da sociedade

---

[84] LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I...**, p. 209.

[85] *"As normas e os princípios abstratos, de acordo com os quais a atividade aplicadora dos juízes deve orientar-se – inclusive quando introduzidos por legislação -, são compreendidos como imutáveis. Isso está relacionado com o fato de que o direito é concebido como algo verdadeiro ..."* NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã...**, p. 22.

[86] NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã...** p. 23.

moderna diferenciada funcionalmente torna-se a impossibilidade de uma representação global da sociedade por qualquer dos subsistemas: não há mais *locus* de observação privilegiado.[87] Aqui, as normas, tal qual os processos judiciais, passam a ser estabelecidas segundo um processo decisório. A vigência do Direito deixa de estar referida a uma ordem sagrada. As próprias estruturas tornam-se contingentes. Veja-se que não se trata da mera legislação enquanto lei escrita, o que já acontecia desde a Mesopotâmia Antiga, mas, sim, da possibilidade de se fazer valer a lei simplesmente em decorrência de ser lei produzida de acordo com os processos regularmente instituídos. Só a partir do século XIX a extrema contingência da legislação é enfocada e sua alteração passa a ser cotidiana. Só a partir desse século a instauração de processos legislativos se torna componente funcional permanente do Estado. As tentativas anteriores, incluindo os ideais iluministas de racionalização do Direito, eram muito mais uma reorganização do Direito já existente. Só no século XIX o novo passa a ser parte permanente da legislação. O específico da positividade é a consciência da seletividade da escolha sobre o que é o Direito válido. Esse processo se dá na cada vez maior diferenciação funcional e sua relação com as exigências de complexidade do meio:

> *Na modernidade, o que se observa são subsistemas funcionais sobrecarregando o ambiente uns dos outros, acarretando a inexistência de um subsistema social que forneça uma percepção relativa às interdependências do ambiente, uma vez que, para a teoria dos sistemas, isso implicaria admitir a existência da sociedade dentro da sociedade*[88].

Como já dito acima, dada a grande complexidade da sociedade, uma vez que os diversos subsistemas tornam-se meios uns frente aos outros, de forma que se mantêm permanentemente irritados, o específico de nosso tempo parece ser o carente de sentido, a grande capacidade de mudança contínua, a enorme contingência: a "*velocidade para reparar o que continuamente se decompõe"* [89]. O subsistema, para ser autopoiético, tem de possuir a própria linguagem. A do Direito é lícito/ilícito. Essa linguagem é desenvolvida

---

[87] *"Cada subsistema funcional (por exemplo, o subsistema político, o econômico, o jurídico, o educacional, o científico, etc.) exerce uma função específica e o faz a partir de uma estrutura que se baseia num código binário que lhe é próprio e, ademais, exclusivo. Diante disso, cada subsistema funcional somente pode observar a sociedade a partir de sua função, o que obsta qualquer possibilidade de um subsistema específico postular prerrogativas de qualquer ordem sobre os demais (...) É por essa razão que a sociedade moderna passa a ser descrita como funcionalmente fragmentada, pois admite inúmeras codificações com validade simultânea"* (VILLAS BÔAS FILHO, O. **Teoria dos sistemas...** p. 105.

[88] VILLAS BÔAS FILHO, O. **Teoria dos sistemas...** p. 111.

[89] *Idem* nota 24.

para o fechamento em decorrência da necessidade de a sociedade se diferenciar internamente para abarcar com maior complexidade os problemas levantados pelo meio[90]. Os conceitos de lícito/ilícito são preenchidos por programas, os quais fixam as regras concretas para a atribuição de tais valores. O código binário próprio fornece o fechamento normativo com que trabalham os tribunais. A irritação provinda dos outros subsistemas diferenciados – todos eles meio para o Direito –, e retraduzida pelo acoplamento estrutural para a linguagem jurídica, fornece a abertura cognitiva que informa os programas de adjudicação de tal código como, por exemplo, por meio de disposições legislativas sobre o contrato e a propriedade (acoplamento entre economia e Direito) ou as pelas disposições Constitucionais (acoplamento entre política e Direito). Se o tempo nas sociedades arcaicas era caracterizado por uma total vinculação ao passado, na sociedade moderna ele se traduz pela experiência de um futuro totalmente em aberto, em que todas as possibilidades se tornam igualmente possíveis dependendo da decisão que se tome no presente. Tudo, inclusive as estruturas mais fundamentais da sociedade, que eram na sociedade hierárquica tidas como imutáveis, se torna fruto de uma simples decisão e, portanto, contingente, passível de ser de outra forma. Na sociedade com divisão hierárquica o futuro era apenas parcialmente aberto, pois as estruturas fundamentais permaneceriam as mesmas do passado. A diferenciação funcional torna consciente a contingência das estruturas de todos os sistemas: nada mais pode durar para sempre e nem desde sempre. O passado não nos vincula, é o futuro que nos pressiona como uma necessidade permanente de decisões no presente:

> *O futuro substitui o passado enquanto horizonte temporal predominante. O passado perde sua dimensão determinante. Ele é levado ao futuro apenas enquanto capital ou conhecimento histórico, enquanto história. O direito não é mais o 'bom direito antigo'. Ele vige não mais por causa de sua invariância baseada no passado que simboliza sua constância. Ao contrário, a vigência do direito descansa agora sobre sua função. Esta é interpretada tendo em vista o futuro*[91].

E essa constante mutabilidade torna-se a perda de referências na ausência daquilo que a dogmática penal experimenta como carência de sentido[92], uma vez que encara as

---

[90] *"é preciso que ocorra a orientação desse subsistema para a resolução de um problema social específico"*. VILLAS BÔAS FILHO, O. **Teoria dos sistemas...**, p. 144. Essa mesma orientação, quase *ipsis litteris*, será retomada por Jakobs para definir a função do Direito Penal (cf. *infra,* cap. II).

[91] LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I...** p. 170.

[92] V. MENDOZA BUERGO, B. **El derecho penal en la sociedad del riesgo.** Madrid: Civitas, p. 23-119.

possibilidades do futuro em aberto com pessimismo frente às escolhas do presente. Essa situação, como se verá, é uma das causas da criação do Direito Penal do Inimigo, o qual, contudo – como igualmente será relatado – deita raízes em tradições teórico-sociológicas muito distantes da vertente sistêmica.

O sentido da positividade do Direito, enquanto aponta para intrínseca mutação, é encarado pela dogmática juspenalista no sentido de uma "legislação de emergência". A difícil verdade é que a emergência talvez seja permanente enquanto continuar a se insistir no Direito Penal como forma de resolução das aporias da sociedade.

Embora o cerne da teoria dos sistemas de Luhmann pudesse ser adequadamente compreendido se a exposição se encerrasse nesse momento, faz-se mister continuar a elaboração ainda um pouco para que sejam aclarados problemas relativos mais ao sentido da norma enquanto dever ser do que à própria teoria sociológica dos sistemas. Explica-se: a sociologia tem uma forma diversa de se apreender o sentido específico da experiência normativa, o que terá maiores implicações nas discussões, tão caras ao funcionalismo penal, relativas à função da pena. É por isso que, embora exposta a teoria de Luhmann sobre o Direito enquanto sistema e sobre a forma de descrição da modernidade pela teoria dos sistemas, procede-se mais algumas linhas para a explicação da função da norma, agora não mais observada enquanto sistema social, mas, sim, em sua relação primária, a que os juristas costumam classificar como "comando"[93].

1.3 A FUNÇÃO DA NORMA ENQUANTO "DEVER SER".

Consideradas no caso específico, todas as normas, ainda que não jurídicas, têm uma função clara: elas reduzem a complexidade com que cada indivíduo, enquanto sistema da consciência individual, tem de lidar no trato com o mundo.

A premissa é a de que a capacidade de "processamento" do sistema psíquico é reduzida frente ao complexo de possibilidades contingentes apresentadas no mundo[94]. Para lidar com tal dificuldade, o homem "lança" sobre o mundo suas expectativas, fazendo a redução do "mundo expectável" para uma menor complexidade, agora com a limitação de algumas possibilidades e o favorecimento de outras, de forma que o processamento das

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

[94] Luhmann chama a igualdade de probabilidade de todas as possibilidades que caracteriza o mundo enquanto fenômeno "total" de *"névoa original"*. LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I.**... p. 12.

ocorrências possíveis se integre de maneira consistente frente à possibilidade de atenção humana em cada momento.

Na medida em que nessa experiência mundana encontram-se também outros seres reconhecidos como homens eu-idênticos, é possível reconhecer que esses também se guiam no mundo a partir de expectativas, as quais podem ser também por mim utilizadas, desde que se pague o preço de reconhecer em tais homens, tal como em mim, a possibilidade do engano frente a tais expectativas. *"O preço da absorção de perspectivas estranhas é, formulado em termos extremados, sua inconfiabilidade (...) para se encontrar soluções bem integráveis, confiáveis, é necessário que se possa ter expectativas não só sobre o comportamento, mas sobre as próprias expectativas do outro"*[95], o que forma a chamada *"dupla contingência do mundo social"*[96]. É na adequada integração entre essas duas contingências (contingência do comportamento que se espera do outro e contingência do comportamento que se espera do outro de acordo com as expectativas que se esperam do outro) que se localiza o específico da experiência normativa.

As intricadas tramas de expectativas recíprocas precisam ser simplificadas e imunizadas contra o risco do erro. Para tanto, pode-se recorrer a duas estratégias diversas: atualizar as expectativas ao erro, de forma que, sempre que algo não saia como o esperado, haja uma reescrita do que se esperar para a próxima interação (estratégia cognitiva), ou, em sentido oposto, manter a expectativa, apesar do erro, isolando-o como fato excepcional, de forma que a norma continua como forma válida de interpretação do mundo (estratégia normativa). A complexidade de cada objeto no mundo acabará por selecionar o tipo de estratégia mais apta a lidar com as expectativas desapontadas. Assim, frente à natureza, é muito mais improvável que tenhamos de estar constantemente alterando nossas expectativas – baseadas simplesmente em fatos da experiência, nossas expectativas dificilmente nos decepcionam, liberando-nos para que tomemos a estratégia cognitiva de forma a mudar o que esperamos com os raros desapontamentos. Já no mundo social, a complexidade é muito maior: baseamos nossas expectativas em outras expectativas, as quais também se referenciam às nossas próprias expectativas, gerando um grau de complexidade e inconfiabilidade muito maior, de forma que, se adotássemos expectativas cognitivas, em última análise, não nos restaria expectativa nenhuma. Onde as possibilidades são muitas, não se pode optar pela manutenção de expectativas pela via cognitiva. Havendo muitas possibilidades de desapontamento, as expectativas cognitivas

[95] LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I....** p. 47
[96] *Idem, ibidem.*

seriam constantemente readaptadas, abrangendo amplo aspecto de possibilidades, o que nos traria de volta à grande complexidade e contingência inicial do mundo, a qual as expectativas, enquanto estruturas de constância relativa, visam justamente reduzir! Por isso, as expectativas cognitivas são utilizadas em setores nos quais os desapontamentos são menos prováveis, ou seja, onde há menos possibilidades. A diferenciação tradicional – inclusive utilizada por Jakobs[97] - que costuma se referir a diferentes tipos de regras como qualidades intrínsecas destes diversos tipos normativos está incorreta. A diferença é meramente quantitativa. Não há qualquer diferença intrínseca entre "regras da natureza" e "regras do comportamento", senão no tocante às formas de reação ao desapontamento dadas pela maior complexidade do mundo social. Não há uma diferença "na natureza das coisas", mas uma simples opção estratégica em virtude do maior grau de previsibilidade do mundo objetivo em relação ao social[98].

A diferenciação de formas de reação de modo pré-estabelecido para cada expectativa anterior ao próprio desapontamento é uma estratégia avançada e não necessariamente precisa ocorrer em todos os âmbitos da sociedade. Em sociedades primitivas há um compartilhamento tão grande da auto-evidência de algumas expectativas que definir uma estratégia prévia para o caso de desapontamento resultaria apenas no enfraquecimento e descrédito da expectativa. Entretanto, em sociedades complexas, a possibilidade de pré-programação da reação permite um maior controle e consciência frente às alternativas apontadas pelo mundo, já agora reconhecidas como contingentes. É nesse cenário que surgem sistemas diferenciados de acordo com a estratégia predominante de manutenção. Assim, no sistema científico predominam expectativas cognitivas – o que não implica a inexistência de expectativas normativas também no âmbito científico[99] -, enquanto no sistema jurídico predominam as expectativas normativas. No âmbito das relações sociais, mais importante que o desapontamento é que a expectativa possa continuar a servir como guia de um mundo "conhecido", que não se tornou totalmente caótico, apenas porque teve-se um vislumbre de que a imagem formada pelas expectativas

---

[97] V. *infra,* cap. II e III.

[98] *"A contraposição convencional do fático ao normativo deve, portanto, ser abandonada. Ela é uma construção conceitual errônea, como no caso de se querer contrapor ser humano a mulheres; uma manobra conceitual que nesse caso é prejudicial às mulheres, e naquele ao dever ser. O oposto adequado de normativo não é fático, mas sim cognitivo. Só é possível optar-se coerentemente entre essas duas orientações com respeito ao tratamento de desapontamentos, e não entre fático e o normativo."* LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I....** p. 57.

[99] O que se pode verificar, por exemplo, no caso da física, que convive já há algumas décadas com duas diferentes matrizes teóricas não unificáveis – ao menos até o momento – e, não obstante, não tem seu caráter científico contestado.

não é completamente idêntica ao objeto em toda a sua complexidade. Nesses termos, a questão principal não é a previsão de comportamentos, se a norma será ou não cumprida, mas, sim, a percepção comum quanto à expectativa: ainda que a norma não seja cumprida eventualmente, todos se orientam no sentido de saber qual a expectativa válida e que, por isso mesmo, caracteriza o comportamento como desvio: *"Isso porque a segurança na expectativa sobre expectativas, seja ela alcançada por estratégias puramente psíquicas ou por normas sociais, é uma base imprescindível de todas as interações, e muito mais importante que a segurança na satisfação de expectativas"* [100].

As normas, como diretivas, no mais das vezes, impessoais, reduzem a dificuldade de integração das expectativas do mundo social, na medida em que "encurtam" o caminho do entendimento: não é preciso calcular o que o outro pensa sobre o que eu penso, pois todos sabem que a norma vale para todos. Em sociedades e organizações mais simples essa redução não é tão necessária, podendo haver um maior número de acordos fáticos quanto às expectativas sobre expectativas em cada momento. *"A vigência de normas fundamenta-se na impossibilidade fática de realizar isso em todos os momentos e para todas as expectativas de todas as pessoas"*[101].

Na medida em que fazem uma seleção do mundo como expectável, deixando sempre e necessariamente – até para que haja redução da complexidade – algo de fora, as estruturas de expectativas estão sempre expostas ao desapontamento[102]. Como lidar com tais desapontamentos constitui, segundo Luhmann, *"um serviço de manutenção e reparos da estrutura"*[103]. O desapontamento sempre demonstra que o mundo era mais complexo – e menos aprazível – do que se gostaria de acreditar. Isso ocorre independente do resultado positivo ou negativo da quebra de expectativas – mesmo os efeitos benéficos tornam claro que a expectativa era apenas uma expectativa. Nesse sentido, toda expectativa normativa já prevê, em sua própria estrutura de fundamentação, a possibilidade de desapontamentos eventuais e uma única violação não faz o mundo ruir:

> *Aquele que espera tem que ser preparado e apetrechado para o caso de se defrontar com uma realidade discrepante. De outra forma ele não poderia ter a*

---

[100] LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I...** p. 53.
[101] *Idem, ibidem.*
[102] *"A racionalização de estruturas, portanto, envolve a dosagem da relação entre uma complexidade sustentável e a carga suportável de desapontamentos"*. LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I...** p. 55.
[103] *Idem, ibidem.*

coragem de esperar normativa e persistentemente. A canalização e arrefecimento de desapontamentos fazem parte da estabilização de estruturas[104].

Quando se espera normativamente, para o salvamento da norma frente à violação, mesclam-se diversas possibilidades: nem sempre as transgressões são tratadas enquanto desapontamentos. Muitas são despidas de sua significação simbólica, podendo ser ignoradas. De qualquer modo, o acontecimento violador tem de ser apartado da expectativa e explicado como uma exceção (e não como algo corriqueiro), pois só assim a expectativa terá chances de continuar a guiar os comportamentos: ninguém pode esperar que o desapontado abandone suas expectativas em decorrência da violação. Essa é a função específica realizada pela sanção: ela demonstra que a expectativa continua válida. Luhmann chama tal dimensão de "dimensão temporal" das expectativas, que se mantêm ao longo do tempo, apesar das possíveis contradições. Nesse sentido, a sanção não visa influenciar o comportamento violador, mas o comportamento futuro de toda a comunidade que se guiava pela expectativa violada: a sanção realiza o processo de "reciclagem" da expectativa violada. Contudo, dizer que a sanção realiza essa função não quer dizer que apenas a sanção – sobretudo no âmbito penal – a realiza. Em alguns contextos, para o salvamento da expectativa basta uma declaração do desvio como violação: *"a verbalização da explicação serve de ponte entre a explicação e a reação, e na maior parte dos casos cotidianos isso já basta"*[105]. Como logo se verá, essa função da sanção tem implicações diretas nas (in)compreensões das finalidades da pena no sistema jurídico estruturado por Jakobs, e, em especial, nas diferenças frente à teoria luhmanniana que irão se manifestar na criação do Direito Penal do Inimigo.

A necessidade de que o desapontamento seja um acontecimento excepcional – embora, ressalte-se, sempre esperado como possível – faz com que seja necessária a coordenação das expectativas de forma que umas não obstruam as outras. Isso se dá por meio da institucionalização, que nada mais é que a pressuposição compartilhada de expectativas em terceiros. Trata-se aqui da dimensão chamada por Luhmann de "social".

O terceiro é alguém que só participa da relação dentro da imagem que as efetivas partes fazem dele. Nesse sentido, ele não é um observador que tem sua atenção captada e influenciável. Ele é apenas uma pressuposição das partes que se relacionam. E é justamente a pressuposição, e não o efetivo consenso, em torno das expectativas que dá a

[104] LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I...** p. 67.
[105] LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I...** p. 72.

natureza específica da instituição. Formam-se, assim, auto-evidências supostas em comum e, ainda que não formalmente articuladas, redutoras da multiplicidade de opiniões divergentes possíveis. As expectativas divergentes, embora ainda possíveis, têm agora de ser vistas como não pressupostas. As instituições representam o "eles" que, concretamente, muitas vezes não pode ser alcançado em ninguém e, justamente por não se encontrar especificamente em nenhum ator concreto, mas apenas em pressuposições, torna-se de difícil contradição[106].

Conforme a sociedade se diferencia, a pressuposição de expectativas compartilhadas torna-se um dos grandes desafios do Direito. A multiplicidade de grupos e formas de vida torna difícil supor uma opinião global sobre todo assunto. A principal forma de se reduzir a um ponto capaz de decisão quanto à expectativa pressuposta correta se encontra na criação da figura do juiz. Os juízes representam um grupo social específico, cujas expectativas particulares são generalizadas em termos globais. Esse papel de juiz é a institucionalização do papel que diz o que se deve esperar; todos esperam que se aja de acordo com aquilo que o juiz diz que é correto esperar: *"que ele espera que seu parceiro na interação espera dele, o que os juízes –e portanto todos – de ambos esperam"*[107]. 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"[108].

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"*[109]. É tal mundo comum que permite que se fale em "homens" e "jabuticabas", ainda que a ideia de um homem ou de uma fruta não seja idêntica para cada um dos

---

[106] *"Sua continuidade está garantida enquanto quase todos suponham que quase todos concordem"*. LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I...** p. 84.

[107] LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I...** p. 93.

[108] "*A distinção entre ser e dever-ser não pode ser mais aprofundada. É um dado imediato da nossa consciência (...) Do conceito de dever-ser vale o mesmo que George Edward Moore diz, nos Principia Ethica, do conceito de 'bom': 'bom é uma noção simples, precisamente como amarelo é uma noção simples'"* . KELSEN, H. **Teoria pura do Direito.** 7. Ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 6 e 399.

[109] LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I...** p. 94.

participantes da relação. Esses plexos de sentido compostos de expectativas *"possibilitam um procedimento abreviado de sentido a sentido"*[110] e formam a dimensão das expectativas que Luhmann chama de "objetiva"[111]. Conforme o grau maior ou menor de abstração dessas complexões, elas podem ser divididas em pessoas concretas, papéis, programas e valores, sendo as pessoas o grau mais concreto de generalização e valores o mais abstrato. No mundo atual, em que ocorrem diversos contatos sociais a todo momento, a orientação por pessoas levaria à imobilidade social, de modo que se foca principalmente em papéis: não importa quem seja o carteiro, importa que ele entregue a carta. Essa abstração é ainda maior nos programas que permitem esperar determinadas ações ou consequências independente de quem as realize. Por fim, o maior grau de abstração se dá com os valores, os quais permitem uma aproximação apenas diáfana da realidade, pois a abstração é tão grande que não existem ações especificadas. Em geral observa-se um grande consenso em torno dos valores justamente em decorrência de sua inconcretude: todos preferem a segurança à insegurança pública, contudo, quanto à forma de atingi-la não há qualquer consenso. Dado que o entendimento na sociedade complexa não pode ser buscado em todo momento que ocorre uma nova interação, os valores tendem a perder seu espaço para os programas, que estabelecem, de uma vez por todas, a ação correta, ainda que a partir de um dado valor abstrato. Assim, a integração de sentido de expectativas concentra-se, na sociedade atual, em papéis e programas, sendo as pessoas por demais concretas e os valores por demais abstratos. Como se verá, essa disposição também terá influência direta no pensamento de Jakobs.

Pois bem, ante as três dimensões da experiência normativa, tem-se o Direito como a necessária "calibragem" entre eles. Os problemas de frustração eventual (dimensão temporal), falta de consenso (dimensão social) e de divergências específicas frente à situação concreta (dimensão objetiva) requerem cada qual respostas nem sempre congruentes. Exemplo: a luta corporal, como forma de reação à frustração temporal, não pode ser, em nosso Estado, institucionalizada na dimensão social. 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

---

[110] LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I...** p. 95.

[111] A tradução desse sentido não encontra resposta fácil para o português. Preferimos manter a opção utilizada por outros pesquisadores como Marcelo Neves (In. NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã...**) e Orlando Villas Bôas Filho (VILLAS BÔAS FILHO, O. **Teoria dos sistemas e direito brasileiro**...), apesar de a obra base de Luhmann para a elaboração do presente tópico optar por "dimensão prática" (LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I...**).

expectativas congruentemente 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 congruentemente 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*[112].

Como fica claro pela breve passagem, a função do Direito em Luhmann tem muito pouco a ver com a funções tradicionalmente relacionadas na teoria jurídica. Ainda, mesmo a teoria de Jakobs apresenta grandes impropriedades se analisada sistemicamente, sobretudo no tocante à função do Direito Penal do Inimigo (por exemplo, qual a generalização congruente por esse "Direito" gerada?).

A força física permanece imprescindível para a generalização da confiança no Direito – é ela que faz com que as pessoas mantenham a expectativa na vigência das expectativas. Efetivamente, quanto mais complexa a sociedade, mais os mecanismos de motivação dos agentes são desconhecidos e, por isso, deve ser fortalecido o mecanismo mais bruto, que é a força física, a partir da qual todos podem manter suas expectativas sobre o Direito. Assim, ela não aparece como forma de impor um comportamento esperado, mas, antes, como forma de assegurar a confiança em expectativas sobre comportamentos, ainda que eles não sejam, ocasionalmente, conformes[113].

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 (segundo as bases que ainda serão expostas e

---

[112] LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I...** p. 115.

[113] *"O valor da força física em termos de poder se baseia não nos efeitos físicos que provoca mas, muito ao contrário, no simbolismo de sua generalização, que possibilita sua não utilização. A exposição demonstrativa da força física, a execução simbólica, é um espetáculo especialmente montado par atuar enquanto espetáculo, e não através dos efeitos de sua realização (...)* [trata-se] *de uma exposição, em geral socialmente esperada e quase obrigatória, da perseverança em manter-se uma expectativa lesada".* LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I...** p. 124-125.

criticadas), não faz sentido, contrariando, inclusive, as próprias apropriações realiadas por Jakobs.

CAPÍTULO 2

A NOÇÃO DE SISTEMA EM JAKOBS

2.1. A SOCIEDADE ENQUANTO SISTEMA: EXPECTATIVAS E COMUNICAÇÃO.

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.

Antes, a sociedade, entendida enquanto sistema, tem como única operação efetivamente social a comunicação. Tudo o demais, inclusive a própria consciência, é excluído ao seu entorno. Os carros, placas de trânsito, batimentos cardíacos e fluxos de pensamentos dos cidadãos, bem como tudo o que os circunda, não fazem parte da sociedade enquanto não forem traduzidos para a comunicação.

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.***[1]

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

[1] JAKOBS, G. **Sociedade, norma e pessoa**...p. 1-2. grifo nosso.

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. 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 psico-físico 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[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.*[3]
>
> *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*

---

[2] *"do mesmo modo que a consciência segue suas próprias regras, também o faz a comunicação."*. JAKOBS, G. **Sociedade, norma e pessoa...** p. 2.

[3] JAKOBS, G. **Uma teoria da obrigação jurídica.** Tradução: Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 36

> *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 cumpres com seu dever.*[4]
>
> *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 aisla 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 un poder autónomo del subsistema frente a las condiciones externa a dicho subsistema…*[5]

O que se vê em todas as passagens citadas é a seleção dos aportes que, embora essenciais para o sistema da consciência, só importam ao sistema do Direito segundo as seleções efetuadas por este último sistema, nem sempre condizentes com o significado da mesma operação para o sistema da consciência. Sobretudo ao tratar das descobertas recentes da neurociência, Jakobs deixa claro como os desenvolvimentos do sistema orgânico e da consciência são indiferentes ao Direito Penal, senão quando este último sistema, por categorias próprias – e comunicativas -, as apreenda:

> *(...) a posição dos representantes da neurociência seria muito limitada. Conhecimentos sobre os cursos causais no cérebro permitem a orientação, mas de outra forma não há menos orientação. E isso não deixa de ser evidenciado por tais pesquisadores; como demonstram, no entanto, as representações da consciência, da vivência, esta outra orientação é tomada por eles como uma redução. A realidade deve ser indicada nas bases materiais, nos 'acontecimentos neurobiológicos e corpóreos', mas não na superestrutura: 'o que nós (...) vivenciamos na realização do arbítrio de um desejo não passa de uma réplica consciente e reduzida da diversidade dos acontecimentos neurobiológicos e corpóreos'.* ***Mas como se comportaria quando esta 'base' for mero ambiente de um sistema, por certo um ambiente necessário, e a superestrutura um sistema útil para orientações de relevância? (...) Por conseguinte, a tarefa que nos apresenta se delimita assim: nem no campo das determinações físico-causais nem mesmo naquelas psíquico-causais é possível fundamentar a responsabilidade...***[6]

Por outro lado, e como segundo corte transversal, o Direito Penal limita seu âmbito de abrangência dentro dos próprios sistemas sociais compostos por comunicação, nos quais há uma separação entre os diversos subsistemas, recebendo o Direito Penal o aporte de

---

[4] JAKOBS, G. **A imputação penal da ação e da omissão.** Tradução: Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manoel, 2003, p. 31-32.
[5] JAKOBS, G. Culpabilidad y prevención. In: JAKOBS, G. **Estudios de Derecho Penal.**…, p. 81.
[6] JAKOBS, G. Indivíduo e Pessoa: Imputação jurídico-penal e os resultados da moderna neurociência. In: SAAD-DINIZ, E.; POLAINO-ORTS, M. **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 26-30, grifo nosso.

outros subsistemas, os quais, enquanto subsistemas também autopoiéticos, terão cada qual a sua própria estrutura, a sua própria produção, com critérios e seleções diversas das do Direito.

Nesse sentido, no tocante às exigências do subsistema político em relação às prestações jurídicas:

> *Se realmente a sociedade está imersa numa tendência para a diminuição dos direitos de liberdade, essa tendência não se dará exclusivamente no Direito Penal, e de fato cabe imaginar certas crises nas quais só uma tendência desse tipo pode oferecer uma ultima ratio. A decisão acerca de se se trata de um processo de criminalização excessivo ou desnecessário, ou, pelo contrário, da necessária defesa do nuclear, é puramente política, mas não jurídico-penal. (...) a ciência do Direito Penal (...) é impotente perante as alterações políticas de valores...*[7]

Também no tocante ao papel do subsistema da economia e seus reflexos na conformação jurídica:

> *O Estado da atualidade oferece abertamente seu território à economia como lugar de produção e compete pelos capitais internacionais. O bem-estar amplamente distribuído por esta evolução tornou possível que os indivíduos atuem segundo seu arbítrio, conferindo-lhes os meios para isso. E ademais – por prestar uma atenção constante às condições da atividade econômica – destruiu o vazio de conteúdo real de determinadas formas de vida historicamente geradas...*[8]
>
> *A economia moderna não é uma atividade nacional que está exposta à intervenção segura do Estado por ficar limitada ao interior deste; seu âmbito de ação é o mercado internacional, e isso tanto no que se refere à produção como à distribuição. Por isso, necessariamente deve converter-se em objetivo do Estado que promete previsão vital a criação em seu território de um mercado adequado, e ele se logrará em maior medida assim que deixe a economia decidir como devem ser as condições marginais, o que significa, especialmente, que preço pode ter a previsão vital, mas que vai muito mais adiante: também a educação, o apoio à pesquisa, a segurança interior e outros elementos até chegar ao Direito penal ('criminalidade econômica') entram nesse turbilhão. Dizendo de outro modo, o Estado se converte no departamento de infraestruturas da economia, a qual não pode frustrar se não quiser perder sua razão de legitimação 'previsão vital'.*[9]

Enfim,

> *Como a autopoiese do sistema jurídico não impede que a sociedade em si se reproduza, como então o temor ao contato (Berührunsängste), nessa medida é inadequado, mais ainda,* ***como qualquer outro procedimento, o direito está***

---

[7] JAKOBS, G. **Sociedade, norma e pessoa...** p. 23-24.
[8] JAKOBS, G. **Ciência do direito e Ciência do Direito Penal.** Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 23.
[9] JAKOBS, G. **Uma teoria da obrigação...** p. 50-51.

> ***confinado em um nicho no qual permanece sem efetividade na ausência de acoplamentos estruturais, equiparável a uma religião em decomposição...***[10]

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.

Em segundo lugar, tornam-se também alheias aos desenvolvimentos da ciência penal as opções referentes ao desenvolvimento de outros subsistemas sociais como a economia, ou a política: não caberia ao jurista tomar posição frente a uma opção econômica neoliberal, ou a uma tomada de posição política beligerante, devendo apenas se cingir aos desenvolvimentos do Direito nos estritos limites do traçado do sistema.

Entretanto, retomando a lição de Luhmann, a uma redução de complexidade *para fora* corresponde um aumento da complexidade organizada *para dentro*.

Por meio de tal simplificação dos dados relevantes – os quais, ademais, terão de ser criados para o sistema *jurídico* segundo sua forma específica – o sistema do Direito Penal de Jakobs se torna apto a construir uma grande complexidade interna, mais abstrata e fundada sobre os próprios pressupostos do que se tivesse de considerar toda uma gama insolúvel de dados concretos para a conclusão sobre o processo de imputação.

2.1.1. O SISTEMA DO DIREITO ENQUANTO SUBSISTEMA SOCIAL.

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:

---

[10] JAKOBS, G. As normas de Binding e a sociedade. In: SAAD-DINIZ, E.; POLAINO-ORTS, M. **Teoria da Pena...** p.20, grifo nosso.

> *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.*[11]

Essa ligação e dependência recíproca vincula as (im)possibilidades de alterações estruturais da sociedade por meio do Direito. Pretender que a partir de alterações do Direito se conduza às alterações pretendidas na sociedade é não perceber que a forma do Direito se acomoda às possibilidades e necessidades sociais[12]. No limite, um Direito que não fosse capaz de se fazer compatível com seu meio acabaria por findar enquanto sistema autopoiético. Como se verá, esse tipo de bloqueio das possibilidades do Direito será levantado por mais de uma vez por Jakobs para responder às críticas dirigidas ao sistema, em especial no tocante à perda das liberdades na legislação penal mais atual.

Por outra via, se não pode realizar senão sua função dentro de uma sociedade específica, sendo inapto a ter em si próprio a causa fundante de uma nova sociedade, a função realizada pelo subsistema do Direito dentro da sociedade é essencial, ocupando tal subsistema posição de destaque, sem o qual se tornaria, muito provavelmente impossível o desenvolvimento congruente dos demais subsistemas[13]. E a função prestada pelo Direito Penal de Jakobs é *a manutenção das expectativas essenciais da sociedade,* manutenção essa garantida por meio da ação contracomunicativa da pena frente ao fato divergente das expectativas, entendido este também enquanto comunicação alternativa à comunicação social imperante. Na construção de Jakobs, o Direito Penal mantém, através da ação contracomunicativa da pena, o formato comunicacional da sociedade, que não se vê alterada pelo fato desolador: a pena serve justamente para qualificar o fato divergente como fato *divergente*, colocando desde logo o "jogo comunicativo" a favor da manutenção da comunicação social vigente. É o fato que deve ser contrariado. Por meio da pena, a

---

[11] JAKOBS, G. **Sociedade, norma e pessoa...** p. 7.

[12] "*Mas, por outro lado, o Direito Penal tampouco pode constituir-se na base de uma revolução social, pois como não mais contribua à manutenção da configuração desta (ainda que, evidentemente, se trate de uma configuração suscetível de evoluir), falta a base sobre a qual poderia iniciar-se com êxito uma revolução".* JAKOBS, G. **Sociedade, norma e pessoa...** p. 9.

[13] *"Portanto, por um lado, não se pode relegar o Direito Penal ao papel de um mero lacaio, pois é parte da sociedade e, dizendo com uma metáfora, deve ter um aspecto respeitável ainda a plena luz do dia".* JAKOBS, G. **Sociedade, norma e pessoa...** p. 9.

partida está desde logo vencida. É justamente porque há pena que se demonstra que errada é a ação daquele que contraria a norma.

Com isso já se observam algumas divergências básicas frente à análise do Direito de Luhmann:

1 – há um certo grau de indiferença entre operações e estruturas na função realizada pelo Direito Penal de Jakobs. Como já aludido, a diferença entre operação e estrutura é especificamente demarcada por Luhmann na sociedade diferenciada funcionalmente. Assim, enquanto as expectativas em Luhmann guiam o processo operativo, estabelecendo as operações – no âmbito social, comunicações – esperadas e diferenciando-as, inclusive, como forma de demarcação do possível início de uma evolução, em Jakobs, a manutenção das expectativas se dá pelo processo operativo comunicacional, como se toda operação dentro do Direito Penal se considerasse um possível – e combatido – princípio de evolução. O processo de ligação da comunicação emitida pelo fato criminoso seria contraposto pela comunicação da pena, de forma a reforçar a expectativa defraudada pelo primeiro, como se, ao não fazê-lo, a estrutura fosse desde logo alterada. Ora, conforme *supra* explicado, para Luhmann, expectativas e operações se encontram em planos diversos. Ainda, toda expectativa – em especial aquelas mantidas segundo estratégias normativas – contém em si própria uma certa carga de inconfiabilidade, uma quantia razoável de defraudações, as quais, por si, não alteram a expectativa que mantém-se válida em termos gerais. Destarte, nesse ponto, para que o sistema de Jakobs se amolde ao quanto preconizado por Luhmann, é necessário interpretar suas alusões à função do Direito Penal e ao contexto sistemático de sentido da relação pena-fato criminoso[14] em termos globais: de fato, a função do Direito Penal é a manutenção das expectativas, enquanto estruturas que guiam as operações no âmbito social e, de fato, a pena, em termos gerais, fortalece a expectativa, fornecendo um arrefecimento à experiência defraudatória e mantendo o grau de confiabilidade da expectativa. Inobstante, não se pode analisar tal função e tal relação segundo um fato específico e isolado, não se podendo aplicar tal relação em um único crime, como se todo crime fosse o início da revolução. Um pouco como em Kelsen[15], o Direito tem de ser "eficaz" em termos globais[16], à diferença que em Kelsen, a eficácia

[14] Relação esta a ser melhor explorada *infra* no próximo capítulo.

[15] *" Uma ordem jurídica não perde, porém, a sua validade pelo fato de uma norma jurídica singular perder a sua eficácia, isto é, pelo fato de ela não ser aplicada em geral ou em casos isolados. Uma ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas são,* **numa consideração global,** *eficazes, quer dizer, são de fato observadas e aplicadas."* KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito...**p. 149, grifos no original.

[16] O que o próprio Jakobs admite em seu Tratado.

restringe-se ao cumprimento, ainda que coercitivo, enquanto em Luhmann, a "eficácia" aqui tratada se refere à confiabilidade da norma, a seu aspecto enquanto expectativa, ainda mais do que seu efetivo cumprimento – e o próprio Jakobs parece concordar com essa proposição ao analisar a eficácia da norma primária[17], contudo, ao se focar na norma secundária, em especial na natureza da pena, tal análise fica obnubilada, como se o Direito, enquanto subsistema, pudesse e devesse combater todos os delitos, sob pena de sua ruína. Como será mais adiante explanado, tal desvio tem longo alcance, chegando, em últimos termos, à configuração do Direito Penal do Inimigo;

2 – ainda, em Jakobs, por mais de uma vez fica clara a intenção de separar as funções do Direito Penal, enquanto contribuição específica dentro do próprio Direito, de outros ramos do Direito. Nesses termos, Jakobs por mais de uma vez parece isolar a função do Direito Penal como único ramo voltado à manutenção de expectativas. O Direito Civil e o Administrativo, por exemplo, estariam voltados à proteção de bens e reparação de danos. Com isso, novamente se abre um intervalo entre as teorias de Jakobs e de Luhmann. Para este, como se viu, a função *de todo o direito é a generalização congruente de expectativas*, para a qual se vale das mais diversas estratégias, incluindo o procedimento processual judicial e legiferante, a positivação do Direito e, por fim, a pena. Para aquele, apenas o Direito Penal trata da manutenção de expectativas, estando, apenas no âmbito deste, fato e reação jurídica ligados enquanto operações comunicativas. Com esse procedimento, Jakobs simplifica e reduz a análise sistêmica do Direito Penal. Em primeiro lugar, permite que o Direito como um todo trate de funções além da generalização de expectativas, incluindo em seus fins a proteção de bens jurídicos – a atuação em termos "naturalísticos", para além do fenômeno comunicativo -, contudo, apenas no âmbito de ramos extrapenais. Inobstante, esta é a fresta de entrada para a configuração do Direito Penal do Inimigo. Em segundo lugar, torna a pena uma reação perfeita, capaz de, em termos ideais, *per se*, restaurar a

---

[17] *"Como se pode determinar, partindo dessa situação, que um ordenamento normativo é real? Isso se decide em função daquilo que é tratado comunicativamente como plano de interpretação. (...) Não obstante ter suficiente poder, o sujeito que sobrepõe seu próprio ordenamento a outros poderia sancionar as infrações. Desse modo, conseguirá que alguns indivíduos respeitem o ordenamento, e os infratores sejam punidos. Mas, se não ocorre nada mais, com isso não se tem estabelecido um ordenamento normativo, mas tão-só se instalou um aparato coercitivo que dirige os indivíduos. (...) Uma norma que ninguém, a não ser a polícia, considera legítima, ainda que esteja de modo determinado, não é uma norma válida – exceto no âmbito da polícia -, mas apenas uma fórmula das condições de aplicação da coerção.* ***Portanto, um ordenamento normativo só é real quando e à medida que dirija a comunicação, podendo-se falar de tal direção só se determina o processo de fundamentação, e não só o resultado da comunicação*** *(...)* ***'comunicação' é sinônimo de entendimento geral sobre o sistema de regras aplicado*** *(...)* ***se se consegue que os coagidos se acostumem de tal modo ao ordenamento que seguem as regras sem levar em conta as sanções que ameaçam, o ordenamento coercitivo cognitivo converteu-se num ordenamento de normas."*** JAKOBS, G. **Uma teoria da obrigação...** p. 45-48, grifo nosso.

norma atingida. Perde-se, assim, toda a riqueza de possibilidades de reestabelecimento da expectativa[18] e, novamente, parece ressaltar aqui a análise da norma e do crime em sentido individual, como se todo fato criminoso fosse um ataque à estruturação social, como se toda defraudação desse início a uma revolução, o que, no limite, exigiria ações de imposição de segurança fática, para além do aspecto comunicativo.

Ambos os desvios serão estirados até a criação de um longo intervalo ao longo de ambas as teorias.

2.1.2. A CONSCIÊNCIA ENQUANTO SISTEMA AUTOPOIÉTICO.

No âmbito da secção sistema social/sistema da consciência a teoria de Luhmann foi apropriada mais diretamente pela teoria de Jakobs do que em qualquer outra parte de ambas as teorias.

A teoria de Jakobs, nesse ponto, talvez, inclusive pela falta de maiores desenvolvimentos sobre o sistema da consciência por parte de Luhmann, parece não discordar da teoria luhmanniana ao descrever a separação entre as categorias da atenção e da comunicação: o que o homem realiza, enquanto sistema individual[19], só terá sentido social a partir de sua interpretação comunicativa, sendo "traduzido" ao sistema social.

Nesse ponto, pode ser dito até mesmo que o sistema de Luhmann entra na teoria de Jakobs através da secção entre a consciência e seu sentido para a sociedade antes mesmo da compreensão do Direito enquanto sistema autopoiético.

Assim, referindo-se ao conjunto de seus escritos reunidos na coletânea "*Estudios de Derecho Penal"*, Jakobs aduz que:

---

[18] Como se verá, não se desconhece que Jakobs admite outras formas de resolução do conflito (Cf. JAKOBS, G. **Tratado de Direito Penal**), inobstante, na apresentação de diversas elaborações teóricas restritas ao Direito Penal – considerando que outras estratégias já foram utilizadas enquanto eram possíveis – tem-se tal abordagem restringente. Apresentar o Direito Penal, com tal redução, ainda que se admita que muitas vezes não é necessária a utilização do Direito Penal, tendo em vista a resolução de conflitos por outras vias, torna a teoria jurídico-penal extremista: ainda que outros fatos possam ser resolvidos de outra forma, contra aquilo que foi captado pelo sistema do Direito Penal, *deve-se* obrigatoriamente reagir com pena, sob pena de se iniciar uma possível revolução e ver-se perder a expectativa. O Direito Penal, como um todo, torna-se *alérgico* ao delito, com isso, ignora-se que mesmo *dentro* do Direito Penal há margem para uma carga razoável de não cumprimento – inclusive como aspecto necessário para a generalização congruente de expectativas -, o que abre, ainda uma vez, a possibilidade de teorizações extremistas, como a do Inimigo.

[19] "Sistema homem" entendido aqui como o já explanado (Cap. 1) conjunto de sistemas autopoiéticos – orgânico, da consciência, neurofisiológico – que o conformam, e que não formam um "todo" global precisamente por serem sistemas autopoiéticos e meios uns frente aos outros.

> *Si, como espero, los trabajos aquí reunidos, realizados a lo largo de un período de más de 20 años, no son una mera recopilación heterogénea, entonces documentan una evolución, y no un estado de desarrollo alcanzado. Por tanto,* ***debe ser posible indicar una determinada dirección en esa evolución, y ésta es la siguiente: se parte de una corrección normativa y se va hacia la construcción normativa. La corrección normativa del sujeto se manifiesta en la transición de los sucesos psíquicos a la evitabilidad, y la construcción normativa está en la base de todos los trabajos posteriores.***[20]

E, precisamente, indica o autor que a correção normativa encontra-se em seus textos anteriores ao ano de 1976, ano em que publica o artigo "*Culpabilidade e Prevenção"*. Em todos os demais textos da coletânea citada posteriores a tal data, encontra-se uma concepção de sociedade e de Direito já bastante próximas à configuração atual do pensamento do autor.

Embora possa se dizer que o pensamento de Jakobs continua em evolução, a partir de *"Culpabilidade e Prevenção"* foram traçadas as margens básicas da configuração de sociedade e sistema que conformam seu pensamento até hoje.

De fato, a partir de *"Culpabilidade e Prevenção"*, todos os demais textos de Jakobs vêm impregnados de aportes sistêmicos. E precisamente nesse texto a funcionalização e transformação sistêmica da compreensão do Direito Penal se dá a partir da separação dos dados da consciência relevantes para a tomada de posição do Direito Penal: nem tudo que é do homem é também necessário e relevante para a imputação, por outro lado, nem tudo o que se imputa relaciona-se efetivamente com o sistema "homem"[21], mas sim com as necessidades do sistema social.

Nos trabalhos escritos antes de "*Culpabilidade e Prevenção*" a referência a Luhmann é inexistente. Isso não quer dizer que não estejam presentes ideias reitoras do pensamento de Jakobs que vão acompanhar todo o desenvolvimento posterior de sua teoria. Assim, por exemplo, a ideia de "evitabilidade" enquanto característica fundamental do conceito de ação para o Direito Penal e sua ligação essencial com a norma penal já vem traçada desde 74[22]. Também as exposições no tocante ao risco permitido, ao princípio da confiança e às especificações quanto ao delito imprudente surgem antes da relação com a Teoria dos Sistemas[23]. Entretanto, essas definições iniciais, baseadas mais fortemente na própria doutrina penalista alemã do que nas ideias de Luhmann, são, por tal motivo,

---

[20] JAKOBS, G**. Estudios...**., p. 7. grifo nosso.
[21] Novamente, conforme a nota 19.
[22] Cf. JAKOBS, G. Comportamiento evitable y sistema del derecho penal. In. JAKOBS, G. **Estudios...**, p.147-165.
[23] Cf. JAKOBS, G. El delito imprudente. In. JAKOBS, G. **Estudios…,** p.167-196.

carentes da acepção que se torna central no desenvolvimento da fundamentação teórica posterior. Nesse sentido, carecem elas da apreensão "comunicativa" do Direito Penal. Jakobs chega mesmo a falar em "defesa a bens jurídicos" e "tensão entre dogmática e política criminal". Assim:

> ***Se la tensión entre las necesidades dogmáticas y político-criminales que existe en el estado actual de la discusión demostrase ser irresoluble, habría de considerarse de lege ferenda la posibilidad de punir la tentativa gravemente imprudente*** *al menos en aquellos ámbitos en los que el comportamiento cuidadoso es en cierta medida uniforme en virtud de reglas existentes o de una lex artis.*[24]

Ou, ainda,

> ***Los delitos de peligro abstracto sólo tienen una relación estadística con el bien jurídico y no una relación necesariamente actual****. (...)* ***Sin embargo, en el ámbito de los preceptos que no tienen una relación estadística con el bien jurídico de una intensidad que sea clara de modo general, que no pueden interpretarse en prácticamente todos los casos de infracción como tentativa de lesión de un bien jurídico, y que a pesar de ello superan el marco de las penas reducidas, la interpretación es muy controvertida: no cesa la búsqueda de la relación actual con el bien jurídico****.*[25]

Por outro lado, em "Culpabilidade e Prevenção", lê-se

> *Esta estabilización del ordenamiento por medio de la imputación resulta necesaria en todo sistema que a través de medidas apropiadas no pueda reducir a una medida pequeña, irrelevante para la decisión, la posibilidad de que se den comportamientos antijurídicos, cuyo efecto defraudatorio no pueda, al menos pro futuro, verse compensado por medio de la reorientación. Esta necesidad afecta, por tanto a todo sistema que no consiga por la fuerza o la convicción una actitud de, hasta cierto punto, total conformidad por parte de quienes se encuentran sometidos a la norma.*[26]

Do texto, e da passagem citada, percebe-se que a exclusão do sistema da consciência do âmbito de preocupações diretas do sistema social – e de seu subsistema do Direito – permite uma maior elaboração intrassistêmica, mais abstrata e formal, liberando o sistema para finalidades atinentes ao próprio sistema social: a redução da complexidade para fora gera um aumento de complexidade para dentro.

Ante a desnecessidade de se trabalhar com todos os elementos formados pelo indivíduo e pela consciência, o sistema do Direito pode voltar-se a suas próprias

---

[24] JAKOBS, G. El delito imprudente. In: JAKOBS, G. **Estudios…,** p. 186, grifo nosso.
[25] JAKOBS, G. El delito imprudente. In: JAKOBS, G. **Estudios...,** p. 194-195, grifo nosso.
[26] JAKOBS, G. Culpabilidad y Prevención. In: JAKOBS, G. **Estudios…,** p. 81-82.

finalidades sistêmicas: não mais a proteção do bem jurídico, mas, agora, a manutenção de expectativas.

Em verdade, embora o texto traga em seu título a questão da culpabilidade, deixa claro que, por meio dela, se reinterpreta a própria pena – "prevenção" – e, assim, a própria função do Direito Penal.

Essa mudança se torna evidente se se compara, por exemplo, o texto "*Las coacciones por medio de amenazas como delito contra la libertad"*[27], em que o autor busca o tempo todo a elaboração dogmática dos delitos contra a liberdade por meio da definição dos bens jurídicos protegidos, inclusive por meio da análise da presença do bem jurídico nas esferas do agente e da vítima[28], com o texto *"Danosidade social? Anotações sobre um problema teórico fundamental do Direito Penal"*[29], em que se renuncia a qualquer pretensão de elaboração de um "bem jurídico" sobre o viés individual "naturalístico".

É justamente essa reelaboração sistêmica do Direito e da consciência que aportará em todas as categorias posteriormente desenvolvidas, dando o diferencial específico da teoria de Jakobs frente a outras teorias penais, bem como, em suas divergências frente ao traçado luhmanniano, fornecendo possibilidades para a crítica aqui realizada quanto a sua consistência teórica frente a uma análise efetivamente sistêmica.

---

[27] In: JAKOBS, G. **Estudios...** p. 477-478.

[28] *"No toda libertad que otro fácticamente puede proporcionar constituye el bien jurídico del delito de coacciones. (...) en todo caso, debería determinarse de un modo más claro de lo que hasta la fecha se ha hecho, cuál es el bien jurídico al que debe dotarse de protección. La cuestión concerniente al bien jurídico en el seno de los preceptos que se dirigen contra la usura es, con toda seguridad, altamente intricada; en todo caso, el bien jurídico directamente no lo conforma la libertad de formación de la voluntad ni la libertad de ejercicio de la voluntad".* JAKOBS, G. Las coacciones por medio de amenazas como delito contra la libertad. In: JAKOBS, G. **Estudios...** p. 467 e 477-478.

[29] *In* SAAD-DINIZ, E.; POLAINO-ORTS, M. **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012.

CAPÍTULO 3

TEORIA DA PENA

3.1. A PENA ENQUANTO PRESTAÇÃO ESPECÍFICA DO SISTEMA DO DIREITO PENAL: A MANUTENÇÃO DE EXPECTATIVAS NORMATIVAS.

Para que serve o Direito Penal? Essa questão, em termos de teoria dos sistemas, só pode ser respondida através da análise de sua função: o Direito Penal, enquanto subsistema da sociedade complexa diferenciada funcionalmente, aporta uma prestação específica à sociedade.

Pode acontecer de, a um olhar intrassistêmico, se colocar a questão da finalidade do Direito Penal segundo categorias dogmáticas ou ideais mais ou menos delineadas que não têm que condizer exatamente com a função específica analisada extrassistemicamente. Assim, fins como a *"realização da justiça"*, a *"contenção da violência"*, em específico, da *"violência privada"*, ou mesmo a *"proteção subsidiária dos bens jurídicos essenciais"* podem justificar, intrassistemicamente, o trabalho dos juristas e guiar a construção dogmática sem que, ao olhar externo, estejam tais proposições efetivamente presentes.

Uma vez que a construção do sistema em seu ambiente se torna possível por meio de acoplamentos estruturais – e nenhum sistema se desenvolve no vazio – é mais provável, contudo, que o desenvolvimento interno seja, embora revestido de uma roupagem mais elaborada, consentâneo àquilo que se necessita desde um ponto de vista externo: um Direito que se perdesse em si, assim como uma consciência fechada ao fenômeno, não seria capaz de apreender o mundo e, no limite, uma total indiferença ao meio leva à destruição do próprio sistema enquanto autopoiético.

Por isso,

> *Para o trabalho dogmático, a prestação externa deve ser tomada como pressuposto desde a perspectiva interna do sistema jurídico, se se quer obter conclusões que não sejam meramente casuais. Todas as instituições dignas de menção no Direito Penal moderno, desde a imputação objetiva até o conceito normativo de culpabilidade, desde a possibilidade de excluir a responsabilidade no caso de desconhecimento da norma até a possibilidade de fundamentar a responsabilidade por intervenção, etc. não poderiam ter se desenvolvido a partir de uma perspectiva puramente interna ao sistema jurídico que não levasse em conta a função da normatividade jurídica.* ***Com isto não quero afirmar que essa***

perspectiva considerasse conscientemente esses fatores, mas que é possível que o funcional tenha se apresentado como 'justo'.[1]

Nesses termos, conforme explanado, a elaboração da teoria da pena pode ser duplamente analisada segundo uma perspectiva interna e outra externa, verificando, segundo a primeira, a elaboração dogmática a partir das finalidades declaradas internamente e, segundo a perspectiva externa, a visualização do *output*, independentemente de sua estruturação interna. O que se propõe o Direito Penal e, o que, por meio de sua realização mais ou menos ideal guiada pelo fim proposto, ele efetivamente realiza.

A partir do funcionalismo a perspectiva interna passaria supostamente a ser guiada declaradamente a partir de observações externas: o Direito Penal se limita por aquilo que pode efetivamente aportar à sociedade. A partir da apreensão sistêmica da teoria de Jakobs[2], tal aporte se limitaria à prestação comunicacional e, observada segundo uma perspectiva apenas externa, teria obrigatoriamente de se limitar àquilo que pode fornecer: a manutenção da expectativa[3].

A pena, então, como prestação específica do Direito Penal, teria como único fim a manutenção de expectativas, sobretudo, daquelas mais essenciais à configuração social. A forma como se daria tal manutenção é a forma da elaboração da teoria da pena em Jakobs.

Assim, desde o início deve ser recordado que a separação do sistema da sociedade do sistema da consciência permite, desde logo, a interpretação daquele como sistema guiado pela comunicação. E se a sociedade é comunicação, então também o crime e a pena só importam enquanto comunicação, nada significando em seu aspecto "bruto", como, por exemplo, mera destruição de um aparato orgânico. O sistema físico, bem como seu significado para o sistema da consciência não importam: ambos só aportarão na sociedade enquanto comunicação.[4]

---

[1] JAKOBS, G. **Sociedade, norma e pessoa...** p.5-6, grifo nosso.

[2] A qual, como se viu, se dá a partir de "*Culpabilidade e Prevenção".*

[3] Deve se recordar o quanto já dito *supra* sobre a mescla de Jakobs entre os conceitos de expectativa e operação.

[4] *"Com Jakobs, a idéia de uma teoria do delito composta por conceitos construídos a partir de dados ontológicos é substituída por uma teoria da imputação na qual as decisões são tomadas de acordo com a função do sistema penal na sociedade definida como estabilização das normas essenciais e identitárias de uma sociedade"*. MACHADO, M. R. DE A. **Do Delito à imputação:** a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea. 2007. Dissertação (doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p.115.

A "desnaturalização" do bem jurídico tem início pelas bases do sistema[5]. No entanto, basta uma compreensão da teoria sistêmica um pouco mais aprofundada para se perceber que o sistema não existe sem o meio, de forma que, ainda que o homem, enquanto conjunto de sistemas psicofísicos, não faça parte da sociedade, é meio e, como meio, essencial para a existência dela. Se todos os homens fossem efetivamente destruídos, não haveria mais sociedade. Conforme já explicado, a alteração física do meio é capaz de influir na sociedade no sentido destrutivo. Mas não só, também em sentido construtivo o homem, enquanto aparato psicofísico não estará totalmente "ausente" da sociedade, como se esta nada soubesse daquele: basta verificar as presentes linhas – bem como todas as inúmeras críticas já dirigidas a Jakobs nesse ponto – para se saber que a sociedade comunica também sobre um sistema que dela não faz parte. Por óbvio que a presença do sistema psicofísico na sociedade se dá em forma de comunicação e, nesse sentido, não traduz exatamente toda sua complexidade, mas é exatamente essa tradução da "informação" selecionada do meio e apreendida pelo sistema por vias de acoplamentos estruturais que permite a maior complexidade intrassistêmica do sistema em virtude de não precisar apreender o meio em sua acepção total, com paridade ponto a ponto.

Nesse sentido, algumas vezes a função de manutenção de expectativas é simplificadamente descrita pelo próprio Jakobs através da chamada "*manutenção"* ou *"reconfirmação da norma"*. Esse tipo de simplificação traduz, em verdade, um processo complexo – ainda a ser desenvolvido – de comunicações e contracomunicações que vão muito além de qualquer obediência cega ou imperativismo.

Ainda, essas linhas são também provas de que, embora, de fato, a prestação do Direito Penal seja inserta na sociedade, e, como tal, comunicacional, a função de manutenção das expectativas vai muito além da mera criação artificial de necessidades pelo próprio sistema. Diga-se: a função aparentemente formal de "reconfirmação da norma" tem, em seu conteúdo concreto, verificado em cada sociedade, a necessidade de se apresentar conforme as necessárias irritações que o sistema traduz de seu meio via

---

[5] "*A idéia de proteção a bens jurídicos não tem importância em um sistema que posicionou tanto a infração como a pena no âmbito da comunicação e do significado. (...) A função do direito penal não é restituir o objeto lesado, mas confirmar a vigência afetada da norma. Jakobs resolve com isso boa parte dos problemas que mencionamos antes, pois desvincula imputação das categorias que já não apresentavam capacidade de resposta (...) Isso quer dizer que todos os conceitos que condicionam a definição de um fato qualquer como crime – a ser imputado a uma pessoa – dependerão de um juízo baseado na necessidade de imputação para a estabilização das estruturas sociais de uma sociedade concreta"* MACHADO, M. R. de A. **Do delito à imputação...**p. 116.

acoplamento estrutural. O Direito, em Jakobs, uma vez que apreendido sistemicamente, realiza uma operação comunicacional, entretanto, tal não quer dizer que sua prestação esteja totalmente desvinculada do meio, nem que, em decorrência, possa criar suas necessidades de forma arbitrária.

Destarte, não é necessário ter medo da teoria de Jakobs e de sua funcionalização e abstrativização do Direito. A teoria chega até onde se propõe, mas a configuração de cada sociedade em concreto, conforme a situação da comunicação nela presente, guiará o seu efetivo conteúdo, e o mero fato de se saber que o Direito possui tal função formal em abstrato não deveria permitir que se produzissem alterações fortuitas ou arbitrárias na configuração concreta da sociedade não adaptadas a tal situação comunicacional.

Conforme Jakobs, o indivíduo livre *"estará presente exatamente naquela medida na qual seja transmitida por meio da comunicação, vale dizer, na medida em que seja determinante para a autodescrição da sociedade"*[6].

E, percebendo a necessidade de o sistema ser adaptado ao meio, de forma que a sociedade não poderia, jamais, ser totalmente desacoplada do sistema da consciência e orgânico – e, por outro lado, também estes são acoplados e desenvolvem-se em consonância com o social – Jakobs lembra a interpenetração de todos eles, afirmando que

> *A subjetividade se gera num processo mediado pelo social (...) sem uma sociedade em funcionamento, faltam as condições empíricas da subjetividade. (...) Não há mais que uma acumulação casual de indivíduos humanos que ao carecer de algo comum de caráter vinculante não conhecem mundo objetivo e por isso não podem transpassar o âmbito de suas respectivas percepções individuais. (...) sem um mundo objetivo vinculante não há subjetividade e vice-versa.*[7]

A impossibilidade da formação da subjetividade sem a mediação social já foi alertada por diversos autores, de Sartre a Habermas[8], e, em nenhum desses, houve tanto alarde quanto na teoria de Luhmann, e, sobretudo, de Jakobs. Ocorre que tal ponto da

---

[6] JAKOBS, G. **Sociedade, norma...** p. 14.
[7] JAKOBS, G. **Sociedade, norma...** p. 15-18.
[8] Cf. HABERMAS, J. **Entre naturalismo e religião.** Estudos filosóficos. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 189-190, em que se lê a construção do mundo mediada pelo intersubjetivo: *"E a visão filosófico-linguística sobre falantes destinatários que se entendem entre si sobre algo no mundo objetivo, ante o pano de fundo de um mundo da vida compartilhado intersubjetivamente, pode ser invertida, ao nível de uma teoria do conhecimento: ou seja, para um observador, a objetividade do mundo só se constitui se ocorrer juntamente com a intersubjetividade do possível entendimento sobre aquilo que ele apreende cognitivamente do evento situado no limite do mundo. Quer dizer que somente o exame intersubjetivo de evidências subjetivas possibilita a objetivação progressiva da natureza."*

teoria diz muito pouco sobre ela mesma, de forma que, a relevância que, na prática, se dá a tal ponto, acaba por obscurecer possíveis análises mais complexas.

Ainda, uma vez que a pena é comunicação – e não mera dor ou reação fática – todo o fenômeno, inclusive a sociedade, tem de ser compreendido como conjunto de comunicações, ou, na indiferenciação usual de Jakobs entre operações e expectativas, como expectativas. Quando se tem um fato contrário à expectativa usual, o que está em jogo é o significado de tal fato: se a morte de uma pessoa vai ser *interpretada* enquanto crime, fatalidade, ou culpa da vítima são as definições do próprio Direito Penal, e sua capacidade de impor-se enquanto comunicação dominante frente à capacidade do agente, que decidirão.

Na interpretação do fato enquanto comunicação – diferenciado, portanto, dos acontecimentos meramente causais – se encontra o *core* da função da pena, e consequentemente de todo o sistema, em Jakobs.

O ato desviante é interpretado em seu significado contrário à expectativa, e a pena se impõe como demonstração de que a interpretação correta sobre a expectativa ainda deve considerá-la válida, de forma que o significado do fato é marginalizado como "crime", via de regra, um significado não aceitável para a sociedade. Com tal manutenção das expectativas básicas, o Direito permite o desenvolvimento das relações sociais: evitam-se comunicações decepcionantes.

Conforme já dito, simplificadamente pode-se dizer que a pena é a reconfirmação da expectativa normativa[9] defraudada. Por trás de tal assertiva simples se encontra a teorização da sociedade enquanto um conjunto de comunicações e contracomunicações, uma *imagem*, que não necessariamente reproduz todos os fatores reais de constituição que a compõem. Nessa *imagem*, o ato criminoso contraria os traços mais básicos, visando alterar o contexto comunicativo que se impõe. A pena reafirma que a sociedade não renunciará à manutenção daquela imagem, devendo o ato destoante, e não a imagem inicial, ser imputado como falha do autor do crime, não como equívoco da própria sociedade[10]. A pena permite a reorientação da sociedade conforme a expectativa

---

[9] E quando se tratar da culpabilidade se verá que a pena volta-se especificamente para as expectativas de natureza normativa.

[10] *"Isso significa, em outras palavras, que as regras de imputação jurídico-penal determinam quando um resultado deve ser concebido como em contrariedade à norma por parte de uma pessoa competente que se manifesta dessa maneira no âmbito público. A imputação jurídico-penal e a pena constituem, desse modo, uma unidade funcional e, ao mesmo tempo, um sistema. (...) O que acontece no mundo exterior e na psique do autor do delito deve transformar-se em algo jurídico (...) Desse modo, um fato (por exemplo, quando A lesiona intencionadamente B até a morte) acontece, na linguagem cotidiana, unicamente entre dois seres*

inicialmente defraudada e apesar de sua desconfirmação eventual pelo delito, o qual, precisamente em decorrência de tal necessidade de reestabilização normativa, é definido como "delito".

O mero fato de se localizar no agente a origem do conflito e contra ele reagir já traduz uma relação de "sentido", normativa. Se fosse a pena pura imposição da força, com mero fim de se impedir males futuros, ela teria de renunciar à sua relação de "sentido" que liga "pessoa"[11], conflito e pena de forma normativa, em prol de uma segurança cognitiva futura.

Novamente, a redução de complexidade operada pelo "sentido" é duplamente constitutiva: constitui o agente enquanto "pessoa" apta a expressar-se comunicativamente, e constitui a reação social enquanto reação comunicativa voltada, precisamente, ao agente apto à comunicação.

Não apenas o preceito primário, que determina a norma de conduta, possui um sentido comunicativo, mas também a reação a sua violação só se dá de forma compreensível, para além da mera sequência inexplicável de dois males, quando inserta na relação comunicacional.

Em silogismo, a norma primária – "não matarás" – expressa já uma redução da complexidade por meio da expectativa normativa: sabe-se que alguns matarão, entretanto, a norma permite que se guie a própria vida *confiando* que ninguém o fará, ainda que ocasionalmente o faça. Com a violação da norma, e reconhecido o agente enquanto "pessoa", tem-se uma contracomunicação: o agente apto a expressar-se, manifesta, por meio de seu comportamento, sua contrariedade à norma primária. E isso é assim porque se entende que aquele agente é apto a expressar comunicação, que ele não é um inimputável, uma criança ou um enfermo mental a quem falta a capacidade de se mover dentro e a partir do "sentido", *que a sua comunicação importa para a norma*. Por fim, a pena, norma secundária, não se traduz em uma simplória reação de força, nem mesmo, como queria Kelsen, como mera norma primária para os agentes públicos, mas sim como reconfirmação

---

humanos ou entre duas pessoas. Ao contrário, em sentido jurídico, esse ato ocorre entre portadores de deveres e direitos, isto é, entre pessoas e o ato de matar a alguém é, sob o ponto de vista jurídico, a lesão do direito à vida da vítima. Quer dizer, houve uma ruptura da norma, uma contradição normativa. (...) A competência para a realização típica é o conceito juridicamente determinante: o fato de que seja cometido por mão própria ou por mão alheia são conceitos subsidiários para a determinação da competência. ***Resume-se como um slogan, em que uma teoria da imputação como sistema é um contexto consistente de declarações jurídicas.****"*. JAKOBS, G. Imputação. Fundamentos e determinação da conduta não permitida. *In*: AMBOS, K.; BÖHM, M. L. (Org.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 14-15, grifo nosso. Isso tudo em um contexto relativo a "pessoas" e "competências" que ainda será aclarado *infra.*

[11] Conforme se verá, o conceito de "pessoa" tem um sentido específico na teoria de Jakobs.

da norma primária, nova comunicação, que responde comunicativamente à contracomunicação da "pessoa", comunicando à sociedade que a norma primária, apesar de negada por outros entes aptos a expressar comunicação, continua válida[12].

Os limites da relação comunicativa entre crime e norma são dados, no fato, pela imputação objetiva, no agente, como se verá, pela culpabilidade. Havendo culpabilidade, se está diante de uma "pessoa". Havendo "pessoa", se está diante de alguém apto a comunicar. Para Jakobs, qualquer comunicação de ente apto contrário à comunicação que se quer vigente em uma sociedade deve ser contracomunicada caso se queira que a norma continue válida.

Mas nem tudo o que comunica a "pessoa" afeta a imagem vinculante da sociedade. Nem todas as comunicações contrariam a comunicação do Direito. Já o "1º mandamento" da "pessoa" gira em torno da redução de complexidade da relação social por meio da atribuição de encargos de responsabilidade como sinalagma de um âmbito livre de ingerências: já que não se pode prever exatamente todos os passos de outro homem eu-idêntico a mim, deve ele assumir a responsabilidade pelos atos que tragam consequências indesejadas. Isso porque só ele poderia evita-los, pois, em nossa sociedade, de cunho liberal, é o cerne do conceito de "pessoa" ter a liberdade de bem organizar o seu âmbito de realização da forma como melhor entender. Como sinalagma, deve-se cuidar para que essa organização não se sobreponha à organização de outras "pessoas". Com uma aproximação de Hegel: *"Sê pessoa e respeita as demais como pessoa"*.

Trata-se, aqui, da chamada "responsabilidade por organização" ou "crimes de domínio". A imputação objetiva do comportamento a uma "pessoa" a partir da definição das margens do comportamento comunicativamente relevante, não apenas estabelece o início da punição, mas, igualmente, os âmbitos de liberdade, nos quais, muito além dos pensamentos, a "pessoa" é completamente livre para organizar o mundo como bem entender, desde que não escolha uma configuração que afronte diretamente a norma.

Como "pessoa", qualquer motivo de sua organização é respeitado. Por outro lado, qualquer organização que transborde os limites estabelecidos pela norma, demonstrando que a norma não foi considerada relevante quando daquela organização – e independente do motivo que tenha sido efetivamente relevante – dará margem à imputação daquele comportamento como pertencente à "pessoa", como o "sentido" que a "pessoa" outorga ao

---

[12] *"a pena é réplica de seu esboço da realidade, é a constatação de que o autor com seu fato afirmou algo que não é dominante"* JAKOBS, G. **Fundamentos do Direito Penal**. 2. Ed. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2012, p. 41

mundo, "sentido" esse que não pode prevalecer se a sociedade quiser continuar com sua autoimagem construída normativamente.

A comunicação, desde que não contrarie a imagem social que se quer vinculante, pode ser a que melhor entender a "pessoa": ela é livre para bem organizar seu âmbito de competência. Mas uma vez que transborde sua organização para além do que lhe é outorgado, uma vez que até então somente ela era senhora de sua liberdade, deve agora também ser senhora de sua defraudação: imputa-se a comunicação desviante como o sentido querido por aquela que era "livre" para organizar de outra forma.

Note-se que com "livre" não se quer, de forma alguma, dizer "totalmente incondicionado". Trata-se apenas de uma interpretação segundo a qual não havia outra condicionante evidente, capaz de dar "sentido" ao conflito. Precisamente o que o posiciona dentro do mundo com "sentido" é sua explicação por meio da culpabilidade do agente[13], imputando-lhe como condição eficiente da defraudação.

Como visto no capítulo anterior, desde "*Culpabilidade e Prevenção"* Jakobs se utiliza de tal concepção funcional da pena. A partir de tal texto a relação entre ação e pena passa a ser comunicativa, bem como a compreensão dos demais elementos do Direito Penal passa a ser funcional a esta relação principal.

Ainda, pode-se verificar que, embora a finalidade principal da pena varie ao longo da obra, o conceito de culpabilidade permanece sempre o mesmo: a localização do conflito no *locus* de competência do autor por meio de uma redução da complexidade operada por seu "sentido" comunicativo.

Novamente, o mero fato de se localizar no agente a origem do conflito e contra ele reagir já traduz uma relação de sentido, normativa. Essa relação passa a estar presente na obra de Jakobs a partir de *Culpabilidade e Prevenção.* No entanto, embora esteja sempre presente desde então, sofre ela alguma variação, no âmbito específico das reações penais – e não na culpabilidade – ao longo da obra do autor. Senão, vejamos:

Em *Culpabilidade e Prevenção* há um amálgama das possíveis variações, sendo a relação norma-infração-sociedade-pena ora descrita em termos de *"manutenção de fidelidade ao Direito"*[14], ora em termos de *"manutenção da confiança na norma"*[15], ambas mescladas em torno de uma função de *"prevenção geral positiva"*[16].

---

[13] A ser melhor explicada no próximo capítulo.
[14] JAKOBS, G. **Culpabilidad y prevención**. *In:* JAKOBS, G. **Estudios de Derecho Penal.** …, p. 79.
[15] JAKOBS, G. **Culpabilidad y prevención.** JAKOBS, G. **Estudios de Derecho Penal.**..., p. 98.
[16] *Idem, ibidem.*

O que Jakobs tem em mente nesse texto é a necessidade de explicação do conflito por meio do arrefecimento da carga de frustração gerada pelo desapontamento descarregada sobre o próprio fato desapontador, de forma a salvar a confiabilidade da norma.

Tal válvula de arrefecimento é necessária

> *En todo sistema que a través de medidas apropiadas no pueda reducir a una medida pequeña, irrelevante para la decisión, la posibilidad de que se den comportamientos antijurídicos, cuyo efecto defraudatorio no pueda, al menos pro futuro, verse compensado por medio de la reorientación. Esta necesidad afecta, por tanto, a todo sistema que no consiga por la fuerza o la convicción una actitud de, hasta cierto punto, total conformidad por parte de quienes se encuentran sometidos a la norma.*[17]

Fica assim clara a vinculação da *prevenção geral positiva* com a manutenção do ordenamento através da opção normativa de resistência a desapontamentos, sendo explorada por Jakobs, sobretudo, a dimensão temporal da integração e manutenção de tal forma de expectativa.

Essa dimensão se estabiliza enquanto fidelidade ao Direito através da imposição de uma certa quantidade de punição ao comportamento inadequado, tornando-o uma alternativa não viável aos olhos da sociedade.

Trata-se, aqui, da desclassificação e bloqueio de uma alternativa comportamental através de fatores da ordem da psicologia social, o que o próprio Jakobs admite[18]. Nesse sentido, embora não se faça a intimidação psicológico-individual de cada cidadão como infrator em potencial, o efeito da desqualificação de um comportamento rebaixado pela norma através da ligação de um certo gradiente de punição se manifesta de forma latente, como uma quantidade razoável de efetivos cumprimentos da expectativa, a qual, nesse aspecto, se mantém em decorrência da baixa quantidade de infrações.

Por outro lado, em relação às eventuais frustrações, a função da pena se manifesta enquanto *"manutenção da confiança na norma"*.

A princípio, vige um sentimento difuso de que o comportamento desviante é inaceitável, inclusive em vista das consequências negativas a ele imputados pela norma, entretanto, ainda quando ocorre um específico desapontamento, justamente a imposição da

---

[17] JAKOBS, G. **Culpabilidad y prevención.** JAKOBS, G. **Estudios de Derecho Penal.** …, p. 81-82.

[18] *"El poder autónomo, la capacidad, no es en este contexto un objeto de valoración que deba constatarse previamente, sino la modalidad con se describe el resultado de manejar, de un modo más o menos oculto, un instrumental de carácter normativo y de psicología social y, en todo caso, no primariamente de naturaleza psicológico-individual"* JAKOBS, G. **Culpabilidad y prevención.** *In:* JAKOBS, G. **Estudios de Derecho Penal.** ..., p. 97-98.

pena permite o isolamento da expectativa do conflito instaurado, de forma que se mantém a confiança no ordenamento, vale dizer, a expectativa continua como modelo de orientação válida, tendo em vista a imputação do conflito ao próprio autor desviante, permitindo que a expectativa se mantenha para o futuro, a despeito de sua inconfiabilidade – imputada, agora, ao agente desviante – no passado.

Esse duplo aspecto enquanto fator de psicologia social latente e enquanto comunicação reconfirmatória estará presente e se desenvolverá dialeticamente ao longo das posteriores obras de Jakobs, o que trará maiores desenvolvimentos em aproximação ou distanciamento com a obra de Luhmann.

Cabe notar que, desde esse primeiro texto, Jakobs deixa claro que a imputação não se constitui de forma arbitrária, como mera imposição de uma sanção pela infração da norma, como se houvesse um Estado arbitrário capaz de impor suas ordens pela força e a toda prova. Muito ao contrário, o que deixa expresso a funcionalização da pena por meio de categorias sistêmicas é o desenvolvimento da pena e do Direito Penal de acordo com as necessidades de cada sociedade específica enquanto sistema[19].

Pode-se dizer que, a rigor, o próprio sistema desenvolve a necessidade de imputação. Nesse sentido, a pena, como forma de imputação do conflito isoladamente ao agente constitui modalidade específica de redução da complexidade – em especial, como se verá, através da culpabilidade. Daí a razão de se permitir a exculpação quando presentes outras formas de solucionar o conflito por meio de outros sistemas da sociedade.

Nesses termos, ainda uma vez se afasta a teoria de um possível viés arbitrário como intrínseco a seu desenvolvimento. Dar tal colorido à teoria funcional unicamente em decorrência de sua análise abstrata dos pressupostos necessários ao sistema é simplificar sua elaboração.

Pode-se dizer que a função da pena é a imputação, a qual reforça a ordem normativa não resguardada por outras alternativas de solução do conflito. Inobstante, o mero reforço da punição não basta para tal incremento da confiabilidade da expectativa. A necessidade de punição é graduada pelas exigências da própria sociedade em concreto.

---

[19] "*Cabe renunciar en el presente contexto al tratamiento de parte de las objeciones estereotipadas en contra de la prevención general, precisamente porque el objeto de la investigación no es justificar la prevención general sino mostrar que* ***bajo el nombre de culpabilidad opera con general eficacia, y se practica desde hace mucho tiempo, una determinación preventivo-general de la pena.*** *De todos modos, hay que puntualizar que en la interpretación aquí efectuada de lo que se designa como culpabilidad, no se trata de una intimidación general, o de intimidar, al menos, a los potenciales delincuentes, sino de la confirmación de que es correcto confiar en la corrección de la norma.*" JAKOBS, G. **Culpabilidad y prevención.** JAKOBS, G. **Estudios de Derecho Penal.** ...p. 98, grifo nosso.

Trata-se, enfim, de uma forma de resolver um conflito ainda não suficientemente explicado de outra forma[20], o que, como se verá, tem fundamento na natureza nem sempre plenamente diferenciada das expectativas enquanto cognitivas ou normativas, distinção essa que é progressivamente obscurecida por Jakobs em seus textos posteriores.

Pois bem, já em seu *Tratado*, as funções de fidelidade jurídica e manutenção da confiança na norma encontram-se devidamente separadas, sendo a elas somada a função de aprendizagem da aceitação das consequências.

Aqui a pena pode ser compreendida como resolução pública de um conflito (público) causado pela defraudação, imputável ao agente, de uma expectativa na qual toda a sociedade – vindo daí seu caráter público – e não apenas a vítima em concreto no conflito, deveria ser capaz de confiar. Daí por que o Direito Penal não sirva para proteger expectativas psicológicas individuais, nem suas consequências adstrinjam-se ao conflito intra partes, mas trazem sempre uma interpretação pública, *"erga omnes"*, do quanto ocorrido.

Aqui separam-se as funções de *exercício de confiança normativa*, através do qual se garante a toda a comunidade comunicativa que pela norma se guia que ela (norma) continua válida, sendo o esquema de interpretação correto do fato a ser interpretado – e, dessa forma, isolando o desvio dela enquanto "crime" – do *exercício de fidelidade jurídica*, por meio do qual ao comportamento que visava a desautorização da norma são ligadas consequências desagradáveis, entendidas como *"prejuízo sério"*, que desencorajam pensar no comportamento desviante como alternativa válida.

A essas duas funções – agora nitidamente separadas - soma-se ainda a função de *exercício de aceitação das consequências*, com o qual, ainda que a relação entre comportamento desviante e prejuízo sério não seja aprendida pela sociedade, torna-se nítida, ao menos, a relação de causa e consequência entre fato e reação, o que também acabar por ser apreendido.

Vê-se, dessa forma, um aspecto normativo relativo à confiança na norma e outro aspecto cognitivo, relativo ao rebaixamento de uma opção de comportamento por meio de sua ligação a consequências indesejadas. No citado *Culpabilidade e Prevenção* a finalidade

---

[20] *"Esta fundamentación positiva resulta además necesaria porque el Derecho penal posibilita la imposición de la pena y, por tanto, no la exculpación, sino la inculpación,* ***con lo que está cerca la presunción de que la exculpación desempeña tan sólo la función de hacer la imputación como imputación a la culpabilidad sea aceptable o, al menos, tolerable en los demás casos"*** JAKOBS, G. **Culpabilidad y prevención.** JAKOBS, G. **Estudios de Derecho Penal. ...**, p. 81, grifo nosso.

principal aparecia como *exercício de fidelidade jurídica*, já no *Tratado*, o principal se torna o *exercício de confiança normativa,* embora não a finalidade única.

No tocante a alternativas a tal função normativa, até por haver, conforme explicado no primeiro capítulo, sempre um âmbito de inescrutabilidade para os sistemas autorreferenciais, a atuação puramente cognitiva só prospera quando pode se verificar um déficit em relação aos demais agentes na sociedade no próprio violador. Exemplo: adolescentes. Renuncia-se à relação de sentido, pois o agente ainda não é plenamente apto à comunicação.

No tocante a "pessoas", portanto, plenamente aptas à comunicação, a prevenção especial pode apenas ocupar os espaços deixados dentro da prevenção geral positiva dada pelas três finalidades acima elencadas, sendo estas a finalidade principal da pena. Jakobs entende, inclusive, aconselhável que haja este resíduo de prevenção especial para que a pena imposta faça sentido também para o apenado e não apenas para a sociedade[21]. Nesse caso, a reação adotada deve ser vista muito mais como assistência do que como punição. De qualquer forma, como são as exigências sociais (prevenção geral) que preponderam, o espaço para a imposição de medidas preventivas especiais sem recair nos problemas já citados (ex: abandono da relação de "sentido") é muito pequeno. Trata-se de *"prevenção geral positiva com prevenção especial subsidiária"*[22]

Justamente o contrário ocorre nas medidas de segurança: o principal torna-se evitar novos delitos (prevenção especial) por meio da avaliação e reação cognitiva ao desapontamento, mas, uma vez que tais medidas são impostas por um fato específico e também entendidas como um mal, há uma subsidiária validação da norma (prevenção geral).

Ainda, a explicação não estaria completa se não se informasse sobre os possíves mecanismos alternativos de resolução do conflito: pode ser que outros mecanismos de estabilização deem conta de explicar o conflito ainda antes de ele se apresentar ao sistema do Direito Penal.

Assim, Jakobs elenca quatro vias alternativas: 1 – o conflito pode ser atribuído à vítima; 2 – o bem a que se volta a expectativa de proteção não pode ser cognitivamente assegurado de forma adequada (exemplo: furto de bicicletas); 3 – pode se perceber o

---

[21] *"Toda a execução da pena, para a qual a teoria da prevenção geral positiva em nada contribui, deve ser configurada da forma mais efetiva e preventivo-especial possível"*. JAKOBS, G**. Tratado de Direito Penal...**, p.53.

[22] JAKOBS, G. **Tratado de Direito Penal**..., p. 54.

conflito, mas agir como se não o tivesse (cifra negra); e 4 – uma proteção ideal seria por demais dispendiosa e/ou poderia levar à inutilização do próprio bem (exemplo: dinheiro enterrado).

Em todos os casos citados, apesar de sua violação, a norma continua válida. Tanto que sua violação, ainda que não esteja adequadamente assegurada contrafaticamente, é vista como não querida. O que acontece é que estratégias cognitivas e normativas voltadas a diversos agentes (vítima, sociedade em geral, etc.) fazem com que eventuais transgressões não ameacem a norma enquanto esquema de orientação válida.

Por outro lado, qualquer alternativa que se escolha para o salvamento da norma sempre envolverá custos a serem distribuídos: ao se afastar da pena enquanto imputação a um único agente enquanto condicionante eficiente do conflito, os custos que seriam a ele atribuídos são distribuídos a outros atores: à vítima, à própria sociedade. As novas soluções jamais sairão incólumes: um menor grau de imputação ao agente traria a necessária imposição de outros custos a outros envolvidos.

Nesse passo, e repetindo, a pena pode ser entendida como a resolução pública de um conflito – público – causado pela defraudação imputável ao agente de uma expectativa na qual toda a sociedade – e daí o caráter público da relação – e não apenas a vítima em concreto do crime, deveria ser capaz de confiar. Justamente a imputação da defraudação toda ao agente é que diferencia a resolução mediante pena de outras formas de resolução normativa-interpretativa do conflito. Assim, o papel da vítima, e os encargos a ela distribuídos, podem ser ponderados, por exemplo, na relativização da pena no âmbito da "culpa da vítima". O que imputa a terceiros, desimputa ao agente.

Mas justamente essa ideia de custos a serem impostos vai perder apelo em um terceiro momento da teoria da pena de Jakobs. Se na passagem de *Culpabilidade e Prevenção* ao *Tratado* varia a função preponderante dentro das três funções principais elencadas que compõem a prevenção geral positiva, a partir dos textos *Sociedade, norma e pessoa* e *Teoria da Pena,* a segunda função integrante da reconfirmação da expectativa normativa essencial violada, caracterizada anteriormente como *exercício da fidelidade jurídica* vai perder totalmente o apelo, sendo ocupado seu lugar de forma absoluta pela primeira função dada pelo *exercício de confiança normativa.*

Assim, em *Sociedade, norma e pessoa*, Jakobs vai dizer que

> *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. (...) Dizendo de outro modo, a sociedade mantém as normas e se nega a conceber-se a si mesma de outro modo.* ***Nessa concepção, a pena mão é tão-somente um meio para manter a identidade social, mas já constitui essa própria manutenção. Certamente, pode ser que se vinculem à pena determinadas esperanças de que se produzam consequências de psicologia social ou individual de características muito variadas, como, por exemplo, a esperança de que se mantenha ou solidifique a fidelidade ao ordenamento jurídico. Mas a pena já significa algo independente dessas consequências: significa uma autocomprovação. Por isso os estudos empíricos sobre a prevenção geral positiva devem dar necessariamente a impressão de estar algo deslocados. Pois dizem respeito ao entorno, vale dizer, às consequências de psicologia individual ou social, mas não ao núcleo da teoria: o Direito Penal restabelece no plano da comunicação a vigência perturbada da norma cada vez que se leva a cabo seriamente um procedimento como consequência de uma infração da norma. E isso significa, ao mesmo tempo, que com isso se representa identidade não modificada da sociedade.***[23]

Esse marco é complementado pelo texto de *Teoria da pena*, em que se lê

> ***A pena pública existe para caracterizar o delito como delito, o que significa dizer o seguinte: como confirmação da configuração normativa concreta da sociedade*** (...) *Previne-se algo, porém não um delito futuro qualquer, mas os delitos que já não se concebam como delitos;* ***o que se previne, portanto, é a erosão da configuração normativa real da sociedade. A pena pública é a manutenção do esquema de interpretação válido publicamente*** (...) ***A pena é um processo de comunicação, e por isso seu conceito tem de estar orientado em atenção à comunicação e não deve ser fixado com base nos reflexos ou nas repercussões psíquicas da comunicação. A confiança na norma ou a atitude conforme o Direito dos cidadãos tão-somente são derivadas da realidade da sociedade, que é o único decisivo. Pode acontecer que se deseje alcançar determinados processos psíquicos como consequências da comunicação da norma por meio da pena pública, porém não formam parte do conceito de pena.***[24]

Trata-se de um abandono das intenções de degradação e bloqueio de um comportamento desviante por meio da ligação de consequências desvalorativas com consequências no âmbito da psicologia social. Em contrapartida, sobrevém uma radicalização das funções comunicativas, isolando-se a função da pena no âmbito da confirmação da expectativa.

Nesses textos, com a pena, o conflito já se vê desde logo resolvido a favor da sociedade. O ato desviante é desde logo alijado de seus efeitos enquanto comunicação que se pretende vinculante, até tendo em vista a sua própria caracterização como desviante, que só é possível na medida em que os padrões sejam sólidos. Com isso, desprende-se a teoria da necessidade de verificação de um *quantum* de fidelidade à norma. O aspecto psicológico deixa de ter qualquer aporte para o teórico do direito, uma vez que, ainda que presente um

---

[23] JAKOBS,G. **Sociedade, norma...,** p. 4-5, grifo nosso.

[24] JAKOBS, G. **Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido.** Tradução de Maurício Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 8-9; 26. grifo nosso.

grande número de desvios, todos eles seriam desde logo marginalizados com o estabelecimento, no âmbito normativo, de uma pena.

A pena "normaliza" a infração, salvando a expectativa desde logo, ao precisamente caracterizar a infração enquanto infração. Em outras palavras, em sua acepção ideal, a pena, desde logo, resolve o conflito. Por meio da estipulação de penas sabe-se desde logo que comunicações contrárias às normas não são válidas e, desde logo, por meio das sanções previstas a tais comunicações, a sociedade se recusa a abandonar suas expectativas. Nesses termos, aquilo que a pena vem a sancionar deve ser um *quid* cuja exclusão permita a reorientação normativa. Nas palavras de Jakobs, quando se fala em "explicação", o que se pretende é *"uma designação do dano de tal modo que novamente seja possível orientar-se sem ver-se perturbado"*[25]. Com um exemplo: no assassinato de uma pessoa internada em um hospital ninguém aceitaria que o responsável, "a causa", fosse o médico que prescreveu a internação. Essa reação não forneceria um padrão de organização de expectativa conforme a autoimagem social. *"Portanto, só cabe determinar a conexão entre um comportamento não permitido e um resultado se previamente tiver sido averiguado como se pode produzir a orientação numa sociedade"*[26].

O Direito Penal busca guiar aquilo que deve se esperar. Mais do que um prognóstico *pro futuro*, a expectativa normativa conforma a própria imagem social: o específico do social em Jakobs é a vinculação a expectativas normativas.

Aqui, para alguns[27], a teoria da pena de Jakobs teria atingido o máximo de abstração teórica, e teria ofertado, nesse momento, a maior possibilidade de novas construções teóricas dentro do Direito Penal.

Contudo, essa radicalização da função comunicativa sofrerá críticas por sua abstração extremada, e será questionada justamente no âmbito daquilo que gostaria de deixar de fora da teoria penal: se o conflito pode ser resolvido pela simples produção da comunicação, sem que um efeito de psicologia social pertença ao âmbito da função da pena, então como explicar que a reação não se dê por uma mera declaração comunicativa formal?[28] Que ainda que presente a exclusão do sentido comunicativo do fato por meio da

---

[25] JAKOBS, G. **A imputação objetiva no Direito Penal.** 3. Ed. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2010, p. 81.
[26] *Idem, ibidem*.
[27] Veja-se, MACHADO, M. R. de A. **Do delito à imputação...,** p. 163-218.
[28] Nesse sentido, SILVA SÁNCHES, J-M. **A expansão do Direito Penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2 ed. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2011, p. 94-95.

declaração formal produzida pela sentença condenatória seja ainda assim necessária a imposição da pena física?

Em outras palavras, ao entender que todos os efeitos cognitivos deveriam ser deixados à margem da teoria da pena, a radicalização produzida nessa terceira fase da teoria da pena de Jakobs acabou por jogar para fora do Direito Penal a própria realidade da pena corporal e de seus cárceres. A produção de dor e de desvaloração do ato criminoso por meio de reações físicas estariam apenas no âmbito das funções laterais da pena, sendo alcançadas sem que a teoria necessitasse se posicionar sobre ela. Nesses termos, não haveria razão para continuar a se elaborar teorias sobre o *quantum* da produção de dor, eis que estaria justamente fora da teoria penal lidar com os efeitos para além do âmbito comunicativo.

Contra essa acusação de abstrativização, Jakobs posteriormente reage, alterando, ainda uma vez, sua teoria.

O que sua terceira versão da teoria da pena deixava claro era a possibilidade de resolução do conflito, no âmbito comunicativo, sem a necessária vinculação de uma pena física, no âmbito das reações cognitivas. Essa teorização abriria a possibilidade de elaborações de novas alternativas[29], o que permitiria, inclusive, a busca de novas reações, as quais poderiam estar mais fortemente vinculadas à situação comunicacional, sem a necessidade de infligir dor aos condenados[30]. Contudo, ao responder às críticas à sua teoria no tocante à abstrativização, Jakobs acaba reformulando uma quarta vertente de sua própria teoria, dessa vez reavivando a importância do âmbito das reações físicas.

Assim, para finalmente conseguir um medidor da necessidade de reação física, de forma que a reação do Direito Penal deixe de ser apenas uma declaração formal, Jakobs reabilita a necessidade concomitante da imposição de uma certa quantia de cumprimentos da expectativa normativa, necessidade essa que seria garantida pela imposição da pena física.

Essa nova reformulação passa a ligar diretamente a quantidade mais ou menos geral de desvios na sociedade à necessidade de incremento da reação penal no âmbito fático, como se fosse possível angariar a confiabilidade normativa a fórceps[31]. Tem ela origem em

---

[29] Cf. nota nº. 27 *supra*.

[30] Nesse sentido, embora não originada das ideias de Jakobs, perfeitamente compatível com essa fase de sua teoria da pena, veja-se a proposta apresentada por GIAMBERARDINO, A. R. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo**. 2014. Dissertação (doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

[31] O que faz com que DINIZ entenda que, *"em Jakobs, a violência de Estado é determinada pela ordem (*Ordnung*) e o sentido que essa ordem historicamente transmite.* ***Qualquer que haja sido a composição dos***

um desenvolvimento de uma assertiva latente ainda nas formulações da terceira fase: trata-se da necessidade de *compensação* fática executada *às custas do violador da norma*, o qual, para além da comunicação, também *objetiva* sua contrariedade à configuração normativa da sociedade.

Assim, no âmbito do texto *Teoria da Pena*, precisamente no qual se nega qualquer finalidade da pena e do Direito Penal tangente a fins de psicologia social, se justifica a necessidade de imposição de violência da seguinte forma:

> *A privação de meios de interação do infrator da norma tem lugar como violência. Porém, por que se necessita o trato com uma pessoa de violência? Dizendo de outro modo, por que não basta a constatação de que não se deve tomar como referência sua conduta? Seria precipitado supor – como pode parecer à primeira vista – que a violência não pode dirigir-se em oposição à pessoa, mas somente em oposição ao indivíduo.* ***O infrator da norma, por meio de sua conduta, não somente significou algo, mas por sua vez também o configurou;*** *(...)* ***Portanto, o significado dessa conduta não somente é objetivado por ele no plano simbólico, mas mediante o mundo externo das pessoas, que é configurado já depois da afirmação. Assim postas as coisas, a declaração isolada de que não se deve juntar ao ato estaria objetivada em menor medida de que está o ato mesmo: assim como o ato configura de modo definitivo o mundo externo das pessoas (ou se dispõe a isso), também a reação diante do ato deve supor-se uma configuração definitiva.***[32]

Como se percebe, nesse terceiro momento do desenvolvimento da teoria, a conduta e a reação fática encontram-se ainda no mesmo patamar. A objetivação, para além da mera imposição da força, também tem um sentido simbólico, tal qual a conduta, que não se deteve na mera declaração.

Trata-se, enfim, do significado comunicativo da própria violência. A comunicação emanada do infrator vem acompanhada de uma carga expressiva de força física – coação – não se detendo no significado da conduta. Essa carga é então contrabalanceada pela força imposta pela pena, que reforça sua censura comunicativa com a demonstração de uma imposição de força ainda maior (ou ao menos na mesma medida) que a demonstrada pelo sentenciado.

---

fatos ou época, a manutenção da ordem significa a garantia da existência do Estado pelo uso da força, mais ou menos legítimo, a variar conforme as exigências de efetividade: em tempos de guerra, recrudescimento da intervenção punitiva; a paz permite arrefecer. (...) A pena demonstra a medida necessária à preservação da estabilidade normativa afetada, o que permite conceitua-la reação à quebra da norma (Normbruch***). O traço distintivo da pena no modelo de Jakobs é a 'demonstração da validade normativa às custas de uma responsabilidade'***". DINIZ, E. S. **O sentido operacional dos conceitos de pessoa e inimigo em Direito Penal**. 2010. Dissertação (doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 59, grifo nosso.

[32] JAKOBS, G. **Teoria da pena e...**. p. 17-18. grifo nosso.

Nesse ponto, a violência imposta executa uma compensação do sentenciado de forma forçada, compensação essa que será medida de acordo com a necessidade de violência adequada para *comunicar*. Note-se: neste ponto ainda não há uma total contradição com a teoria luhmanniana, pois a força física ainda é encontrada muito mais em seu aspecto comunicativo do que enquanto fato. No âmbito das expectativas, a força física, aqui, se volta muito mais a garantir a permanência da expectativa normativa enquanto expectativa que guia a conduta para a aqueles que dela necessitam – *confiança na norma* – do que para garantir o efetivo cumprimento da expectativa por parte dos potenciais infratores.

Jakobs deixa claro esse caráter de "execução comunicativa forçada"[33] na medida da necessidade de contracomunicação no texto mais representativo dessa sua fase da teoria da pena, qual seja, *A pena estatal: significado e finalidade*, em que se lê*:*

> *En Hegel – al menos en aquella de entre sus fundamentaciones de la pena que aquí es resaltada -,* ***el dolor es también un*** **elemento simbólico,** ***significa algo, a saber, que la máxima configurada por el autor es irrelevante, siendo relevante la del ordenamiento jurídico. El hecho y la pena se toman en su significado comunicativo, el hecho como afirmación de que el Derecho no es vinculante, y de que el autor disfruta de la libertad del estado de naturaleza*** **hobbesiano*****, la pena como contradicción, con el contenido de que únicamente el Derecho puede constituir el punto de partida de la comunicación****. Con esta contradicción la estructura de la sociedad queda confirmada, de modo que se ha ejecutado una secuencia que no corresponde ni al* 'punitur, ne peccetur' *ni al* 'punitur, quia peccatum est'*: la mirada se dirige hacia delante, como en el* ne peccetur, *pero no se trata de que no ocurran ulteriores delitos – un propósito que, tomado en serio, es totalitario en varios sentidos -, sino de mantener la vigencia de la norma.* [34]

Porém já nesse mesmo texto, Jakobs desenvolve uma diferenciação – que pode ser colocada dentro dessa sua quarta e última fase de desenvolvimento da teoria da pena – em que, para além do aspecto comunicativo, a força física se faz necessária como efetiva garantia de bens, ao relatar:

> *El Derecho está en vigor mientras dirija la orientación comunicativa,* ***siendo equivalente que la dirija para la prevención de un delito, o, si ello no se logra, para la reacción frente a un delito como tal****. (...) Si aquí se han equiparado la*

---

[33] *"Em relação à coação penal, devo ressaltar, neste sentido, a já mencionada figura da reparação de dano. O sujeito obrigado deve fazer-se de novo –* sit venia verbo *– compatível com o Direito (*nota bene: *'fazer-se compatível', isto é, fazer-se de forma passiva, no sentido de 'deixar fazer-se', o que significa que se faz de maneira juridicamente coagida)".* JAKOBS, G. Sobre a teoria do direito penal do inimigo. *In:* AMBOS, K.; BÖHN, M. L. **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 10.

[34] JAKOBS, G. **La pena Estatal...**, p. 134. Grifo nosso.

> *prevención de lo injusto y la reacción penal frente a lo injusto – ambas forman parte de la realidad del Derecho -,* ***ello, desde luego, no significa que en la práctica la prevención de lo injusto y su punición puedan intercambiarse arbitrariamente; pues la violencia conforme a Derecho, en cuanto coacción jurídicamente ordenada, y, en particular, la violencia penal, constituyen un recurso escaso, y ya por ese solo hecho está excluida la posibilidad de reaccionar frente a una criminalidad masiva con una persecución penal masiva. En tal caso el Estado no podrá cumplir con su*** **'obligación de jugar'***, y la norma pierde su carácter real. Más importante aún resulta un segundo argumento: para ser real el Derecho no sólo debe ofrecer orientación a los potenciales autores sino también a las potenciales víctimas; dicho en un ejemplo, en una sociedad en la que ninguna persona osa moverse libremente por miedo de la delincuencia, el derecho a la libertad de movimientos no es real, se mire como se mire. Para pode hacer uso de su derecho la persona no sólo necesita seguridad normativa, es decir, la conciencia de que ejerce su derecho y de que, en caso de ser perturbada, esto se imputará al perturbador como falta suya y no a ella misma como temeridad; por el contrario, esta certeza normativa, si se pretende verdaderamente dirija la conducta, debe contar con un apoyo cognitivo, dicho de otro modo, no debe ser demasiado elevada la probabilidad de que se convierta uno en víctima de un delito con ocasión del ejercicio de sus derechos.*[35]

Com essa passagem, em primeiro lugar, Jakobs deixa claro que a força expressiva da violência só pode se dar em contextos em que a violência se faça efetivamente simbólica. Vale dizer, em uma sociedade com violência expressa massivamente, o próprio caráter do Direito Penal, enquanto *ultima ratio* em decorrência da gravidade de sua sanção – e decorrente dessa sua gravidade, sua profunda expressividade – acaba se banalizando, deixando de agregar a suas reações efetivo caráter contracomunicativo. Aqui ainda se trata de uma impossibilidade de reação no mesmo plano: à comunicação violenta do autor, responde-se com outra comunicação igualmente violenta, resposta esta que torna-se carente de significado expressivo se a violência é banalizada.

Em segundo lugar, contudo, Jakobs aponta a necessidade de que as expectativas sejam globalmente atendidas – o que é correto em termos luhmannianos – aduzindo que, para tanto, seria necessária, e tanto mais necessária quanto mais se fizessem presentes as violações, a utilização da violência – o que é incorreto.

Nessa última vertente a violência perde seu caráter comunicativo e se transforma em mera imposição do cumprimento da norma mediante a utilização da força física – a imposição do comportamento querido mediante *"vara"*[36].

---

[35]JAKOBS, G. **La pena Estatal…**, p. 139-140. Grifo nosso.

[36] *"Outra coisa sucede em relação à coação que se exerce para impedir fatos delitivos futuros: nestes certamente, por exemplo, na denominada medida de segurança, não se trata da reorganização de uma relação jurídica, senão de uma – no general, parcial – exclusão do sujeito perigoso e,* nesse sentido, *em relação ao sujeito excluído, não se trata de Direito, senão de guerra"* JAKOBS, G. Sobre a teoria do direito penal do inimigo. *In.* AMBOS, K.; BÖHN, M. L. **Desenvolvimentos...** p. 10.

Fala-se assim, em uma necessidade razoável de punição para garantia de que as expectativas, em seu caráter geral, tenham um coeficiente de cumprimento suficientemente alto para que as pessoas – que não são, em sua maioria, heróis destemidos – possam seguir a por elas se guiar. Nesse ponto, a violência abandona seu aspecto comunicativo e torna-se meramente fática, deixando de descrever aquilo que deve acontecer para descrever aquilo que efetivamente acontece. Aqui, como se verá, 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 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[37].

3.2. 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).

De fato, já no Congresso dos penalistas alemães celebrado em Frankfurt a.m. em 1985, Jakobs realiza um rascunho daquilo que se tornaria a base de seu Direito Penal do Inimigo em sua palestra "*Incriminação no estado prévio à lesão de um bem jurídico"*. Todavia, nessa palestra a divisão "Direito Penal do Inimigo x Direito Penal do Cidadão" pende para o fortalecimento deste último. Nesse sentido, o texto se revela muito mais como um precursor da fase estritamente comunicativa da pena do que como o responsável pelo lançamento do "programa" do inimigo. Inobstante, já nele se encontram as raízes para este último desenvolvimento posterior.

Assim, Jakobs reforça a necessidade de interpretação comunicativa dos fatos "brutos" para o estabelecimento de um âmbito de liberdades, âmbito este por ele chamado

[37] *"Jakobs, contudo, a partir de um determinado momento do desenvolvimento de sua teoria, passa a se preocupar com as questões de segurança cognitiva da sociedade. Inclui essa preocupação como um dos fins do direito penal e, já que a 'adaptação' desse fim a sua estrutura anterior é difícil e limitada, cria um modelo autônomo exclusivamente voltado para ele. Nesse sentido, é possível mesmo dizer que sua teoria não funcionava bem para atingir tais objetivos*" MACHADO, M. R. de A. **Do Delito à imputação...**, p.216.

de *esfera civil interna*[38], a qual perfaz, justamente, o âmbito de organização livre do cidadão.

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"*[39]. 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[40].

Nesse sentido, é justamente a interpretação – nesse texto, tida ainda como inadequada, mas possível – do delito enquanto risco ao bem jurídico, que permite a interpretação do cidadão não como âmbito de liberdade com possibilidade de imputação comunicativa, mas como um mero indivíduo faticamente perigoso, com tendências a criar riscos ao bem jurídico, os quais devem ser prevenidos. Assim:

> *Tomar o bem jurídico como exclusivo ponto de partida sem dúvida conduz ao extravasamento, porque com isso cai completamente fora da perspectiva a esfera jurídica do autor. O autor vem definido tão somente pelo fato de que pode constituir um perigo para o bem jurídico, com o acréscimo de que cabe antecipar, potencialmente sem limite algum, o começo de tal perigo. O autor não tem nenhuma esfera privada, nenhum âmbito para uma conduta ainda não socialmente relevante, sendo somente uma fonte de perigo ou, em outras palavras, inimigo do bem jurídico. Em um consequente desenvolvimento desse critério de tomar penalmente também os pensamentos perigosos de autores potenciais, ou, mais ainda, as fontes de onde surgem esses pensamentos perigosos. (...) Para a definição do autor como inimigo do bem jurídico, segundo a qual poderiam ser combatidos já os mais prematuros sinais de perigo, embora isso possa não ser oportuno no caso concreto, deve-se contrapor aqui uma definição do autor como cidadão. O autor não somente deve ser considerado como potencialmente perigoso para os bens da vítima, como deve ser definido também, de antemão, por seu direito a uma esfera isenta de controle; e será*

---

[38] JAKOBS, G. **Incriminação no estado prévio à lesão de um bem jurídico.** In: JAKOBS, G. **Fundamentos do Direito Penal.**... p.136.
[39] JAKOBS, G. *Op. cit.*, p. 134.
[40] *"uma vida social não pode ser definida somente mediante a integridade de bens jurídicos; assim não se chega mais além do que um arquivo de museu."* In: JAKOBS, G. *Op. cit.,* p. 133.

> *mostrado que do* status *de cidadão podem se derivar limites, até certo ponto firmes, para as antecipações de punibilidade*.[41]

Essa diferenciação radical traz em si a semente de se separar a confiabilidade normativa da expectativa frente àqueles que devem por ela se guiar, e um coeficiente suficiente de cumprimento da expectativa, que pode ser forçado mediante a imposição da força contra aqueles que se recusam a observá-la, tratando estes, então, como fonte de risco ao bem jurídico.

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[42]. 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.*[43]

Aqui se observa a pretensão de que a expectativa normativa esteja já amparada em formas cognitivas de asseguramento. Na primeira fase de sua teoria da pena, Jakobs já distinguia um âmbito normativo-comunicativo, dado pela *"confiança na norma"* e um âmbito de aspecto cognitivo, representado pela *"fidelidade jurídica"*. Contudo, aqui, pela primeira vez, se revela a necessidade de uma manutenção em termos globais da *"fidelidade jurídica"* até descambar para a mera manutenção cognitiva, sem sequer se importar com a *"confiança na norma"*, comunicativa. Em outras palavras, por meio do chamado Direito Penal do Inimigo, configura-se o autor como um mero risco ao bem jurídico e, já nesse momento, antecipam-se as barreiras de proteção.

Essa primeira observação será estendida em posteriores desenvolvimentos, já não mais ligados à fase puramente comunicativa da teoria da pena, de forma que, para além de antecipar as barreiras de proteção, o Direito Penal do Inimigo servirá também para

---

[41] JAKOBS, G. *op. cit.* p. 133-134.
[42] Os já citados, *Sociedade, norma e pessoa* e *Teoria da pena.*
[43] JAKOBS, G. **Incriminação ao estado prévio...** *In:* JAKOBS, G. **Fundamentos do Direito Penal...** p. 156.

prolongá-las após a imposição da pena, tornando o lado fático da pena imposta aos inimigos preponderante sobre o seu aspecto significativo.

Todos os textos posteriores que trataram então do Direito Penal do Inimigo surgiram após a sua terceira teoria da pena – a fase comunicativa -, já próximos ou posteriores à quarta fase – em que se traz para dentro da teoria da pena a necessidade de dor como forma de garantia do cumprimento da norma -, de forma que se tornou cada vez mais encrudescida a necessidade de asseguramento fático do cumprimento da norma mediante a imposição da força bruta.

E para tal asseguramento, uma vez que o cidadão é entendido como um construto normativo não necessariamente dado *"pela natureza das coisas"*, nada obsta que a própria esfera de liberdades que o constitui seja progressivamente desintegrada, até a sua completa interpretação enquanto *indivíduo perigoso*, ceifando-lhe a capacidade comunicativa.

A ideia de que o ordenamento, enquanto conjunto de expectativas normativas, só é efetivamente real se cumprido em sua maior parte de forma global[44] é radicalizada então para a possibilidade de forçar o cumprimento global mediante a imposição forçada.

Ainda mais, progressivamente demonstra-se um profundo receio das intenções dos componentes da sociedade, os quais, progressivamente se veriam deteriorados em sua condição de cidadãos, conforme decai a segurança dada por diversos fatores econômicos e sociais.

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.

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"*[45]. Ainda, em desenvolvimento posterior, já um pouco mais matizado:

---

[44] Ressuscitando, com isso, novamente, a teoria de Kelsen da eficácia como *conditio sine qua non* para a validade. V. nota 15 do caítulo II.

[45] JAKOBS, G. **Terroristas como pessoas de direito?**. *In:* JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M. **Direito Penal do Inimigo:** noções e críticas. 4. ed. org. e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 56.

> ***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****.*[46]

E justamente essa confiança na ação do cidadão enquanto cidadão, ou seja, dentro de seu âmbito de liberdades, vai se deteriorando progressivamente, o que faz com que a menção a um diagnóstico perigoso feito no primeiro texto de 1985, se converta progressivamente em uma aceitação resignada até, por fim, em uma efetiva prescrição de necessidade[47].

Jakobs torna-se, por assim dizer, 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 vestidos *"**em pele de cordeiro**"*[48], se misturando junto a efetivos cidadãos *"*de bem*"* em nossa 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 nas 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 força; 3 – a

---

[46] JAKOBS, G. **Sobre a teoria do direito penal do inimigo**. *In:* AMBOS, K.; BÖHN, M. L. **Desenvolvimentos atuais…** p. 11, grifo nosso.

[47] Nesse sentido, v. GRECO, L. **Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo**. *In:* Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 56, set/2005, p 80-98, APONTE, A. **Derecho penal de enemigo VS. Derecho penbal Del ciudadano.** Günther Jakobs y lós avatares de um derecho penal de La enemistad. *In:* Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol.51, Nov/2004, p.9-43. Embora os referidos autores assumam o caráter descritivo dos primeiros textos de Jakobs sobre a temática do Direito Penal do Inimigo, o qual era exposto como forma de reforçar o Direito Penal do Cidadão, são, contudo, mais cuidadosos ao relatar uma passagem mais prescritiva em direção ao Direito Penal do Inimigo nos textos posteriores de Jakobs, falando em uma certa *"ambiguidade"* do autor alemão.

[48] JAKOBS, G. **A ciência do Direito Penal diante das exigências da atualidade.** *In:* JAKOBS, G. **Ciência do Direito e Ciência do...** p. 58, grifo nosso.

sociedade moderna possui parcos mecanismos alternativos à própria força para garantir a confiabilidade de seus membros quanto a tais expectativas.

Em verdade, a terceira premissa acarreta a necessidade cada vez maior de utilização da segunda.

Ambas as duas últimas premissas, contudo, podem ser analisadas mais a fundo.

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.

A primeira vertente expressa-se da seguinte maneira:

> *Uma sociedade que perdeu tanto o respaldo de uma religião conforme ao Estado como da família, na qual a nacionalidade é entendida como característica incidental, concede ao indivíduo um grande número de possibilidades de construir sua identidade à margem do direito ou, ao menos, mais do que se poderia esperar numa sociedade de vínculos mais fortes. A isto se soma o* ***poder explosivo da chamada pluralidade cultural. Um completo absurdo: ou as diferentes culturas são meras somas de uma comunidade jurídica de base, e então se trata de múltiplas faces de uma cultura, ou, ao contrário – e essa é a variante perigosa -, as diferenças forjam a identidade de seus membros, mas então a base jurídica comum fica reduzida a mero instrumento, é abandonado quando já não se necessita mais dele[49].***

Trata-se aqui, daquilo que Jock Young chamou de *insegurança ontológica*[50]. Adotando a linha de descrição fornecida por Bittar[51], no pós-maio de 68[52] as sociedades democráticas ocidentais se viram em um turbilhão de discursos que estilhaçaram a ideia de uma *unidade*, de uma construção de um projeto coletivo de longo prazo.

---

[49] JAKOBS, G. **A ciência do Direito Penal diante das exigências da atualidade.** *In:* JAKOBS, G. **Ciência do Direito e Ciência do...** p. 58, grifo nosso.

[50] *"(...) insegurança ontológica, que* ***se dá quando a auto-identidade não está embasada no nosso sentido de continuidade biográfica, quando o casulo protetor que filtra as objeções e riscos ao nosso sentido de certeza se torna fraco e quando o sentido absoluto de normalidade se desorienta pelo relativismo dos valores circundantes****"* YOUNG, J. **A sociedade excludente.** Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p.33-34.

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

[52] *"Se modernidade e pós-modernidade estão imbricadas,* ***o direito hodierno muito deve a maio de 1968 por sua conformação (...) Esse episódio pode ser considerado a grande revolução do final do século XX, pois movimenta forças eróticas contra forças destrutivas, alavancando mudanças radicais nos modos de vida e na conformação social desde então*** *(...) É do pensamento político de Agnes Heller que se pode ouvir a seguinte frase: 'como teoria social, o pós-modernismo nasceu em 1968".* BITTAR, E. C. B. **O Direito na pós-modernidade** (e reflexões frankfurtianas). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 100-101.

Nesse sentido, por exemplo, o que, no referencial marxista, era dividido em capital-trabalho, passa a ser implodido segundo uma multiplicidade de visões, cada qual com seu próprio pleito de reconhecimento, desembocando em reivindicações feministas, ecologistas, consumeristas, etc.

O sujeito único e centrado da modernidade passa a ter sua história escrita segundo uma pluralidade de narrativas e personagens. O grupo dos trabalhadores perde a posição messiânica que lhe era reservada, pois decai sua narrativa como uma forma de explicação satisfatória do contexto global.

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.

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".

Assim, a sociedade anterior encarava o diferente como o *ainda* não assimilado, mas tinha a total confiança em sua assimilação, e contava, para isso, com uma profunda crença no tempo.

Nessa perspectiva, em tal sociedade,

> "*o 'outro' desviante é:*
> *- **minoria;***
> *- distinto e objetivo;*
> *- constituído como uma falta em termos de valores que são absolutos e incontestados. Na verdade, a própria contestação é vista geralmente como um sinal de falta de maturidade ou sensibilidade;*
> *- **ontologicamente confirmador, em vez de ameaçador. Nossa certeza dos valores é confirmada pela visão da precariedade daquele a quem faltam os nossos padrões;***
> *- **sujeito ao objetivo de assimilação ou inclusão. Tanto o discurso penal quanto o terapêutico são, portanto, de integração**. Criminosos 'pagam sua dívida com a sociedade' e depois se reintegram; o viciado em drogas é curado da sua doença; o adolescente anormal é instruído no sentido de se ajustar a uma sociedade que lhe dá boas-vindas;*
> *- e enfrenta barreiras permeáveis contra estranhos ou intrusos: elas estimulam a cosmos cultural dos menos socializados rumo aos bem socializados.*[53]

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"*[54]. 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

[53] YOUNG, J. **A sociedade excludente...**p. 21-22, grifo nosso.
[54] BAUMAN, Z. **Ética pós-moderna.** 3. ed. Tradução de José Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997, p. 162.

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[55]. 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"[56].

Essa explosão cultural é acompanhada, alguns anos mais tarde, da precarização econômica relatada pela segunda vertente da análise de Jakobs da seguinte forma:

> *Uma pessoa se realizará tanto mais em seus deveres e se definirá como parte do todo à medida que se desfizer de preocupações individuais: a existência pessoal é querida por deus e promete recompensa no futuro, ou já neste mundo não só é acorde ao dever, mas também individualmente agradável. O Estado moderno elegeu o caminho enunciado em segundo lugar: apóia as pessoas, anunciando que quem estiver de acordo com seu dever poderá viver também no plano individual de modo confortável. (...)* ***o Estado de prestações assumiu o asseguramento normativo da previsão vital necessária para uma vida cômoda.*** *(...) Por isso, necessariamente deve converter-se em objetivo do Estado que promete previsão vital a criação em seu território de um mercado adequado, e ele se logrará em maior medida assim que deixe a economia decidir como devem ser as condições marginais, o que significa, especialmente,* ***que preço pode ter a previsão vital, mas que vai muito mais adiante: também a educação, o apoio à pesquisa, a segurança interior e outros elementos até chegar ao Direito penal ('criminalidade econômica') entram nesse turbilhão. Dizendo de outro modo, o Estado se converte no departamento de infraestrutura da economia, a qual não pode frustrar se não quiser perder sua razão de legitimação: 'previsão vital'****. (...) Que hoje em dia a economia gere de modo determinante deveres, ou seja, que defina pessoas, conduz ao problema de como se deve proceder com os que não podem cooperar na economia, ou porque são incapazes disso, ou porque a economia não necessita deles. Quando os desempregados se queixam de que são postos numa segunda classe, isso não ocorre por uma atitude lamurienta, mas porque têm percebido que uma pessoa é alguém de que se necessita para cumprir uma função.* ***Quanto aos excluídos que se produziram até agora, tem sido possível minorar o problema com pagamentos em dinheiro e oferecimento de oportunidade, mas não se poderá supor um modelo de solução quando a crise de agravar. O caráter dominante da economia fica demonstrado de modo especial no caso de jovens desempregados, que nunca tiveram a oportunidade de aprender e internalizar a conduta de uma pessoa necessária numa profissão: por falta de dever, não são pessoas, e por falta de acostumarem-se ao comportamento como pessoa nem se comportam como se o fossem, mas apenas se ocupam de seus interesses exclusivamente individuais; o que não lhes traz um benefício individual lhes é indiferente, ou, se custa esforços,***

[55] Por exemplo, o caso de agressão "homofóbica" ocorrido na Avenida Paulista, coração da maior metrópole brasileira: http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2010/12/06/novas-vitimas-de-suposta-homofobia-na-av-paulista-dizem-que-apanharam-por-andar-de-maos-dadas.htm , acesso em 01/06/2012, ou, ainda, as guerras "neotribais" referentes a estilos que tem muito pouca representatividade na sociedade global (punks x skinheads): http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2011/09/briga-entre-punks-e-skinheads-deixa-um-morto-em-sp.html, acesso em 01/06/2012, seriam típicos casos de conflitos da sociedade complexa atual.

[56] O que Pérez Cepeda chama de *"um passado normativamente acolchoado"*. V. PÉREZ CEPEDA, A. I. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno.** Madrid: Iustel, 2007.

> ***vêem-no de modo negativo – evidentemente, o fim do geral.*** *E não cabe esperar outras reações de não-pessoas; mais ainda, se tivessem lugar seriam simplesmente imersas na mentira.* ***Aquele de que não se necessita é excluído da obra comum, e quando ele entende isso só lhe resta a retirada para a mera individualidade[57].***

Nessa linha, a falha pela não assimilação não é apenas do indivíduo excluído, mas, sobretudo, do Estado incapaz de incluí-lo[58].

Essa falha, no âmbito econômico é igualmente tencionada aos limites na sociedade atual.

Durante as duas primeiras décadas do pós-guerra, o mundo se viu às voltas com um crescimento econômico sem precedentes, naquele período que Young chama de "anos dourados" e em que

> *os setores gêmeos da sociedade, o trabalho e a família, se encaixavam como num sonho funcionalista: o lugar de produção e o lugar de consumo, uma dualidade keynesiana de oferta e procura, um necessário ao outro, mas enfatizados por uma divisão aceita do trabalho entre os sexos e pesadamente abonados pelo colateral de afluência crescente. Os carros foram ficando cada vez maiores, assim como as cozinhas, sem dúvida.* ***Era um tempo de inclusão, afluência e conformidade. A rebeldia era sem causa, os adolescentes cortavam seus cabelos cada vez mais curtinhos, sonhando com namoros e em fazer o segundo grau*** *(...)* ***Era um mundo em que o projeto modernista era pensado em meio a uma atmosfera de sucesso[59]***

Esse cenário sofre, nos anos seguintes, terríveis abalos.

A partir do segundo choque do petróleo e da crise monetária do padrão-dólar, passa a ocorrer um progressivo desmanche das conquistas sociais que conformavam o *welfare state.*

Segundo uma explicação econômica extremamente simplificada, a elevação nunca antes tão absurda e repentina dos preços do petróleo, principal insumo da economia industrial, fez com que a oferta de todos os produtos do mercado global tivesse uma grande redução. A curto prazo, o Estado, que então era predominantemente keynesiano, é incapaz de controlar a oferta, podendo agir apenas sobre a demanda (na famosa metáfora de que o Estado deveria pagar alguém para cavar e outro alguém para tampar buracos, com o único

---

[57] JAKOBS, G. **Uma teoria da obrigação...** p. 49-53, grifo nosso.

[58] *"la formulación de Jakobs puede ser reconstruida en un sentido crítico: para que se sancione a un ciudadano, éste debe ser primero socializado por el Estado, como persona; lo más perverso de una actuación estatal, es cuando se integra en el derecho a quien de manera tradicional ha sido un olvidado, a través de la sanción penal."* APONTE, A. **Derecho penal de enemigo…** p.29.

[59] YOUNG, J. **A sociedade excludente...** p. 18-19, grifo nosso.

fim de estimular o gasto, e, portanto, a economia, por meio do aumento da demanda). Sendo assim, uma vez que a oferta foi reduzida, o aumento da demanda é incapaz de trazer a produção para o padrão pré-crise sem que, ao mesmo tempo, não haja o aumento dos preços: eis o cenário de estagflação (estagnação econômica e inflação) que assolou todas as economias industriais no período pós-73.

Nesse cenário – quase um "worst case scenario" para a economia neoclássica -, o Estado, então garantidor e interventor de modelo keynesiano, passa a agir sobre as garantias sociais previamente outorgadas, de modo a desmontá-las, pois, não controlando os custos da principal matéria prima – o petróleo -, é capaz de, a médio e longo prazo, reduzir os gastos com a mão-de-obra, de forma a estimular a volta da oferta para patamares pré-crise, com o sacrifício de conquistas sociais e de políticas públicas voltadas às classes mais necessitadas.

Essa imagem é também o palco de montagem de políticas que vieram em momento contínuo à crise como a de Thatcher na Inglaterra[60], e seu correlato americano Reagan, que reduz os pleitos trabalhistas, segundo uma finalidade unidimensional que tem apenas um único objetivo dando pouca importância para suas conseqüências em formulações do tipo *"there is no other way"*.

É toda essa ordem e segurança material que, após a destruição cultural iniciada por maio de 68, vem a ser igualmente demolida pelas crises econômicas da década de 70.

Dessa forma, a sociedade de consumo pós-crise, naquilo que análises marxistas chamariam de "capitalismo pós-fordisda", ou "pós-industrial", ou "financeiro", faz estremecer o chão da fábrica tirando de sua linha de produção a qualidade de propulsora do modelo de produção, o qual passa a ser ocupado pelas linhas de crédito e instituições que, além de contas e documentos, nenhum bem produzem. Esse redimensionando para a economia de crédito traz uma maior volatilidade do capital, que não mais precisa estar petrificado no duro chão das fábricas, podendo voar de país em país conforme a situação lhe seja mais favorável. Ao mesmo tempo, o trabalho de centenas de operários necessários para a movimentação da linha de produção do capital fabril é substituído por alguns poucos bancários, auxiliados por seus programas de computador, e certamente extenuados em sua força de trabalho. O chão da fábrica desloca-se da proximidade das casas, e as esferas do consumo e da produção sofrem um constante estranhamento em relação à sua integração.

---

[60] Segundo Habermas, *"Margareth Thatcher dever ter compreendido esse estado de coisas de modo intuitivo ao inventar o slogan que afirma que 'não existe de modo algum' algo como a sociedade. Ela é o fenômeno propriamente 'pós-moderno'" apud* BITTAR, E. C. B. **O Direito na pós-modernidade...** p. 105.

Young, afirma que a sociedade pós-industrial tem uma configuração laboral dada pela cifra 40-30-30, em que 40% da população tem trabalhos fixos e seguros, com ganhos suficientes e suficiente perspectiva de crescimento. Por outro lado, 30% da população ganha a vida em trabalhos precários, sem qualquer segurança, em "bicos" e negócios informais ou próprios, que dependem, em grande parte, da esperteza e volatilidade do próprio "empreendedor", que vê seus ganhos constantemente ameaçados por qualquer alteração imprevista, dado que depende unicamente de seus cálculos para ganhar a vida. Esses 30% de população em situação econômica precária convive, terrivelmente, com os outros 30% da população, totalmente excluída da corrida econômica, confinados em guetos involuntários cada vez mais distantes e isolados, na medida em que a parcela da população que pode - os 40% - se fecha em guetos voluntários, a eles inacessíveis.

Paradoxalmente, a sociedade de consumo incute seus objetivos em todos os membros da sociedade, mesmo naqueles impossibilitados de consumir. São, por ironia ou sadismo, exatamente os com menos possibilidade, já que excluídos do mercado de trabalho, aqueles que passam a maior parte do tempo sofrendo as influências dos cânones do consumo, quer por meio da televisão, do rádio, da internet, bem como em decorrência de sua maior vulnerabilidade às técnicas publicitárias.

Ora, retomando a anomia de Robert Merton, a assimilação de fins, sem uma correlata disponibilização de meios, leva os excluídos a tentar "ganhar a vida" da maneira que mais facilmente se lhes apresenta: o crime.

Esse crime, por outro lado, sem qualquer organização mais politizada, é voltada aos focos precários de produção econômica que com ele convivem: os 30% excluídos se voltam contra os 30% precarizados. Nesse contexto, natural que a resposta destes últimos seja pela violência autorizada, por meio de leis duras, que prendam os criminosos que ameaçam os "cidadãos de bem", que, no meio de tantas dificuldades, tentam levar uma "vida honesta", ainda que precária.

Descrevendo de forma fantástica tal situação:

> *O efeito resultante do enxugamento da produção e da reengenharia é acabar com a proporção relevante dos empregos de renda média e engendrar um sentimento de precariedade nos que antes estavam seguros. (...) No período recente, as desigualdades de renda aumentaram.* ***Um tal gradiente de inclusão e exclusão engendra tanto uma privação relativa entre os pobres, que dá lugar ao aumento da criminalidade, como uma ansiedade precária entre aqueles em melhor situação, a qual é caldo de cultura de intolerância e de imputabilidade dos que descumprem a lei. Como tenazes sobre nossa sociedade, crime e castigo derivam da mesma fonte. O que estou sugerindo é que tanto as causas***

> ***da violência criminosa quanto a resposta punitiva a ela dirigida procedem da mesma fonte. A violência obsessiva das gangues de rua e a obsessão punitiva dos cidadãos respeitáveis são semelhantes não só em sua natureza, mas em sua origem. Ambas derivam de deslocamento no mercado de trabalho: uma de um mercado que exclui a participação como trabalhador mas estimula a voracidade como consumidor; a outra, de um mercado que inclui, mas só de maneira precária.***[61]

E essa situação labiríntica de crime e castigo motivados por causas econômicas é somada à situação caótica de estilhaçamento cultural, o que faz a tendência da sociedade se tornar exclusionista sob qualquer prisma que se analise, quer de um viés político "de direita", quer "de esquerda".

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"*[62]

É também nesse sentido que Bauman[63] 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.

Nesse contexto, a dificuldade cultural é exacerbada e, mesmo aqueles pseudo-estrangeiros, que já adentraram ao país há algum tempo, e poderiam, segundo um critério de gerações e de nascimento, ser, segundo todos os padrões legais, considerados verdadeiros nacionais, são continuamente escorraçados e culpados pelas dificuldades, ganhando destaque a segregação segundo um padrão de religião, raça, e, mais prosaicamente, embora, para alguns, mais fanaticamente, times de futebol, tudo a exacerbar os atritos de uma convivência social que, até algumas décadas atrás, era tida como harmônica.

A saudade de um mundo menos complexo e a insolubilidade dos problemas presentes levam os cidadãos a pensar que, se todos os cálculos tinham sido feitos com suficiente grau de certeza, e todo o projeto pensado meticulosamente, sua falibilidade e

---

[61] YOUNG, J. **A sociedade excludente...**p. 25-26, grifo nosso.
[62] YOUNG, J. *op. cit.,* p.22.
[63] BAUMAN, Z. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeito: Zahar, 2001.

seus defeitos só podem ser atribuídos a algum malfeitor, que age escondido, sabotando a possibilidade de uma integração que deveria, sob todos os aspectos, ser maior.

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[64].

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. Senão, vejamos.

3.3. EXPECTATIVAS NORMATIVAS E COGNITIVAS: SOCIEDADE, NATUREZA E COMUNICAÇÃO.

Tanto em Luhmann quanto em Jakobs, a sociedade é comunicação. Inobstante, para aquele, a comunicação não tem de se dar apenas em relação a expectativas normativas[65]. Por outro lado, em Jakobs, a sociedade só se inicia com expectativas normativas.

---

[64] "*Nuestros análisis no han dado señal alguna de que en algún momento de este siglo XX (en su segunda mitad tal vez) se pudiera observar una cesura de épocas que pudiera referirse al sistema de la sociedad misma y que justificara declara una transición de la sociedad moderna a una posmoderna"*. LUHMANN, N. **La sociedad de la sociedad.** Tradução ao Espanhol de Javier Torres Nafarrete. Cidade do México: Universidade Ibeoamericana, 2007, p. 905.

[65] E ai, por exemplo, o papel da ciência e seus protocolos para a emissão da comunicação sobre a "verdade científica".

Fruto da indiferenciação já citada que Jakobs efetiva entre operações e expectativas, é impossível diferenciar em seus textos a operação de comunicação da expectativa da própria expectativa normativa sobre a operação. Ocorre, na teoria de Jakobs, como se cada comunicação trouxesse em si uma nova proposição de expectativas, a qual, se não adequadamente contrariada, traria a revolução. Entretanto, como já demonstrado, em Luhmann, a teoria da evolução, nos sistemas diferenciados funcionalmente da sociedade complexa, pressupõe uma alta capacidade para suportar o inesperado. Vale dizer, nem toda comunicação, ainda que divergente, se constitui em princípio de evolução. Na própria formação das expectativas se inserem diversas possibilidades para lidar com tais comunicações inesperadas sem que surja o princípio de alteração da própria expectativa. Essa indiferença entre operações e expectativas – que constitui a primeira diferença entre o sistema de expectativas de Jakobs e Luhmann[66] – originará uma radicalização na necessidade de contracomunicação para a teoria da pena jakobsiana.

De fato, em Luhmann, o Direito se constitui em ramo específico da sociedade que lida com as expectativas normativas. Entretanto, o Direito não é o único sistema da sociedade, de forma que esta também comunica sobre expectativas *cognitivas*, e, inclusive o próprio Direito apresenta, em alguns momentos, estratégias cognitivas a orientar suas operações.

Em Jakobs, se confunde a própria expectativa com a comunicação e a comunicação sobre a norma se constitui na própria reconfirmação da expectativa. Essa indiferenciação acaba igualmente por demarcar de forma muito mais radical as diferenças entre expectativas normativas e cognitivas.

Os próprios limites de ambos os tipos de expectativa estão traçados de forma muito mais radical para Jakobs, o qual chega a afirmar que:

> *Para se orientar no mundo é preciso conhecer suas regras, e num duplo sentido: por um lado, as regras da natureza, bem como da lógica e da matemática e, além dessas, as regras, ou melhor, as normas da sociedade.* ***A fronteira entre o mundo natural (melhor ainda: do mundo natural existente) – que é como eu chamo, sumariamente, o âmbito da natureza, justamente com a lógica e a matemática – e o mundo social não está estabelecida de forma definitiva, mas a forma como as frustrações devem ser assimiladas num ou noutro mundo, essa sim, encontra-se fixada.***[67]

[66] Ao final, embora diversos autores apontem que o conceito de expectativa de Jakobs é retirado diretamente de Luhmann, (v. APONTE, A. **Derecho penal do inimigo...**, p.25-27), o que o próprio Jakobs assume em diversas passagens, como se verá, a partir de diferenciações iniciais, surge um intervalo imenso entre ambas as teorias, inclusive em seus conceitos mais básicos.

[67] JAKOBS, G. **Tratado de Direito Penal...**, p. 13. grifo nosso.

Enquanto que, como visto, em Luhmann não existe sequer um único âmbito social em que se possa excluir radicalmente todas as possibilidades de reação normativa ou cognitiva, adotando-se apenas uma das estratégias: inclusive o Direito mantém algumas estratégias cognitivas de manutenção da norma, e inclusive a ciência se apega a algumas expectativas normativas. Para Luhmann, trata-se da mera diferenciação de diferentes estratégias de manutenção da orientação em um mundo complexo. Tanto as expectativas cognitivas quanto as normativas gozam da mesma "natureza", enquanto seleção de possibilidades e, a rigor, não tem sequer de estar desde sempre diferenciadas. Já em Jakobs, a diferenciação entre as duas formas de expectativa traça os primórdios da própria sociedade:

> *Uma ordenação do mundo com base no dever ser, isto é, com base em normas, significa que não se espera que o mundo se desenvolverá como se estivesse condicionado como mundo empírico, mas que se desenvolverá de uma maneira determinada pelo conteúdo do dever, e, caso isso não ocorra, não se tratará de um defeito de quem tem a expectativa, mas de um defeito de outra pessoa, precisamente da pessoa a quem compete o desenvolvimento conforme o dever.* ***O outro fica agora abrangido pelo conceito de pessoa, porque lhe incumbe ao menos o cumprimento de uma de tais expectativas normativas. Tal interpretação do mundo tem a vantagem evidente de retirar a carga da expectativa do conhecimento do complexo contingente de condições dos fatores reais de uma ação, já que no lugar desse conhecimento se coloca o conhecimento dos contornos da pessoa.***[68]

Ainda,

> *Ser pessoa significa ter de representar um papel. Pessoa é a máscara, vale dizer, precisamente não é a expressão da subjetividade de seu portador, ao contrário é a representação de uma competência socialmente compreensível.* ***Toda sociedade começa com a criação de um mundo objetivo, inclusive uma realização amorosa, se é sociedade. Os partícipes dessa sociedade, vale dizer, os indivíduos representados comunicativamente como relevantes, definem-se pelo fato de que para eles é válido o mundo objetivo, vale dizer, ao menos*** **uma** ***norma.*** *(...) Neste ponto fica fora de consideração a questão de por que se chega a tal novo mundo, um mundo com expectativas normativas em sentido estrito. O que interessa primordialmente é o seguinte: o indivíduo empreende algo que só tem sentido se ele não se encontra sozinho no mundo.*[69]

Assim, a sociedade tem início com a *"pessoa"*, e *"pessoa"* é aquela que tem de cumprir um dever, independentemente de sua constituição enquanto "*indivíduo"*. O *"indivíduo"* seria o plexo de condições causais, o qual, no âmbito da diretiva de comportamentos, se guiaria meramente pelo binômio satisfação/insatisfação. Por sua vez, a

---

[68] JAKOBS, G. **Uma teoria da obrigação...** p. 41, grifo nosso.
[69] JAKOBS, G. **Sociedade, norma e pessoa...** p. 30-31 e 54, grifo nosso.

"pessoa" seria aquela responsável pelo cumprimento de um dever independente de suas condições fáticas, eis que o *dever ser* preponderaria sobre o fático. Ainda mais, apenas a partir do *dever ser* é que se constituiria uma sociedade, eis que, a partir de meros indivíduos haveria apenas um aglomerado de seres, os quais poderiam até mesmo travar contatos entre si, mas, sem que haja uma vinculação pelo dever, seriam meros contatos esporádicos e situacionais, dissolúveis a qualquer momento e sempre que a insatisfação superasse a satisfação por eles gerados.

Nesses termos, a comunicação só se iniciaria de fato a partir do momento em que se pudesse deixar todo o plexo de fatores que efetivamente agem no comportamento de um indivíduo, tomando em primeiro – e único plano – a necessidade de cumprimento de um *dever*, ficando a cargo do próprio indivíduo a organização de seus fatores de satisfação/insatisfação de forma a cumprir com tal dever.

Em síntese, a sociedade se inicia com pessoas, e a pessoa se inicia com o dever. E o dever é uma diretiva dirigida a um centro de imputação – "pessoa" -, devendo ser por tal centro seguido independente da configuração efetiva de seus fatores de comportamento. Trata-se, enfim, de uma expectativa *normativa*, a qual dirige os comportamentos, a princípio, independente de suas possibilidades de êxito.

É extremamente sintomático que Jakobs identifique o *dever ser* com a expectativa normativa e o *ser* com a expectativa cognitiva. Ainda, tal identificação acaba refletindo na própria pena enquanto comunicação – dever ser/normativa – e enquanto mera força física, dor – ser/cognitiva -, dirigindo-se cada qual a um centro de imputação menos – pessoa/cidadão – ou mais – indivíduo/inimigo – complexo.

Concede-se que mesmo Jakobs não entenda que a sociedade traga o fim do indivíduo – ambos, pessoa e indivíduo, continuam presentes na sociedade, devendo esta garantir meios para que os deveres daquela não sejam totalmente contrários à satisfação deste (e entre tais meios, inclusive, o aumento da insatisfação deste pela violação do dever por meio da dor da pena) -, contudo essa diferenciação radical entre ser e dever ser enquanto expectativa cognitiva e normativa acaba por colocá-lo no mesmo grupo de autores tradicionais da sociologia do direito, que Luhmann tanto critica desde os seus primeiros escritos, como detratores da expectativa normativa ao tomar o seu oposto como o fático e não como o cognitivo. Vale dizer, embora se fale em expectativa e comunicação, bem como em autopoiese e auto-organização da sociedade e da consciência, nem mesmo o conceito mais básico de expectativa de Jakobs é fiel ao conceito de Luhmann. Essa

diferenciação radical do dever ser enquanto expectativa normativa contrária ao ser, enquanto expectativa cognitiva, é justamente o equívoco apontado por Luhmann nos autores tradicionais:

> *Se bem que orientado em termos contrafáticos, o sentido do dever ser não é menos fático que o de ser. Toda expectativa é fática, seja na sua satisfação ou no seu desapontamento o fático abrange o normativo. A contraposição convencional do fático ao normativo deve, portanto, ser abandonada. Ela é uma construção conceitual errônea, como no caso de se querer contrapor ser humano e mulheres; uma manobra conceitual que nesse caso é prejudicial às mulheres, e naquele ao dever ser. O oposto adequado ao normativo não é fático, mas sim o cognitivo. Só é possível optar-se coerentemente entre essas duas orientações com respeito ao tratamento de desapontamentos, e não entre o fático e o normativo.* ***Além disso é importante não extrapolar imediatamente dessa diferenciação entre expectativas cognitivas e normativas, postulando-se uma oposição primeira, objetiva ou lógica, entre ser e dever ser, mas sim compreender inicialmente a função da própria diferenciação. Ela coloca à disposição duas estratégias, diferentes mas mesmo assim funcionalmente equivalentes, para a sequência da vida após desapontamentos. Pode-se assimilar ou não. Ambas as possibilidades podem ajudar na superação de situações de desapontamentos, preenchendo assim, apesar das orientações contrárias, a mesma função. O sucesso está baseado no fato de que a mesma função é preenchida não só por comportamentos 'semelhantes', mas por comportamentos diretamente opostos. Isso facilita o encontro de uma solução para qualquer caso de desapontamento. Dependendo da relevância da expectativa e das chances de realiza-la, pode-se optar por sua sustentação ou pela renúncia a ela.***[70]

E não se ignora que é justamente essa diferenciação radical entre os dois tipos de estratégia de manutenção da expectativa – entendidas por Jakobs como duas categorias efetivamente diversas de expectativas – que levará à esquizofrenia da última fase de sua teoria da pena: necessidade de contracomunicação, ao mesmo tempo que se assegura o cumprimento efetivo da norma. Ora, uma teoria que não contrapusesse a expectativa normativa ao ser não teria tanta ânsia em ver suas expectativas efetivamente cumpridas, desde que elas seguissem sendo capazes de orientar. A questão é muito mais o grau de orientação que presta a expectativa, ainda que correntemente descumprida, do que o seu efetivo cumprimento[71].

Contudo, não se nega que, para continuar a ter uma mínima confiabilidade, inclusive a expectativa normativa tem de ter um coeficiente adequado de cumprimento[72].

---

[70] LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I.** ..., p. 57, grifo nosso.

[71] Ainda uma vez com Luhmann: *"O direito não é primariamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas. O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas, significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz ¨consideravelmente o risco da expectativa contrafática."*. **Sociologia do Direito I...** P. 115.

[72] Coeficiente este variável de acordo com as necessidades de cada sociedade.

No entanto, esse coeficiente dificilmente poderá ser buscado de forma deliberada por meio da imposição forçada. No limite, a imposição "*sob vara"* da expectativa desnatura o próprio conceito de expectativa normativa, eis que a orientação será guiada muito mais pela "*vara"* do que pela expectativa.

Nesse ponto, são efetivamente ambíguas as colocações de Jakobs, ora entendendo que o ordenamento se forma apenas quando serve de guia para a orientação independente da coação[73], ora, entendendo que o ordenamento se forma independente de qualquer efetiva orientação a nível de psicologia social[74], ora entendendo ser *conditio sine qua non* a efetiva imposição da coação para a manutenção do ordenamento[75].

Em termos luhmannianos, desde que há um ordenamento, este existe desde logo. Vale dizer, o Direito, enquanto generalização congruente das expectativas normativas, se produz em decorrência da necessidade do próprio sistema social. Não há uma necessidade de sua imposição deliberada desde si mesmo. As diversas pressões para gerar congruência entre as milhares de expectativas disseminadas no âmbito social acabam por, por meio de diversas estratégias, forçar a forma do Direito na forma em que se encontra[76]. Não haveria,

---

[73] *"Não obstante ter suficiente poder, o sujeito que sobrepõe seu próprio ordenamento a outros poderia sancionar as infrações. Desse modo, conseguirá que alguns indivíduos respeitem o ordenamento, e os infratores sejam punidos. Mas, se não ocorre nada mais, com isso não se tem estabelecido um ordenamento normativo, mas tão-só se instalou um aparato coercitivo que dirige os indivíduos; (...) Uma norma que ninguém, a não ser a polícia, considera legítima, ainda que esteja de modo determinado, não é uma norma válido – exceto no âmbito da polícia -, mas apenas uma fórmula de condições de aplicação da coerção. Portanto, um ordenamento normativo só é real quando e à medida que dirija a comunicação, podendo-se falar de tal direção só se determina o processo de fundamentação, e não só o resultado da comunicação (...) 'comunicação' é sinônimo de entendimento geral sobre o sistema de regras aplicado. (...) se se consegue que os coagidos se acostumem de tal modo ao ordenamento que seguem as regras sem levar em conta as sanções que ameaçam, o ordenamento converteu-se num ordenamento de normas"* JAKOBS, G. **Uma teoria da obrigação...** p.45, 47-48.

[74] *"A pena é um processo de comunicação, e por isso seu conceito tem de estar orientado em atenção à comunicação e não deve ser fixado com base nos reflexos ou nas repercussões psíquicas da comunicação. A confiança na norma ou a atitude conforme o Direito dos cidadãos tão-somente são derivadas da realidade da sociedade, que é o único decisivo."* JAKOBS, G. **Teoria da pena...** p. 26.

[75] Nesse sentido, já presente em **teoria da pena...**, mas efetivamente desenvolvido nos textos de sua última fase da teoria da pena, como por exemplo, **La pena estatal...** e **Direito Penal do Inimigo....**

[76] Um pouco como a crítica de Neumann à necessidade do Direito Penal do Inimigo: *una concepción del derecho penal del enemigo opera al margen de las condiciones y de los fundamentos no sólo del derecho penal, sino del sistema jurídico en su conjunto. El derecho penal se legitima a través de una autodescripción normativa de la sociedad, de los criterios de identidad y principios de organización fundamentales en cuanto modelo explícitamente normativo de la sociedad, y garantiza ésta como configuración (básica) de la sociedad a través de la imputación de las infracciones del Derecho. Esta es la praxis del Derecho, praxis comunicada, como realidad del Derecho penal: desde la perspectiva y con los medios del Derecho […] se trata de las consecuencias de una diferenciación funcional en el sistema jurídico: el Derecho penal es parte del sistema jurídico y recibe de este modo su apoyo cognitivo; en la medida en que se trate de la defensa frente a riesgos, pues conforme a las reglas del Derecho de policía. En este contexto, puede ser que las coordenadas de un vínculo personal en el ámbito de la defensa policial frente a riesgos no cuadren con las de una declaración de garantía e imputación jurídico-penales: lo decisivos es lo seguinte: la cimentación cognitiva de estructuras normativas no es un asunto o un deber individual, sino una cuestión de la praxis*

assim, necessidade de se buscar a todo momento sua confiabilidade, como se fosse o fim do Direito a sua imposição cega. Muito mais do que a obediência de suas expectativas, a função do Direito é gerar orientação, a qual se dá, inclusive, frente a um gradiente de decepções. E, no limite, é próprio do conceito de expectativa normativa a sua constituição em âmbitos por demais complexos para se impor à fórceps o fato posterior, ou prevê-lo de forma próxima à certeza por meio da expectativa cognitiva. Em outros termos, seria um contrassenso que o Direito pudesse impor suas expectativas de forma "cognitiva". Os mecanismos de sanção, e inclusive a pena, se constituem simplesmente em arrefecimentos dos desapontamentos, fazendo a *'reciclagem"* da confiabilidade da expectativa normativa, e não a impondo mediante coerção. Há uma espécie de "ilusão" de que a sanção faz com que, em geral, a expectativa seja seguida, contudo, o papel da sanção é muito mais gerar essa "ilusão" do que garantir o seu efetivo cumprimento. E é todo esse rico e complexo espectro da teoria de Luhmann que não se encontra – sobretudo a partir do quarto momento de sua teoria da pena – em Jakobs.

A rigor, pode-se dizer que essa separação radical entre a natureza das expectativas normativas e cognitivas aproxima Jakobs muito mais de Searle do que do próprio Luhmann[77].

De fato, em Searle, conforme a apresentação dada por Mir Puig, o qual visava traçar limites ao normativismo extremado[78], os fatos poderiam ser divididos em um mundo físico e um mundo social em tal mundo físico baseado, sendo que a realidade se iniciaria com uma *"ontologia fundamental"*[79] fincada em conceitos de consenso da ciência atual como a teoria atômica e a teoria biológica da evolução. Nas palavras do próprio Searle:

> *Vivimos en un mundo compuesto enteramente por partículas físicas en campos de fuerza. Algunas de ellas están organizadas en sistemas. Algunos de estos sistemas son sistemas vivos, y algunos de esos sistemas vivos han adquirido evolucionariamente consciencia. Con la consciencia viene la intencionalidad, la capacidad del organismo para representarse objetos y estados de cosas mundanos. La cuestión es ahora: ¿cómo podemos dar cuenta de la existencia de hechos sociales dentro de esta ontología?*[80]

---

comunicada: en términos de teoría de sistemas: función del sistema jurídico, no necesariamente del sistema jurídico-penal" Apud, MACHADO, M. R. DE A. **Do Delito à imputação…** p. 210.

[77] Ao contrário, assim, do que entende APONTE, cf. nota 65, e, mesmo, MIR PUIG, S. **Limites Del normativismo en Derecho Penal.** *In:* Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol.64, Jan/2004, p.197-208, que buscava, por meio de Searle, combater o excesso de abstração do funcionalismo de Jakobs.

[78] MIR PUIG, S. *op. cit.*

[79] MIR PUIG, S. *op. cit.,* p.201.

[80] *Apud* MIR PUIG, S. *op. cit.* p. 201.

Conforme se demonstra, em Searle o mundo social está fortemente vincado pelo mundo físico, no qual deve se desenvolver, sendo os fatos puramente físicos chamados "fatos brutos", enquanto os fatos sociais, apesar de características próprias que os diferenciariam do mundo puramente físico – "bruto" -, constituiriam, em suas bases últimas, igualmente fatos físicos. O característico de fatos sociais como o Direito – fatos "institucionais" – seria a assimilação coletiva de uma função, a qual, somente mediante tal assimilação coletiva, daria toda a dimensão especificamente social do próprio fato. No exemplo de Mir Puig, o que diferencia uma nota de vinte euros de um mero pedaço de papel é a função dada a ela por todo o corpo social. Sem tal designação de função, o dinheiro, enquanto dinheiro, não existiria. As regras jurídicas seriam então feitos institucionais criados pelos legisladores, os quais, por sua vez, operariam como regras constitutivas de outros fatos institucionais, como a designação da natureza delituosa de determinadas condutas[81].

Ora, tal concepção é perfeitamente compatível com o traçado dado por Jakobs para a fronteira normas sociais x normas "da natureza/lógica/matemática". De fato, é justamente a impossibilidade de se contrariar as regras constitutivas dos fatos "brutos" que traz a desnecessidade da imposição de uma pena a suas possíveis transgressões. A transgressão de tais regras vem quase sempre acompanhada de uma "*poena naturalis*"[82], de forma que, é justamente a carência de tal natureza impositiva das normas de configuração social que traz a necessidade de imposição de pena para a sua manutenção – fundamento último da necessidade de pena dada pelo conceito funcional de culpabilidade.

De fato, conforme o próprio Jakobs:

> *Donde sí que hay que poner la mirada es en aquellas normas según las cuales se determina como funciona el medio en que se desenvuelve el mundo social, esto es, el entorno de la sociedad. Se trata pues de aquellas normas que han sido sustraídas a la influencia social, o, en todo caso, que se las tiene por tal, y que por ello son estabilizadas cognitivamente, lo cual quiere decir, que en tanto sean tenidas en cuenta, sirven como reglas para calcular este entorno, y, que en tanto (todavía) no se las tenga en cuenta, hacen posible configuraciones casuales de este entorno. Se trata pues de las reglas de la lógica y de las matemáticas, y de la totalidad de normas en una concepción del mundo orientada en un sentido racional y de las ciencias naturales [en adelante: concepción científico-racional]*[83]

---

[81] *Idem, ibidem,* p. 202.

[82] JAKOBS, G. **Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma.** In: JAKOBS, G. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad.** Organização de Jacobo López Barja de Quiroga. Madrid: Civitas, 2004, p. 78.

[83] JAKOBS, G. **Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema...** In: JAKOBS, G. **Dogmática del derecho penal y la configuración...** p.78

Ora, relembrando a já citada impossibilidade de um conhecimento efetivo sobre a coisa dada em decorrência de premissa construtivista radical da epistemologia luhmanniana[84], tal concepção parece diretamente retirada de Searle, sendo acrescida apenas a diferenciação entre expectativas cognitivas para as regras do mundo natural e expectativas normativas para as regras do mundo social. Tanto assim que o próprio Jakobs cita ninguém menos do que Searle ao proceder tal diferenciação em outro texto, no qual relatava as condições necessárias para que um cidadão possa cumprir com a expectativa normativa:

> ***Para não se comportar de forma a perturbar ou lesionar o outro, a pessoa deve se ater às regras de diversos âmbitos: deve saber*** *quem é considerado 'esse outro' (hoje qualquer indivíduo, mas há um par de décadas atrás, alguém que não fosse escravo),* ***qual o conteúdo pertence às leis elementares ou regras da natureza (...) A pessoa também deve ser informada tanto sobre os fatos naturais como sobre aqueles sócio-institucionais*** [citando aqui as obras de Searle para a explicação da construção da realidade social pelos fatos institucionais] *e pretender, além disso, obedecer à obrigação concretizada na norma.*[85]

De fato, a ontologia de Jakobs é muito mais próxima de Searle do que do próprio Luhmann, de forma que, são justamente tais inadaptações do sistema dogmático às premissas da teoria sistêmica que tornam o sistema de Jakobs mais sujeito a críticas em seus pressupostos.

Assim, não se justifica a pretensão de Mir Puig, segundo o qual, partindo-se da concepção ontológica de Searle poder-se-ia chegar a um sistema de Direito Penal o qual estaria voltado às necessidades dos seres humanos, *"como um sistema normativo a serviço dos sistemas biológicos representados pelos indivíduos"*[86].

Ora, o sistema psico-físico nunca foi completamente expulso da configuração básica em que se finca o mundo social pela teoria de Jakobs. Em verdade, por mais de uma vez o penalista alemão deixa claro que a construção de "pessoas" enquanto centros de imputação não expulsa por completo o indivíduo, enquanto ser orgânico, da configuração da realidade. Tanto assim que, caso o Estado não forneça condições para a adequada satisfação dos indivíduos, muito provavelmente terá de, posteriormente, vir a contra eles

---

[84] Cf. cap. 1.
[85] JAKOBS, G. **Indivíduo e pessoa: imputação jurídico-penal...** In: SAAD-DINIZ, E; POLAINO-ORTS, M. **Teoria da Pena...,** p.34, grifo nosso.
[86] MIR PUIG, S. **Limites del normativismo...** p. 202.

reagir de forma puramente cognitiva, com uma legislação de combate já oposta aos fins da pena no Direito Penal comum, uma vez que supostamente o significado social não poderia se sustentar de forma plena sem um mínimo de garantia cognitiva[87].

Assim, embora a pena tenha efetivamente por função precípua a manutenção da norma, tal manutenção não se dá sem considerações ao mundo "natural", e são justamente tais considerações que vêm a diferenciar o sistema de direito de Jakobs da análise sistêmica do direito empreendida por Luhmann, não se podendo dizer que o caráter formal da função da pena de Jakobs deriva diretamente da teoria dos sistemas luhmanniano[88]. Em outras palavras, atacar Jakobs por meio de seu suposto excesso de abstrativização e formalismo decorrentes da teoria dos sistemas de Luhmann é errar o alvo. Trata-se de equívoco manifesto que também ocorre no sentido inverso, quando se supõe que a teoria luhmanniana teria como desenvolvimento necessário no âmbito penal o funcionalismo de Jakobs e, no limite, o Direito Penal do Inimigo.

Muito mais acertadas são as críticas que, ao invés de apontar a correlação necessária entre Luhmann e Jakobs como causadora de críticas no que concerne ao formalismo ou radicalismo da teoria de Jakobs, destrincham precisamente a diferença de concepções que faz com que a teoria de Jakobs seja muito mais simplificadora e formal do que aquela passível de se realizar segundo uma teoria dos sistemas efetivamente luhmanniana.

Nesse sentido, Neumann[89] aponta a chamada legitimação "consequencialística" encetada pela teoria da pena em Jakobs, entendida como uma teoria tecnocrática da comunicação, a qual dá por legitimado o Direito Penal conquanto venha ele a se manter faticamente na sociedade.

Ora tal legitimação *a priori* deriva da entronização da pena enquanto mecanismo principal de reconfirmação da expectativa contrariada e difere muito o sistema de Jakobs do sistema de Luhmann. Em grande parte, ao cingir o mundo social do mundo natural por meio da divisão expectativas normativas x cognitivas, Jakobs torna o sentido significativo da pena muito mais reluzente do que o faz a teoria luhmanniana, pondo a perder todo o seu rico arsenal de possibilidades.

---

[87] Ver, por exemplo, a já relatada dependência do Estado da economia para a produção de sentido social por meio da personalização de indivíduos que, do contrário, viriam a abandonar tal Estado: JAKOBS, G. **Uma teoria da obrigação...** p. 51-53.

[88] Como quer o próprio Mir Puig, **Limites del normativismo...**

[89] NEUMANN, U. **Crítica normativa da teoria da prevenção geral positiva**. *In* Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 63, Nov/2006, p.268-273.

É esse também o sentido da primeira e segunda críticas intra-sistêmicas apontadas por Baratta à teoria da prevenção geral positiva, para quem

> a) *La importancia atribuida a la pena dentro de la teoría sistémica del derecho, parece estar equiparada a la del derecho mismo. Resulta claro que en dicha teoría el derecho es un subsistema indispensable para la estabilización de sistemas sociales complejos.* ***Pero cuando el derecho se pasa a la pena, aparecen dificultades para atribuir a esta última la misma consistencia sistémica que corresponde al primero*** *(...)* ***Considero, en otras palabras, que dentro de una concepción sistémica son posibles teorías y técnicas basadas en la alternativa radical al sistema penal*** *(...)* ***Pero la teoría de la prevención-integración no parece ni siquiera registrar esa posibilidad teórica contenida en la propia teoría sistémica.***
> b) *La segunda observación alude a otra deficiencia en la aplicación de la teoría sistémica respecto de su proprio alcance. Me refiero al reconocimiento que resulta posible hacer, en la teoría sistémica, del hecho de que los conflictos en sociedades complejas se manifiestan en lugares del sistema diversos de aquel en el cual se han producido.* ***La teoría expresiva parece reducir la respuesta penal, necesariamente, a una reacción sintomatológica a los conflictos, que se realiza exclusivamente en el lugar donde ellos se manifiestan, y no en aquel donde se producen. Es decir, frente a conflictos de desviación reacciona dentro de los límites clásicos de la respuesta represiva. También en este caso me parece que la aplicación de la teoría sistémica permanece por debajo de la posibilidad de innovación teórica que sería posible dentro de su mismo marco.*** *En principio, no resultaría imposible utilizar también ese marco teórico para una búsqueda de alternativas radicales al sistema pena, de intervenciones institucionales que actúen sobre los conflictos en el mismo lugar en que se producen, y no en aquel donde se manifiestan.*[90][91]

Ainda, o foco na sanção, dado pela natureza cognitiva, acaba por trazer como consequência a debilitação de outras formas necessárias de arrefecimento do desapontamento. De fato, em Luhmann a sanção age apenas no eixo temporal, sendo a função do Direito – como um todo, e não apenas do Direito Penal, como quer Jakobs – a generalização congruente das expectativas nos diversos âmbitos: temporal, social e objetivo.

Ora, com a estipulação da sanção como mecanismo suficiente e necessário para a resposta à contradição da expectativa e única forma de manutenção contrafática da expectativa violada, ignora-se por completo os âmbitos social e objetivo.

Assim, por exemplo, no Direito Penal do Inimigo, ao se tratar expressamente a violação como uma afronta a qual não pode, sob hipótese alguma, ser simplesmente ignorada, devendo a reação se dar de forma enérgica, tem-se desde logo a confrontação da

---

[90] BARATTA, A. **Integración-prevención: Una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la Teoría Sistémica**. p.19, grifo nosso. *In:* **Revista Doctrina Penal,** ano 8, nº. 29, 1985, Buenos Aires, Argentina, p. 9-26.

[91] Com essa segunda crítica, Baratta se aproxima da crítica já citada de Machado a cerca da perda de potencialidades na passagem da terceira para a quarta fase da teoria da pena de Jakobs. V. nota 37.

sanção como mecanismo de manutenção da expectativa no âmbito temporal e a pressuposição institucionalizada da validade da expectativa no âmbito social.

De fato, mais importante do que o efetivo consenso em torno das expectativas, para a sua manutenção no âmbito social vale mais a pressuposição de tal consenso. É justamente o caráter pressuposto que torna difícil a sua contradição, uma vez que se torna necessário expressar a discordância contra uma expectativa ainda não colocada em questão por qualquer outro terceiro. Ainda, o caráter pressuposto torna difícil identificar a efetiva carência de legitimidade da expectativa, a qual, em decorrência de tal pressuposição, passa ao contraditor o ônus da prova sobre a sua ilegitimidade.

O Direito Penal do Inimigo, ao tratar expressamente do desvio, colocando-o como foco de ação do Direito, torna o ataque à expectativa expresso, agindo como verdadeiro amplificador das possíveis causas de dissenso, que, fossem tratadas segundo o procedimento do Direito comum, seriam entendidas como meros desvios. Em outras palavras, a reação focada na sanção cognitiva acaba por pôr a perder o potencial de imunização das expectativas dado pela pressuposição. Ao tomar a violação como um desafio sério, a reação coloca em questão desde logo o consenso pressuposto, o qual tem então de ser reafirmado de modo enérgico[92].

Nesses termos, torna-se claro que o foco na reação sancionatória extremada põe em conflito a generalização congruente da expectativa nos âmbitos temporal e social, pressupondo um fortalecimento daquele em detrimento deste.

Também no âmbito objetivo o sentido gerado pela reação desmesurada de fins cognitivos acaba por se chocar com a compleição de expectativas gerada na sociedade complexa.

Exemplificando, a preocupação do Direito Penal do Inimigo com a pessoa perigosa que se coloca de forma mais ou menos permanente em um patamar de risco ao ordenamento acaba por impossibilitar a distinção da pessoa com o fato violador, identificando aquela com este[93].

---

[92] Nesse sentido a crítica de CANCIO MELIÁ no último capítulo de sua crítica ao Direito Penal do Inimigo. JAKOBS, G. CANCIO MELIÁ, M. **Direito Penal do Inimigo...** de certa forma, uma vez que o processo é um dos meios encontrados no Direito moderno para o fortalecimento do consenso pressuposto, torna-se bastante significativo – e até mesmo esperado – o desrespeito às regras processuais colocado como característica do Direito Penal do Inimigo.

[93] Sobre os processos de migração que fazem a natureza criminosa do fato ser gradativamente transferida até a natureza criminosa introjetada pelo próprio indivíduo que passa a ser *todo ele criminoso*, ver DE SÁ, A. A.. **Desafios da Execução Penal frente aos processos de construção da imagem do inimigo.** *In:* Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol.99, nov/2012. Esse trajeto, tido pelo autor como indesejado e decorrente

Ora, conforme o grau maior ou menor das abstrações das complexões de sentido no âmbito objetivo, podem elas ser divididas em pessoas, papéis, programas e valores. Conforme já relatado[94], na sociedade contemporânea há uma maior diferenciação de cada um dos planos de complexões, sendo característico das sociedades mais primitivas que *"os diversos planos estejam tão entrelaçados que qualquer alteração ameace o todo, provocando assim resistências"*[95]. Nesse caso, *"o crime desacredita a própria pessoa, e totalmente"*[96].

Nesse sentido, o Direito Penal do Inimigo constitui verdadeiro retrocesso a um amálgama menos complexo de expectativas, eis que reduz o crime à pessoa, como se as estruturas da sociedade complexa pudessem ser abaladas da mesma forma que as da sociedade primitiva pelo ator individual que coloca em xeque todos os planos de complexões de sentido objetivo.

Ainda, dado que na sociedade complexa se fortalecem a sanção e o processo como formas de integração dos âmbitos temporal e social, forçar-se-ia a estabilização das complexões de sentido nos planos de papéis e programas, pois nem puros valores, nem pessoas individuais podem ser tratados processualmente ou sancionados de forma generalizável e contínua. Ademais, num contexto cada vez mais complexo, até mesmo os papéis podem se tornar por demais concretos para a adequada congruência da sanção com o processo[97]. Que se dirá da mera pessoa? Ou, na linguagem de Jakobs, o "indivíduo", concreto, o qual, por sua inconfiabilidade, atrai para si uma reação não generalizável para toda a sociedade?

O que Jakobs expressa a partir de sua teoria da imputação objetiva, focando o processo de comunicação e contracomunicação – violação e imputação – no âmbito dos papéis, é totalmente contrariado a partir do momento que a sanção passa a ter primazia e se foca apenas no indivíduo concreto. A generalização congruente que é adequadamente descrita a partir da imputação objetiva se torna perdida ao se fazer do Direito um mecanismo exclusivamente sancionatório, de combate.

---

da falência de um dos desafios da execução penal no Direito Penal comum é posto desde logo como a finalidade do Direito Penal do Inimigo.

[94] Cap. 1, supra.

[95] LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I...**, p. 106.

[96] LUHMANN, N. *idem, ibidem.*

[97] "*Nem todas as expectativas que se deposita em um pai, um barbeiro, um hóspede, etc. e nem mesmo a referência a um juiz, podem tornar-se objeto de um processo no qual decide-se quanto ao caráter sancionável das expectativas. Nessas condições, o Direito é reduzido a um complexo de programas decisórios"*. LUHMANN, N. *op. cit.,* p. 118. Daí, por exemplo, a necessidade cada vez maior, e em maiores âmbitos, da criação de normas de perigo abstrato.

Em suma, a necessidade de imposição da força dada pela manutenção global cognitiva das expectativas normativas faz da teoria do Direito Penal do Inimigo um direito totalmente contrário às funções efetivas do Direito dentro de uma teoria dos sistemas luhmanniana.

Se o papel do Direito para Luhmann é a generalização congruente das expectativas nos diversos âmbitos, a teoria do Direito de Jakobs, ao se focar na reação cognitiva, põe a perder a generalização congruente em prol do efetivo cumprimento da expectativa. Trata-se do fim da função estruturante do Direito enquanto estrutura capaz de gerar complexidade organizada. Transmuta-se a estrutura de expectativas na mera condução coercitiva dos fatos.

Assim, sob um viés luhmanniano, tal construção se aproxima muito mais de outros sistemas do que do próprio sistema do Direito. Ora, a partir do conceito sistêmico de informação enquanto acontecimento que atualiza o uso das estruturas, o qual, ademais, só pode ser percebido e gerado dentro de cada sistema – de forma que informações como crescimento do PIB, ou índice de desemprego são muitas vezes muito mais informações políticas do que econômicas – pode-se questionar se a carência de generalização trazida pelo Direito Penal do Inimigo não o torna muito mais uma comunicação para o sistema político do que para o sistema do Direito[98]. Essa suspeita se reforça quando se percebe que a diferenciação dos diversos âmbitos de sentido temporal, social e objetivo, integrados pelo tripé sanção-processo-programas foram essenciais para a diferenciação do Direito moderno de outros subsistemas[99].

Por fim, a necessidade de imposição da sanção *para* o cumprimento da norma, dá à força física uma natureza muito diversa daquela que entende Luhmann lhe caber para a teoria do Direito. De fato, para Luhmann, a força física permanece imprescindível para a *generalização da confiança* no Direito, não para o seu efetivo cumprimento.

A expectativa de que, em última análise, o Direito possa se impor pela força é muito mais uma expectativa simbólica do que uma efetiva imposição. A carga de força física que torna expectável os mais diversos acontecimentos, independente de quais, gera confiabilidade muito mais por tal carga do que pelo seu efetivo exercício.

---

[98] Nesse sentido, APONTE. A. D. **Guerra y política: Dinámica cotidiana del derecho penal del enemigo**. *In:* Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 64, Jan/2007, p. 11 e ss.

[99] Ou, nas palavras de Luhmann, em momento anterior à diferenciação de sua própria teoria em subsistemas, *"um passo importante em sua diferenciação, que possibilitou uma maior separação do Direito com relação à linguagem, à verdade, à arte e à prática racional*". LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I...** p. 122.

Nesse sentido, a força física tem, para a teoria luhmanniana, uma natureza muito mais expressiva do que fática. Acompanha-se aqui a terceira fase da teoria da pena de Jakobs, na qual, houvesse este autor se detido, seriam muito menores as discrepâncias para com a sociologia dos sistemas. O uso da força se dá como um mecanismo de encadeamento direto da suposição do consenso. Como acima demonstrado, tal pressuposição é contrariada no âmbito do Direito Penal do Inimigo, embora justamente nele Jakobs se refira à "*pura força física*".

Apenas em sociedades primitivas a força física se identifica com o próprio Direito enquanto este se afirma. Nestas, não reagir violentamente não traz uma frustração, mas a própria perda do Direito. Diferentemente, a separação da força física da expectativa é uma aquisição moderna, a qual imprescinde, por exemplo, da monopolização da força física legítima nas mãos do Estado. Ora, na medida em que o Estado admite que existem focos de divergência contra os quais "o Direito" – se é que se pode assim chamar – deve ser imposto diretamente pela força, tem-se uma involução no grau de complexidade do sistema.

Essa involução, no âmbito da teoria da pena, paradoxalmente não é acompanhada no tocante à teoria da culpabilidade, a qual, independente dos diversos desenvolvimentos e movimentos pendulares da teoria da pena, permanece centrada no corte do indivíduo enquanto consciência e enquanto centro de imputação, donde resulta que nesta parte da teoria de Jakobs, a possibilidade de apreensão sistêmica se torna mais apta para novos desenvolvimentos.

CAPÍTULO 4

CULPABILIDADE

4.1. CULPABILIDADE ENQUANTO PONTO CULMINANTE DA IMPUTAÇÃO: CONTRACOMUNICAÇÃO E FUNÇÃO DO DIREITO.

A culpabilidade é, no sistema de Jakobs, o ponto alto do Direito Penal. Sua função é, em termos claros, a estabilização da norma débil.

Dentro da separação radical – e equivocada em termos luhmannianos – já relatada entre expectativas cognitivas e normativas, as expectativas cognitivas, até por se voltarem ao ser, em contraposição ao dever ser orientado pela expectativa normativa, não necessitariam de reforço, eis que o seu desrespeito acarretaria uma *poena naturalis*[1]. Por outro lado, uma vez que a expectativa normativa carece de tal capacidade de autoconfirmação, a pena estatal imposta agiria como mecanismo formal de estabilização, isolando o significado do fato divergente como fato inidôneo para desconfirmar a norma[2].

Por meio da pena, se isolaria o fato enquanto informação válida para a orientação, o que se faz em função de sua atribuição a um autor, o qual é tornado *responsável* por tal defraudação, servindo sua punição como forma de reorientação da expectativa, vez que se demonstra que a falta de confiabilidade da norma é atribuída muito mais ao autor do que à própria norma ou ao cidadão que por ela escolheu se guiar.

Essa relação de imputação de um autor responsável como forma de reorientação[3] da expectativa se revela desde logo como uma imagem social voltada para uma sociedade em concreto, a qual entende o ser humano como – o único – ente responsável no mundo. Nesses termos, a pena se liga à culpabilidade não para a criação de uma segurança efetiva em torno de bens, mas, antes, em decorrência do conflito criado pela defraudação da norma. Destarte, em sociedades com diversa configuração e entendimento do universo,

---

[1] Interpretação que, conforme explicado, aproxima Jakobs muito mais de Searle do que de Luhmann.

[2] JAKOBS, **Fundamentos do Direito Penal**. p.16-17; **Imputación jurídico-penal...** p. 75-83; *"la determinación de la culpabilidad bajo la aplicación del Derecho penal vigente, consiste en la fundamentación de la necesidad de punir en una determinada medida, para confirmar la obligatoriedad del ordenamiento frente al ciudadano fiel al Derecho (...) Se los hechos no se han correspondido con la expectativa normativa, tanto peor para los hechos: estos son declarados defectuosos, lo que significa que aunque sean hechos, no pertenecen a las datos en los que uno se tiene que orientar; más bien son excluidos de este ámbito, quedando definidos en función de su conexión con el autor, en términos jurídicos: son imputados al autor."* JAKOBS, G. **Culpabilidad y prevención,** *in* JAKOBS, G. **Estudios…**p. 78-79.

[3] Conforme o exemplo de Jakobs, ninguém puniria o médico pelo assassinato no hospital. JAKOBS, G. **A imputação objetiva no Direito Penal...**

poderia ocorrer de a punição se voltar a outros entes tidos como responsáveis, não sendo o homem o único centro de imputação. Nesses termos a função dos rituais de expiação ou purificação, que podem atribuir a violação ao destino, ao mundo, à bruxaria[4], cada um deles capazes de gerar reorientação da expectativa em sua respectiva sociedade.

A alocação da culpabilidade reequilibra a orientação preponderante no sistema de forma a localizar quais são os efetivos "erros", e quais são meras afrontas casuais que não põem em risco a concepção de mundo querido pela norma.

Por outro lado, uma vez que se entenda que o homem é o único centro de imputação capaz de trazer plausibilidade à reorientação normativa, opera-se também um segundo corte: o fato é tido como isolado do contexto normal e atribuído a um ente responsável; mas justamente este ente responsável só o é como ponto final da cadeia de imputação desde que seja também ele isolado de outras causas.

Nesses termos, a culpabilidade expressa um duplo corte: primeiro isola a expectativa defraudada do fato, atribuindo apenas a este a qualidade negativa. Posteriormente, como forma de explicação plausível para a reorientação da norma, atribui-se este fato a uma pessoa, a qual é, por sua vez, isolada de outras possíveis causas da defraudação, erigindo-se como causa eficiente – e suficiente – da defraudação, devendo, portanto, ser sancionada.

Fazendo uma análise desse segundo corte operado pela culpabilidade, tem-se a seguinte visão: *pro futuro*, a culpabilidade pode ser entendida como uma ficção que atribui a responsabilidade ao autor em decorrência da inescrutabilidade de todas as causas que levaram ao delito, o que permite uma crítica no sentido de que o autor, ainda que visto como "livre" – em sentido ainda a ser precisado -, é, em verdade, verdadeiro bode expiatório do sistema, o qual, às custas dele, se mantém. Por outro lado, em visão retrospectiva, a culpabilidade surge ante uma sociedade liberal-individual, em que o homem é visto pelo seu *status* de homem livre, não tendo mais de responder pelos atos de outros, nem mesmo daqueles que pertencem a sua família ou clã, e, ainda, se vê livre de reparar âmbitos nos quais há uma suficiente explicação de causas e efeitos para os quais é possível gerar orientação por meio de expectativas cognitivas. Nas palavras de Jakobs, com

[4] Ver a monografia, citada por Luhmann, em que se explica o papel de reestabilização realizado pela bruxaria entre outros povos: EVANS-PRITCHARD, E. E. **Witchcraft, oracles and magic among tha azande.** Oxford: Careton, 1937, Cap. IV.

a culpabilidade, ausente a responsabilidade pelo mero resultado, ninguém tem de *"reparar fendas no edifício no mundo"*[5].

Trata-se, assim, de um caminho o qual ainda percorremos entre a explicação cognitiva de mais causas e efeitos e o reconhecimento da necessidade de imputação para a orientação normativa frente a sistemas ainda complexos demais para terem sua orientação dada por expectativas majoritariamente cognitivas. Com a desmistificação do mundo a pena passa a voltar-se apenas às normas de âmbitos ainda não suficientemente previsíveis por vias cognitivas. Novamente, surge aqui a separação radical entre expectativas cognitivas e normativas, a qual se espraia, para o lado do indivíduo, em separação entre defeitos cognitivos e normativos, aqueles dotados de uma autoevidência repreensiva, a qual sanciona por seu próprio equívoco, estas carentes de uma pena imposta *"de fora"*.

Ainda, enquanto interpretação de uma sociedade liberal, a pena somente é imposta em um âmbito normativo em que se admite que a norma não possui autoevidência, devendo ser garantizada contra desconfirmações:

> *Si las normas de la sociedad hubiesen de ser consideradas de por sí como inalterables, ya no se trataría en absoluto de sociedad, sino de una convivencia como de ángeles, con Dios mismo. Al principio del mundo, así se relata, los hombres tuvieron trato con Dios mismo, pero puesto que eran hombres, comieron del árbol del conocimiento, consideraron que se podía burlar la prohibición divina de esa acción, no la tomaron como una advertencia de un mundo imposible, y pagaron con la separación de lo Absoluto. 'El paraíso', dice Hegel, es un parque donde solamente poden permanecer los animales y no los hombres, En efecto el animal es con Dios uno, pero sólo en sí. El hombre es espíritu, esto significa, para sí mismo. Este ser-para-sí, esta conciencia, constituye a la vez, sin embargo, un separarse del espíritu divino universal. Si me opongo en mi libertad abstracta frente al bien, éste es precisamente el punto de vista del mal'*[6]

A culpabilidade é necessária porque o homem reconhece que outros mundos são possíveis – em termos jakobsianos, apenas para as expectativas normativas. Para uma interpretação comunicativa da relação crime-pena, na qual a culpabilidade faz a ligação entre pena e crime, por meio dela – culpabilidade – pode-se interpretar o fato do autor como algo além de uma mera destruição de bens jurídicos naturalísticos, diferenciando-se, por exemplo, de catástrofes da natureza e ações de animais. Por outro lado, somente a tal

[5] JAKOBS, G. **Fundamentos do Direito Penal.** p. 20.
[6] JAKOBS, G. **Imputación jurídico-penal...** In: JAKOBS, G. **Dogmática de derecho penal…** p.82-83.

autor com culpabilidade é que a pena pode se dirigir como contracomunicação, para além da mera coação física[7].

A culpabilidade torna o agente um ator apto a comunicar e, consequentemente, apto a receber contracomunicações. Nela se encontram mescladas todas as condições necessárias para que o fato seja interpretado como portador de um sentido para o Direito Penal – incluindo todas as categorias da tradicional teoria do delito -, bem como as condições necessárias do autor para que seja tal fato a ele atribuído como comunicação divergente e, portanto, passível de ser contrariado, mediante nova comunicação.

O Direito Penal só faz sentido, para além da *"sequência irracional de dois males"*[8], enquanto se volte para a culpabilidade, enquanto conceito normativo.

A chamada *"instrumentalização/funcionalização"* da culpabilidade desenvolvida por Jakobs nada mais é do que a ligação radical entre a culpabilidade, os fins do Direito Penal e a pena, de forma que não se deixa qualquer espaço para se analisar a culpabilidade fora do Direito Penal, nem para se falar em um Direito Penal, com penas, onde não houver culpabilidade. A culpabilidade operacionaliza a pena, alocando o âmbito de exercício da função última do Direito Penal dentro da sociedade.

Trata-se, enfim, de um conceito normativo, de fechamento, fundamentação e, como se verá, acoplamento do sistema, que impede que se fale em "merecimento" ou "responsabilidade" penais para além do efetivo sistema de penas, bem como veicula as comunicações específicas do sistema penal na sociedade por meio de tais conceitos.

Por meio da culpabilidade se coloca o autor, enquanto sujeito passivo da pena, como ente apto a expressar sentido, contudo, e sobretudo, coloca-se o Direito Penal como sistema responsável por tornar operável tal conceito. O Direito Penal só existe em função da culpabilidade. E aquilo que não for culpável, a rigor, não pertence, ou não deveria pertencer ao Direito Penal. Por outra via, a pena só existe onde houver culpabilidade.

Com isso fica de fora a relação meramente naturalística do fato e da pena enquanto deterioração e privação de bens para o fornecimento de segurança. A segurança a que a pena se volta, conforme já relatado no último capítulo, é apenas a segurança da

---

[7] É também essa interpretação comunicacional do crime e da pena que fundamenta, para Jakobs, a diferença de punição entre o crime culposo e a tentativa de crime doloso: *"tanto o autor imprudente como o autor de uma tentativa somente produzem um esboço incompleto da realidade, e, nesse sentido, nenhum dos comportamentos é determinante; mas as conclusões que se devem tirar deles são distintas, já que o autor imprudente demonstra que quando não se tem cuidado se lesiona todos os demais e também a um mesmo, enquanto o autor da tentativa ensina que se deve ter mais cuidado se quiser delinquir com êxito." In* JAKOBS, G. **Fundamentos do Direito Penal.** p. 36.

[8] JAKOBS, G. *op. cit.* p. 41, onde revive a tradicional crítica de Hegel.

comunicação predominante[9]. Os fatos "brutos" têm de estar sempre de alguma forma deslocados do Direito Penal.

Assim como os conceitos de psicologia social tem de estar em algo deslocados no âmbito da teoria comunicacional da pena – 3ª fase da teoria de Jakobs – também o efetivo ocorrido na psique do autor está de fora da culpabilidade. A culpabilidade autonomiza o sistema do Direito Penal enquanto sistema específico voltado justamente à atribuição de significado a um acontecimento por meio da pena, que, justamente ante a ligação com a culpabilidade (relação de imputação), autonomiza a responsabilidade pessoal penal e o âmbito de responsabilidade/liberdade de cada agente em relação às características individuais psicológicas concretas de cada indivíduo.

Como conceito fundamental do sistema, a culpabilidade somente poderia ser desenvolvida em decorrência da necessidade do próprio sistema social. O sistema social, que força o desenvolvimento do sistema do Direito, na concepção de Jakobs, fixa, igualmente, âmbitos de inescrutabilidade sobre o efetivo desenvolvimento das relações fáticas, as quais são então interpretadas por meio da culpabilidade e da reação penal.

Por meio da culpabilidade se reduz a massa de conhecimentos necessários para a interpretação do fato segundo conceitos, por exemplo, da psicologia, e são substituídos por conceitos próprios do sistema da responsabilidade – o sistema penal.

Assim, é a culpabilidade a pedra de Arquimedes em que se fundamenta todo o sistema. Somente faz sentido falar em Direito Penal onde houver pena, e somente faz sentido falar em pena, onde houver culpabilidade. A efetiva explicação do fato desapontador por meio de expectativas de natureza cognitiva levaria à resolução do caso para outros sistemas sociais, como a ciência.

A culpabilidade é conceito de mediação entre o individual do agente e a necessidade social de resolução do conflito a ele atribuído – que se dá mediante pena. O reverso da moeda da afirmação de que cada sociedade encontra o seu próprio sistema punitivo[10], é a afirmação de que cada sociedade aloca a culpabilidade a seus indivíduos, conforme a sua necessidade de estabilização segundo o padrão de conflito criado frente a expectativas normativas, tal relação ocorrendo quer a sociedade se defina como totalitária, quer se defina como liberal. A relação entre culpabilidade e pena – relação de imputação – é tão claramente normativa, que mesmo a sociedade mais liberal teria de admitir que se

[9] Lembrando, sempre, da indiferenciação de Jakobs entre operação e expectativa.
[10] Conforme a clássica lição de Ruche e Kirschheimer. RUCHE, G; KIRCHHEIMER, O. **Punição e Estrutura social.** 2. Ed. Tradução de Gisele Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

trata da punição para a estabilização do sistema. Somente assim pode-se, enfim, diferenciar os âmbitos de esclarecimento causal – ex: acidente imprevisível, enfermidade mental incurável – dos âmbitos de imputação.

É extremamente interessante notar que, embora se trate do conceito que dá significação autônoma ao fato enquanto fato penalmente relevante, estando, assim, intrinsecamente ligado à teoria da pena, a teoria da culpabilidade apresenta poucas variações ao longo da teoria de Jakobs, apesar de sua mutação no tocante à teoria da pena.

Em primeiro lugar, de se ver que o primeiro momento da funcionalização de seu sistema se dá justamente no texto fundante da apreensão sistêmica no qual se faz a ligação direta entre culpabilidade e pena: *Culpabilidade e Prevenção*. Não à toa, tal texto trata ambos, pena e culpabilidade, pela primeira vez de forma integrada em uma análise sistêmica.

Contudo, se após tal texto a teoria da pena varia ao longo do desenvolvimento da teoria de Jakobs, o mesmo não ocorre com a teoria da culpabilidade: ela segue sendo o necessário conceito de redução da complexidade que ligará o fato e a reação enquanto atos dotados de significado.

O próprio Jakobs expressa

> *Concretamente, que el concepto de culpabilidad resume la posibilidad de resolver el conflicto mediante la pena, y no de otro modo.* ***Eso lo escribí en uno de mis primeros artículos, 'Culpabilidad y prevención', y lo mantengo hasta ahora.*** *No se puede explicar el concepto de culpabilidad psicologizándolo, y tampoco de manera puramente filosófica. Es necesario considerar la función de la condena de un culpable en una sociedad concreta.*[11] [12]

Por sua vez, a função da pena, conforme já apresentado, apresenta variações, sobretudo na passagem da penúltima para a última de suas versões, em que se estipula a necessidade de um gradiente contingente de violência física para "cimentação cognitiva" da norma:

> *M: ... para Hegel un acto es a la vez una afirmación. ¿Y para usted?*
> *J: Yo eso lo veo igual que Hegel, salvo que Hegel no fundamentó por qué la pena tiene que ser dolorosa.* ***En mi manual tampoco lo fundamenté, eso lo formulé más tarde, en una disertación para la Academia sobre el sentido y la***

[11] MIZRAHI, E. **Los presupuestos filosóficos del derecho penal contemporáneo.** Conversaciones con Günther Jakobs. Buenos Aires: Universidad Nacional de La Matanza, 2012. p. 41.

[12] Embora aqui Jakobs se refira à necessidade de análise da sociedade concreta para se verificar a função da pena, em verdade, a função da pena é sempre a estabilização da norma. Como tal estabilização se dá – às custas de quem? – e quais normas são consideradas débeis – há necessidade de reparar "fendas no mundo"? – é o que se verifica na sociedade concreta.

> ***finalidad de la pena***[13]*(...) con su teoría no puede justificar por qué hay que infligir dolor.* ***A mí también me llevó cuarenta años. Hasta que me di cuenta de que hay que juntar el lado normativo con el cognitivo. Hay que ver que la norma sólo orienta si está cimentada cognitivamente. Y después de una transgresión a la norma, es necesario establecer la cimentación cognitiva.***[14]

Como já relatado, nos primórdios de sua teoria sobre a pena, Jakobs é esguio, não oferecendo uma solução para a questão da dor da pena, tendo sofisticado seus estudos em um sentido até prescindir de tal dor e, posteriormente, retrocedendo até fundamentá-la. Por toda essa trajetória, contudo, acompanhou-o sempre o mesmo conceito de culpabilidade.

Pode-se imaginar que, diferente do que ocorre na teoria da pena, em que Jakobs, em algumas de suas fases, tende a analisar o sistema em termos macro, verificando, inclusive, as condições de sua subsistência, as quais, a rigor, como já demonstrado, não deveriam fazer parte da própria teoria intrassistêmica elaborada dentro do sistema do Direito Penal, na teoria da culpabilidade, esta se manteve sempre ligada às condições meramente intrassistêmicas, ligando-se unicamente ao âmbito do comunicativo, de forma que as reações "cognitivas"[15], o trabalho "sujo" de manutenção das condições de estabilidade do sistema global, ficariam sempre a cargo das funções indecorosas – e muitas vezes latentes – da pena. Em outras palavras, a culpabilidade se restringiria ao lado "digno" da pena, à comunicação. Não por outra razão, a aproximação que o próprio Jakobs faz do conceito de livre-arbítrio e imputação como ponto final da cadeia de atribuição jurídica elaborada pela primeira vez por Kelsen[16]: a culpabilidade torna "livre" aquele que é considerado como causa eficiente do conflito, conscientemente apartando-o de outras condições, de forma a constituí-lo como ponto final da imputação. Conforme acima explicitado, se prospectivamente tal construção parece injusta, pois ignora conscientemente as condições do homem como forma de decisão para a manutenção do sistema, retrospectivamente já se evoluiu em um sentido cada vez mais liberalizador de responsabilidades.

Tal percepção mais uma vez reforça a radicalização – e impropriedade em termos de teoria dos sistemas lumanniano – da separação de expectativas cognitivas e normativas no sistema de Jakobs, agora separando a própria teoria da pena da teoria da culpabilidade. Conforme criticado no capítulo anterior, entende-se que é muito mais o desenvolvimento recente da teoria da pena em Jakobs que constitui o passo discrepante frente à teoria luhmanniana do que a manutenção firme no conceito funcional de culpabilidade.

---

[13] JAKOBS, G. **La pena estatal...**.
[14] MIZRAHI, E. **Los presupuestos filosóficos...** p. 61; 63, grifo nosso.
[15] No sentido impróprio de "cognitivo" utilizado por Jakobs e já analisado.
[16] Ver KELSEN, H. **Teoria pura do Direito...** p. 50-75.

Inobstante, ainda podem ser observados alguns aportes da teoria luhmanniana, os quais, embora não tenham sido apreendidos em sua completude – e nem sequer em seu sentido correto para efeitos de teoria dos sistemas – conformam, ou deveriam conformar, aspectos fundamentais da teoria de Jakobs. Vejamos:

4.2. CULPABILIDADE ENQUANTO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL

A ideia acima expressa de que a culpabilidade faria um duplo corte na análise do fato delituoso, separando o desapontamento da norma e as condições individuais do agente de sua interpretação enquanto ente imputável dá os limites exatos da localização do conceito dentro de uma análise sistêmica.

Enquanto separação do fato defraudador da norma assegurada, encontra-se a culpabilidade como porta de acesso ao sistema do Direito. Por outro lado, ao se isolar as condições orgânico-psicológicas individuais do agente da sua constituição enquanto ente imputável, tem-se os limites suficientes e necessários para o reconhecimento de uma indiferença inofensiva, fazendo o corte para com o sistema da consciência.

Enfim, basta para dizer que se trata do acoplamento estrutural entre a consciência e a comunicação. Como interpretação sistêmica, o acoplamento estrutural só pode se dar a partir do próprio sistema. Nesse aspecto, é o próprio sistema do Direito que seleciona aquilo que, pertencente a seu meio, através do acoplamento, irrita-o. A massa de conhecimentos individuais que se teria de obter para gerar orientação caso necessário fosse conhecer todo o sistema da consciência de cada indivíduo produz, ante sua própria complexidade, a necessidade de fechamento e indiferença seletiva por parte do sistema, sempre menos complexo, o qual constrói suas estruturas de forma a se resguardar enquanto sistema. Destarte, apenas parte das condições psíquicas do agente são absorvidas pelo sistema penal, o qual, ainda assim, as absorve enquanto informações jurídicas, criadas pelo próprio sistema, não mais interpretadas de forma idêntica, ponto a ponto, enquanto sua complexidade psíquica.

O sistema ignora – e tem de ignorar para não sucumbir – a maior parte dos dados da consciência. Desde logo, e para se evitar interpretações apressadas que coloquem tal construção dogmática como autoritária ou inumana, tem de estar claro que não existe qualquer sistema – nem mesmo o da ciência da psicologia – capaz de absorver totalmente a complexidade individual da consciência. Na passagem da atenção à comunicação, muita

coisa necessariamente se perde. Ocorre que não há como se garantir que toda a informação processada individualmente será efetivamente transmitida e absorvida por meio da comunicação. Essa impossibilidade de reprodução ponto a ponto não é característica apenas do Direito Penal, mas de todos os sistemas sociais. Para eles, o homem tem de ser interpretado enquanto meio.

É entretanto essa redução da complexidade para fora que permitirá o aumento da complexidade para dentro. Nesses termos, as características psicológicas são ressignificadas dentro do sistema do Direito, e podem então ser interpretadas enquanto potencial conhecimento da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa, necessidade de pena, maioridade penal, etc. De fato, quando o juiz penal deixa de aplicar a condenação penal considerando, por exemplo, que o tempo de prisão processual foi suficiente para reprovar e prevenir o fato, respondendo a contento à culpabilidade do agente (na chamada "ausência de responsabilidade" de Roxin), tem-se uma relação muito pouco apreensível pela interpretação psicológica. Em verdade, nem para o juiz, nem para o agente se encontra, em algum momento, a necessidade ou possibilidade de recorrer aos dados psicológicos.

Dessa análise resulta claro que o conceito de culpabilidade é e só pode ser sistêmico. Entender que ligar radicalmente a culpabilidade aos fins da pena "instrumentaliza" o homem é golpear o vazio. A culpabilidade só existe enquanto conceito articulador da imputação penal. Enquanto conceito psicológico, trata-se de um grande deserto. Só enquanto existir a articulação da pena é que haverá a necessidade de constituição da culpabilidade. A partir do momento que se tenha outra finalidade na interpretação dos fatos sociais com vistas a alguma informação seletiva da psicologia do agente individual, se estará diante de um outro sistema.

É por isso que Jakobs entende que a culpabilidade é, no limite, o todo. Os conceitos de tipicidade e antijuridicidade só fazem sentido enquanto ligados radicalmente ao conceito de culpabilidade. O trato do injusto não culpável não é, a rigor, um trato que importe ao Direito Penal. Ainda quando se diferencia a possibilidade de explicação de uma solução por meio da diferenciação entre o injusto punível e não punível, deve ser lembrado que o Direito trata do lícito e do ilícito, sendo indiferente enquanto conceito de pertença ao sistema se atribui-se um ou outro. Na tradição que remonta ao debate sobre os limites do Direito ao qualificar uma conduta como proibida, ainda quando o Direito nada diz, qualifica. Em outras palavras, mesmo quando possível se diferenciar conceitualmente o trato de um injusto não culpável e as diferenças de interpretações dogmáticas possíveis a

partir da separação do culpável das demais interpretações penais, essas diferenciações somente fazem sentido em relação com a presença simétrica – ainda que oposta – da culpabilidade.

O que não se percebe é que, maior ou menor, o coeficiente de conhecimento da "natureza" humana necessária para a imputação será sempre inferior à efetiva complexidade do sistema psíquico[17]. Ou seja, ainda que cada vez mais absorvido, até para que seja concebida enquanto apreensão sistêmica meio-sistema, a consciência sempre terá obrigatoriamente de ficar, ao menos em parte, "de fora". Nesses termos, as críticas reproduzidas o seriam ainda que o sistema absorvesse mais e mais a consciência. E ainda no sistema mais consciente da própria consciência poderia a crítica continuar: algo sempre ficará de fora.

Outrossim, o que da massa de informações da consciência passíveis de tradução à comunicação irrita ou não o sistema do Direito por meio de sua incorporação à culpabilidade, é o próprio sistema quem escolhe. As informações do meio só se tornam informação ao sistema por meio das estruturas do próprio sistema, de forma que somente o sistema produz suas informações, que já não correspondem totalmente ao meio.

Ainda, uma vez que o Direito não é o único sistema social, sendo que os demais sistemas sociais igualmente são percebidos pelo Direito por meio de acoplamentos estruturais, também a culpabilidade não tem de ser unicamente a entrada de dados psicológico-individuais do agente, também a relação com outros sistemas pode ser considerada para se determinar a medida da imputação.

Assim, por exemplo, a própria maioridade penal, dada no Brasil aos 18 anos, não tem, e não tem necessariamente de ter, relação estreita com os dados psicológicos do desenvolvimento da criança/adolescente para a fase adulta. Trata-se de um conceito jurídico dado por um marco entendido como suficiente para gerar orientação sem que haja contrapontos maiores a gerar perplexidade.

Enquanto centro de imputação que guia a orientação da pena, mecanismo último para a orientação do sistema, a culpabilidade permite construções as mais variadas, podendo, inclusive, prescindir da interpretação real do fato da consciência.

É o que faz Jakobs no conceito normativo de "pessoa".

A "pessoa" não é um ente psicologicamente livre de coerções que "escolhe" o mal frente ao bem. Trata-se, antes, de um centro de imputação, entendido como "livre" a partir

[17] Para uma crítica sobre o *quantum* excessivo de psicologia que fica de fora do Direito Penal, v. DE CARVALHO, S. **Antimanual de Criminologia.** 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

de conceitos de "liberdade" construídos pelo próprio sistema de imputação. Dentro da diferenciação luhmanniana já referida entre expectativas normativas e cognitivas, se torna inclusive desnecessário se falar em "liberdade". Trata-se sempre de uma forma de lidar com a complexidade maior (expectativas normativas) ou menor (expectativas cognitivas) do meio frente ao sistema.

Para demonstrar a autonomia da imputação frente aos conceitos psicológicos, Jakobs recorre ao conceito de "emergência" luhmanniano, aduzindo que, independente do que vem a efetivamente ocorrer na mente humana, e a despeito do que ensinam psicólogos e neurocientistas, o sistema é capaz de, por si próprio, gerar orientação[18].

Em verdade, a emergência se refere à emergência do próprio sistema. Não se trata da emergência da culpabilidade frente à consciência, mas do próprio Direito. Nesses termos, não é necessário – ou correto – tratar da emergência dos dados psicológicos na construção da culpabilidade. Uma vez que se tenha a emergência do sistema social, e dentro dele do Direito, basta recorrer ao acoplamento estrutural para se ter claro que um dado dentro do sistema não reflete em absoluto o mesmo dado no meio. Novamente: a reprodução das mesmas proteínas que compõem a vida fora de um sistema autopoiético não é viva.

Dado que o sistema, de qualquer forma, tem de construir suas informações num contexto em que se mantenha frente a um meio muito mais complexo, não é a culpabilidade funcional que instrumentaliza o homem. Antes, conforme já relatado, o grande erro "sistêmico" da teoria de Jakobs é a tomada dos problemas do sistema como um todo como problemas que têm de ser resolvidos como finalidade consciente da própria dogmática penal. Daí a sua justificação de uma necessidade suficiente de "cimentação cognitiva" já criticada no capítulo anterior.

Ora, ao tomar a culpabilidade enquanto acoplamento estrutural, ao invés de expandir a imputação, abre-se caminho para uma redução. E nesse passo foi o entendimento da crítica jakobsiana no texto de 1985 referente à tomada de dados psicológicos do agente que acabava por descambar ao tratamento como inimigo[19].

Somente quando a necessidade de dor passa a integrar expressamente os conceitos da teoria da pena é que se abre espaço a uma efetiva instrumentalização do homem, uma vez que o próprio sistema se torna obcecado pelas suas condições de manutenção.

---

[18] V. SAAD-DINIZ, E; POLAINO-ORTS, M. **Teoria da pena, bem jurídico e imputação...**
[19] JAKOBS, G. **Incriminação ao estado prévio...**

Entendemos que esse aspecto já foi suficientemente exposto no capítulo anterior. Como reforço, pode-se recorrer à culpabilidade enquanto acoplamento estrutural para que o sistema se veja limitado. Reforçando a análise sistêmica, tem-se que a culpabilidade faz a apropriação seletiva de informações do meio a serem percebidas pelo sistema. Essa apropriação seletiva é condição para a criação da maior complexidade interna a partir da fragmentação das informações do meio, nem todas presentes agora no interior do sistema. Trata-se, enfim, da incapacidade de se atingir o todo. Ora, enquanto teoria da diferenciação entre o sistema e o meio, a teoria dos sistemas é incapaz de analisar a realidade como um todo, o que a torna incapaz de erigir os seus problemas últimos. As questões últimas da razão e da consciência humana não podem ser solucionadas pelos sistemas, uma vez que cada sistema tem apenas a sua visão parcial. Nesses termos, é necessário se limitar a possibilidade de apreensão dos problemas da sociedade frente a cada sistema. Um problema ecológico somente pode ser apreendido dentro de cada âmbito conforme suas específicas comunicações[20]. Não é possível resolver os problemas da sociedade através do Direito. Igualmente, a busca de uma racionalidade total, emancipadora para além de cada sistema é falha. É justamente enquanto crítica da teoria do todo que a teoria dos sistemas tem potencial limitador da intervenção penal. Por outro lado, é justamente nesse ponto que se divorcia da interpretação de Jakobs a partir de sua quarta fase da teoria da pena. Inobstante, mantém-se presente dentro da teoria da culpabilidade. E é precisamente por isso que o conceito de culpável e de pessoa se contrapõe ao conceito de indivíduo, interpretado enquanto risco, inclusive com seus dados psicológicos. No limite, o Direito Penal do Inimigo, enquanto imposição a fórceps da orientação, é o fim da própria orientação enquanto Direito, e já não trata da culpabilidade, o que, para o próprio Jakobs anteriormente ao desenvolvimento dessa última fase da teoria da pena, torna-o alheio ao Direito Penal.

4.3. CULPABILIDADE E SENTIDO.

Como último aporte sistêmico à teoria da culpabilidade em Jakobs, pode ser profícua a análise segundo o "sentido" e o seu papel frente a sistemas autorreferenciais.

[20] V. LUHMANN, N. **Ecological communication.** Tradução ao inglês de John Bednarz JR. Cambridge: Polity Press, 1989.

Os sistemas autorreferenciais são aqueles que possuem capacidade de operacionalização de sua recursividade interna enquanto sistema. Conforme se desenvolvem, formam uma autoimagem do sistema total dentro do próprio sistema.

Todo sistema, na medida em que autopoiético, possui algum grau de autorreferencialidade, uma vez que é justamente a ligação entre seus elementos, que, diferentes entre si, possuem todos alguma semelhança que permita apontar a ligação entre eles que os diferencia de seu meio. Inobstante, para além da mera recursividade que liga todos os elementos, alguns sistemas possuem ainda reflexividade, segundo a qual, as próprias estruturas seletivas das operações podem se submeter a seus próprios atos de seleção. Essa reflexividade, em último grau de complexidade, permite a autorreferência, chamada reflexão, dada pela autodescrição do sistema capaz de se reconhecer como um todo diverso de seu meio:

> *A terceira fase, denominada reflexão, diz respeito à autodescrição do sistema, isto é, à sua necessidade de se reconhecer como diverso.* ***Trata-se, em outras palavras, da elaboração de uma 'teoria do sistema no sistema', produzida discursivamente por meio de conceitos e argumentos próprios. Depende de construção conceitual que descreva sua identidade e, por conseguinte, demarque sua diferença***[21]**.**

Enquanto reelaboração intrasistêmica da própria imagem sistêmica, por óbvio, não se pode crer que a imagem corresponda, ponto a ponto, ao todo do sistema. Assim como a metáfora do mapa que, se retratasse de forma absolutamente idêntica o local representado, seria absolutamente imprestável enquanto mapa, a imagem do próprio sistema sobre si mesmo não corresponde exatamente ao próprio sistema. Trata-se, ainda uma vez, da redução da complexidade dentro do próprio sistema, para que este opere segundo sua autoimagem construída.

É justamente essa autorreferência que, nos sistemas psíquicos e sociais, conforma o "sentido". De fato, nos sistemas orgânicos, a reflexão só é possível mediante complexos mecanismos de *feedback.* Já no âmbito dos sistemas psíquicos e sociais, a reflexão é possibilitada de forma rápida por meio do "sentido", que, como forma de redução da complexidade, funciona como verdadeiro "*hiperlink"* entre uma operação – como, por exemplo, um símbolo linguístico – e seu significado – que não necessariamente abrangerá todos os seus usos possíveis, mas, dentro do contexto, justamente faz "sentido".

---

[21] V. GONÇALVES, G. L; VILLAS BÔAS FILHO, O. **Teoria dos sistemas sociais.** Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 50, grifo nosso.

Uma forma simples de se apreender o "sentido" é a distinção entre meio e forma, sendo o meio o conjunto no qual e a partir do qual a forma se realiza. Exemplo: palavras são meios, orações concretas utilizadas no cotidiano, formas. Não há meio sem formas, nem formas sem meio. O meio está acoplado de modo amplo, enquanto a forma, de modo estrito. O sentido seria então *"uma espécie de exigência de construção específica das forma, que só se tornam relevantes no momento em que se expressam no meio do sentido"*[22].

Na fenomenologia de Husserl[23], a consciência sempre atua focada em algo, devendo o resto ficar subentendido.

Trata-se, enfim, da enorme gama de possibilidades que, atualizados em um específico momento ou tema, reduzem-se a uma seleção contingente, a qual, faz sentido justamente por se saber imersa no próprio "sentido", formado na gama não selecionada, a qual, por sua vez, deixa subentendido que a seleção realizada não é a única possível.

No âmbito da própria psicologia freudiana, sabe-se que a consciência forma um universo reduzido da própria identidade. Por sua vez, no âmbito social, a potencialidade das comunicações é reproduzida de forma seletiva, não se podendo emitir todas as comunicações ao mesmo tempo.

A culpabilidade, no âmbito do Direito Penal, realiza justamente a mediação entre as características que fazem sentido no ato do agente tido como responsável interpretado segundo as comunicações do sistema social.

A presença comunicativa da opacidade da consciência à própria consciência, permite o corte da questão do livre-arbítrio como desnecessária para a imputação.

Em nossa inexorável limitação em lidar com a universalidade, esta é selecionada segundo elementos que "façam sentido".

Alois Hahn entende que a categoria do sentido surge precisamente no âmbito das autodescrições[24]. Nessa perspectiva, todos os sistemas que estão operando no sentido não podem ser transparentes totalmente a si mesmos, o que decorre da própria necessidade de redução da complexidade dentro do próprio sistema – novamente, a metáfora do mapa. Nesses termos, sempre espreita a possibilidade de fatos não condizentes com as autodescrições.

---

[22] LUHMANN, N. **Introdução à teoria dos sistemas....** p. 236.
[23] Pode-se reproduzir aqui a passagem já citada de Sartre sobre a consciência e a mesa. V. Cap. I.
[24] *Apud* LUHMANN, N. **Introdução à teoria dos sistemas...** p. 248-249.

Ora, compatibilizadas a opacidade do sistema psíquico ao próprio sistema psíquico, e a opacidade do sistema social ao próprio sistema social, a culpabilidade surge novamente como mediação entre aqueles fatos que, ainda não suficientemente explicados segundo uma descrição adequadamente complexa – e, assim, não normalizados enquanto "enfermidade" ou outra forma de libertação da responsabilidade – serão interpretados enquanto fatos portadores de sentido – justamente, o sentido delitivo.

Com a ciência da impossibilidade da descrição total, sabe-se que, no limite, a culpabilidade é justamente a forma de isolamento de um fato que, por razões sistêmicas, não pode ser solucionado de outra forma de maneira adequada, devendo ser atribuído como fato de agente responsável, ainda que se saiba que, no limite, nenhum agente é totalmente responsável – eis que impossível a total transparência a si mesmo.

Remontando a Sócrates, o pecado é a ignorância, eis que a culpabilidade é o deliberado fechar de olhos para a opacidade, em razão de necessidades dos demais sistemas em gerar orientação.

O próprio Jakobs admite que a culpabilidade – por meio da imputação a ela atrelada, não traz senão uma decisão normativa, voltada aos próprios fins do Direito Penal, de forma que, se se buscassem outros fins – como, por exemplo, a própria prevenção do delito – outras ciências, que não a penal, talvez resultassem em melhores prognósticos.

A mobilização dos fatores que no ato humano são tidos como portadores de "sentido" – ainda que de sentido delitivo – é justamente atribuição do sistema do Direito Penal. Como já se relatou, até por decorrência do acoplamento estrutural, quais elementos guiarão tal escolha do que faz ou não sentido será determinado pelo próprio sistema do Direito e de forma autônoma – ainda que acoplada – ao que pensa o próprio agente.

Nesses termos, a normativização dos atributos da culpabilidade – e do próprio Direito Penal como um todo – não faz mais do que assumir a tarefa que já era, por excelência, sua própria: a construção do sentido do ilícito penal para além da mera destruição de bens (causalismo) ou da psicologia do agente (finalismo).

CAPÍTULO 5

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 da teoria da pena e da culpabilidade em 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 (Cap. II). Nesses termos, criticada por seu caráter formal, supostamente passível de adaptação a qualquer sociedade[1], 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 luhmannia: a todo momento o teórico do Direito confessa suas próprias impossibilidades apontando para as parcas possibilidades de irritação direta extrassitêmica para a produção das informações intrassistemicas. 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.

Ainda, a partir da análise da teoria da pena, entende-se que tal autossustentabilidade do Direito enquanto sistema autopoiético é que cria as bases para uma "abstrativização" radical de seus pressupostos e construções, de forma que se liberta a teoria da pena de

[1] Na expressão que Parsons continuava a repetir para as adaptações que Luhmann fazia de sua teoria, *"that fits!"*. LUHMANN, N. **Introdução...**, Entrevista preliminar.

qualquer outra necessidade a ela imposta "de fora". Nesses termos, a finalidade do Direito Penal se esgota na finalidade da pena, e esta, por sua vez, embora tenha de cumprir uma função no sistema geral da sociedade, cumpre, justamente, a função cabível ao próprio sistema do Direito: a estabilização de expectativas e nada mais (Cap. III). Uma vez estabelecida a função do Direito, e reconhecida e sua manutenção enquanto sistema autopoiético, a função da pena se esgota na sua própria imposição e a teoria dogmática se vê livre para a criação de suas próprias estruturas, não mais necessitando se preocupar com a proteção dos bens da sociedade ou do próprio homem. Aliás, tendo em vista o aporte sistêmico, a própria noção de "sociedade" e "homem" é entendida, para os fins do Direito, enquanto subsistema social, de forma comunicativa, não mais se constituindo de bens ou mesmo ações humanas. É justamente essa suposta despreocupação que é colocada em xeque pela última fase da teoria da pena jakobsiana, em que o autor volta a fazer com que a pena tangencie a realidade "concreta", não se importando mais apenas com seu aspecto comunicativo – ou, ainda que mediada pela violência, com o aspecto "expressivo" desta -, fazendo incidir sobre a teoria penal o peso da necessidade de garantia de cumprimento real e efetivo da expectativa. No limite, como ressaltado, essa recaída à realidade transmuta a natureza da própria expectativa, permitindo que uma maior violência se transforme em maior cumprimento, tem-se pouco ou nada da primitiva função meramente restabilizadora da comunicação contrariada. Os pressupostos sistêmicos que permitiram a libertação da construção teórica das necessidades "de fato" são, então, contrariados justamente pelos seus desenvolvimentos que visavam responder às críticas da abstrativização, fundamentando a necessidade da força a partir de um ponto de impulso que acabaria por forçar o desenvolvimento do Direito Penal do Inimigo, o qual, assim, como demonstrado, pouca – para não dizer nenhuma – relação guarda com a teoria dos sistemas.

Essa tensão teórica se torna ainda mais aguda quando se observa que, diferente da teoria da pena, a teoria da culpabilidade em Jakobs, a partir de sua primeira guinada à teoria dos sistemas, jamais sofreu qualquer alteração (Cap. IV). Ora, justamente a primeira abstrativização da pena se deu a partir da funcionalização da culpabilidade enquanto conceito radicalmente penal – e não mais ligado a pressupostos como o "livre arbítrio" ou a "liberdade concreta". Inobstante, a radicalização da culpabilidade autonomamente penal, que não pendula ao longo da construção do edifício teórico, acabou por assistir a variação da pena, independente da culpa. Uma vez que a culpabilidade, entendida enquanto possibilidade de imputação comunicativa é conceito central na possibilidade de o Direito

se operacionalizar enquanto sistema de atribuição de comunicações e contracomunicações, a construção de uma teoria da pena voltada novamente à necessidade de cumprimento da expectativa acaba por desdizer a própria funcionalização da culpabilidade. Entendido enquanto "perigo", o indivíduo contra quem se polemiza – no sentido do radical da palavra – acaba por se ver excluído da própria comunicação do sistema. E uma vez que não se trata mais de comunicação, do que se trataria então? O Direito Penal funcional, enquanto teoria do inimigo, acaba por contrariar os seus próprios pressupostos sistêmicos.

Analisando os textos iniciais de Jakobs, em que já se dissertava 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. Muito mais como ensinam Villas Bôas Filho e Gonçalves:

> *(...) no âmbito do direito, a teoria dos sistemas pode funcionar como um acoplamento estrutural entre sociologia e teoria/dogmática jurídicas. Isto, no entanto, significa apenas que aos estímulos sociológicos-sistêmicos a teoria/dogmática jurídica reage com base em seus próprios critérios. Uma utilização direta, sem mediações de conceitos como 'autopoiese', 'acoplamento estrutural' ou 'complexidade', teria a mesma função imprecisa, retórica e indeterminada que filósofos ou conceitos filosóficos e sociológicos adquirem quando são utilizados como fatores jurídico-decisórios.*[2]

Inobstante, a afirmação daquilo que radica ou não seus pressupostos nos pressupostos sistêmicos, se não permite a construção dos próprios conceitos jurídicos,

[2] VILLAS BÔAS FILHO, O; GONÇALVES, G. L. **Teoria dos sistemas sociais...** p. 17.

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[3]. 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 "*detrás"* 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. É justamente o questionamento consciente de que "*o caso*" só faz sentido enquanto deixe muito por "*detrás"* que permite um maior grau de abstrativização e complexidade teórica à teoria luhmanniana.

Ora, segundo essa exposição, e retomando Diniz, a sociologia somente pode servir como *"conselho ponderado à dogmática"*[4]. 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.

---

[3] Havendo, como aponta Diniz, *"mais Hegel do que Luhmann"*. DINIS, E. S. **O sentido operacional...**p.65.
[4] *Idem, ibidem.*

CONCLUSÃO

1. 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.

2. 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.

3. 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.

4. Essa base teórica parte de uma epistemologia construtivista radical, a qual nega ao observador qualquer primado sobre o objeto: enquanto teoria do todo, a sociologia somente poderia fundar sua base em um paradoxo que envolve, no mesmo plano – embora em tempos distintos – observador e objeto, os quais se constituem então como meras variações de possibilidades igualmente prováveis.

5. 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.

6. O encerramento operativo, contudo, não se constitui enquanto forma cega ao ambiente, tendo o conceito de "acoplamento estrutural" como forma de temperamento da impermeabilidade sistêmica.

7. Justamente 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, não mais se voltando aos "fatos brutos", mas, sim, a centros e imputação tidos também como operadores comunicativos.

8. Enquanto análise "macro", a teoria dos subsistemas, sobretudo a ideia de sistema autopoiético em si é diretamente apropriada por Jakobs, que a utiliza sem maiores temperamentos em relação à teoria dos sistemas, nela 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.

9. Embora se aproprie da descrição social enquanto conjunto de sistemas autopoiéticos, ao descrever o sistema do Direito, bem como a forma de operacionalização da integração das expectativas, Jakobs já 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.

10. 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 terceira fase da evolução da 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 funcionalismo radical.

11. Essa terceira fase é quase totalmente contrariada a partir da quarta – e última fase – em que as diferenças iniciais, a princípio, não tão relevantes, acabam por se agudizar em um tensionamento que levará o próprio Jakobs a dizer que muito pouco resta da teoria de Luhmann em sua própria teoria.

12. De fato, a partir do momento que a teoria da pena jakobsiana se desenvolve para a fundamentação da dor para além do caráter expressivo, como forma de asseguramento à fórceps do cumprimento da expectativa, a teoria funcionalista se afasta quase totalmente da teoria dos sistemas, podendo ser muito mais ligada a teorias de outras matizes.

13. Pode-se criticar a teoria dos sistemas de Luhmann. Pode-se igualmente 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, sobretudo em sua última fase.

14. 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. Podendo ocorrer, em verdade, justamente o contrário: que a crítica da teoria de Jakobs seja feita precisamente a partir de ponderações luhmannianas.

15. Essa possibilidade se torna ainda mais patente quando se demonstra que a teoria da culpabilidade – responsável, junto da pena, pela apropriação inicial da teoria sistêmica pelo autor penalista – não varia ao longo da construção teórica, apesar da variação da teoria da pena.

16. Justamente a ausência de variação da culpabilidade em relação à função variável da pena em uma teoria que liga radicalmente a função do Direito Penal à função da própria culpabilidade faz supor que, no limite, os últimos desenvolvimentos da teoria de Jakobs guardam pouca base sistêmica.

17. 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.

18. 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: muito do que se critica em Jakobs poderia, inclusive, ter sido evitado, se se permanecesse fiel aos pressupostos luhmannianos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. (Coord.) **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

APONTE, Alejandro David. **Derecho penal de enemigo VS. Derecho penal Del ciudadano.** Günther Jakobs y lós avatares de um derecho penal de La enemistad. *In:* Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol.51, Nov/2004, p.9-43.

APONTE, Alejandro David. **Guerra y política: Dinámica cotidiana del derecho penal del enemigo.** *In:* Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 64, Jan/2007, p. 11 e ss.

ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (orgs.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BARATTA, Alessandro. **Integración-prevención: Una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la Teoría Sistémica**. *In:* **Revista Doctrina Penal,** ano 8, nº. 29, 1985, Buenos Aires, Argentina, p. 9-26.

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.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeito: 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.

DAHRENDORF, Ralf. **As classes e seus conflitos na sociedade industrial.** Tradução de José Viegas. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

DE CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia.** 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DE SÁ, Alvino Augusto. **Desafios da Execução Penal frente aos processos de construção da imagem do inimigo.** *In:* Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol.99, nov/2012.

DINIZ, Eduardo Saad. **O sentido operacional dos conceitos de pessoa e inimigo em Direito Penal**. 2010. Tese (doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

EVANS-PRITCHARD, Edward Evan. **Witchcraft, oracles and magic among tha azande.** Oxford: Careton, 1937.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Retribución y prevención general: un estúdio sobre la teoria de la pena y las funciones del Derecho Penal**. Buenos Aires: B de F, 2007.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Normativización del derecho penal y realidade social.** Bogotá, Univeridad Externado de Colombia, 2007.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo**. 2014. Dissertação (doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (org.). **Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais**. Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013

GRECO, Luís. **Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo**. *In:* Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 56, set/2005, p 80-98.

HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religiões.** Estudos filosóficos. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

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

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

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

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

JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad.** Organização de Jacobo López Barja de Quiroga. Tradução de Teresa Manso Porto. Madrid: Civitas, 2004.

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

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

JAKOBS, Günther. **La pena Estatal: Significado y Finalidad.** Tradução ao espanhol de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 2004.

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

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

JAKOBS, Günther. **Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido.** Tradução de Maurício Ribeiro Lorpes. Barueri: Manole, 2003.

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

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

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

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

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Tradução de Amanda Flores. Santiago do Chile: Instituto de sociologia da Pontifícia Universidade Católica, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Ecological communication.** Tradução ao inglês de John Bednarz JR. Cambridge: Polity Press, 1989.

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

LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System.** Tradução ao inglês de Klaus Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2007.

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

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

LYNETT, Eduardo Montealegre (org.). **El funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al professor Günther Jakobs**. Bogotá: Univeridad Externado de Colombia, 2003.

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.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas do conhecimento humano**. Trad. Jonas Pereira dos Santos. Editorial Psy II: Campinas, 1995.

MENDOZA BUERGO, Blanco. **El derecho penal em la sociedade del riesgo.** Madrid: Civitas, p. 23-119.

MIR PUIG, Santiago. **Limites Del normativismo en Derecho Penal.** *In:* Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol.64, Jan/2004, p.197-208.

MIZRAHI, Esteban. **Los presupuestos filosóficos del derecho penal contemporáneo.** Conversaciones con Günther Jakobs. Buenos Aires: Universidad Nacional de La Matanza, 2012.

NEUMANN, Ulfrid. **Crítica normativa da teoria da prevenção geral positiva**. *In* Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 63, Nov/2006, p.268-273.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. Tradução do próprio autor. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NEVES, Rômulo Figueira. **Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann.** Tese (Mestrado em Sociologia) – Departamento de Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. **Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito**. In: DOXA. n. 23. 2000.

PÉREZ CEPEDA, A. I. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno.** Madrid: Iustel, 2007.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean (orgs.). **Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

ROCHEFORT, Juan Ignacio Piña. **Rol social y sistema de imputación: una aproximación sociológica a la función del derecho penal**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2005.

RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. **Niklas Luhmann: A sociedade como sistema**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2012.

RUCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura social.** 2. Ed. Tradução de Gisele Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel. **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo**. Finalidades da pena, Conceito Material de Delito e Sistema Penal Integral**. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

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

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA SÁNCHES, Jesús-Maria. **A expansão do Direito Penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2 ed. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2011.

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

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. **El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana**. Revista General de Derecho Penal, n. 3, 2005.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. **Del funcionalismo normativista al Derecho Penal de la integración**. Revista General de Derecho Penal, n. 9, 2008.

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.

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

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