

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PENSAMENTO FUNCIONAL SISTÊMICO DE GÜNTHER JAKOBS

BRIEF OBSERVATIONS ABOUT GÜNTHER JAKOBS SYSTEMIC FUNCTIONALISM THOUGHT

Pedro Guilherme Borato*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A função do Direito Penal no Funcionalismo Sistêmico. 3 Bases do Pensamento de Jakobs. 3.1 A conexão com Habermas. 3.2 O diálogo com Luhmann. 3.3 A influência de Hegel. 4 Outras construções do Funcionalismo Sistêmico. 5 Reflexões sobre o pensamento de Jakobs. 6 Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente estudo detém o objetivo específico de analisar as construções de Günther Jakobs dentro do Funcionalismo Sistêmico. Por meio da conjugação dos modelos metódicos científicos sistemáticos e dedutivos, intentar-se-á refletir acerca da estruturação teórica desenvolvida pelo alemão, resgatando suas fontes conceituais primárias e analisando os contributos para a evolução do Sistema Jurídico-Penal. Funcionalizar-se-á os diversos institutos do Direito Penal na busca por compreender sua dimensão empírica, passando por diversos conceitos como a Teoria do Delito, os crimes de perigo abstrato e o poder comunicativo do Direito Penal. Por fim, debruçaremos sobre as reflexões feitas com base nessa linha teórica.

Palavras-chave: Günther Jakobs. funcionalismo sistêmico. função do direito penal. poder comunicativo. direito penal.

ABSTRACT: *The present study has the specific objective of analyzing the constructions of Günther Jakobs within the Systemic Functionalism. Through the combination of systematic and deductive scientific methodological models, intend to reflect on the theoretical structure developed by the German, rescuing his primary conceptual sources and analyzing the contributions to the evolution of the Legal-Criminal System. The various institutes of Criminal Law will be functionalized in the search to understand their empirical dimension, going through several concepts such as the Theory of Crime, crimes of abstract danger and the communicative power of Criminal Law. Finally, we will focus on the reflections made based on this theoretical line.*

Keywords: *Günther Jakobs. systemic functionalism. criminal law function. communicative power. criminal law.*

* Doutorando em Direito Criminal pela Universidad de Salamanca. Professor de Direito Criminal da Universidade do Estado de Mato Grosso. Mestre e Graduado em Direito pela UNESP.

Artigo recebido em 12/11/2020 e aceito em 28/04/2021.

Como citar: BORATO, Pedro Guilherme. Breves considerações sobre o pensamento funcional sistêmico de Günther Jakobs. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 39, p. 195-228. jan./jun. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

INTRODUÇÃO

A vertente funcional desenvolvida por Günther Jakobs no plano Jurídico-Penal é uma construção que traz profundas discussões e gera muitas polêmicas. Uma análise científica do pensamento do jurista alemão é extremamente necessária para compreender seu corte epistêmico e sobre quais premissas edificam-se sua teoria. Busca-se aqui entender as linhas mestras da concepção Jurídico-Penal da Escola de Bonn, retomando suas bases e refletindo sobre as assertivas desenvolvidas.

Para análise do objeto eleito, utiliza-se do método dedutivo-bibliográfico que consiste em uma pesquisa no campo teórico, acerca de diferentes teorias já existentes, procedendo-se por meio das deduções, a fim de analisá-las e compará-las (POZZEBON, 2004, p. 28) o que possibilita, a partir da leitura de diversas obras relacionadas a essa linha de compreensão, edificar as conclusões fundamentais do funcionalismo sistêmico. Também será ferramenta metodológica o pensamento dialético, proporcionando a conjugação do funcionalismo sistêmico com outras compreensões jurídico-penais, com o objetivo de demonstrar os pontos de conexão e os de embate entre as diversas teorias, em especial o funcionalismo racional-teleológico.

O emprego do método sistemático também é de suma importância já que segundo Alfred Büllsbach, as teorias dos sistemas (ou sistêmicas) visam compreender a sociedade na sua totalidade. Especialmente em Luhmann, a teoria crítica da sociedade está relacionada com o interesse na análise da sociedade no seu todo. Isto acaba por exigir tanto uma teoria da evolução social como uma teoria da estrutura da sociedade, nas suas implicações sociais, econômicas e políticas. Questões como a das relações da teoria dos sistemas com concepções histórico-filosóficas; como a da unidade entre a teoria e a prática; como a da auto constituição da sociedade e seus subsistemas; como a da discussão atual de uma teoria dos sistemas vivos (sistemas autopoieticos), consubstanciam-se outras tantas problemáticas ulteriores da teoria dos sistemas. Os princípios da teoria sistêmica são na contemporaneidade utilizados com interesse na solução de questões sociopolíticas. Na Ciência do Direito, as contínuas transformações estruturais exigem que se tenha em consideração estes desenvolvimentos de maneira a superar uma concepção relativamente limitada das relações jurídicas (BÜLLESBACH, 2009, p. 409).

A emergência da autopoieses no direito funciona como uma transposição de funções evolutivas do exterior para o interior do próprio sistema, uma internalização dos mecanismos de variação, seleção e retenção. Este processo transfere o epicentro da dinâmica evolutiva do meio envolvente para o seio do próprio sistema e o submete à lógica autopoietica. Tais elementos extrínsecos passam a exercer um efeito modelador da evolução jurídica, na medida que o protagonismo do processo evolutivo cabe a estruturas sistemicamente internas. Dessa maneira, apenas sistemas autopoieticamente organizados são suscetíveis de evolução (TEUBNER, 1989, p. 113). Com o emprego desta dinâmica o sistema jurídico organiza por intermédio de ferramentas intrínsecas o modelo de evolução que objetiva adotar.

Outro método empregado será o racionalista teleológico-funcional. Ela visa dar maior adequação à resolução dos problemas que permeiam as ciências criminais. Tal método é “[...] fundado na perspectiva de se estabelecer uma conexão direta entre os elementos integrantes do Sistema Jurídico-Penal e a sua respectiva função” (FERNANDES, 2003, p. 80) Funcionalizar os componentes do pensamento sistêmico é essencial para uma melhor absorção da teoria.

Assim, o objetivo específico do presente estudo é refletir acerca dessa compreensão do fenômeno jurídico no campo criminal, dessa escola, procurando agregar às Ciências Criminais as inovações e itens pertinentes produzidos em seu contexto.

1 A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL NO FUNCIONALISMO SISTÊMICO

Entender a função do direito penal em qualquer teoria jurídico-criminal é essencial para compreender tudo acerca dessa linha de reflexão. O funcionalismo jurídico-penal de Jakobs é a teoria onde o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa e, assim, garantir a constituição da sociedade (JAKOBS, 2003a, p. 1). Ou seja, nessa escola possuímos uma maior atenção para o componente normativo, onde se radicaliza a função dessa área jurídica para a proteção normativa, ou seja, da dogmática jurídico-penal. Chega-se a uma das assertivas básicas desse pensamento, que a função principal do Direito Penal é a proteção de sua dogmática.

Nesse contexto, o Direito Penal restabelece, no plano da comunicação¹, a vigência perturbada da norma, cada vez que se leva a cabo

¹ O que se entende por plano da comunicação será mais bem explicado em breve.

um procedimento que possui o papel de consequência de uma violação da norma. Isso significa que assim representa-se a identidade não modificada da sociedade. Nesse plano, o elemento empírico atua como sendo o campo onde se apreende o delito, o processo e sua relação. Com isso, não se pode compreender empiricamente o fenômeno da confirmação da identidade normativa, porque isso não é consequência do processo, é seu significado (JAKOBS, 2003a, p. 4-5). A partir disso se explica, por exemplo, porque que os estudos empíricos vinculados à análise da prevenção geral positiva aparecem como deslocados. Para Jakobs, a constituição da sociedade se dá por meio das normas (JAKOBS, 2003a, p. 10).

Cada pessoa detém o dever de não praticar nenhum injusto (dever normativo). E entende-se por injusto como sendo aquilo que não se pode praticar para a dogmática criminal. O Direito Penal não garante que não se pratique nenhum delito, como demonstra-se, por indução, a partir da impunibilidade do menor ou do enfermo mental que cometa um injusto; e, por dedução, a partir do princípio reitor do Direito Penal, não se tratando de um princípio do injusto, mas de um princípio de culpabilidade. O Direito penal não consegue garantir a expectativa de que quem está submetido ao direito não irá se comportar de modo culpável, que se portará suficientemente fiel ao direito, e, no caso de não demonstrar fidelidade adequada, esta demonstração será com base em sua culpabilidade e não em um erro de quem tenha uma expectativa de cumprimento do estabelecido juridicamente (JAKOBS, 2003b, p. 37).

No campo dessa teoria, a conduta de alguém que realiza um injusto perturba a vigência da norma. Ou seja, a conduta contradiz a vigência da norma, já que a mensagem que a conduta passa (ou passa até o ponto onde podemos compreender tal como seu significado) é de que aquela norma que dizia ser proibido realizar aquela ação, pois ela estaria em desacordo com o direito, não possui mais validade.

A prestação que o Direito Penal realiza se baseia em contradizer, por sua vez, a contradição das normas determinantes da identidade social. Essa contradição da contradição se dá por meio da sanção criminal. Com tal expediente, o Direito Penal confirma não apenas a norma, mas a identidade da sociedade. O delito não é tomado como princípio de uma evolução nem tampouco como evento que há de ter uma solução de modo cognitivo, ele é compreendido como falha de comunicação, sendo imputada tal falha ao autor do delito como culpa sua (JAKOBS, 2003a, p. 4).

Com isso conseguimos compreender mais uma assertiva do funcionalismo sistêmico, a função da pena. A pena não é apenas um meio para manter a identidade social, mas já constitui essa própria manutenção. Pode ser que se vinculem à pena determinadas esperanças de que sejam produzidas consequências em outros planos como da psicologia social ou individual, por exemplo. Sendo elas de características muito variadas, como a esperança de que se mantenha ou se solidifique a fidelidade ao ordenamento jurídico. Mas a pena já possui um significado independente dessas possíveis consequências, ela já significa uma auto comprovação (JAKOBS, 2003a, p. 4). A pena possui o desiderato de favorecer o exercício de fidelidade ao direito, restabelecendo a confiança e conservando a sociedade através da estabilização normativa.

A sanção deve ser entendida como marginalização do ato em seu significado lesivo para a norma e, com isso, como constatação de que a estabilidade normativa da sociedade permanece inalterada. A sanção é confirmação da identidade da sociedade, isto é, da estabilização da norma que com a pena se alcança, sendo, portanto, sua função principal (JAKOBS, 2003b, P. 51). Jakobs denomina essa finalidade como “manifesta”.

Ao lado dessa função manifesta, pode-se aceitar o que ele compreende como função latente, uma direção e uma motivação. Reiterando-se a marginalização do ato e confirmando-se a identidade social através da pena, excluem-se as formas de comportamento criminoso do repertório das sugestões internas. Explica-se, no planejamento cotidiano normal não se fazem reflexões, inicialmente, acerca da possibilidade de uma conduta criminosa (JAKOBS, 2003b, p. 52), dessa maneira, dissipa-se do imaginário social a vontade de cometer crimes, pois cada vez mais passa-se a mensagem que as normas que proíbem essas condutas criminosas continuam vigentes.

A separação do efeito confirmatório e dos efeitos preventivos da pena, ou seja, a divisão entre função manifesta e função latente, é de grande importância porque a pena dirige-se em cada função a destinatários distintos. O efeito confirmatório da pena está destinado às pessoas, a participantes da comunicação que são apresentadas como dispostos, juridicamente, e a todos eles. A danosidade causada pela pena dirigida ao autor e infligida pela privação de algum meio de desenvolvimento, como a liberdade ou ativos financeiros, por exemplo, não objetiva causar medo ou compaixão, uma vez que é unicamente portador do significado de que não se deve anuir ao fato. O juízo de culpabilidade já possui esse significado. Mas assim como

o ato é mais que uma afirmação, nesse plano, é também sua objetivação. O juízo de culpabilidade, para se fazer duradouro, deve concretizar-se confirmando a necessidade de pena. Essa função, então, está vinculada à comunicação pessoal. Com as funções latentes ocorre a comunicação também, mas de modo distinto. Habituar-se à fidelidade jurídica ou até mesmo a sentir medo (intimidação) não são reações pessoais. As pessoas não necessitam de habitualidade ou intimidação, pois são apresentadas unicamente como partícipes na comunicação, dispostos juridicamente. Apenas é dirigido mediante habitualidade ou intimidação aquele que por si mesmo carece de disposição jurídica, ou seja, é o indivíduo que se debate entre a apetência e a inapetência para ser um real partícipe da comunicação (JAKOBS, 2003b, P. 52-53).

Cabe-se ponderar acerca da reflexão de Jakobs sobre a questão em apreço. Segundo o autor, o tratamento de certos elementos como condições de punibilidade funda-se em vários momentos em que o comportamento do autor é, por si, merecedor de pena, mas apenas quando ocorre a materialização do resultado se verifica também a necessidade de pena. E, dessa forma, surge a distinção entre o merecimento da pena e sua necessidade político-criminal. Nesta distinção entre merecimento de pena e necessidade de pena verifica-se que, para a determinação de todos os pressupostos da punibilidade, só se pode levar em consideração a necessidade de se solucionar mediante sanção criminal um conflito, ou seja, em consideração à necessidade de pena. Antes da função do tipo penal de contribuir na resolução de um conflito não existe tarefa dogmática alguma e, portanto, tampouco possibilidade de determinar o que há de ser castigado, em si, sem consideração a dita função. O que não se tem o que castigar também não é merecedor de pena. Exemplo, se o legislador estabelece que se castigue o furto apenas se cumprido certo requisito, a alteração na significação social da propriedade que se evidenciaria com esse condicionamento surtiria efeito também na determinação do que há de se tratar como injusto típico, não se trataria apenas de uma alteração na punibilidade (JAKOBS, 1995, p. 407-408).

A justificação da pena no funcionalismo sistêmico se dá de um modo completamente diferente do que nas outras concepções. Tomada de modo isolado, a pena não passa de um mal e, visando à sequência externa do ato e pena, se produz, segundo Hegel, a irracional sequência de dois males (JAKOBS, 2003a, p. 3). Sendo que na moderna ciência do Direito, a teoria da pena é uma das matérias que mais infeliz sorte teve, pois para

ela não é suficiente o intelecto, uma vez que o que trata na realidade é da própria essência do conceito. Se o crime e sua eliminação, na medida em que essa for considerada do ponto de vista penal, apenas foram tidos como entes nocivos, poder-se-á julgar como irrazoável que se promova um mal porque um mal já existe. Este aspecto superficial da malignidade é, por hipótese, atribuído ao crime nas mais variadas teorias da pena que detêm base na preservação, na intimidação, na ameaça, na correção, onde tais são consideradas como primordiais, e o que disso deverá resultar é definido de um modo também superficial, como um bem (HEGEL, 1997, p.88). Ou seja, a postura que é dada no caso onde se envolve a compreensão de crime como um mal e a sua sanção como um bem é uma postura maniqueísta dotada de uma superficialidade reducionista. Isso é uma constatação hegeliana que Jakobs trouxe para sua teoria.

Apenas sobre uma base de compreensão comunicativa do fato entendido como afirmação que contradiz a vigência da norma e da pena compreendida como resposta que confirma a norma é que se consegue encontrar uma relação iniludível entre ambas e, assim, uma relação racional (JAKOBS, 2003a, p. 3). Jakobs busca, com tal posição, resolver uma confusão relacionada com a Teoria da Pena que foi detectada por Hegel, mostrando uma de suas bases teóricas que mais permeiam seu pensamento.

Para o filósofo alemão, o que está em questão não é o que é bem e o que é mal, mas sim o que é justo e o que é injusto. Nos pontos de vista superficiais, esquecem-se a consideração objetiva da justiça, que é o que permite apreender o princípio e a substância de um crime. Procura-se, então, o essencial no ponto de vista da moralidade subjetiva, no aspecto subjetivo do crime, acrescentando-lhe as mais diversas e vulgares considerações psicológicas sobre a força e as excitações dos motivos sensíveis, que não se conectam com a razão, sobre os efeitos da coação psicológica na representação. Essas mais diferentes considerações referentes à pena como um fenômeno, a influência que exerce sobre a consciência particular e aos efeitos que detêm na representação, ocupam o lugar da questão relativa à justiça da pena em si e para si. Nessa discussão, retomando o ponto da justiça, tendo o crime não como um mal, mas sim como uma injustiça, como uma violação do direito, deve suprimir-se tal mal. Assim, essa supressão dar-se-ia pela pena, porque ela afastaria a injustiça, e nisso reside o ponto essencial. Enquanto existir essa confusão entre mal e bem, enquanto os conceitos não foram claramente elucidados, a confusão reinará na noção

da pena (HEGEL, 1997, p. 88-89). Jakobs, com sua compreensão de pena já exposta, busca resolver esse problema, acabando com a confusão que impera na questão existencial da sanção.

2 BASES DO PENSAMENTO DE JAKOBS

Podem-se elencar três bases teóricas de onde se parte o pensamento de Jakobs, são elas: o já supracitado Hegel, Jürgen Habermas e Niklas Luhmann (este último é um referencial teórico onde ainda se discute a dimensão real de sua influência na estrutura teórica da Escola de Bonn). Para uma melhor percepção do pensamento do penalista é necessário analisar seus referenciais teóricos, compreendendo de quais matrizes básicas decorrem seu campo epistêmico.

2.1 A conexão com Habermas

Quando se fala de comunicação na teoria de Jakobs, podemos rapidamente conectá-la com os conceitos de comunicação desenvolvidos por Habermas. Quando o penalista diz que o Direito Penal não se desenvolve na consciência individual, mas na comunicação (JAKOBS, 2003a, p. 44) ele transfere para outro plano toda a compreensão desse ramo jurídico.

Cabe inicialmente diferenciar aqui os tipos de comunicação e como o funcionalismo sistêmico a compreende. “Os sujeitos não são eles mesmos ante fundo de objetos, mas apenas perante outros sujeitos” (JAKOBS, 2003a, p. 48), essa afirmação é básica na compreensão de toda a ideia sobre comunicação nesse plano teórico. Nesse ponto, podemos já encontrar um diálogo entre os pensadores. Habermas afirma que a razão comunicativa sobressai na força vinculante do entendimento intersubjetivo e do reconhecimento recíproco; circunscrevendo, ao mesmo tempo, o universo de uma forma de vida coletiva (HABERMAS, 2000, p. 450). Ou seja, através da sobreposição de sujeitos perante sujeitos é que possuímos a possibilidade de defini-los como tal e a comunicação é o caminho de circunscrição da vida coletiva e desse reconhecimento recíproco dos sujeitos.

A comunicação no funcionalismo sistêmico pode ser dividida em dois tipos: o primeiro é a comunicação instrumental, onde a comunicação pode servir a alguma finalidade ou não, mas, em qualquer caso, o participante não possui nenhuma vinculação que o obrigue a qualquer

coisa, ou seja, nesse tipo de comunicação ele não é pessoa. Essa espécie pode ser encontrada, por exemplo, no trato de uma máquina, a máquina não possui direito algum de ser utilizada da maneira correta (JAKOBS, 2003a, p. 46).

Na comunicação instrumental tomamos o sujeito de maneira completamente isolada. Para o indivíduo particular, o mundo exterior surge como nada além de um gigantesco corpo organizado pela sua psiquê. Ela determina todos os contornos, mas nada determina seus limites próprios porque ela, como fundamento da sua determinação, está obrigatoriamente oculta em suas próprias determinações. Nesse contexto, o indivíduo é guiado simplesmente por seus próprios impulsos de satisfação e insatisfação. Ele até pode se relacionar com outros sujeitos, mas para ele nada mais eles são do que signos externos, não alterando em nada seus padrões de condução por satisfação e insatisfação. Nesse ponto, o sujeito não possui identidade subjetiva alguma, como já alertaria Rousseau. Com tal, para esse indivíduo particular, o mundo nada mais é do que um contexto onde ele surge como centro preferencial, onde até poderiam existir outros centros preferenciais, ou seja, outros indivíduos. E nesse caso, o outro não importa, no caso de a satisfação que o primeiro almeja encontra o outro como barreira, não há reconhecimento do outro como pessoa, pois não há balizas para sua própria autodeterminação. Essa é a base da comunicação instrumental, a luta pelo reconhecimento de uma existência em sociedade pressupõe que já não nos encontremos perante a mera atuação de centros preferenciais, mas de sujeitos portadores de autoconsciência, pois só detém valor o respeito daquele a quem o próprio respeitado estima (JAKOBS, 2003a, p. 46-53). Essa luta supera a comunicação instrumental.

A comunicação pessoal é o outro tipo de comunicação. Nela, o outro é mais que o objeto de um cálculo estratégico, é um igual, uma pessoa em Direito. Na comunicação jurídica isto se estabelece por outras construções, como o contrato social ou por essência racional. Esse reconhecimento como igual consiste numa adequação social, mas não de maneira arbitrária. Todo aquele que segue sua própria racionalidade de maneira demasiada, ou seja, é tiranizado por sua psiquê, estabelecendo sua identidade de maneira excessiva independentemente das condições de uma comunidade jurídica não há de ser sujeito, há de ser um centro preferencial (JAKOBS, 2003a, p. 46).

Esse outro tipo de comunicação aparece quando a relação com ao menos outro indivíduo não se baseie somente sobre as próprias

vontades e preferências, mas antes de tudo, define-se mediante ao menos uma regra independente de tais preferências, de tal modo que o outro possa invocar essa regra. Essa regra poderia ser considerada como norma social em sentido estrito, com a infringência de tal norma, significa eleger uma configuração de mundo que exclui o outro. Apenas ante o perfil de outro sujeito pode compreender o sujeito por si mesmo, com o nascimento no mesmo berço lógico que o outro, que é a definição de uma norma em sentido estrito que se encontra entre eles. É com essa norma que os sujeitos se reconhecem como tais, pois é ela que faz com que sejam sujeitos perante sujeitos e não frente objetos. Na maior parte dos casos, vai-se além de uma norma, mas são sempre as normas que constituem a relação entre sujeitos. Essas normas são o mundo objetivo porque determinam a comunicação e o fazem de maneira a operar distante das preferências particulares de cada indivíduo (JAKOBS, 2003a, p. 54-55). A norma, portanto, é o veículo de comunicação que permite que sujeitos sejam reconhecidos uns pelos outros.

Ora, isso se coaduna em perfeita harmonia com o que é compreendido por Habermas. Para ele, em processos comunicativos sistematicamente limitados, ou seja, balizados pelos parâmetros jurídicos que fornecem contornos para a liberdade, os participantes formam convicções subjetivamente não coercitivas, mas ilusórias; a partir disso, geram comunicativamente um poder que pode ser usado contra esses mesmos participantes, no momento que se institucionaliza (HABERMAS, 1980, p. 115-116). Trata-se aqui das normas, institucionalizadas, que podem ser utilizadas, nos moldes ditados por Jakobs, para que se balize a atuação do outro. Aquele que passa por cima delas, ao atender apenas suas necessidades de satisfação, invalida o outro. Isso constitui na falha comunicativa que deve ser reparada mediante a reafirmação da validade da norma não obedecida.

Assim, o sujeito passa a conceber-se, já que, ao se reconhecer de uma maneira mediada pelo normativo, também reconhece o outro, mas sua própria auto referência mantém-se como item particular seu. Frente ao outro constitui-se o sujeito por meio da vinculação à norma e se faz necessária a própria auto referência do outro para que este se converta em sujeito. O mundo vinculante está constantemente restringido forçosamente ao alcance da norma ou das normas concebidas. Os sujeitos aparecem com essa limitação apenas na socialidade, como portadores de funções ou pessoas. Por isso tudo, pelo reconhecimento do outro, é que

a comunicação é pessoal e não instrumental (JAKOBS, 2003a, p. 55). Comunicação então é conduta com sentido.

Habermas infere que a ação comunicativa consegue constituir-se como meio através do qual o mundo da vida se reproduz em seu todo. Os participantes da interação já não surgem mais como os autores que dominam as situações com a ajuda de ações imputáveis, mas sim como o produto das tradições em que se encontram, dos grupos solidários aos quais são pertencentes e dos processos de socialização que desenvolvem. O mundo da vida, aqui, reproduz-se na medida em que se cumprem três funções que ultrapassam a perspectiva do atuante: o prosseguimento das tradições culturais, a integração por meio de normas e valores e a socialização das gerações que se sucedem. Dessa forma, o que nasce com estrondo à nossa frente são, em geral, as propriedades dos mundos da vida comunicativamente estruturados (HABERMAS, 2000, p. 417-418). Em Jakobs, a estruturação social por meio da comunicação é latente, e a norma é o item objetivo que possibilita essa construção. Por isso que o Direito Penal tutela a norma, pois ao fazer isto ele protege a comunicação, sendo essa última o único meio de reconhecimento dos sujeitos como pessoas em direito. O diálogo entre ele e Habermas é incontestável, os dois compreendem a comunicação como instrumento fundamental para que o mundo da vida em sociedade seja possível.

No funcionalismo sistêmico, o tipo penal constitui-se como a comunicação da expectativa cognitiva institucionalizada. Encontramos outra assertiva base do pensamento em apreço. A norma penal é por onde se estabelece a comunicação entre os sujeitos de suas expectativas cognitivas que guardam referências com a estruturação básica da sociedade. As normas de dignidade penal, aquelas que realmente cumprem todos os requisitos principiológicos para estarem dentro da dogmática jurídico-penal, são as que mais devem estar resguardadas da perda de validade, pois é nelas que se encontra a própria validade de uma sociedade num processo comunicativo. “A expectativa normativa se transforma com igual frequência antes numa expectativa cognitiva” (JAKOBS, 2003a, p. 40-41).

Outra assertiva basilar que podemos encontrar nesse momento é quanto ao conceito de ilicitude. A ilicitude, dentro do funcionalismo sistêmico detém o papel de identificar a expressão de sentido imperfeita, ou seja, a quebra da comunicação, e restabelecê-la, solucionando os conflitos socialmente relevantes. Ilicitude e Tipo penal formam o conceito de Injusto. Dentro do funcionalismo sistêmico são itens inseparáveis, já

que é apenas com a conjugação dos dois institutos e seus papéis é que se consegue identificar a falha na comunicação explanada por um sujeito. Como aponta Figueiredo Dias, um dos maiores problemas que ainda se encontra na construção do sistema do fato punível é o de encontrar a concepção mais adequada das relações entre tipo e ilícito ou, melhor, entre tipicidade e antijuridicidade (DIAS, 2007, p. 265). Sendo o tipo penal o primeiro degrau da comprovação do injusto, vinculando uma ação a um tipo, a ilicitude surge como o segundo degrau mostrando que não existe causa de justificação para aquela conduta típica, conferindo então o Injusto. Completado será o Injusto com a Culpabilidade Jurídico-Penal, gerando a imputação. No funcionalismo sistêmico, por mais que dogmaticamente ainda não esteja resolvida toda a discussão sobre como melhor relacionar os dois componentes do Injusto, os limites entre eles tornam-se mais palpáveis, já que remontam a uma questão objetiva.

2.2 O diálogo com Luhmann

Quando analisamos ontologicamente o funcionalismo sistêmico encontramos o diálogo de Jakobs com outro teórico, Niklas Luhmann. Quando este último infere que o homem experimenta os outros homens não apenas como objetos, mas sim como portadores de perspectivas próprias e individualizadas, para os quais ele pode mirar. Ao se deparar com outro sujeito ele pode encontrar no outro e, então, nele, um ponto de vista, a partir de onde ele pode olhar para si mesmo retrospectivamente. Através da aceitação da existência de um papel alheio, ele pode assinalar seu próprio papel, e assim descobrir aqueles aspectos do mundo que apresentam o mesmo significado para ambos. A adoção do papel é um processo de autoidentificação e da criação de um mundo objetivo como uma síntese de perspectivas subjetivas, que aparece acessível a todos (LUHMANN, 1980, p. 72). Nada mais temos aqui do que a manifestação da comunicação pessoal que Jakobs descreve. Além, o penalista alemão também trabalha com o conceito de papéis, ser pessoa significa ter de representar um papel. Pessoa seria a máscara, não a expressão da subjetividade de seu portador. Na realidade, o que se apresenta perante o corpo social é a representação de uma competência socialmente compreensível (JAKOBS, 2003a, p. 30).

O pensamento sistemático, no entanto, é o que mais aproxima os dois teóricos. Segundo Luhmann uma das características mais importantes de um sistema é a sua relação com a complexidade do mundo. Aqui,

deve-se entender complexidade como a totalidade das possibilidades que se distinguem para a vivência real, quer seja no mundo quer seja num sistema. Para cada construção sistemática é significativo que ela apenas abranja um aspecto do mundo, apenas admita uma limitada gama de possibilidades e as efetive. Os sistemas se constituem numa diferença entre interior e exterior, numa diferenciação em complexidade, ou ordem. O seu ambiente é sempre excessivamente complexo, impossível de se distinguir limites e incontrolável, em oposto, sua ordem própria sistemática é extremamente valiosa na medida em que reduz essa complexidade. E as ações inerentes ao sistema só admitem, dentro de comparações, algumas possibilidades. Na ordem do sistema pertence ainda um projeto seletivo de ambiente, uma visão subjetiva do mundo, que, entre as possibilidades dele, escolhe apenas alguns relevantes fatos, acontecimentos e expectativas que são mensurados significativos. É através de tal redução que os sistemas permitem uma orientação inteligente da ação (LUHMANN, 1980, p.72).

Ou seja, os sistemas generalizam a imensa pluralidade para que se opere uma mecanização. Com isso, possibilita-se que sejam eleitas certas inferências como gerais e assim operacionalizar um sistema. Ao selecionar, no âmbito jurídico, quais são os acontecimentos, expectativas e fatos, criam-se os imperativos categóricos que regem o sistema social. Na ordem jurídico-penal, criam-se as normas penais, seguindo um padrão de seleção desses aspectos ditados por seus princípios, construindo um sistema. Esse sistema funciona baseando-se em generalidades, e o elemento empírico faz com que essa generalidade seja acoplada ao elemento sistêmico. Já que é impossível sistematizar toda a pluralidade, forjam-se regras básicas flexíveis que serão completadas com esse elemento empírico.

Jakobs conduz tal reflexão. Para ele, já não se podem formular conteúdos humanísticos inamovíveis da ciência do direito. O direito da atualidade não garante tantos conteúdos fixos, mas, pelo contrário, condições de funcionamento de uma sociedade pluralista (JAKOBS, 2003b, p. 27). Sociedade, esta, que o penalista observa de outra maneira. Ele considera que a desintegração parcial da sociedade é encoberta pela rubrica da sociedade pluralista ou, inclusive, multicultural. Onde seria mais sincero falar de uma sociedade central com distintas sociedades parciais nela contidas. Essa redução setorial da sociedade a uma mera convivência paralela acabaria por excluir a possibilidade de uma constituição social. Esta realidade deve ser compreendida como condição de funcionamento de uma sociedade pluralista, não como vínculo de união (JAKOBS, 2003b, p. 23-24).

A solução de um problema social pelo Direito Penal tem lugar, em todo caso, por meio do sistema jurídico enquanto sistema social parcial e isso confere seu lugar dentro da sociedade. Assim, torna-se impossível que se separe Direito Penal e sociedade. O Direito Penal é um expressivo cartão de visitas de uma organização social e sobre a base de outras partes da sociedade é possível derivar conclusões bastante confiáveis sobre esse ramo do direito (JAKOBS, 2003a, p. 7). Um faz remissão ao outro o tempo todo, pois o Direito é um sistema parcial do grande sistema social, detém todos eles a mesma fundamentação, por isso é possível utilizar um como predicado do outro.

Para Luhmann, um sistema social constitui, através do direito, as expectativas de comportamento e utiliza a sua interpretação simbólico-significativa como estrutura comportamental. A função dessa estrutura reside na redução da complexidade das variantes possíveis de comportamento dos indivíduos. Esta função exige que o direito, nos procedimentos estruturados por ele, não possa sofrer alterações. Deve ser pressuposto como invariável, porque, sem tal suposição, perdem-se todos os pontos de referência e anulam-se todas as premissas. Esta irrevogabilidade e indisponibilidade são de importância muito grande, tanto que, para Luhmann, constituem em primeiro lugar o sentido do direito. Prever a par da invariabilidade indispensável, conjuntamente, a sua variabilidade, resulta no surgimento de uma contradição evidente. Defender um direito completamente alterável parece tão absurdo quanto tentar construir com pedras líquidas e não sólidas (LUHMANN, 1980, p. 20).

Ora, pois, se com Jakobs pode-se concordar que sem uma sociedade em funcionamento não existe nada mais além do que uma acumulação casual de indivíduos humanos que ao carecer de algo comum de caráter vinculante (normas jurídicas) não conhecem o mundo objetivo e, assim, não transpassam o âmbito de suas respectivas percepções individuais (JAKOBS, 2003a, p. 16), esse caráter de conservação social do direito surge como ferramenta de manutenção da própria sociedade. Por isso, que na perspectiva funcional sistêmica, a proteção da norma jurídico-penal conserva a sociedade, já que, sendo o crime a comunicação que atenta contra a vigência da norma e, com Luhmann, essa vigência deve ser assegurada pelo caráter de invariabilidade, acaba-se chegando ao resultado de que com a pena orienta-se a manter vigente não apenas o imperativo categórico, mas também a própria sociedade.

O contexto de comunicação deve ser capaz de manter a configuração diante dos modelos divergentes. Busca-se evitar que qualquer divergência se tome como começo de uma evolução, mas devem ser assegurados os requisitos do que pode ser compreendido juridicamente como evolução, porque, do contrário, não se conseguiria diferenciar o que é evolução do que é casual (JAKOBS, 2003a, p. 11). O sistema jurídico deve conter sim as características dadas por Luhmann, mas também deve conter, sistematicamente, possibilidades de compreender as evoluções e, dessa maneira, ter o direito também um papel de colaboração da própria evolução social. Não sendo como uma âncora que atrela o barco social eternamente no lugar onde foram configuradas aquelas regras do jogo social.

No decurso do desenvolvimento civilizacional aumenta-se a complexidade e variabilidade das condições naturais, psíquicas e sociais de vida, em um processo em que a complexidade crescente da própria sociedade, e do seu direito, constituem uma causa predominante e concorrente. Torna-se, gradualmente, mais inadequada uma estrutura jurídica rígida e aumenta-se a necessidade de conferir a essas expectativas qualidades jurídicas, efetivas, de ordem técnica, que são novas e tem a necessidade de ser alteradas. Numa medida mais modesta no começo e, depois cada vez maior, deve ser possibilitada a variedade das estruturas e depois institucionalizá-las. Altera-se assim o sentido próprio do direito, ele passa a não ser mais obrigado a excluir a variabilidade, mas sim a absorvê-la (LUHMANN, 1980, p. 121).

Portanto, o funcionalismo sistêmico sofre forte influência do pensamento de Luhmann, principalmente no que tange à compreensão do sistema jurídico como um sistema parcial, que pode estar conectado com outros sistemas como, por exemplo, o econômico. O sistema da economia impõe-se, no caso de confronto, com preponderância sobre todos os demais, inclusive o jurídico. Entretanto, o sistema jurídico detém um importante papel na questão dos bens coletivos, que não podem ser deixados nas mãos do sistema econômico, pois este acabaria mercantilizando itens como o meio ambiente. Dessa forma, na relação entre os sistemas, o jurídico demonstra seu importante papel (JAKOBS, 2003b, p. 47-50).

Como aponta Fernandes, dentre os diversos modelos metódicos de realização do Direito, os que se pautam por uma maior racionalidade são os que mais se destacam na contemporaneidade. O pensamento sistemático, com sua respectiva racionalidade de natureza hermenêutica, e o pensamento problemático, e sua racionalidade fundada na tópic-

retórica, prezam por essa racionalidade (FERNANDES, 2001, p, 17). E tal se verifica na conjugação do pensamento de Luhmann e Jakobs.

Na perspectiva funcionalista da Escola de Bonn, essa visão de sistema parcial é conjugada com a compreensão que há em seu interior sobre o funcionalismo. A partir de uma perspectiva funcional, do que se trata é da manutenção de um sistema que acabou gerando, por diferenciação, um sistema jurídico. Essa compreensão funcional detém pretensão de neutralidade (JAKOBS, 2003a, p. 13-14). No contexto dessa escola, os sistemas detêm uma característica funcional extremada, os sistemas são vistos como ferramentas sociais, transportando para outros níveis sistemáticos considerações entendidas como políticas, como o conteúdo das normas penais por exemplo. Sobre isso, Jakobs assevera que a sociedade é a construção de um contexto de comunicação que, em todo caso, poderia estar configurado de modo diverso de como está (JAKOBS, 2003a, p. 10). A decisão sobre se o conteúdo normativo retrata um processo de criminalização excessivo ou desnecessário, ou, ao contrário, de necessária defesa do nuclear, é uma decisão puramente política, mas não jurídico-penal (JAKOBS, 2003a, p. 23). Ou seja, sob uma perspectiva funcional, não cabe ao subsistema jurídico-penal valorar o conteúdo de suas normas, esse juízo axiológico cabe em outros níveis sistemáticos.

2.3 A influência de Hegel

Outra interessante e forte conexão teórica do funcionalismo sistêmico é com o pensamento de Hegel. Como já demonstrado acima, Hegel tem um importante papel na compreensão da pena nessa linha teórica, mas não é apenas ali que esse importante filósofo alemão é perene, em vários outros pontos vislumbramos sua influência. Como, por exemplo, na compreensão do Estado. No costume tem o Estado a sua existência imediata, na consciência em si, na atividade do indivíduo e no seu saber está sua existência. O indivíduo realiza a sua liberdade substancial ligando-se ao Estado como essência, como ao fim e ao produto de suas atividades (HEGEL, 1997, p. 216). A ligação entre indivíduo e Estado é grande também no pensamento de Jakobs.

A ligação maior, e desde já explicitada, refere-se à própria função do direito penal de proteger a validade normativa. Sendo essa a função do Direito Penal, a vinculação dessa concepção ao Estado hegeliano é muito forte, pois cabe ao Estado produzir as normas jurídico-penais (JAKOBS,

2003c, p. 36). Assim, demonstra-se ainda mais o papel funcional do Direito Penal nessa perspectiva. Seria então esse ramo jurídico, uma das ferramentas mais fortes do Estado já que serve a ele o papel de guardião das normas mais importantes produzidas por este elemento. Resguardando a vigência normativa ao mesmo tempo também reafirma o poder estatal.

Como aponta Hegel (1997, p. 217):

O Estado, como realidade em ato da vontade substancial, realidade que esta adquire na consciência particular de si universalizada, é o racional em si e para si: esta unidade substancial é um fim próprio absoluto, imóvel, nele a liberdade obtém o seu valor supremo, e assim este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que em serem membros do Estado têm o seu mais elevado dever.

A visão de Jakobs de direito como instância comunicativa que proporciona a vida em sociedade vislumbra-se também nessa concepção de Estado como via de conhecimento da liberdade. Sendo a norma estatal o norte que dinamiza os atos humanos em sociedade, é compreensível que só é entendido como liberdade, aquilo que o papel do homem não se confronta em relação ao direito.

A pessoa, nessa linha teórica, determina-se de maneira normativa. Enquanto for possível demonstrar através da comunicação a designação de culpabilidade quando ocorre uma frustração da expectativa normativa, a compreensão social é a de que o delinquente continua materialmente culpável, que o fato por ele produzido representa uma contradição. Assim, ainda é possível concebê-lo como cidadão de pleno direito e, diante da perspectiva da qual têm lugar essa valoração, não existe alternativa no contexto comunicativo. Num sistema da imputação em funcionamento fica excluído que se conceba o destinatário da imputação antes da sociedade. Nesse momento chega-se à funcionalização de mais um conceito jurídico-penal no funcionalismo sistêmico, e, provavelmente seu elemento mais polêmico, o da culpabilidade jurídico-penal.

O princípio da culpabilidade detém o significado que a culpabilidade é um pressuposto necessário de legitimação da pena, ou seja, se não houver tal item, não há imputação de pena por parte do Estado. Por sua vez, ela é o resultado de uma imputação reprovadora, tendo o sentido de que a defraudação normativa que se produziu vem motivada pela vontade defeituosa de uma pessoa (JAKOBS, 2003c, p.

11). A culpabilidade forma, ao lado do injusto (tipicidade e ilicitude), as necessidades básicas para a imposição de pena.

O que podemos entender como natureza do indivíduo e o que concebemos como sentido determina-se funcionalmente. Esta é a tese base para um conceito funcional de culpabilidade no Direito Penal. O conceito de culpabilidade é o que separa sentido e natureza. Ou o autor de um injusto expressa com seu ato um sentido relevante para a comunicação ou não chega a alcançar o plano do relevante para ela, mantendo-se na natureza, ainda que esse autor considere, privadamente, essa natureza com sentido (JAKOBS, 2003a, p. 38).

O conceito de Culpabilidade Jurídico-Penal em Jakobs é um dos seus temas mais debatidos e é onde se nota uma radicalidade muito grande em sua teoria. O alemão funcionaliza ao extremo esse conceito e retira de seu íntimo todo seu lado axiológico, tendo permanência apenas o aspecto teleológico ou finalístico, dentro de uma visão de total objetividade do instituto.

No funcionalismo sistêmico a culpabilidade em Direito Penal se resume à presença de necessidade de prevenção geral positiva, ou seja, a carência de estabilização contrafática das expectativas de vigência da norma. O grau adequado de fidelidade ao direito não se determina segundo o estado psíquico do agente, é estabelecido sim como parâmetro objetivo por meio de uma pretensão dirigida a cada cidadão. Mais exatamente; em razão dessa pretensão, trata-se de um cidadão, uma pessoa e não um indivíduo sem amarras. Aquele que não é culpável não satisfaz a medida aplicável aos cidadãos, possui um déficit de fidelidade ao direito (JAKOBS, 2003b, p. 38).

Para Jakobs é impossível demonstrar a partir do ponto de vista individual que seja preferível respeitar as normas sociais cognoscíveis, seria assunto de cada sujeito buscar a motivação necessária para se respeitar as normas, ou seja, de prestar fidelidade ao ordenamento jurídico. O que se chama de culpabilidade seria, na verdade, um déficit de fidelidade às normas jurídicas. Assim sendo, culpabilidade material é essa falta de fidelidade ante a essas normas legítimas. As normas não adquirem fidelidade porque os sujeitos vinculam-se de modo direto a elas, mas sim quando se atribui a uma pessoa que pretende cumprir um papel de que faz parte o respeito normativo, especialmente o papel de cidadão, com liberdade na configuração de seu comportamento. O sinalagma dessa liberdade é o fator de ser obrigado a manter-se com fidelidade ao

ordenamento jurídico, no caso, ao ordenamento jurídico-penal (JAKOBS, 2003c, p. 43).

Não existindo culpabilidade, trata-se apenas aparentemente de comunicação, ou seja, de uma conduta com sentido. Na realidade, trata-se de simples natureza, vale dizer, em consequência de uma enfermidade, de um erro inevitável, de uma necessidade absoluta ou de perturbação, medo ou pânico e, em todo caso, são consequências do ser humano como ser natural, como ser emocional e não como um participante idôneo na comunicação, que realiza atos com sentido. Assim, é até certo ponto indiferente se, e, em que medida, deve-se levar em conta os defeitos psíquicos e físicos do autor no momento da imputação. Com isso, chega-se ao núcleo da questão no funcionalismo sistêmico, nesse contexto o Direito Penal só garante que se contradiga toda expressão de sentido que manifeste que a norma carece de validade. Em sequência disso, uma expressão de sentido imperfeito é uma expressão que implica responsabilidade. Afirmada a existência do injusto, toda a ausência de culpabilidade, por falta de capacidade de culpabilidade, por falta inevitável de compreensão do injusto ou, ainda, por falta de exigibilidade, transforma o sentido comunicativamente relevante em algo apenas individual, causal, e, dessa forma, em algo que pertence ao mundo do natural, exterior à comunicação (JAKOBS, 2003a, p. 40-41).

Dessa maneira, a visão funcionalista sistêmica mostra sua radicalização normativo-valorativa. O que abala ou não a vigência da norma em uma conduta é subjetivo ao extremo, sendo que, se é lícito considerar culpabilidade como atentado contra validade normativa, os critérios para auferir essa invalidação recaem em um ambiente extremamente abstrato. Se a sociedade deve vir antes do sujeito no momento da imputação penal, o sujeito torna-se refém do que se compreende como comunicação abalada que atenta contra a constituição social.

Essas são as linhas mestras do pensamento dessa corrente jurídico-penal e, também sua ligação básica com as teorias filosóficas matrizes. Sobre essa ligação mencionada, cumpre ressaltar que aqui se fez apenas um esboço da conexão que existe entre elas, possuindo um oceano de mais contatos teóricos. Entretanto, não é o intuito aqui eleito o esgotamento dessa temática, de forma que as vinculações entre o pensamento de Jakobs, de Habermas, Luhmann e, principalmente de Hegel, estendem-se de rica maneira.

3 OUTRAS CONSTRUÇÕES DO FUNCIONALISMO SISTÊMICO

Dentro desse aporte teórico encontramos outras concepções diferenciadas sobre outras categorias do Direito Penal. Essas categorias usam das assertivas básicas expostas acima para desenvolver outros institutos do Direito Penal.

A questão tão controversa dos delitos de perigo abstrato também é trabalhada por Jakobs. Sempre existiu a necessidade de que determinadas modalidades de comportamento, que alguns consideram como inofensivas, fossem fixadas de modo centralizado como perigosas, sancionando-se a infração dessas normas (JAKOBS, 2003a, p. 25).

Essa consideração deriva da constatação por parte do autor alemão de que vivemos em uma sociedade que possibilita contatos anônimos. A sociedade contemporânea fornece a condição de que cada vez mais exista esse tipo de contato, ou seja, aqueles em que o alcance do dever dos participantes está verdadeiramente determinado por seu papel social, porém, não é possível verificar ou nem sequer existiria essa possibilidade de cognitivamente auferir que aspecto geralmente apresenta o controle do âmbito de organização de cada um (JAKOBS, 2003b, p. 32).

Essa problemática aparece dada a necessidade de se administrar as regras sociais, ao menos em parte, de maneira descentralizada, ou seja, por meio dos cidadãos individualizados. O que há de ser administrado são os padrões objetivos em suas diferentes concreções, predeterminado pela sociedade e às vezes, estabelecidos juridicamente. Entretanto, esta administração realiza-se por pessoas dotadas, em cada situação, de faculdades físicas e psíquicas peculiares, e que, de forma especial, também dispõem em cada caso de um grau de experiência distinto (JAKOBS, 2007, p. 47).

Na sociedade atual é impossível que não se antecipe a intervenção penal por causa da própria configuração da sociedade. Essa antecipação vincula-se à assecuração de cumprimento do papel de cada cidadão dentro da sociedade e isso se dá em diversos âmbitos. Por isso, que sua utilização, na forma de crime de perigo abstrato, deve ser muito bem ponderada, evitando o uso indevido desse expediente.

Jakobs exemplifica com a explicação de que todos sabemos qual papel deve desempenhar uma pessoa qualquer que esbarra em outra em um lugar isolado. Deve-se comportar de acordo com as regras jurídicas, mas, além disso, nada se sabe de relevante sobre essas pessoas que esbarraram, vale dizer, fundamentalmente, ignora-se se elas são propensas a agressões

ou se procuram manter um comportamento pacífico, ou se diante dos riscos mostrar-se-ão mais retraídas ou mais entusiasmadas. Se a esta situação anônima soma-se o fato de os participantes dispõem de objetos perigosos, como o que acontece no trânsito, então para a orientação não é suficiente que a dogmática jurídico-penal fixe somente os resultados desejados de uma ação. Não há de se experimentar o comportamento a partir da confiança no “sadio entendimento humano” das pessoas. Não é suficiente que os postulados normativos se administrem de uma maneira descentralizada. Descentralizadamente, cada indivíduo pode possuir impressões muito diferentes sobre o significado de um determinado comportamento (JAKOBS, 2003b, p. 32-33).

O cabimento, portanto, dos delitos de perigo abstrato se dão por três razões básicas. Na primeira razão, Jakobs utiliza da ideia de bem jurídico, que não lhe é muito cara, dizendo que todo bem jurídico necessita, para realizar as potencialidades nele contidas de uma série de condições acompanhantes e, hoje, já não se tem por pressuposto que essas condições concorram, nem tampouco que seja um destino iniludível ou que venham a faltar. Como exemplo, a segurança no tráfego de automóveis, o meio ambiente intacto e situações similares não são estados naturais, mas resultam sim de decisões sociais e, assim, quem quiser orientar-se há de observar a vigência das normas que configuram essas decisões. Não se descreve adequadamente a identidade da sociedade falando apenas de cidadãos que acumulam bens ao seu redor sem nomear, ao mesmo tempo, aquelas condições sociais sob as quais os bens chegam a ser bons (JAKOBS, 2003a, p. 26-27). Válido ressaltar que nem o próprio Jakobs despreza por completo a noção de Bem Jurídico. Observa-se que, em seu entendimento, apesar dos efeitos intrínsecos da Teoria, não se deve abandoná-la já que ela tem uma função de evidenciar a configuração social (JAKOBS, 1995, p. 57). Ou seja, os crimes de perigo abstrato vêm trabalhar em cima dessas condições acessórias, tutelando os pressupostos que fazem com que o papel social de cada um cumpra com especificações sociais que proporcionam condições para o estabelecimento dos bens jurídicos principais.

A segunda razão pauta-se em que a tendência à justificação, independente de qual seja sua base, já não permite, ao menos em um Estado de prestações, que a segurança seja tida como um mero reflexo da atividade policial, mas passa a possuir caráter de direito, cujo asseguramento pode ser exigido do Estado. Os delitos de perigo abstrato não perturbam a ordem pública, mas lesionam um direito à segurança, essa compreendida de uma

maneira normativa. Não se descreve corretamente a identidade social se não se pondera que se trata de infrações de direitos (JAKOBS, 2003a, p. 27-28).

A terceira e última razão para a manutenção dos crimes de perigo abstrato pauta-se em que a fronteira entre o comportamento permitido ou desejado e o comportamento que contraria a norma já não é mais, atualmente, facilmente verificável. Em amplos setores da sociedade essa fronteira fixa-se, mais ou menos, arbitrariamente. A exatidão da fronteira, característica que se mostra de maneira mais chamativa no que diz respeito ao Direito Ambiental, toma parte da identidade social atual. Impulsionada pela necessidade de atender aos anseios econômicos, necessita que se tente tirar todo o benefício possível até chegar ao limite. A diferença entre um astuto comerciante e um criminoso econômico é cada vez mais tênue e abstrata (JAKOBS, 2003a, p. 28).

Nem sempre se centraliza de modo tão radical. Ao contrário, também é possível declarar o tipo de comportamento como não permitido sob algumas cautelas, exigindo que o comportamento deva demonstrar idoneidade para causar dano ou colocar em perigo determinados bens (ou normas), ou ainda, que deva conduzir inclusive a uma exposição a perigo concreto. Esses preceitos, parcialmente descentralizadores, deixam nas mãos do indivíduo a verificação dessa idoneidade ou da exposição ao próprio perigo concreto, mas bastando tal, realiza-se o tipo quando o autor julga, de maneira descuidada que não se vai produzir dano algum (JAKOBS, 2003b, p. 34).

Entretanto, cumpre ressaltar que não é possível legitimar todo tipo de delito de perigo abstrato, tomando-se o cuidado de não se deixar punir diversas condutas de preparação, protegendo um ambiente favorável ao Direito. Esses delitos contradizem a orientação social da comunicação entre cidadãos livres; tampouco cabe transformá-los em infrações administrativas. O correto é a sua completa eliminação sistemática (JAKOBS, 2003a, p. 29). O funcionalismo sistêmico entende, portanto, que existe sim a necessidade desse tipo de norma penal que antecipa a presença do Direito Penal, adequando-se a necessidades sociais contemporâneas.

Outro item interessante é a Teoria da Imputação Objetiva desenvolvida por Jakobs. O fato de que o Direito Penal moderno tenha desenvolvido no âmbito da teoria da imputação objetiva uma teoria da conduta típica, incorporando conceitos como risco permitido, princípio da confiança, atuação a próprio risco e proibição de regresso, acomoda-se perfeitamente na visão funcionalista do alemão. Contatos sociais

fugazes, como aqueles que se dão entre os participantes do tráfego diário de veículos só poderiam ser organizados se visa proteger a confiança de que cada uma só irá responder por sua própria conduta e não por uma possível conduta alheia. Em uma economia de intensa divisão do trabalho pressupõem que não faz parte da função (papel) de vendedor de um produto padrão o cuidar de que o comprador não o use para fins ilícitos. Se busca-se formular tudo isso de maneira genérica haverá de se dizer que as expectativas garantidas juridicamente só podem ser vistas frustradas por uma conduta objetivamente imperfeita, sem levar em conta aspectos individuais. Como essas expectativas são dirigidas a pessoas, ou seja, a portadores de um papel, o requisito mínimo de uma frustração é a violação desse papel (JAKOBS, 2003a, p. 34).

No marco de toda imputação, e faz parte desse rol a jurídico-penal, vincula-se um resultado que ocorre no mundo dos fatos e um destinatário da imputação. O destinatário aparece como aquele a quem pertence o resultado ou quem deu causa a esse resultado. É ele que o criou ou permitiu que tivesse lugar, tanto para o bem, no marco da imputação a título de algo meritório, como para o mal, na imputação a título de reprovação. Nesse contexto, aquele que dispara projétil de arma de fogo sobre outra pessoa causando-lhe a morte ser-lhe-á imputado o homicídio como um fato meritório se trata de eliminar um perigoso inimigo, e como obra reprovável se isto é feito sem razão alguma (JAKOBS, 2007, p. 19-20).

A imputação objetiva penal, não possui como finalidade garantir que alguém cumprirá positivamente seu papel. O Direito Penal não reúne condições de prestar essa garantia, pois não consegue reagir ante a violação de papéis especiais, como por exemplo, o de motorista, médico, arquiteto, entre outros. A questão especificamente penal da imputação objetiva vislumbra unicamente a limitação das tarefas e, em consequência disso, da responsabilidade a um âmbito determinado (JAKOBS, 2003a, p. 34).

As garantias normativas que o Direito estabelece não possuem como conteúdo que todos tentem evitar todos os danos possíveis. Se assim fosse, possuiríamos uma paralisação completa da vida social. Assim, atribui-se a determinadas pessoas, e não a todas as pessoas, determinados papéis que correspondem a sua posição dentro do corpo social. Desse modo, possibilita-se uma orientação com base em padrões gerais, sem a necessidade de conhecer as características individuais de cada pessoa. Apenas dessa forma são possíveis os contatos anônimos, ou pelo menos, parcialmente anônimos. Não é necessário averiguar o perfil individual de

quem temos em frente, pois essa pessoa é tomada como portadora de um papel (JAKOBS, 2007, p. 21-22).

Assim, para Jakobs, fica claro qual é o alvo da imputação objetiva do comportamento. Imputam-se os desvios a respeito daquelas expectativas que se referem ao portador de um papel. Não são decisivas as capacidades de quem atua, mas sim as capacidades do portador de um papel, referindo-se a denominação papel a um sistema de posições definidas de maneira normativa. É uma instituição que se orienta a partir de pessoas (JAKOBS, 2007, p. 22).

Ela objetiva criar imputações apenas com relação ao papel que cada personagem possui na vida social, ele considera que a imputação permite que sejam responsáveis pelo delito apenas aqueles que realmente cometeram o fato típico e não aqueles que seriam responsabilizados como um todo pelo cometimento do fato em sede mediata e imediata. Um padeiro não pode ser responsável pelo que o comprador de seu pão irá fazer com ele, se irá comê-lo ou envenená-lo e dar para outrem comer, não é responsabilidade dele.

O controle de violação do papel é feito em quatro níveis por Jakobs: o risco permitido, o princípio de confiança, a proibição de regresso e a competência da vítima. Esses critérios possuem o papel de dizer se o autor do fato típico realmente violou seu papel dentro da sociedade e praticou uma ação que cause perturbação no corpo social (JAKOBS, 2007, p. 25-33).

Conjugando sua interpretação da imputação objetiva com sua concepção de culpabilidade compreendemos o teor normativo de sua visão. Rompendo com o papel social que é imposto ao sujeito e, se esse rompimento atenta contra a vigência normativa, é lícito o cabimento de pena na visão funcionalista sistêmica. Como não é edificada com base no sujeito individual, mas sim como base sua para o fornecimento de um papel, o aspecto interno da culpabilidade é deixado de lado nesse contexto, sendo que a imputação subjetiva comporta-se apenas como expediente de valoração do atentado normativo, ou seja, da defraudação do papel social do agente.

Novidade interessante no pensamento de Jakobs refere-se aos comportamentos uniformes em massa. Compreendido em dois níveis, a familiarização com o risco e a adição de danos. A sociedade contemporânea é uma sociedade de massas. Ou seja, no atual contexto há de se administrar comportamentos de massa distintos e uniformes dos cidadãos, que acarretam dificuldades interessantes e peculiares. Existe a

apreciação de comportamentos uniformes de massa que são perigosos, mas de uma maneira muito mínima, que apenas chamam atenção no caso de um incidente de massas. Como exemplo temos o conduzir carro em estado de embriaguez moderada ou de atirar um cigarro aceso em uma lixeira. Um comportamento como tal, se verificado apenas de maneira isolada, ninguém pensará em uma possível proibição. Mas exatamente por se dar com repetição cotidiana e cada vez mais frequente, é que se nota um perigo coletivo drástico nesses comportamentos. Só que ficar atento a esses riscos impossibilita a vida em sociedade, de modo que a reiteração dessas ocorrências obriga a tornar cada vez mais insignificante o risco derivado da conduta até suprimi-lo. Falta uma dogmática convincente para esses tipos de comportamentos de massa, mas isso passaria por uma total reformulação do que se concebe por crimes culposos porque a reiteração de ocorrências obriga a uma atitude que não permite uma relação subjetiva com o resultado (JAKOBS, 2003b, p. 44-45).

Outro item que Jakobs compreende que não foi dada a devida atenção dentro da dogmática da imputação é a de adição de riscos. É o comportamento uniforme que acarreta um pequeno desprezo de um bem. São os casos em que, precisamente devido a sua massificação, constitui uma parte de um significativo dano total ou de uma considerável exposição ao perigo. Por meio da massificação de pequenos danos, a infraestrutura perde certamente estabilidade de considerável maneira. Os exemplos maiores desse caso estão os furtos de pequeno valor e os pequenos danos ao meio ambiente (JAKOBS, 2003b, p. 26-27). Uma metáfora interessante que ilustra esse pensamento seria o de pequenas rachaduras em uma estátua. Uma pequena rachadura tomada de forma isolada não é mais do que uma ínfima imperfeição que pode ser desconsiderada, mas o conjunto delas pode fazer a estátua ruir.

Existe uma infinidade de outras contribuições que o funcionalismo sistêmico fornece, apresentamos aqui apenas algumas delas, de modo a ilustrar a profundidade de possibilidades que essa visão sistêmica fornece e as interessantes inovações que trazem para as teorias jurídico-penais.

4 REFLEXÕES SOBRE O PENSAMENTO DE JAKOBS

Como aponta José Francisco da Costa Lyra, é razoável afirmar que o funcionalismo de Jakobs fornece um importante elemento axiológico à dogmática jurídico-penal, já que trabalha com a complexidade da

sociedade contemporânea e a fragmentação do código moral. Mas, nessa teoria, podemos questionar a instrumentalização do homem, que vem a ser coisificado em prol de uma prevenção geral e também especial. Outro ponto de reflexão: poder-se-ia afirmar que detém um aspecto negativo, que se encontra na não observância de qual sociedade tal sistema funcional estaria a serviço ou que pretende constituir. Carece, dessa maneira, de aspectos axiológicos e de uma política criminal racional (LYRA, 2011, p. 163).

Outro apontamento que se faz é que o funcionalismo de Jakobs seria insuficiente. Isso decorreria do fato de que o sistema penal é reduzido à função de reafirmar a vigência da norma face ao conflito de expectativas. Esse conceito restaria por carecer de um núcleo descritivo, constituindo-se em um conceito de direito puramente normativo, partindo de uma imputação realizada exclusivamente desde o direito (LYRA, 2011, p. 168).

Além de valorações negativas sobre a teoria de Jakobs, existem também valorações positivas. A visão de Jakobs, de proteção da vigência normativa comportaria maior número de caracteres que teriam maleabilidade para lidar com a realidade atual do Direito Penal. Ela consegue fornecer maior substrato no tratamento dos crimes de perigo abstrato, reduzindo sua proliferação. Também no que tange aos delitos de tentativa e nos crimes de delitos omissivos impróprios (LUZ, 2013, p. 154).

Também há considerações positivas quanto ao princípio da ofensividade, se o foco do direito penal recair sobre a proteção das normas jurídico-penais o próprio conceito de lesão haverá de ser reformulado, transacionando a base empírico-causal que hoje detém, para uma análise normativo-funcional sobre o que seria considerado socialmente danoso. Essa mudança no campo descritivo haveria de ser acompanhada de um esforço de reestruturação dogmática para se aferir adequadamente as diferentes formas de lesão normativa e com isso ter-se-ia dado o primeiro passo para se solucionar a crise do princípio da ofensividade que vigora, dando novo fôlego para os debates sobre legitimidade em matéria jurídico-penal (LUZ, 2013, p. 163-164).

Outro ponto de reflexão sobre o pensamento de Jakobs recaiu sobre sua perspectiva da culpabilidade. Como aponta Roxin, a concepção de Culpabilidade Jurídico-Penal do funcionalismo sistêmico deve ser rechaçada, já que desse conceito só restou o nome, já que baseia a culpabilidade em um mero juízo de necessidade de prevenção geral. A imputação subjetiva, aquela onde é presente a culpabilidade, pode ser sim influenciada por questões dessa prevenção, mas é inaceitável reduzi-

la meramente a essa necessidade, admitindo a culpabilidade e a punição social unicamente porque tal seria socialmente útil para um exercício de fidelidade ao Direito. Nesse caso o indivíduo não seria mais tratado segundo a medida de sua personalidade, mas unicamente como instrumento de interesses sociais. Essa instrumentalização viola o valor da dignidade humana, não fornecendo, assim, uma concepção de culpabilidade eivada de fundamento e adequada ao Estado de Direito (ROXIN, 2008, p. 144).

O equívoco de Jakobs estaria em que para ele e sua escola, a Teoria da Imputação Objetiva só possuiria razão em nomear-se objetiva se ela apenas levasse em conta dados objetivos, ou seja, que guardam referência com a vida social do autor do fato, com a consequência de que qualquer fator exterior ao seu papel social seria, em princípio, completamente irrelevante. Tal concepção erraria “por ignorar que a inclusão de tais dados subjetivos no juízo de perigo é uma exigência dos mesmos fundamentos que subjazem à ideia de criação de um risco” (GRECO, 2007, p. 29).

A visão de Jakobs é vista como funcionalista ao extremo, já que instrumentalizaria o autor do crime para preservar a norma, pouco se importando com o aspecto interno da culpabilidade. Nesse sentido José Francisco Dias da Costa Lyra (2011, p. 28-30) explana que a dogmática jurídico-penal, sendo influenciada pelo positivismo-normativista, aumentou a tensão que já existia entre método e valorações de ordem político-criminais, tensão presente até hoje. Até hoje porque percebe-se que atualmente o Direito Penal vem assumir orientações de funcionalismo extremado como o de Jakobs. Que entende que a função do controle penal estatal é a de manter a vigência da norma ou de seu ordenamento jurídico, dessa maneira não haveria espaço para valorações político-criminais no sistema do controle penal, já que tais restariam por macular a vigência e a idoneidade da norma posta. Para Jakobs a intervenção axiológica no sistema faria a dogmática penal cair na falácia do naturalismo.

O autor segue considerando que uma dogmática reduzida apenas a fórmulas abstratas, que rebaixa o controle penal à mera proteção do ordenamento jurídico é um grande perigo, já que traria um retrocesso de grande magnitude. Principalmente no campo dos Direitos Fundamentais já que “os princípios e as garantias constitucionais não podem ser vistos como obstáculos à ‘luta contra a criminalidade’, nem os princípios limitadores do *ius puniendi* (...) podem ser abandonados”. Sendo completamente desnecessário reduzi-los a um Direito que apenas protege

a norma vigente, “com a exclusão da pessoa e seu submetimento às regras do sistema social” (LYRA, 2011, p. 28-30).

Por outro lado, a concepção de delito como lesão de deveres normativos forneceria aos participantes da prática jurídico-penal um arsenal teórico mais adequado para tratar a problemática da realidade. Sob este ponto, ao tratar grupos que planejam protestar contra a autoridade governamental, seria possível sustentar que a edição de normas penais de caráter preventivo haverá sempre de respeitar o limite-base da esfera privada de que cada pessoa é titular. A punição de atos preparatórios e do planejamento feito por essas pessoas não conseguiria ser legitimado por uma concepção que guarda a norma, mas é possível se pensarmos em tutela de bens jurídicos. Se a intervenção deve respeitar sempre a esfera íntima de cada pessoa, pelo menos que ela consiga exteriorizar sua pretensão de maneira contundente. Essa base só se sustenta adequadamente se ao invés de tomarmos o cidadão como um potencial agressor de bens jurídicos, o considerarmos como alguém dotado de uma esfera mínima isenta de controle estatal, e isso só seria possível se a tutela fosse de normas e não de bens. Ter essa compreensão parece ser a alternativa viável para um Estado de liberdades, onde há de estarem isentas não apenas cogitações, mas toda conduta que se realize num âmbito privado e toda que seja irrelevante (LUZ, 2013, p. 167-168).

Também no que concerne aos casos de dano ambiental, por exemplo, o modelo de Jakobs parece fornecer respostas mais sólidas e uma perspectiva mais adequada à realidade. Se a compreensão for de que cada cidadão possui uma esfera de liberdade e de competência, então não lhe é possível ser imputado qualquer perigo ou dano a determinado bem. Com isso, a criação de crimes de perigo abstrato e crimes omissivos impróprios, em sua fundamentação, haveria de ir além do mero argumento de que estaria a proteger bens jurídicos, fornecendo boas razões sobre o porquê da imputação de um crime omissivo e, a um funcionário de uma empresa, o dever de garantir, como vigilante sem descanso, determinado estado de coisas. Detalhando, também, quais são os limites desses deveres. Assim, partindo de uma concepção que compreende o corpo social como um mundo complexo, os participantes da prática jurídico-penal devem estar aptos a discutirem a formulação de um tipo penal não meramente no modelo de danificação de um bem jurídico, existindo a necessidade de um esforço para que se discriminem quais são os deveres que competem a cada papel social, deveres esses que, se respeitados, isentam de responsabilidade qualquer pessoa, ainda que um bem venha a ser violado (LUZ, 2013, p.

168). Ou seja, a teoria de Jakobs comporta melhor um dos problemas mais atuais do Direito Penal que é a questão da acentuação da garantia da não ocorrência da defraudação normativa.

O penalista alemão comenta certas ponderações feitas sobre sua construção teórica. Aos comentários feitos que se referem ao esquecimento do sujeito no funcionalismo sistêmico, estabilizando apenas a sociedade, é certo que, nessa linha teórica trata-se da manutenção de um sistema social que gerou, por diferenciação, um sistema jurídico, mas não é desconexa do sujeito livre. Ele está presente na medida na qual é transmitida a comunicação em que seja determinante a autodescrição da sociedade. Nessa linha, é considerado errôneo contrapor as condições de constituição da subjetividade às condições de constituição da sociabilidade, criando um maniqueísmo onde de um lado temos a liberdade e de outro o coletivismo. Sem uma sociedade funcionando faltam as condições empíricas da subjetividade. Portanto, a objeção de que o Direito Penal funcional sistêmico é hostil ao sujeito não é compatível nem com a relação teórica e nem com a prática que existe entre socialidade e subjetividade (JAKOBS, 2003a, p. 13-19).

Outro comentário do penalista confronta a ideia que se faz de suas construções, a de que se pretende estabilizar normas não determinando se são normas que tornam possível a liberdade ou se aterrorizam. Sobre isso, é necessário reafirmar inicialmente, a perspectiva funcional de Jakobs não está atada a nenhum modelo social determinado. O fato de uma sociedade estar configurada de modo funcional não significa que se precisa conhecer o conteúdo das comunicações suscetíveis de incorporação. Essa sociedade possui um instrumental para tratar os conflitos que surgem. A decisão sobre a configuração das comunicações; ou, por exemplo, numa criminalização de condutas, se se trata de um ato excessivo ou, ao contrário, da defesa do nuclear, essa decisão é política e não jurídico-penal. A ciência do Direito Penal pode evidenciar o que é que trazem as novas regulamentações legais e o que deve ser considerado, conforme valoração estabelecida, como algo positivo ou prejudicial. Entretanto, é impotente frente às alterações políticas de valores, e não se opta em favor dessas alterações (JAKOBS, 2003a, p. 20-24). No funcionalismo sistêmico, o Direito Penal é tido como uma ferramenta. A mão que utilizará essa ferramenta não é problema dela.

Finalizando, com o comentário de Luz, a reformulação do conceito de delito, tomando-o como lesão de deveres normativos, guarda um grande potencial crítico e faz refletir a atual tendência de adiantamento

da punibilidade. Incutindo a ideia geral de que a regulamentação penal atual não pode e nem deve estar orientada a proteger bens jurídicos contra todos os riscos. Nesse ponto, até as atuais defesas da Teoria do Bem Jurídico buscam escapar por vias que deságuam na visão de Jakobs sobre a função do Direito Penal. Ao buscar balizar a ideia de proteção de bens jurídicos para a proteção penal dos mais relevantes bens, que recorre ao conceito de tipicidade material, ao invés de dar uma maior sobrevida à teoria, acelera sua corrente até um conceito de delito calcado na lesão normativa. Ao assumir que a conduta seria socialmente danosa apenas se o bem jurídico for afetado de maneira relevante admite-se que por trás do termo relevante existe uma consideração normativa, que já não faz parte dos critérios internos da Teoria do Bem Jurídico. A própria ideia de relevância, que nada mais é do que a danosidade social da conduta, é um elemento externo que está ali sendo introduzido. Com isso, ou a proteção de bens jurídicos é vista como absoluta acarretando a possibilidade de um aumento infinito da intervenção penal visando que os bens sejam protegidos a todo custo ou ela é matizada por critérios normativos e, assim, o bem deixa de ser decisivo por si tornando-se central. Então, o que determinaria se o dano é ou não permitido são as próprias as normas jurídicas e os deveres por ela prescritos (LUZ, 2013, p. 169).

Dessa forma, como aponta Jakobs, se o ponto gravitacional passa a localizar-se na norma jurídico-penal e não no bem jurídico (se não esteve sempre ali), o discurso do bem jurídico é um discurso metafórico sobre a vigência da norma (JAKOBS, 2003a, p. 27)

CONCLUSÃO

Frente ao exposto, é possível reconhecer, portanto, a função do Direito Penal como tutela da norma penal. Essa possibilidade acarreta um enorme potencial de inovação na área, traduzindo de uma melhor forma, diversos problemas atuais, como a antecipação da intervenção penal, através dos crimes de perigo. Também isso ocorre na acentuação da garantia da não ocorrência de defraudação normativa, como no maior número dos crimes de omissão. A criminalização das infrações de dever, traduzidas como a violação objetiva do dever de cuidado (crimes culposos) ou, ainda, no que tange à despersonalização da responsabilidade penal, como na responsabilização das pessoas jurídicas esse efeito é presente. Concordando com a ideia sistêmica, alterações em áreas como

no processo penal e a cada vez maior desformalização do processo podem ser observadas através desse novo prisma. Tal ocorre também na questão da medida da pena, com a sua atual exasperação, a supressão de benefícios e os expedientes premiais. Tudo isso é possível através da compreensão diferenciada que o funcionalismo sistêmico possui graças a esse elemento sociológico que ele agrega, que é o da adequação à sociedade do risco, que está causando essa expansão na área penal e que a Teoria do Bem Jurídico não vem conseguindo nem explicar, nem conter.

No entanto, rechaça-se aqui a visão de Culpabilidade Jurídico-Penal que advém do pensamento de Jakobs, concordando com Roxin que é uma visão instrumental do indivíduo. A Culpabilidade não pode apenas ser um critério de necessidade de prevenção geral, de modo que a concepção de culpabilidade como “agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário da norma penal” (ROXIN, 2008, p. 144) permanece.

Por fim, restam apenas alguns comentários acerca dos comportamentos uniformes em massa. Acredita-se aqui que, principalmente na questão da familiarização com o risco, a ideia de risco reapresenta de maneira indireta e reafirma de modo tácito o pressuposto da regularidade essencial do mundo. É sob esse pressuposto que seria possível calcular os riscos, e apenas enquanto esse pressuposto se sustenta é que é possível tentar calcular, com algum grau de sucesso, e assim minimizá-los através da ação ou inação. O problema reside em que a possibilidade de falha e, assim, de uma calamidade acontecer só pode ser calculado na medida em que a lei dos grandes números aplica-se a sua ocorrência. O conceito de risco, nessa perspectiva, só faz sentido em um mundo rotinizado, monótono e repetitivo. Dessa maneira, as consequências causais apareceriam com frequência e de maneira suficientemente comum para que os custos e benefícios das ações pretendidas e suas chances de sucesso e fracasso sejam passíveis de tratamento estatístico e avaliados em relação aos precedentes. Mas o mundo globalizado negativamente não é assim (BAUMAN, 2008, p. 129).

Com isso, considera-se aqui que a preocupação com esses comportamentos uniformes em massa, é o resultado de uma sociedade que não possui expectativas cognitivas asseguradas e, com isso, detém um grande nível de medo. Dessa forma, busca resgatar tais expectativas buscando calcular o incalculável. O que aqui faz considerar que esse tipo de comportamentos agrega sim riscos, mas eles devem ser tidos como riscos permitidos, sob a pena de paralisarmos as sociedades.

Esse medo pode ser considerado um medo derivado definido como estrutura mental que pode ser mais bem descrita como o sentimento de ser suscetível ao perigo; uma sensação de insegurança, onde o mundo é um lugar cheio de perigos que pode se abater sobre nós a qualquer momento com nenhum ou algum aviso. Também é muito presente o sentimento de vulnerabilidade, onde no caso do perigo se concretizar, haverá pouca ou nenhuma chance de fugir ou de se defender, isso decorre mais da falta de confiança nas defesas disponíveis, do que do volume ou da natureza das reais ameaças. Alguém que interioriza essa visão que inclui a insegurança e a vulnerabilidade acabará recorrendo, mesmo sem a presença real de qualquer risco ou ameaça, às reações adequadas ao encontro imediato com esse perigo. O medo derivado, como aponta Bauman, adquire a capacidade de autopropulsão (BAUMAN, 2008, p. 129). Esse sentimento ocorre em diversos níveis, desde o medo de uma pessoa na perda de seu emprego até da completa degradação da sociedade.

Quando tomamos o exemplo do cigarro sendo atirado no lixo, percebemos que esse medo é tomado não mais em escala individual, mas em escala social. Sem o risco permitido não é possível viver em sociedade. A busca por gerenciar esses riscos inerentes à vida em sociedade pelo instrumental jurídico parece impossível e temerário, de forma que esses comportamentos uniformes em massa devem ser entendidos como “efeitos colaterais” da vida em sociedade, não possuindo o Direito Penal capacidade de administrá-los.

O funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs é uma construção interessante que merece melhor atenção. Várias inovações trazidas parecem dar novos ares ao Direito Penal, principalmente no que tange a reformas dogmáticas com o fito de uma melhor organização das normas penais para uma otimizada adequação à atual configuração social. Outras novidades do pensamento do alemão são interessantes, mas devem ser observadas com cautela, como é o caso de sua ideia de culpabilidade.

O diálogo entre sua teoria e o pensamento de Luhmann, Hegel e Habermas é importante para a compreensão da própria construção e também para observar a aplicabilidade de diversas estruturas conceituais, como por exemplo, a ideia de sistema e o procedimento comunicativo.

Se nas teorias finalistas Zielinski radicalizou o elemento empírico-finalístico, Jakobs leva ao extremo o elemento normativo-valorativo no plano das teorias funcionalistas, mas seu grande mérito é a crítica contundente que faz à Teoria do Bem Jurídico, abrindo novas

possibilidades de compreensão do fenômeno criminal. Rompendo com preconceitos, analisar a obra de Jakobs é elemento importante para a uma melhor compreensão das possibilidades que a Dogmática Jurídico-Penal contemporânea melhore seu potencial descritivo e, assim, fortaleça seu potencial crítico.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Z. **Medo líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BÜLLESBACH, A. Princípios de teoria dos sistemas. *In*: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (Org.). **INTRODUÇÃO à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2009.

DIAS, J. F. **Direito penal**: parte geral: Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

FERNANDES, F. A. **Processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Editora Almedina, 2001.

FERNANDES, F. A. **Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais**. Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003.

GRECO, L. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2007.

HABERMAS, J. **O discurso filosófico da modernidade**. Trad. Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HABERMAS, J. **Habermas: Sociologia**. Organizadores da coletânea B. Freitag e S. P. Rouanet; (seleção e trad. De Bárbara Freitag, Sérgio Paulo Rouanet). São Paulo: Ática, 1980.

HEGEL, G. W. F. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. 1ª Ed. 4ª Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

JAKOBS, G. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003a.

JAKOBS, G. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003b.

JAKOBS, G. **Fundamentos do direito penal**. Trad. André Luís Callegari; colaboração Lúcia Kalil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003c.

JAKOBS, G. **A imputação objetiva no direito penal**. Trad. André Luís Callegari. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

JAKOBS, G. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. Trad. Joaquín Cuello Contreras; José Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

LUHMANN, N. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUZ, Y. C. **Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo**. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

LYRA, J. F. C. Direito penal, constituição e hermenêutica: pela superação do positivismo jurídico e a possibilidade do acontecer do direito num ambiente de neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 19, n. 91, p. 28-30, jul./ago. 2011.**

POZZEBON, P. M. G. As ciências humanas. *In*: POZZEBON, Paulo Moacir Godoy (Org.). **Mínima metodológica**. Campinas: Alínea, 2004.

ROXIN, C. **Estudos de direito penal**. 2. ed. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEUBNER, G. **O direito como sistema autopoietico**. Pref. E Trad. José Engrácia Antunes. 1. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.