

FUNCIONALISMO-SISTÊMICO PENAL DE GÜNTHER JAKOBS: uma abordagem à luz do Direito Penal mínimo e garantista

Viviani Gianine Nikitenko

Resumo:

Este trabalho tem como objetivo o estudo do modelo penal funcionalista-sistêmico de Günther Jakobs, que parte da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. Sustenta Günther Jakobs que a pena não tem função de prevenir delitos (prevenção negativa), mas que a sua função é a de garantir a vigência da norma (prevenção positiva), demonstrando que é ela que continua determinante, e não o comportamento infrator. Desse modo, ao estabelecer a norma como centro de interesses, acaba excluindo a tutela de bens jurídicos, visto que, independente do bem jurídico violado, a violação resultará sempre em uma lesão à própria norma. Dessa forma, o sistema penal acaba tornando-se compatível com qualquer sistema social, de sistemas democráticos a sistemas totalitários, pois, ao abandonar a proteção dos bens jurídicos, acaba também afastando os limitadores materiais, possibilitando que o Direito Penal seja exclusivamente formal e arbitrário. E ainda Günther Jakobs, ao formular o seu conceito de culpabilidade, não levando em consideração a situação individual do autor, torna-o incompatível com os ideais do Estado Democrático de Direito. Ao estabelecer o homem como meio e não como fim, acaba ferindo o princípio da dignidade humana. Assim, a proposta funcionalista-sistêmica de Günther Jakobs, ao tentar amenizar a insegurança dos processos de modernização e complexidade de nossas relações, encontra nas garantias penais e processuais do Estado Democrático de Direito um obstáculo, o que sugere riscos de retrocesso na caminhada de construção de um Direito Penal mínimo garantidor dos direitos fundamentais.

Palavras-chave:

Funcionalismo-sistêmico. Günther Jakobs. Direito penal mínimo. Garantismo penal.

Abstract:

The purpose of this paper is to study Günther Jakobs's systemic-functional penal model that has as basis Niklas Luhmann's social systems theory. Günther Jakobs claims penalty does not have the function of preventing delicts (negative prevention), in fact its function is to guarantee principle legality (positive prevention), demonstrating that it is the one that continues determinant, and not the violator behavior. However, establishing principle as interests center, tutorship of juridical property is consequently excluded, respecting, independent from violated juridical property, violation will ever result on a wrong to the principle itself. On this way, penal system eventually becomes compatible with any social system, from democratic systems to totalitarian ones, renouncing protection of juridical properties, material barriers are consequently secluded, making possible that Penal Right be exclusively formal and arbitrary. Moreover, Günther Jakobs, as formulates his concept of guilt, not taking into account the plaintiff's individual situation, makes it incompatible with the ideals of democratic State of right. Once man is established as means and not as aim, principle of human dignity is smitten. Thus, Günther Jakobs's systemic-functional proposal, when tries to appease modernization and complexity processes insecurity of our relations, finds on penal and legal proceedings guarantees of democratic State of right an obstacle, what suggests risks of retreats on the attempt of construction of a minimum penal right guarantor of fundamental rights.

Keywords:

Systemic. Functionalism. Günther Jakobs. Minimum Penal Right. Penal guarantee.

INTRODUÇÃO

O funcionalismo-sistêmico, também conhecido como funcionalismo-estratégico, tem como principal proponente Günther Jakobs e fundamenta-se na teoria dos sistemas do sociólogo Niklas Luhmann, que tem como preocupação central a sociedade moderna, caracterizada pela complexidade e pela diferenciação funcional. Assim, indispensável se faz a síntese de alguns conceitos da teoria luhmanniana para ingressar no tema proposto.

SÍNTESE DA TEORIA LUHMANNIANA

A complexidade, segundo Luhmann (1997, p. 11), tem origem nas infinitas possibilidades de vivência do mundo, enquanto que a diferenciação funcional é marcada pela diferenciação de subsistemas, como a política, a economia, a religião, o Direito, inclusive este com possibilidade de diferenciação interna, como o Direito Civil, Comercial e Penal.

Em decorrência disso, complexidade e redução de complexidade são palavras-chave na obra de Luhmann, pois reduzir a complexidade do mundo moderno torna-se uma necessidade para facilitar a vida do homem. Ocorre que “somente com mais complexidade é possível reduzir complexidade. Assim, é preciso uma teoria da sociedade complexa, mas concebida como um instrumento de redução de complexidade, para dar conta dessa complexidade.” (1997, p. 15).

É aí que surge a teoria dos sistemas sociais, com a função de explicar a redução da complexidade do mundo. O sistema social parte para uma diferenciação entre ambiente interno e ambiente externo. Enquanto o ambiente externo constitui-se por aquelas infinitas possibilidades de vivência que o mundo dispõe (complexidade), o interno (sistema) é composto por uma seleção dessas possibilidades e exclusão de outras (redução de complexidade), ainda que essas possam ou não ocorrer, ou serem diferentes do esperado (contingência).

O sistema funciona como um mediador entre a complexidade do mundo moderno e a pequena capacidade que tem o homem de conhecer as inúmeras possibilidades deste mundo. Logo, o homem não está só, ele interage, e nessa interação as possibilidades de seu agir são inúmeras, o que faz surgir um elemento de perturbação, pois não se sabe ao certo o que esperar do outro e nem o que o outro espera de nós. Daí origina-se, segundo Greco (2000, p. 139), um outro conceito-chave na teoria de Luhmann: o de expectativa, pois “são as expectativas e as expectativas de expectativas que orientam o interagir dos homens em sociedade, reduzindo a complexidade, tornando a vida mais previsível e menos insegura.” (Greco, 2000, p. 139).

Luhmann (1983, p. 56) estabelece, ainda, que pode haver decepções, isto é, que a expectativa seja desapontada, relacionando dessa forma duas espécies de expectativas: as cognitivas e as normativas. As expectativas cognitivas no caso de desapontamento são adaptadas à realidade que lhe é contrária, ou seja, elas modificam-se quando contrariadas; já as expectativas normativas mantêm-se. Embora se deseje que a realidade adapte-se à expectativa, ela resiste mesmo diante da frustração (continua a valer contra os fatos) (Greco, 2000, p. 139-140).

A fim de que essas expectativas sejam asseguradas surgem os sistemas sociais, entre eles o Direito, fornecendo modelos de conduta aos homens e mostrando que expectativas se pode ter perante os outros. Como resultado, desponta o conceito de norma como sendo “expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos” (Luhmann, 1983, p. 57), ou seja, as normas são as expectativas normativas.

Ocorre, no entanto, que é necessário haver um “processamento de decepções” das expectativas normativas, pois se estas sempre decepcionarem podem acabar perdendo credibilidade. Nesse sentido, é preciso reafirmar a validade da norma, e para tal uma das possibilidades é a sanção.

O FUNCIONALISMO-SISTÊMICO PENAL DE GÜNTHER JAKOBS

Nesse sentido, partindo dos conceitos da teoria de Luhmann, Jakobs funcionaliza o sistema jurídico penal criando seu funcionalismo-sistêmico.

Jakobs estabelece que “a função da pena é a manutenção da norma como modelo de orientação para a relação social. O conteúdo da pena é uma contradição da negação da autoridade da norma, à custa do infrator da mesma (1983, p. 7ss)” (apud Baratta, 2005, p. 9).¹

A estabilidade das normas é o principal objetivo da aplicação do sistema jurídico, pois as normas jurídicas têm a função de orientar, estabilizar e institucionalizar as expectativas sociais, a fim de que sejam evitadas decepções. Quando a decepção ocorre, porém, ou seja, quando há uma infração à norma, é necessário que se expresse que, embora tenha havido uma infração, a norma continua válida. O autor sustenta então que a pena justifica-se pela necessidade de reafirmação da validade da norma, devido ao fato de sua violação abalar o sistema. Dito de outra forma, a pena não tem a função de prevenir delitos (prevenção negativa), antes o seu objetivo é garantir a vigência da norma (prevenção positiva), demonstrando que ela continua determinante, não o comportamento infrator.

Ou ainda, nas palavras de Bitencourt (2003, p. 86): “enquanto o delito é negativo, na medida em que infringe a norma, fraudando expectativas, a pena, por sua vez, é positiva na medida em que afirma a vigência da norma ao negar sua infração.”

Do mesmo modo, como aponta Baratta (2005, p. 3),

[...] a reação punitiva terá como função principal a de restabelecer a confiança e reparar ou prevenir os efeitos negativos que a violação da norma produz para a estabilidade do sistema e a integração social. Quando esses efeitos, em atenção à estabilidade do sistema, deixam de ser tolerá-

¹ A presente citação foi traduzida da língua espanhola para a portuguesa pela autora do artigo.

veis, intervém a reação punitiva. A pena, afirma Jakobs, não constitui retribuição de um mal com um mal, não é dissuasão, isto é, prevenção negativa. Sua função primária é, por outro lado, a prevenção positiva. A pena é prevenção-integração no sentido de que sua função primária é “exercitar” o reconhecimento da norma e a fidelidade em face do Direito por parte dos membros da sociedade. (G. Jakobs, 1983, p. 6 ss).

Ressalte-se que a concepção de Jakobs também se aproxima do pensamento de Hegel, que aduz ser “a pena a negação da negação do Direito” (apud Bitencourt, 2003, p. 72), fundamentando-a como necessidade para o restabelecimento da ordem jurídica violada.

Segundo Jakobs, a sociedade torna toda pessoa portadora de um papel, o que se refere à idéia luhmanniana de expectativa, competindo, então, a todas pessoas o dever de não produzir decepções, isto é, de não violar as normas penais. É somente assim, portanto, cada pessoa portando um papel, que a vida em sociedade é possível, ainda mais hoje, com a frequência de contatos anônimos, pois se para cada contato social todos tivessem de analisar as múltiplas conseqüências a sociedade ficaria paralisada.

É a partir desta idéia de expectativa de Luhmann e de cada pessoa portadora de um determinado papel na sociedade que Jakobs constrói o seu conceito de culpabilidade, revelando que somente há a imputação quando o desvio violar uma expectativa de um portador de papel, não importando as capacidades da pessoa que atua. Trata-se de um sistema de competências em que o sujeito era competente, mas acabou violando a norma, e, por isso, é a sua culpa que a ordem jurídica deve ser reestabilizada. Nas palavras de Baratta (2005, p. 3):

O que importa na valorização negativa do comportamento delitivo e na atribuição de responsabilidade penal a um indivíduo não é tanto a produção consciente e voluntária de um fato lesivo de bens ou interesses dignos da tutela, senão o grau de tolerabilidade funcional para a expressão simbólica de infidelidade em relação com os valores consagrados pelo ordenamento positivo. (G. Jakobs, 1983, p. 383-394ss; 1976, p. 32ss; C. Roxina, 1974, p. 181ss; H. Otto, 1982, p. 561ss).

Jakobs vê na culpabilidade a motivação do autor contrária ao Direito, ou seja, há uma falta de fidelidade ao ordenamento jurídico. Nesse sentido, surgem institutos jurídicos penais que complementam a idéia de culpabilidade de Jakobs:

- 1) Risco permitido: são riscos que se encontram vinculados à configuração da sociedade, pois qualquer contato social é um risco, mas como seria impossível a configuração de uma sociedade sem riscos, alguns deles devem ser permitidos. Por isso, comportamentos que geram riscos permitidos são encarados de forma natural.
- 2) Princípio da confiança: resume-se na idéia de que todas as pessoas são responsáveis e vivem de acordo com as normas da sociedade, a fim de se evitarem danos a terceiros. Ou seja, o cidadão portador de um papel não necessita vigiar constantemente se os outros estão desempenhando o seu papel, uma vez que, se cada pessoa tivesse de analisar se as outras estão realizando de forma adequada suas atividades, a vida social tornar-se-ia impossível, pois como estabelece Hassemer “a complexidade de nosso mundo desenvolve-se principalmente em complexas cadeias de responsabilidade” (1993, p. 52). Hoje não há mais só dois sujeitos, como exemplifica o autor, Caio e Tício, mas, por exemplo, problemas decorrentes da decisão de um conselho de uma sociedade anônima, ou a organização de uma equipe cirúrgica.
- 3) Proibição de regresso: segundo este instituto, quem estabelece com outro um contato inofensivo, ou seja, não viola o seu papel, não pode ser responsabilizado por um comportamento futuro realizado por este, mesmo que seja uma atividade não permitida.
- 4) Competência (capacidade) da vítima: trata-se de um instituto que visa a abandonar a visão simplista do crime, em que de um lado temos a vítima, como uma pessoa totalmente inocente, e do outro o criminoso, como uma pessoa totalmente culpada. Logo, no contato social o comportamento da vítima pode levar a conseqüências lesivas, ou ainda, a vítima pode ser acometida por obra do destino, por infortúnio.

FUNCIONALISMO-SISTÊMICO PENAL DE GÜNTHER JAKOBS: uma abordagem à luz do Direito Penal mínimo e garantista

Um ponto instigante é o estudo das concepções de Jakobs ligadas às idéias de um Direito Penal mínimo e garantista.

Em síntese, o funcionalismo-sistêmico considera como função do Direito Penal a garantia de fidelidade ao ordenamento jurídico, ou seja, justifica a aplicação da pena para que haja a reestabilização do sistema, pois a violação da norma é disfuncional ao sistema jurídico, sendo necessário que se afirme a validade da norma violada. Dessa forma, ao estabelecer a norma como centro de interesse, independente do bem jurídico violado, a violação resultará sempre em uma lesão à própria norma (Busato, 2005, p. 11).

Ocorre que, ao afastar a tutela de bens jurídicos, o funcionalismo-sistêmico passa para um estágio em que a própria norma justifica-se, independentemente de qualquer justificação político-criminal. Assim sendo, ao abandonar as valorações político-criminais e justificar a norma por si mesma, o sistema penal acaba tornando-se compatível com qualquer sistema social, desde os democráticos até aqueles totalitários e despóticos, violadores dos direitos humanos.

Além disso, ao abandonar a proteção dos bens jurídicos considerados necessários ao progresso social, acaba também abandonando os limitadores materiais, tornando o Direito Penal exclusivamente formal e arbitrário, o que inclusive possibilitaria a edição de normas penais de forma desregulada, haja vista que não se saberia quais os interesses e valores a serem protegidos. Como elucida Hassemer:

Já não se trata mais de proteção de ultrapassados bens jurídicos individuais concretos, como a vida e a liberdade, mas dos modernos bens jurídicos universais, por mais vaga e superficial que seja a sua definição: saúde pública, regularidade do mercado de capitais ou credibilidade de nossa política externa. A eles correspondem os tipos de delitos em que o moderno Direito Penal se realiza: nos crimes de perigo abstrato não se

indaga de uma ameaça concreta, muito menos de um dano ao bem jurídico protegido: para fazer nascer a pretensão punitiva, basta a prática de uma conduta considerada tipicamente perigosa, segundo a avaliação do legislador. Este tipo de Direito Penal não tem nenhum núcleo delimitado, a idéia da punição à ofensa de bens jurídicos individuais há muito se desfez. O novo Direito Penal derrama-se sobre todos os campos em que nossa vida se tornou “moderna” e arriscada (1993, p. 48).

Assim, princípios que funcionam como limitadores do poder penal absoluto são eliminados. Por exemplo, o princípio da necessidade ou da economia das proibições penais (*nulla lex poenalis sine necessitate, nullum crimen sine necessitate*) e o princípio da lesividade ou ofensividade do ato (*nulla necessitas sine iniuria*) são deixados de lado. Ao invés de o Direito Penal ser usado minimamente (como *ultima ratio*), para a tutela de bens jurídicos fundamentais, não garantidos de outro modo, o que a proposta funcionalista sistêmica defende é justamente o contrário, com a inflação dos delitos de perigo abstrato “todo bem jurídico merece proteção penal” (Hassemer, 1993, p. 57).

Quanto ao princípio da lesividade, que para o sistema garantista pode ser sintetizado na necessidade de leis penais somente quando o resultado produzir lesividade para terceiros, no funcionalismo-sistêmico pode ser traduzido em uma frase de Hassemer: “hoje não podemos esperar que a criança caia no poço, é preciso desde antes prevenir” (p. 56).

O princípio da culpabilidade (*nulla actio sine culpa*) também perdeu sua função garantidora. Jakobs, ao formular o seu conceito de culpabilidade não levando em consideração a situação individual do autor, considerando somente o caráter de portador de um papel e visando somente à estabilização da norma violada, torna-o incompatível com os ideais de um Estado Democrático de Direito, pois, ao estabelecer o homem como meio e não como fim, ou seja, não considerando o homem como sujeito, acaba ferindo o princípio fundamental de qualquer sistema democrático: a dignidade da pessoa humana.

Baratta (2005, p. 17) acerca da concepção jakobsiana de culpabilidade, explicita:

[...] a concepção do indivíduo enquanto responsável da violação visível, na qual, como visto, ele não é entendido como sujeito autônomo, moralmente responsável por seus próprios atos, senão apenas como um sub-sistema psico-físico, convertido em centro de atribuição de responsabilidade somente com base em uma “capacidade” que lhe é atribuída conforme critérios puramente normativos e funcionais. O sujeito acaba transformando, pois, em portador de uma resposta penal simbólica, de uma função preventiva e integradora que se realiza “a sua custa” segundo a expressão de Jakobs, enquanto permanece excluída sua condição de destinatário e fim de uma política de autêntica reintegração social. (G. Jakobs, 1983, p. 394 ss).

Assim, como estabelece Zaffaroni (1999, p. 108), a pena, quando cumpre apenas uma função simbólica, é

irracional e antijurídica, porque se vale de um homem como instrumento para a sua simbolização, o usa como um meio e não como um fim em si, “coisifica” um homem, ou, por outras palavras, desconhece-lhe abertamente o caráter de pessoa, com o que viola o princípio fundamental em que se assentam os direitos humanos.

O princípio da legalidade, como caracterizador do sistema garantista, deve ser entendido além do seu significado de mera legalidade: trata-se de um princípio de estrita legalidade.

O princípio da mera legalidade é uma regra formal que se limita a determinar que só as leis positivas podem dizer o que é delito. As leis penais, para a concepção da mera legalidade, são válidas se respeitarem a formalidade dos atos de produção normativa, ou seja, validade equipara-se à vigência e existência.

A concepção estrita de legalidade se estabelece, além do requisito formal, em requisito substancial: as leis penais para serem válidas devem respeitar as garantias formais e mais todas as outras garantias penais e processuais, pois o conteúdo das normas produzidas deve respeitar as garantias e os direitos fundamentais.

A concepção da legalidade estrita revela uma característica do Estado constitucional de direito: a sujeição do Direito ao Direito, que, segundo Ferrajoli (2001, p. 19), é uma das conquistas mais importantes do Direito contemporâneo, ou seja, a regulação do Direito não somente quanto as suas formas, mas também aos seus conteúdos.

Assim, o princípio da legalidade estrita está sendo violado pela proposta funcionalista sistêmica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Claro que o Direito Penal precisa manter um contato com a realidade, com as mudanças sociais, ter resposta para as dúvidas atuais. Por outro lado, é necessário saber quanto de sua tradição o Direito Penal terá de abandonar para manter esse contato (Hassemer, 1993, p. 58). A proposta funcionalista-sistêmica de Jakobs procura dar conta dessas mudanças sociais, tentando amenizar a insegurança dos processos de modernização e complexidade de nossas experiências cotidianas. Ao propor essa segurança, contudo, encontra nas garantias penais e processuais do Estado de Direito um obstáculo, e não requisitos de legitimação do Direito Penal. O que vem a sugerir sérios riscos de retrocesso na caminhada de construção de um Direito Penal mínimo garantidor dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BARATTA, Alessandro. Integración-Prevención: Una “Nueva” Fundamentación de la Pena Dentro de la Teoría Sistémica. *Neopanopticum*, 27 nov. 2005. Disponível em: <<http://neopanopticum.blogspot.com/>>. Acesso em: 14 dez. 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

BUSATO, Paulo César. O papel do Ministério Público no futuro do Direito Penal brasileiro. *Advocacia Pasold*. Disponível em: <<http://www.advocaciapasold.com.br/publicacoes/opapeldoministeriopublicono futurododireitopenalbrasileiro.doc>>. Acesso em: 30 nov. 2005.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CORRÊA, Tatiana Machado. Crítica ao conceito funcional de culpabilidade de Jakobs. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 51, p. 207-235, nov./dez. 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Tradução Perfecto Andrés Ibañez et al. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Tradução Perfecto Andrés Ibañez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal tradicional versus “moderno e atual” Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 42, p. 236-241, jan./mar. 2003.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. Vitimodogmática e Direito Penal. *Revista Jurídica Consulex*, São Paulo, n. 174, p. 51-53, abr. 2004.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito – em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal” de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 32, p. 120-163, out./dez. 2000.

HASSEMER, Winfried. *Três temas de Direito Penal*. Trad. de Carlos Eduardo Vasconcelos. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HAUSER, Ester Eliana. *Modelos penais minimalistas: contribuições e limites na reconstrução da legitimidade dos sistemas penais contemporâneos*. Florianópolis: UFSC, 2001 (Dissertação de Mestrado, Centro de Ciências Jurídicas).

JAKOBS, Günther. *Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JESUS, Damásio E. de. *Imputação Objetiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LUHMANN, Niklas. *A nova teoria dos sistemas*. Org. de Clarissa Eckert, Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

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

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

