



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



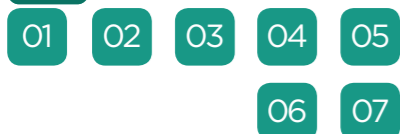
APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS



ARTIGOS



CONTO

## PERSPECTIVA JAKOBSIANA DO DIREITO PENAL E DA PENA: SERÃO POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES PARA A CONTENÇÃO DA TUTELA PENAL?

Jéssica Thais de Lima

Formada em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP, em 2016. Membro participante do Grupo de Estudos Avançados sobre Escolas Penais, em 2015.

**Resumo:** Nem sempre é uma tarefa fácil e simples a abordagem de Jakobs em espaços destinados ao debate de Direito Penal. Não raro, o professor da Universidade de Bonn é tomado apenas da perspectiva de sua teoria do direito do penal inimigo, o que ofusca que toda sua construção teórica de fases anteriores seja discutida, ou quando é sempre há uma mistificação de que Jakobs construiu uma teoria conservadora, destinada a legitimar Estados totalitários e sociedades do terror em detrimento da liberdade de seus sujeitos. A tentativa de trazer uma abordagem diferente, que ousa encontrar pontos na teoria Jakobsiana, mais precisamente em sua segunda fase, e os concilia com um debate a respeito da contenção da expansão da tutela penal é o que consiste o principal objetivo do presente artigo. Para isso, será de profunda importância identificar a função do Direito Penal e a finalidade da Pena na perspectiva funcionalista sistêmica de Jakobs.

**Palavras-chave:** Günther Jakobs, função do Direito Penal, Finalidade da Pena, Funcionalismo Sistêmico e Expansão do Direito Penal.

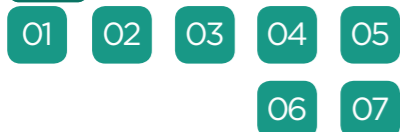
**Abstract:** It is a challenge to debate Jakobs in the context of Criminal Law. Usually, the professor from the University of Bonn is exclusively seen under the perspective of his theory about the Criminal Law of the Enemy. This approach minimizes the discussion about his previous theoretical construction and, when there is a discussion, it is about the misconception that Jakobs built a theory that intends to legitimate totalitarian states and societies of terror to the detriment of the individual freedom. The main goal of this article is to build a novel approach, daring to find points in the second phase of Jakobsian theory and conciliate them with a debate about the containment of the expansion of the criminal protection. For this purpose, it will be relevant to identify the roles of the Criminal Law and of the Penalty in the systemic functionalist perspective of Jakobs.

**Keywords:** Günther Jakobs; function of Criminal Law; Purpose of the Penalty; Systemic Functionalism and Expansion of Criminal Law.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Breve panorama do desenvolvimento teórico de Jakobs; 3. Função do Direito Penal e finalidade da pena em Sociedade, Norma e Pessoa; 4. Desmistificação do Direito Penal em Jakobs e sua contribuição para o pensar da contenção do Direito Penal; 5. Considerações Finais; 6. Referências Bibliográficas.

### 1. INTRODUÇÃO

Abordar Jakobs em espaços, principalmente acadêmicos, destinados a discussão de Direito Penal é sempre tarefa, no mínimo, polêmica. Em que pese à repercussão de sua teoria do Direito Penal Inimigo, que aqui não pretendemos



entrar no mérito, Jakobs é quase sempre alvo de certo preconceito ideológico que ignora partes de sua produção teórica, o que pode comprometer um debate sério e que em muito poderia engrandecer o pensar do Direito Penal.

Uma das relevâncias do penalista de Bonn consiste na sua consciência a respeito das limitações e funções bem definidas do Direito Penal e da finalidade da pena, impostas por uma racionalidade que deveria ser inerente ao pensar do Direito Penal. É essa racionalidade por sua vez que pode conduzir a uma contenção da expansão penal.

A fim de identificar esses limites e funções defendidas por Jakobs, o presente artigo restringir-se-á a obra *Sociedade Pessoa e Norma* do autor, que como veremos adiante, pode ser situada didaticamente em sua segunda fase. Após a análise de seu pensamento, passar-se-á ao debate de como essa construção teórica pode inibir a expansão desenfreada do Direito Penal.

Com isso, o presente artigo demonstrará que é possível obter outras perspectivas da densidade teórica de Günther Jakobs como, por exemplo, influências no desenvolvimento do debate sobre contenção da expansão da tutela penal, superando visões superficiais a respeito do professor de Bonn.

## 2. BREVE PANORAMA DO DESENVOLVIMENTO TEÓRICO DE JAKOBS.

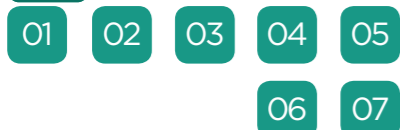
Por acreditar que uma melhor compreensão de Jakobs na perspectiva abordada pelo presente artigo, cujo objetivo é ressaltar pontos da construção teórica de Jakobs que colaborem com a contenção da tutela penal, entende-se que seria importante a sistematização da teoria de Jakobs em fases, ressaltando-se que é um recurso não reconhecido pela maioria da comunidade científica e acadêmica, e que aqui será orientado pelo trabalho desenvolvido por César Mortari Barreira em consonância com os debates ocorridos nas aulas de Política Criminal e Cidadania ministradas pelo Professor Doutor Fernando Andrade Fernandes no programa de Mestrado da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Unesp- Campus Franca em 2015.

Desse modo, ao optar por esse recurso de sistematização em fases, ter-se-á uma maior nitidez sobre em que momento situa-se a obra *Sociedade, Norma e Pessoas*, sem para isso ignorar a ponderação de que “o desenvolvimento das reflexões deste autor nos impede de afirmar que sua teoria segue uma linha retilínea”<sup>1</sup>

A primeira fase, que vai do início de sua obra em 1976 até os anos 90, é marcada pela proximidade de Jakobs com Welzel, o que vem a influenciar aspectos da prevenção geral positiva. Insta ressaltar que aqui a pena para Jakobs é nada mais do que um mecanismo de influência moral e psicológica no cidadão. Ao passo de que para Welzel a pena gerava uma pressão psicológica para que o indivíduo não cometesse crimes, para Jakobs a pena apenas reafirmava a fidelidade ao direito, sem qualquer pretensão de intimidação.

No que tange a segunda fase de Jakobs, têm-se duas obras marcantes *Tratado de Direito Penal* (1983) e *Sociedade, Norma e Pessoa* (1995), esta última que nos interessará. Assim, a finalidade da pena para Jakobs passa a ser a preservação da norma e orientação para contatos sociais. É patente a ideia de comunicação, pois “a pena cumpre sua função independentemente dos efeitos de psicologia social, sendo o delito considerado como falha de comunicação”

<sup>1</sup> BARREIRA, César Mortari. Pensar o direito penal a partir de Gunther Jakobs: possibilidades de inovação, disponibilizado em <<http://revistasapereade.org/SharedFiles/Download.aspx?pageid=149&mid=194&fileid=192>>; acessado dia 02 de Janeiro de 2016.



<sup>2</sup>. Deste modo, o delito seria uma contradição da norma, sendo a pena uma afirmação da norma, estando aqui evidente o aspecto racional da teoria jakobsiana.

Por fim, a terceira fase, considerada a partir de 2003, é marcada pelo incremento de elementos cognitivos para se referir ao direito penal do inimigo, o que não é compatível com a imputação penal. Há uma tentativa de justificação da dor penal, do por que é necessária uma dor por meio da pena e a relevância de se atuar antes do fato e além da pena.<sup>3</sup>

Feitas as breves considerações a respeito das fases delineadas acima, é possível entender melhor a importância de *Sociedade, Norma e Pessoa*, fonte dos pontos trabalhados a seguir e que mostrarão necessárias contribuições de Jakobs para a discussão sobre a contenção do Direito Penal.

Convém pincelar que Günther Jakobs é o grande protagonista do funcionalismo sistêmico, cuja base filosófica é amparada em Hegel. Sucintamente, o funcionalismo sistêmico está alinhado aos critérios valorativos do direito penal, sendo seu grande mérito a identificação da verdadeira pedra angular da dogmática penal, que não é nem a conduta nem os bens jurídicos, mas sim a norma.<sup>4</sup>

Ademais sobre a influência de Luhmann na construção teórica de Jakobs, há pensadores, como Eduardo Saad Diniz, que a negam, defendendo que somente há Filosofia do Direito de Hegel na teoria Jakobsiana. No presente artigo, seguiremos a opinião do Professor Doutor Fernando Andrade Fernandes, para quem os pressupostos teóricos e metodológicos de Jakobs possuem influência luhmanianna.

### 3. FUNÇÃO DO DIREITO PENAL E FINALIDADE DA PENA EM SOCIEDADE, NORMA E PESSOA.

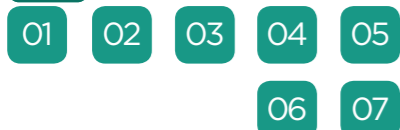
Apesar das poucas páginas, o livro *Sociedade, Norma e Pessoa* é de uma vultosa complexidade. Contudo, o que convém a presente explanação são recortes que visam trabalhar uma interpretação de Jakobs, sem adentrar nos meandros dos profundos e variados conceitos que são remodelados e esclarecidos pelo autor na presente obra. Dito de outro modo, interessará a relação que estabelece Jakobs entre a sociedade, a norma e a pessoa, da qual será extraída a função do Direito Penal e a finalidade da pena, mas cabe frisar que a obra do professor de Bonn explora os conceitos de dolo, culpabilidade, imputação objetiva e comunicação pessoal e instrumental, os quais mereceriam outra oportunidade para serem abordados, tendo em vista que são complexos e requerem estudos mais especializados. Assim sendo, o presente tópico é inteiramente baseada na obra acima referenciada, da qual são extraídas as presentes explicações.

Partindo de uma perspectiva funcionalista sistêmica, Jakobs definirá como função do Direito Penal a garantia de uma identidade normativa da qual decorre a garantia da configuração de sociedade. A implicação dessa definição tornará o Direito Penal indissociável da sociedade.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea*. (Doutorado). Departamento de Filosofia e Teoria do Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 171

<sup>4</sup> Definição defendida pelo Prof. Fernando Andrade Fernandes durante os debates das aulas de Política Criminal e Cidadania, no programa de Mestrado da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP, Campus Franca, em 2015.



Nesse aspecto, importará fazer uma análise do Direito Penal a partir de uma compreensão comunicativa, estabelecendo uma relação racional entre norma e pena, pois de outro modo ao enxergar somente a pena no Direito Penal, será interpretá-la como um mal em si mesma, isto é, Direito Penal não consiste só em pena.

A observação do Direito Penal a partir da relação racional e comunicativa entre norma e pena permite que se delineiem elementos penais, sempre norteados pela perspectiva funcional. Sendo assim, quando uma conduta nega a vigência da norma, ou seja, a contradita, a pena tem a responsabilidade de negar essa conduta para afirmar novamente a norma, para comunicar que aquela conduta não é preponderante naquela sociedade. Disso decorre que essa relação racional entre norma e pena é o que busca manter a identidade social.<sup>5</sup>

Estabelecida a relação entre Direito Penal e sociedade, depreende-se que a norma, por sua vez, é o que assegura as regras de configuração de sociedade, levando-se em conta que “a sociedade é a construção de um contexto de comunicação que em todo caso poderia estar configurado de modo diverso de como está configurado no caso concreto (de outro modo, não se trataria de uma construção).”<sup>6</sup>

No entanto, é preciso ponderar que para que essas normas constituam a sociedade e assegure sua identidade elas precisam ser estabilizadas, pois não constituem leis naturais, são “normas feitas”<sup>7</sup>. As normas derivadas das leis naturais se mantêm por si só, mas as normas feitas são as que precisam se garantir. Desse modo, as normas jurídico-penais são sancionadas por meio de uma pena, que as garantem. E a pena afirmando a norma, garante também a configuração de sociedade.<sup>8</sup>

Convém destacar que a norma garante a identidade social em razão da complexidade da sociedade exigir que as expectativas sociais sejam asseguradas.<sup>9</sup> Demonstra-se com isso que é impossível que uma configuração de sociedade complexa se mantenha sem que para isso exista um Direito Penal.<sup>10</sup>

5 Na obra *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*, Jakobs estabelece mais claramente a relação entre norma e finalidade da pena nas seguintes palavras: “A pena deve ser entendida como marginalização do ato seu significado lesivo, como constatação de que a estabilidade normativa permanece inalterada, a pena é a confirmação da identidade da sociedade, isto é, da estabilidade normativa que com a pena se alcança- desde que se pretenda-, pois esta é sempre a finalidade da pena.” p.51

6 JAKOBS, Gunther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*; tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes; Barueri, São Paulo: Manole, 2003. p. 10

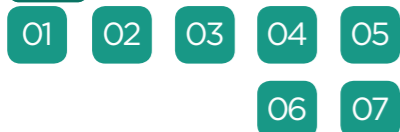
7 Ibid, p. 12

8 E ainda: “A sanção contradiz o projeto do infrator da norma: este afirma a não-vigência da norma para o caso em questão, mas a sanção confirma que essa afirmação é irrelevante” Ibid, p. 13

9 A esse respeito, André Pedrolli Serretti explica de forma mais completa a questão das expectativas: “Nesse universo complexo e contingente, a estabilização das ações humanas se dá na forma de criação de estruturas de assimilação da realidade exterior, denominadas expectativas. O homem pauta a sua conduta através da expectativa que tem do resultado ser atingido por esta. Com o convívio social tem a oportunidade de captar expectativas alheias e determinar sua conduta, para a obtenção dos resultados desejados, a partir de conduta alheias, criando expectativas sobre expectativas” SERRETTI, André Pedrolli. *Crise do pacto social: contribuições do funcionalismo penal sistêmico às funções estatais*. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 15, p. 532-549., jul./dez. 2010. p. 536

10 Com isso, a importância do Direito Penal vai muito além do que lhe é imputado, sendo que cumpre a função de manter os sujeitos reunidos em sociedade a partir de normas que são estabilizadas pela pena. JAKOBS, Gunther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*; tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes; Barueri, São Paulo: Manole, 2003. p.4





No que tange as questões postas sobre a de que o sujeito livre seria suprimido nessa análise funcional e que a nebulosidade que paira sobre a estabilização das normas não esclarece se estas são normas destinadas à liberdade ou normas que causam terror, Jakobs, prosseguindo com sua coerente construção teórica, consegue responder com o que se segue.

A referência à sociedade não pode ser feita sem levar em conta que esta só existe a partir de sujeitos livres, e estes só são tomados assim a partir da noção de sociedade. Dito de outro modo, para o funcionalismo jurídico-penal não há sociedade sem sujeitos livres, são conceitos indissociáveis. Por isso quando se fala em sociedade, já está englobado o sujeito livre.<sup>11</sup>

Em sendo assim, a contraposição da liberdade do sujeito com o coletivismo é errônea, pois uma sociedade em funcionamento é o que possibilita condições empíricas de subjetividade.<sup>12</sup>

Ademais, Jakobs justifica a utilização de sociedade, que se frisa já contém o sujeito livre, pois o Direito Penal ampara-se numa compreensão objetiva que quando se referir ao sujeito se dirigirá a ele como pessoa, uma vez que abre mão das subjetividades e elementos psíquicos que o sujeito possui, pela impossibilidade de compreender tais conceitos.

Tem-se, pois, que “a subjetividade não é só um pressuposto, mas também uma consequência da socialidade. Sem um mundo objetivo vinculante não há subjetividade e vice-versa”<sup>13</sup>. Nesse ínterim, equivocada se mostra a afirmação de que o Direito Penal funcional despreza o sujeito, pois tal medida, qual seja a abstração desse sujeito, é tomada para possibilitar que se oculte a realidade deste em favor de uma visão objetiva do Direito.

Retomando a função do Direito Penal para rebater a questão sobre a que serviria a estabilização da norma, ou seja, se esta norma é voltada para promover liberdades ou terror, Jakobs é categórico ao afirmar que o Direito Penal funcionalista não está fadado a um modelo social determinado. Posto isso, a organização de uma sociedade funcional não implica em saber nada sobre a configuração concreta desta, apenas indica que há uma configuração de sociedade, não importando sobre de qual modo se orienta.<sup>14</sup>

Desse modo, o Direito Penal nunca vai se referir a uma “sociedade desejável”<sup>15</sup>, se restringindo a garantir a sociedade que o gerou como sistema jurídico. Há sociedades, por exemplo, as escravagistas que não consideravam todos os sujeitos como pessoas, sendo a seu turno, o direito correspondente a essas sociedades um ordenamento que excluía escravos de qualquer tutela.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> Ibid, p.14-15

<sup>12</sup> Jakobs ainda completa: “sem uma sociedade em funcionamento não há mais do que uma acumulação casual de indivíduos humanos que ao carecer de algo comum de caráter vinculante não conhecem o mundo objetivo e por isso não podem transpassar o âmbito de suas respectivas percepções individuais”. Ibid, p. 16

<sup>13</sup> JAKOBS, Gunther. Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional; tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes; Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p.19

<sup>14</sup> Jakobs exemplifica “Há sociedades liberais organizadas de modo funcional, enquanto as sociedades coletivas organizadas de modo disfuncional desaparecem, como nos ensina a história mais recente”. Ibid, p.19

<sup>15</sup> Ibid, p.23

<sup>16</sup> Aqui interessante notar que Jakobs reconhece alguns problemas sociais, os quais esclarecem não serem questões a serem resolvidas dentro do Direito Penal, como fica claro no excerto: “Quem -sem que isso lhe seja imputável- não tem possibilidade alguma de adquirir suficientes



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



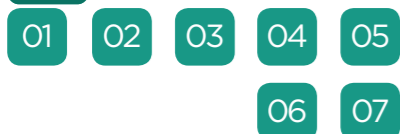
APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS



ARTIGOS



CONTO

Depreende-se então que a proteção de normas não dá ensejo automaticamente a um Direito Penal do terror e, muito menos interfere em cifras criminais, pois essas não são funções precípuas do Direito Penal.

Considerando que a identidade social só pode ser garantida a partir da existência do Direito Penal e rechaçando a visão de que sua função seria a proteção de bens jurídicos, mas sim de tratamento de infrações do direito (norma), Jakobs se lança a análise e explicação dos delitos de perigo abstrato que darão suporte a sua teoria. Para tanto, é preciso partir da noção de que uma sociedade complexa nunca se contentou com normas que visassem apenas proteger bens-jurídicos de lesões, pois sempre houve a necessidade de que determinados comportamentos fossem tidos como perigosos o que orientou que passassem de meras infrações para um delito criminal, ou seja, um ataque contra a identidade social.<sup>17</sup>

No que toca o aspecto de pessoa, parte-se da impossibilidade de se apreender a subjetividade dos partícipes de uma sociedade (como por exemplo, as questões da intenção do agente) e levando-se em conta que essa subjetividade só se dará por meio de manifestações, que correspondem a “objetivações que devem ser interpretadas no contexto das demais manifestações concorrentes”<sup>18</sup> é que para a coerência de uma interpretação da conduta penal, Jakobs aduzirá sempre a pessoa<sup>19</sup> e não a sujeito.

Em sendo assim, a consideração da complexidade social que resulta na sua pluralidade e massificação de contatos anônimos<sup>20</sup> é o que leva o funcionalismo jurídico-penal de Jakobs a defender a fixação objetiva de um comportamento no momento de se delimitar uma infração. Disso decorre que “deve desenvolver-se um padrão conforme ao qual pode mostrar-se o significado vinculante de qualquer comportamento. E se quiser que esse padrão crie ordem, este não pode assumir o caos da massa de peculiaridades subjetivas, ao contrário, deve orientar-se sobre a base de *standarts*, funções, estruturas objetivas”<sup>21</sup>.

#### 4. DESMISTIFICAÇÃO DO DIREITO PENAL DE JAKOBS E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O PENSAR DA CONTENÇÃO DO DIREITO PENAL.

Enquanto muitas críticas dirigidas ao Direito Penal focam suas colocações apenas na pena, ou seja, consequência jurídica penal, avaliando para isto aspectos que tangenciam consequências criminológicas e sociais, a perspectiva do funcionalismo jurídico penal vai além e enxerga o Direito Penal pelo próprio Direito Penal.

meios de subsistência, dificilmente poderá respeitar como pessoa aquele que defende sua opulência, ao contrário, começará uma luta por seu reconhecimento”. Ibid, p. 23.

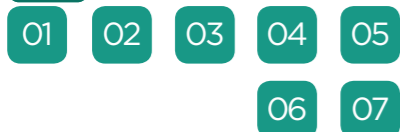
17 JAKOBS, Gunther. Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional; tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes; Barueri, São Paulo: Manole, 2003. p. 25.

18 Ibid, p. 31

19 “Ser pessoa significa representar um papel. Pessoa é a máscara, vale dizer, precisamente não é a expressão da subjetividade de seu portador, ao contrário é a representação de uma competência socialmente compreensível.” Ibid, p.30

20 “ (...) todas as possíveis interações entre uma pessoa em sociedade ou todas as possíveis relações sociais travadas no ambiente em que a lei exerce sua imperatividade” (nota do tradutor). Ibid, p. 31

21 Ibid, p. 33



Dito de outra forma, a crítica de Jakobs é de que a pena não pode ser observada de modo isolado, pois assim ela não é mais do que um mal, é imperativo para compreender o Direito Penal e suas funções, quais sejam, prestações que mantêm um sistema o que se segue:

Apenas sobre a base de uma compreensão comunicativa do fato entendido como afirmação que contradiz a norma e da pena entendida como resposta que confirma a norma se pode encontrar uma relação iniludível entre ambas e, nesse sentido, uma relação racional (...) <sup>22</sup>

Partindo do pressuposto de que a resposta para a expansão do direito penal encontra-se dentro do próprio direito penal, uma crítica que venha a considerar apenas a pena e seus efeitos não alcançará os mesmos resultados que a observação do Direito Penal como um sistema que leva em conta a norma e a pena em seu aspecto comunicativo e funcional.

Quando se entende que o Direito Penal está fadado a garantir a identidade social, ou seja, a norma está intimamente ligada à identidade social e a pena, por sua vez, é a manutenção dessa identidade social, conclui-se que “a sociedade mantém normas e se nega a conceber-se de outro modo” <sup>23</sup>

Em sendo assim, para garantir a configuração de sociedade, o Direito Penal para Jakobs entende o fato punível como uma comunicação, uma expressão de sentido. A afirmação dessa conduta por parte do autor quebra uma expectativa normativa e passa, por um momento, a integrar a conduta determinante daquela sociedade. A pena nesse aspecto contraria essa afirmação de que aquela conduta ser determinante para dizer que a conduta defraudatória não integra aquela configuração social. <sup>24</sup>

Salienta-se, por oportuno, que com esse pensamento Jakobs foge das explicações de aplicação da pena ao tomar consciência de que a pena não tem a finalidade de regenerar ou ressocializar o indivíduo, apenas de manter a própria norma e, assim, a própria sociedade. Também são errôneas as críticas feitas ao autor sob o argumento de que ele defenderia um Estado autoritário ou totalitário, pois o pensamento do professor de Bonn pode ser encarado como acrítico na medida em que não é conservador no sentido de estabilizar um padrão de sociedade, democrática, desigual ou marginalizadora, visa defender o Direito Penal apenas como um assegurador da configuração de sociedade, e não dessa determinada sociedade.

Disso, decorre que o Direito Penal é inerente a existência de uma sociedade complexa, a sua supressão, nesse sentido seria inviável. Mas se hoje críticas são levantadas com relação a sua atuação, seus efeitos cruéis e degradantes, a resposta pode estar dentro de seu sistema jurídico penal, que é passível de reformas mas sempre tendo em vista qual são seus limites funcionais. <sup>25</sup>

<sup>22</sup> JAKOBS, Gunther. Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional; tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes; Barueri, São Paulo: Manole, 2003. p. 4

<sup>23</sup> Ibid, p.4

<sup>24</sup> JAKOBS, Günther e STRUENSEE, Eberhard. *Problemas capitales del derecho penal moderno*, Jakobs, Günther - El sistema de imputación jurídico penal, Buenos Aires: Editora Hammurabi S.R.L, 1998, p.33

<sup>25</sup> Limites que aqui defendemos como a consciência da função do Direito Penal como garantidor da identidade social.



01

02

03



01

02

03

04

05

06

07



Neste sentido, a perspectiva funcionalista sistêmica do Direito Penal como garantidor da identidade social não permite que lhes seja atribuído funções que não são suas como a prevenção ou extinção de crimes, cerne da demanda pela expansão penal assistida atualmente<sup>26</sup>. Para melhor compreensão, tem-se o exemplo da corrupção. Acredita-se que ao punir, aplicando-se mais pena e criando-se mais leis penais, conseguirá se acabar com a corrupção, ou pelo menos diminuí-la.

Ora, a norma ao vedar atos de corrupção, não visa promover um extermínio da corrupção e transformar a sociedade em incorruptível, ela apenas comunica que a conduta corruptiva será penalizada para que afirme que ela não deve ser praticada naquela sociedade e isso não implica que ela se extinguirá. Mas se o que se quer é diminuir – lá, não é pelo Direito Penal que essa transformação se dará. Dito de outra forma não é o Direito Penal que deve forçar uma sociedade sem corrupção.

Eis aqui a mais forte influência do pensamento Jakobsiano para se conter a expansão penal, qual seja, a consciência da verdadeira função do Direito Penal e finalidade da pena.

Ademais, no que tange a responsabilização do Direito Penal pela marginalização e seletividade de determinadas classes em favor da manutenção de poder de outras<sup>27</sup>, a explicação reside, para Jakobs, na função do Direito Penal em garantir a identidade social. Dito de outro modo, a sociedade já seleciona, marginaliza e exclui essas classes e populações e o Direito Penal como é um sistema jurídico penal originado a partir desse determinado sistema social age para manter a sociedade com essa configuração, qual seja a de agravar as desigualdades sociais punindo tais classes.

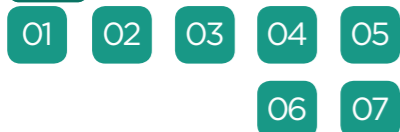
Nesse diapasão, uma sociedade que fosse mais igualitária e mais respeitadora dos direitos das populações vulneráveis, não teria um Direito Penal selecionador, porque nessa situação o Direito Penal desempenharia a função de manter essa identidade social.

Ainda, sobre a crítica de que o funcionalismo pode ser instrumentalizado para diminuir garantias fundamentais, oprimir populações vulneráveis, manter o poder na mão de uma parcela privilegiada, se tornar arbitrário, entre outras, é fundamental levar em conta que a depender da configuração da sociedade não vai importar se o Direito Penal assume uma perspectiva funcionalista, garantista ou minimalista, pois a sociedade que gerar esse sistema jurídico se manterá da mesma maneira. Só uma mudança em como se organiza aquela sociedade é que surtirá efeitos em como o Direito Penal se manifesta, haja vista a sua função de manter a identidade social.

26 A esse respeito, Leonardo Leal Peret Antunes: "(...) sendo que a obsessão social pela pena leva uma expansão muitas vezes exacerbada da tutela penal, visto como o único mecanismo de intervenção apto a diminuir os riscos". ANTUNES, Leonardo Leal Peret. A expansão do direito penal na era da globalização e a criminalidade moderna, Tribunal Virtual, ano 01, Edição nº03, Abril de 2013, ISSN, nº 2317-1898, p.70.

27 Quanto a essa questão, Maurício Dieter em referência à Juarez Cirino dos Santos discorre: "Desta forma, a verdadeira função (da pena) resume-se a reproduzir as relações sociais de dominação de classe, o que ocorre três modos: pela retribuição (determinada pelo tempo de contingência do indivíduo), pela prevenção especial (disciplinando o condenado na ideologia oficial) e pela prevenção geral (pela preservação da ordem social fundada na relação capital – trabalho)." DIETER, Maurício Stegemann. Breve crítica à função de prevenção geral positiva da pena criminal em Jakobs, disponibilizado em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=525>; acessado em 10 / 01 / 2016.





No entanto, as definições da função do Direito Penal e finalidade da pena explanadas no decorrer deste artigo, com base na perspectiva funcionalista sistêmica de Jakobs, não impedem que ocorram reformas dentro do sistema jurídico-penal, apenas delimita que esse sistema é impossibilitado de promover transformações sociais.

A possibilidade de reforma do sistema jurídico-penal “só acontece quando ela é produzida pelo próprio sistema penal a partir de suas operações”<sup>28</sup>. Têm-se, portanto, que qualquer mudança que se intente no Direito Penal só se dará de dentro do Direito Penal. Significa que a crítica que é feita do Direito Penal a partir do seu sistema e estruturas é que poderá ensejar mudanças em sua atuação, mas nunca mudanças que alterem a configuração social.

Desse modo, se o objetivo é promover reformas dentro do Direito Penal que impliquem mais ou menos expansão de sua atuação, a resposta está em conhecer os elementos internos que estruturam seu sistema e repensá-los a partir dessa perspectiva. A vilanização e imputação de funções e finalidades equivocadas do Direito Penal e da pena são insuficientes para promover alterações dentro dele e, muito menos, transformações sociais. Dessa forma, não quer dizer que se devam desprezar as contribuições de estudos e pesquisas sociais e criminológicas que estudam os efeitos degradantes e seletivo da atuação penal, mas a intenção é que se direcione essas constatações para mudanças sociais a partir do sistema social, para que daí o Direito Penal possa garantir essa nova identidade social.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O recorte teórico que embasou o presente artigo possibilitou que se elencassem pontos aptos a desmistificar a figura de Jakobs e trazê-lo para o debate de Direito Penal em outras perspectivas, que não a comum crítica ao professor da Universidade Bonn apenas pela sua teoria do direito penal do inimigo, mostrando que ele não se resume a essa teoria.

Não obstante, uma leitura mais profunda de sua obra evidencia questões que podem ajudar a balizar discussões concernentes à expansão do Direito Penal, uma vez que se tem assistido a uma irracional reivindicação do aumento de tutela penal como se fosse esse ramo do direito capaz de solucionar problemas sociais.

Fora mostrado, portanto, a importância do Direito Penal, independente de como ele se apresenta na presente configuração social, possibilitando que haja uma maior compreensão de sua verdadeira função explicitada por Jakobs e ensejando, por sua vez, que se pense o Direito Penal a partir da perspectiva do próprio Direito Penal, pois a resposta de sua expansão ou contenção estará dentro de seu próprio sistema.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Leonardo Leal Peret. *A expansão do direito penal na era da globalização e a criminalidade moderna*, Tribunal Virtual, ano 01, Edição nº03, Abril de 2013, ISSN nº 2317-1898.

BARREIRA, César Mortari. *Pensar o direito penal a partir de Gunther Jakobs: possibilidade de inovação*; disponibilizado em < <http://revistasapereade.org/SharedFiles/Download.aspx?pageid=149&mid=194&fileid=192>>; acessado dia 02 de Janeiro de 2016.

<sup>28</sup> XAVIER, José Roberto. *Reformar a justiça penal a partir de seu sistema de pensamento: por uma sociologia das idéias penais*; Direito e Práxis Revista, Rio de Janeiro, Vol. 06, N.12, p.438-463. p.439



01

02

03



01

02

03

04

05

06

07



COSTA, Izabella Artur. *Do conceito jurídico-penal de ação para o funcionalismo sistêmico*; disponibilizado em <<http://www.ibccrim.org.br>>, acessado dia 10 de Janeiro de 2016.

DIETER, Maurício Stegemann. Breve crítica à função de prevenção geral positiva da pena criminal em Jakobs; disponibilizado em: <http://WWW.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=525>; acessado em 10 / 01 / 2016.

JAKOBS, Günther. *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*; tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes; Barueri, SP: Manole, 2003. (Estudos de direito penal; v.1).

\_\_\_\_\_. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*; tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes; Barueri, SP: Manole, 2003. (Estudos de direito penal; v.6).

JAKOBS, Günther e STRUENSEE, Eberhard. *Problemas capitales del derecho penal moderno*; Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1998.

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

SERRETTI, André Pedrolli. *Crise do pacto social: contribuições do funcionalismo penal sistêmico às funções estatais*. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 15, p. 532-549., jul./dez. 2010.

XAVIER, José Roberto. *Reformar a justiça penal a partir de seu sistema de pensamento: por uma sociologia das idéias penais*; Direito e Práxis Revista, Rio de Janeiro, Vol. 06, N.12, p.438-463.