APONTAMENTOS TEÓRICOS SOBRE O FUNCIONALISMO NORMATIVISTA DE GÜNTHER JAKOBS.

THEORETICAL REMARKS ON GÜNTHER JAKOBS' NORMATIVE FUNCTIONALISM.

Gustavo Lamartins de Moura¹

Paula Maria Nasser Cury²

RESUMO

O artigo que ora se apresenta tem como objetivo expor alguns dos elementos que compõem a teoria do funcionalismo jurídico-penal de Günther Jakobs e suas principais implicações. No Brasil, renomados penalistas têm criticado o pensamento jakobsiano sob o argumento de que ele possui características juspositivistas e legitimaria, por isso, a existência e a manutenção de regimes de governo autoritários. Esse tipo de crítica parece estar ligado a um entendimento equivocado do que foi o Positivismo Jurídico, por um lado, e a uma compreensão apenas superficial do pensamento de Jakobs, por outro. Quanto à atribuição de caráter juspositivista à teoria do funcionalismo normativista, procurar-se-á explicitar os elementos constitutivos desta corrente teórica, destacando a relação entre forma como fundamento de validade e eficácia como condição de validade do Direito e da norma jurídica. Em relação à compreensão da teoria de Jakobs, a proposta é apontar razões suficientes para afirmar-se que, a despeito de este autor sustentar que as normas penais não têm a função de escolher o que é bom e/ou correto para uma determinada sociedade (cabe a elas apenas normatizar as concepções que essa sociedade possui acerca daquilo que é bom e/ou correto), o sistema penal concebido por Jakobs não abre espaço para que conteúdos socialmente repudiados tornem-se juridicamente devidos. Após percorridas estas etapas, discutir-se-á a questão específica da pertinência do Direito Penal do Inimigo a um sistema funcionalista normativista como o que o mencionado autor propõe.

Palavras-chave: Funcionalismo normativista. Positivismo jurídico. Legitimidade material. direito penal do inimigo.

1 INTRODUÇÃO

Na década de 1980, Günther Jakobs apresentou à comunidade científica sua proposta epistemológica acerca do Direito Penal, provocando polêmicas e gerando

¹ Especialista em Direito Público pelo IMEC. Advogado.

² Mestre em Filosofia do Direito pela PUC Minas. Professora da PUC Minas campus Serro.

debates que se estendem até o momento presente. A teoria de Jakobs questiona matrizes históricas do pensamento jurídico-penal, como a concepção de delito como lesão ou ameaça de lesão a bens juridicamente tutelados, dos quais vida e propriedade seriam exemplos, ou o recurso à ontologia como mecanismo de controle do conteúdo das normas penais. Como premissa básica sobre a qual essa teoria se desenvolve, encontra-se a idéia de que a legitimação material do Direito Penal decorre do fato de ele ser necessário para garantir a vigência de expectativas **normativas** essenciais (PARMA, 2001, p. 94): o Direito Penal tem como função assegurar que as normas que integram o ordenamento jurídico de um determinado Estado sejam cumpridas e que, conseqüentemente, os conteúdos materiais dessas normas sigam regulamentando as interações humanas no âmbito de tal Estado. Porém, não é próprio do Direito Penal estabelecer quais sejam esses conteúdos – estes devem ser buscados no contexto social, onde o significado de cada comportamento (certo ou errado) é estabelecido. É nesse sentido que Jakobs fala em uma **função social** do Direito Penal ou em **funcionalismo normativista**:³ ao conferir normatividade a determinados comportamentos socialmente construídos e intersubjetivamente partilhados, a ação correta é transformada em uma ação juridicamente devida (e, obviamente, a ação incorreta em uma ação juridicamente proibida), e, aos atores daquela sociedade, é atribuído o dever jurídico de se comportarem da maneira que esta considera adequada:

O Direito Penal se legitima formalmente mediante a aprovação conforme à Constituição das leis penais. A legitimação material reside no fato de que as leis penais são necessárias para a manutenção da forma da sociedade e do Estado. Não existe nenhum conteúdo genuíno das normas penais, sendo que os conteúdos possíveis se regem pelo respectivo contexto da regulação. Ao contexto da regulação pertencem as realidades da vida social, assim como as normas, [...]. (JAKOBS, 1997a, p. 44-45).⁴

³ Jakobs apresenta uma definição própria do que seja seu funcionalismo jurídico-penal: “aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a Constituição e a sociedade” (JAKOBS, 1996, p. 15. Na fonte em espanhol: “aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad”). Nesse sentido, afasta-se de Roxin, para quem, além de estabilizar o sistema, compete ao Direito Penal também estabelecer elementos de política criminal e considerar circunstâncias empíricas e psíquicas presentes nas diversas situações concretas (ROXIN, 2000, p. 52-53).

⁴ Na fonte em espanhol: “El Derecho penal se legitima formalmente mediante la aprobación conforme a la Constitución de las leyes penales. La legitimación material reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado. No existe ningún contenido genuino de las normas penales, sino que los contenidos posibles se rigen por el respectivo contexto de la regulación. Al contexto de la regulación pertenecen las realidades de la vida social así como las normas, [...]”.

Porém, o fato de a norma penal ser composta materialmente de expectativas sociais de comportamento não garante, por si, que todo e qualquer integrante da sociedade aja de acordo com o ordenamento jurídico. Pode acontecer de um de seus membros, apesar de não contestar a validade de determinada norma para a sociedade como um todo (como universalidade), considerá-la, em um dado momento, inválida para si: como parte daquele ethos, ou, em outras palavras, como componente daquela universalidade, ele entende que a norma é apropriada para regular comportamentos; entretanto, afasta sua aplicação especificamente quanto ao seu comportamento, dissociando-se, enquanto particular, da universalidade que ele compôs e deveria continuar compondo.⁵ Para assegurar que o ordenamento jurídico será preservado diante de ataques à sua integridade, como o exemplificado acima, o Direito Penal possui um instrumento: a pena. Jakobs constrói sua teoria da pena combinando dois alicerces distintos, mas não estanques, e que ele denomina “Direito Penal do Cidadão” e “Direito Penal do Inimigo”.⁶ Direito Penal do Cidadão e do Inimigo representam tipos ideais de reação do Estado a um ilícito penal cometido por alguém. Nas palavras do próprio autor, esses tipos “difícilmente serão levados à realidade [efetivados] de modo puro” (JAKOBS, 2003b, p. 21)⁷, mas se mesclam e se interpenetram na discussão acerca da natureza e dos objetivos pretendidos com a punição. A pena, para Jakobs, é sempre coação. Mas essa coação pode se manifestar de duas formas distintas: em determinados casos, além de consistir na imposição de violência (legitimada pelo Estado), a coação pode, através dessa violência, transmitir uma mensagem, uma resposta à ação criminosa, informando que essa ação não atingiu a vigência da norma, ou seja, que o ataque ao ordenamento não foi suficiente para abalar sua estrutura. Neste sentido, a coação é, mais que mera imposição de violência, uma contradita ao delito. A coação pode também, em outras situações, assumir uma feição pura (mera imposição de violência), objetivando apenas impedir que o agente ativo de um ilícito penal volte a praticar a conduta juridicamente reprovada. A pena que possui unicamente esta característica não é, ou, no mínimo, não tem a pretensão de ser uma resposta ao

⁵ Pode acontecer também de um dos membros da sociedade considerar a norma inválida para todos. Todavia, esse problema pode ser neutralizado ou, ao menos, minorado, se o procedimento para a seleção das expectativas sociais relevantes for a promoção de uma interação discursiva racional entre os atores sociais. Por meio desse procedimento, os conteúdos cuja validade geral é questionada podem ser confirmados e/ou atualizados, e assim, conformados à realidade (dinâmica).

⁶ É importante frisar que Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo não são a teoria de Jakobs sobre a pena mas, como se disse, alicerces, pilares sobre os quais ele constrói essa teoria.

⁷ Na fonte em espanhol: “[...] difícilmente aparecerán llevados a la realidad de modo puro”.

criminoso, mas uma medida que visa assegurar que o ordenamento não voltará a ser ameaçado. O primeiro tipo de coação, explica Jakobs, é próprio de uma espécie de pena que trata o apenado como sujeito de Direito, como indivíduo dotado de personalidade ou, em termos jakobsianos, como “cidadão” (JAKOBS, 2003b, p. 23-24). O segundo tipo desconsidera a personalidade, satisfazendo-se com a mera eliminação do perigo que o agente – agora tratado como mero indivíduo – poderia representar. Esse indivíduo, que aqui não possui prerrogativas próprias de um cidadão⁸, é o inimigo do ordenamento. O Direito Penal que se aplica a ele é o Direito Penal do Inimigo.

Por negar, por um lado, a existência de conteúdos materiais próprios do Direito Penal e, por outro lado, por defender a existência de um Direito Penal do Inimigo, no qual o criminoso perde o atributo da personalidade, Jakobs foi alvo de inúmeras críticas. No presente ensaio, serão discutidas algumas delas, notadamente aquelas elaboradas por teóricos brasileiros. O ponto principal, comum à maioria delas, é a associação do funcionalismo normativista ao Positivismo Jurídico ou, ao menos, a uma determinada (in)compreensão de Positivismo Jurídico. Para Luiz Regis Prado, por exemplo, Jakobs propõe “um movimento positivista e organicista, ainda que com roupagem nova”. De acordo com ele, isso ocorre porque Jakobs insiste “em uma renormatização penal, deixando o legislador absolutamente livre, sem vinculação a nenhuma estrutura prévia à normação jurídica” (PRADO, 2008, p. 101). Essa construção possuiria um caráter artificial e abstrato, e seria ainda “alheia

⁸ Que podem ser resumidas, numa alusão ao pensamento hegeliano, na consideração do agente como ser dotado de personalidade e, portanto, de autonomia. Aqui cabe uma breve consideração: Hegel entende que somos objeto de uma racionalidade dialética, por força da qual transitamos sempre do particular para o universal e vice-versa. O Direito, para Hegel, é o reino da liberdade efetivada (HEGEL, 1997, p. 31). Isso significa que o Direito contém a união da minha vontade particular com uma vontade universal. Enquanto ser racional, quero pertencer a um ordenamento jurídico válido para mim e para os demais membros da sociedade e, como ator social, participo e atualizo as normas que o mesmo ordenamento contém, sendo ao mesmo tempo autor e destinatário delas. A conduta criminosa é fruto de uma dissociação entre a vontade particular e a universal: enquanto criminoso, não deixo de querer que o Direito prevaleça para todos os outros, ou seja, não nego sua validade universal. Apesar disso, quero que, em relação a mim, o Direito não prevaleça: minha vontade particular é contrária às normas jurídicas. A pena, nessa perspectiva, tem o papel de reconciliar essas duas vontades: afirmando o Direito em relação à minha vontade particular, ela nega a minha negação ao ordenamento, restabelecendo a compatibilidade entre particular e universal. Todo esse processo é possível porque, para Hegel, só é dono de uma vontade livre (seja ela particular ou universal) alguém dotado de personalidade. Ou seja: a resposta do Direito à minha conduta é um reconhecimento de que sou uma pessoa autônoma, não um mero indivíduo. Jakobs segue claramente a linha hegeliana. O cidadão é alvo de uma punição ao mesmo tempo física e semântica: por ser uma pessoa, ele faz jus a uma resposta. O inimigo – que não é cidadão –, por sua vez, é punido apenas fisicamente. Isso só é possível porque ele não é considerado um ser dotado de personalidade (uma pessoa), apenas um indivíduo.

à natureza do ser humano (dessubjetivação da responsabilidade penal), indiferente aos valores, em que a punição subordina-se tão-somente ao social, às necessidades do sistema”, razões pelas quais uma teoria desse tipo “pode atentar gravemente contra a concepção de Estado democrático de Direito gizado no texto constitucional brasileiro de 1988” (PRADO, 2008, p. 102). No mesmo sentido, entendem Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes e Antônio Molina que:

O funcionalismo radical nega a existência de critérios ontológicos apriorísticos que permitam distinguir entre si as diversas condutas “desviadas” (e acaba por equipará-las). [...] por sua neutralidade axiológica, supõe um autêntico cheque em branco nas mãos de qualquer legislador, assim como a legitimação ex post de todo sistema social. Não cabe a crítica ou valoração a partir de instâncias externas a esse sistema. (BIANCHINI; GOMES; MOLINA, 2009, p. 138).

Por possuir essas características, o modelo de Jakobs corresponderia a “desígnios claramente conservadores do status quo, legitimadores de qualquer sistema social” (BIANCHINI; GOMES; MOLINA, 2009, p. 139). Bitencourt é outro penalista que corrobora este entendimento. De acordo com ele, Jakobs entende o Direito Penal como “um sistema normativo fechado, auto-referente (autopoietico) e limita a dogmática jurídico-penal à análise normativo-funcional do Direito positivo, com a exclusão de considerações empíricas não-normativas de valorações externas ao sistema jurídico-positivo” (BITENCOURT, 2008, p. 76). Este autor, para quem o funcionalismo de Jakobs é “cientificamente desnecessário”, alega ainda que uma teoria como a jakobsiana “dificulta sobremodo qualquer tentativa de limitar o poder punitivo estatal, para atender aos reais interesses – e não apenas simbólicos – da sociedade” (BITENCOURT, 2008, p. 77).

No curso da argumentação a ser desenvolvida nesta sede, procurar-se-á demonstrar (1) que, se a teoria de Jakobs possui características que permitem relacioná-la ao Positivismo Jurídico, isso não ocorre pelos fundamentos comumente apresentados, ligados a uma compreensão equivocada do que foram as idéias defendidas pelos positivistas; (2) que o fato de a norma penal não se legitimar materialmente em razão de elementos estranhos ao Direito não tem como consequência a validade da afirmação de que um sistema assim concebido permite a existência de ordens jurídicas contrárias à vontade dos indivíduos que compõem um determinado Estado; e, ainda, (3) que, nessa perspectiva, o Direito Penal do

Inimigo pode ser uma proposta internamente coerente⁹, ou seja, consentânea com o funcionalismo normativista jakobsiano. Com isso, pretende-se, em última instância, afastar críticas improcedentes, o que não se confunde com a afirmação de que o pensamento de Jakobs não é passível de críticas, desde que sob outros fundamentos.

2 O FUNCIONALISMO NORMATIVISTA DE JAKOBS E O POSITIVISMO JURÍDICO

O objeto de discussão neste tópico é, como mencionado acima, a correlação comumente feita entre a tese sobre o Direito Penal proposta por Jakobs e as idéias defendidas pelos juspositivistas, como Hart, Kelsen e Bobbio. As principais características atribuídas ao sistema penal de Jakobs e que teriam relação com o Positivismo Jurídico são o caráter meramente formal das normas jurídicas que, por permitir a introdução de qualquer conteúdo no ordenamento jurídico, legitimaria a instauração de regimes autoritários, dos quais o nazismo é um exemplo; e a dicotomia, decorrente do formalismo, entre ser e dever-ser, que torna o Direito uma ordem meramente ideal, estanque da realidade.

Quanto ao formalismo, devem ser feitas as seguintes considerações: o Positivismo Jurídico constituiu-se como uma corrente contrária à crença em um Direito Natural, que por sua vez defendia a existência de uma definição imanente do que seriam valores como a justiça, por exemplo. A crítica a essa concepção naturalista tinha como base o argumento de que não se pode falar em conceitos objetivos de valores. O conteúdo desse tipo de conceito seria sempre preenchido de forma subjetiva. O máximo que poderia acontecer é que essa subjetividade fosse intersubjetiva, ou seja, que houvesse uma certa concordância quanto à correção de uma determinada concepção de justiça. Isso não significa, porém, que não seria legítimo discordar e compreender o conceito de modo diverso. Valores – dos quais justiça é um exemplo – são produto da moral; havendo várias morais possíveis, o justo para uma determinada moral seria sempre apenas **um** justo, e não **o** justo. Como consequência desse relativismo axiológico, no pensamento juspositivista não há lugar para o imanente ou o absoluto. Um valor seria reconhecido como integrante

⁹ Apesar de, externamente, ou seja, confrontando-se a teoria de Jakobs com outras e com o próprio significado da expressão Estado Democrático de Direito, ela se mostrar polêmica e questionável.

de um ordenamento jurídico apenas na medida em que fosse objeto de uma norma integrante desse ordenamento. Dito de outro modo: o que determina se uma concepção de justiça ou de qualquer outro conceito que possa ser utilizado no âmbito do Direito é jurídica ou não é sua manifestação por meio de um modelo (forma) normativo válido. O fundamento de validade da norma jurídica é, portanto, meramente formal. O Positivismo não impunha um conteúdo material, ainda que mínimo, à norma jurídica.

Ocorre que – e este é um dado praticamente desconsiderado quando se criticam o formalismo e o relativismo axiológico –, se por um lado não se pode contestar que o **fundamento** de validade do Direito repousava em uma estrutura de ordem formal, por outro não se pode olvidar que a **condição** de validade envolvia a aceitação/utilização da norma em termos práticos (a esse respeito, vide, por exemplo, KELSEN, 1987, p. 6). Dito de outro modo, a eficácia da norma era condição para a ratificação de sua validade formal. Assim, se é verdade que o Positivismo Jurídico não pressupunha determinados conteúdos como necessariamente integrantes de um ordenamento jurídico, também é fato que a escolha de um conteúdo que não contasse com um mínimo de concordância entre os sujeitos (ao menos um grupo deles) subordinados àquele Direito dificilmente prevaleceria. Nesse sentido, a afirmação de que o Positivismo Jurídico legitimaria regimes autoritários (a principal referência, talvez por influência do pensamento de Radbruch, é ao nazismo) é consistente apenas de modo relativo.¹⁰

Usando como pano de fundo a idéia de eficácia como condição de validade, a questão do relativismo liga-se à da dicotomia entre ser e dever-ser – outro alvo comum de críticas ao Positivismo Jurídico, e que precisa ser melhor compreendido. Quando os juspositivistas afirmam que o Direito é uma ordem deontológica, ou seja, cuida daquilo que deve ser, não o fazem de forma absoluta, desconsiderando totalmente a realidade. O que pretendem combater é a caracterização do Direito

¹⁰ A crítica procede apenas de modo relativo porque, se for válido afirmar que o nazismo, por exemplo, foi um regime totalmente imposto aos cidadãos alemães, ou seja, que suas práticas não eram nem mesmo minimamente legitimadas por aquela sociedade, seria pouco eficiente, do ponto de vista estratégico, estruturá-lo sobre bases relativistas. Como o relativismo permite e até mesmo pressupõe a coexistência de várias morais, ao invés da imposição de uma moral sobre as outras, seria legítimo tanto aderir como contestar o regime (o que, para um modelo de governo autoritário, não seria uma vantagem). O ponto em que a crítica procede é, portanto, o fato de que o Positivismo Jurídico não nega que o nazismo, por possuir um determinado conteúdo, não seja Direito válido. Mesmo aqui, a crítica pode ser flexibilizada se considerarmos a eficácia como condição de validade da norma jurídica: um conteúdo completamente alheio à realidade e que não contasse com um mínimo de adesão por parte da população dificilmente se tornaria eficaz.

como um sistema que descreve meras relações de causalidade. É nesse sentido que o Direito é um dever-ser: o fato de algo acontecer no mundo fático não pressupõe, por si, sua juridicidade. Com isso, não se afirma que o Direito se sustenta como ordem alheia à faticidade. Afinal, se o conteúdo não é critério para fundamentar a validade de uma norma ou do ordenamento como um todo, ele é, como visto, condição para que sua validade se mantenha (GOMES, 2004, p. 202-206). E um conteúdo completamente estranho à realidade das práticas sociais comuns a uma determinada sociedade, se não invalida a norma do ponto de vista formal, torna-a ineficaz sob a ótica prática.

Examinada a partir dos esclarecimentos acima elaborados sobre algumas das principais características juspositivistas, a aproximação comumente feita entre o Positivismo Jurídico e o pensamento de Jakobs perde muito de sua substância – e, nos pontos em que permanece consistente, deixa de ter um caráter puramente contestatório. Nesse sentido, em relação ao fato de Jakobs não prever a existência de um conteúdo material próprio do Direito Penal, sintetizado sob a afirmação de que “não existe nenhum conteúdo genuíno das normas penais” (JAKOBS, 1997a, p. 44)¹¹, há que se considerar que, se por um lado, este autor afirma ser de Direito Penal toda norma que formalmente possuir uma estrutura válida para normas penais, por outro isso não autoriza a interpretação apressada de que qualquer conteúdo poderá ser considerado válido e, portanto, admissível. Admitindo-se que a validade de uma norma pode ser analisada também a partir de uma perspectiva material, como acima exposto, será materialmente válido (eficaz, no sentido positivista) aquele conteúdo que houver sido extraído daquilo que o autor denomina “contexto de regulação”, ao qual “pertencem as realidades da vida social, assim como as normas” (JAKOBS, 1997a, p. 45)¹². As normas, portanto, têm uma sede, e esta sede são as práticas que constituem a “vida social”. Há um campo semântico no qual estão necessariamente inseridas (a relação apontada por Jakobs entre normas e contexto social é de pertencimento), e do qual não podem se afastar, sob pena de se tornarem ineficazes. Formalismo e regulação de um dever-ser significam, então, apenas que não é o Direito Penal que pré-determina ou de qualquer outro modo elabora os conteúdos, e não podem ser interpretados extensivamente, de

¹¹ O texto base, a partir do qual a tradução acima foi realizada, se encontra transcrito na nota de rodapé n. 4.

¹² O texto base, a partir do qual a tradução acima foi realizada, se encontra transcrito na nota de rodapé n. 4.

modo a levarem à conclusão de que para o Direito Penal qualquer conteúdo, por absurdo que seja, é válido se for expresso por meio de uma norma penal. Isso comprometeria a teoria de Jakobs em um ponto fundamental: se o Direito Penal existe para normatizar **expectativas sociais** (funcionalismo normativista), seu conteúdo precisa ser limitado por essas expectativas¹³; do contrário, o sistema não cumpriria sua própria função. O que ocorre é somente que, para Jakobs, esse limite não se encontra estabelecido no ordenamento jurídico, mas fora dele.

Com isso, também a crítica de que o Direito Penal de Jakobs favorece regimes autoritários, por dificultar a imposição de qualquer restrição ao poder estatal de aplicar punições, é mitigada. Aqui, vale o mesmo argumento explicitado em relação ao Positivismo Jurídico como teoria justificadora do nazismo: o conteúdo da norma passa por uma dimensão de conformação material, que é a adequação às expectativas sociais. Em relação a Jakobs, porém, esse argumento é fortalecido pela tese da função social do Direito Penal. De acordo com essa tese, a razão de ser da pena é intrinsecamente ligada ao cumprimento de seu papel de garantidora da estabilidade das normas vigentes (cujo conteúdo, é importante lembrar, é extraído do contexto social). Com isso, excessos não tolerados pela sociedade devem ser repelidos do ordenamento, sob pena de ele deixar de cumprir sua própria função.

3 A QUESTÃO DO CONTEÚDO DA NORMA PENAL

Neste tópico, a idéia esboçada acima, de que o conteúdo da norma penal deve referir-se ao contexto social, será mais pormenorizadamente examinada. Como já havia sido enfatizado, o fato de o Direito Penal não pré-determinar conteúdos normativos legítimos não implica que qualquer conteúdo possa, irrestritamente, preencher uma norma penal válida. De acordo com Jakobs, a legitimação material do Direito Penal advém de as leis penais serem necessárias para a manutenção da forma da sociedade e do Estado (JAKOBS, 1997a, p. 44). Essa manutenção é operacionalizada por meio da garantia de vigência das normas que contêm tal forma de organização (sociedade e Estado). Em outras palavras:

¹³ Na expressão “expectativas sociais” enquadram-se, inclusive, valores.

A garantia consiste em que as expectativas imprescindíveis para o funcionamento da vida social, na forma dada e na exigida legalmente, não se dêem por perdidas caso resultem defraudadas. Por isso – ainda que contradizendo a linguagem usual – se deve definir como o bem a proteger a firmeza das expectativas normativas essenciais frente à decepção, firmeza frente às decepções que tem o mesmo âmbito que a vigência da norma posta em prática; este bem se denominará a partir de agora *bem jurídico-penal*.¹⁴ (JAKOBS, 1997a, p. 45).¹⁵

A colocação da vigência da norma positivada como cerne da proteção jurídico-penal (bem jurídico-penal por excelência) mostra o desvio que Jakobs promove em relação às concepções tradicionais sobre os objetivos e os alvos de proteção do Direito Penal. A questão, para ele, é o autor do delito produzir **imputavelmente** um dano: “seu projeto de conformação do mundo se opõe ao da norma” (JAKOBS, 1997a, p. 46).¹⁶ Para Jakobs, apenas sob este ponto de vista o conceito de bem jurídico-penal é elevado à esfera em que são desenvolvidas interações sociais que interessam ao Direito Penal: “a esfera da significação do comportamento (delitivo) enquanto negação do significado de normas e a reafirmação de perseverar no significado da norma por meio da reação punitiva” (JAKOBS, 1997a, p. 46).¹⁷ E “significado”, aqui, é uma palavra que deve ser compreendida no contexto do funcionalismo: o significado, o sentido da norma penal, é preenchido **socialmente**.

Não há, portanto, um limite absolutamente válido entre comportamento simplesmente imoral, por um lado, e lesão de bens jurídicos, descumprimento de deveres especiais e perturbação da paz social, por outro; agora bem, **é possível determinar-se o limite relativamente para uma sociedade de características determinadas**. (JAKOBS, 1997a, p. 55. Sem negrito no original).¹⁸

¹⁴ Para maiores esclarecimentos acerca das objeções que Jakobs faz sobre a concepção tradicional de “bens jurídico-penais” e de sua proposta alternativa, vide, especialmente, o capítulo 2 de seu **Direito Penal: Parte Geral**, intitulado “A legitimação material do Direito Penal” (JAKOBS, 1997a, p. 44-61).

¹⁵ Na fonte em espanhol: “La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas. Por eso – aun contradiciendo el lenguaje usual – se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora *bien jurídico-penal*”.

¹⁶ Na fonte em espanhol: “[...] su proyecto de conformación del mundo se opone al de la norma”.

¹⁷ Na fonte em espanhol: “[...] la esfera de la *significación* del comportamiento (delictivo) en tanto que negación de del *significado* de normas y el reforzamiento de perseverar en el significado de la norma por medio de la reacción punitiva”.

¹⁸ Na fonte em espanhol: “No hay, pues, un limite absolutamente válido entre comportamiento simplemente inmoral, por una parte, y lesión de bienes jurídicos, incumplimiento de deberes especiales y perturbación de la paz social, por otra; ahora bien, sí puede determinarse el limite relativamente para una sociedad de características determinadas”.

A negação de que seja possível afirmar a existência de um critério **universalmente** hábil para distinguir conteúdos penais válidos de conteúdos penais inválidos não torna, como parecem entender os críticos de Jakobs, sua teoria relativista no sentido pejorativo (qualquer conteúdo é válido). O fato de o limite ao conteúdo material não ser determinado por meio de algum procedimento situacionalmente independente não impede que ele possa ser limitado contextualmente. É isso o que Jakobs propõe no excerto transcrito acima, em que se mostra favorável à determinação do que seja uma conduta passível de regulação por meio do Direito Penal **“relativamente para uma sociedade de características determinadas”**, ou seja, considerando-se aquilo que, naquele modo de vida, é tido como suficientemente importante para merecer a proteção de uma norma penal. Um Direito que desconheça esse limite fático falhará no cumprimento de sua função: “se se pretende que o Direito mantenha sua capacidade de conexão com a vida cotidiana, não pode contradizer de maneira radical as constatações cotidianas consolidadas” (JAKOBS, 2003a, p. 44).¹⁹

É importante destacar que essas “constatações cotidianas consolidadas” não possuem, ao contrário do que à primeira vista a palavra “consolidadas” possa sugerir, um caráter estático. Em um Estado que preserve as liberdades daqueles que o integram – ou seja, em um Estado não-autoritário –, deve ser permitido ter opiniões críticas sobre as leis, desde que essa atitude crítica não implique sua inobservância²⁰ (JAKOBS, 1997a, p. 60). Coerentemente com o restante de sua teoria, Jakobs não poderia permitir que a alteração do conteúdo das normas penais, ainda que reflexo de modificações do contexto social, fosse imposta como **ataque** ao Estado e ao Direito. Afinal, isso quebraria a expectativa de manutenção do ordenamento, que consiste na função última do Direito Penal. Porém, atento ao fato de que as expectativas e constatações sociais podem modificar-se, Jakobs concebe a possibilidade de um determinado conteúdo ser atualizado – no sentido hegeliano – , desde que para tanto sejam utilizados mecanismos legalmente previstos.²¹

¹⁹ Na fonte em espanhol: “[...] si se pretende que el Derecho mantenga su capacidad de conexión en la vidacotidiana, no puede contradecir de manera radical las constataciones cotidianas consolidadas”.

²⁰ O que repercute de forma negativa em relação ao direito de resistência ou à desobediência civil.

²¹ Jakobs associa a presença de elementos que reprimam essa espécie de dinamização do conteúdo das normas penais (por meio de críticas às leis vigentes que não consistam em infrações a elas) à fragilidade da legitimação material de um determinado Direito Penal. Sobre isso, ver o já mencionado capítulo “A legitimação material do Direito Penal” (JAKOBS, 1997a, pp. 44-61), especialmente o ponto IV.

Na perspectiva do funcionalismo normativista de Jakobs, portanto, a questão do conteúdo material da norma penal assume uma complexidade que vai muito além da afirmação de que “a norma pode ter qualquer conteúdo”. Há um necessário entrelaçamento entre legitimação material e conteúdo socialmente determinado, do qual Jakobs não poderia se afastar sob pena de comprometer o fundamento de sua própria teoria. Assim, de acordo com o próprio autor:

[...] é impossível desgarrar o Direito Penal da sociedade; o Direito Penal constitui um cartão de apresentação altamente expressivo da sociedade, da mesma forma que sobre a base de outras partes da sociedade cabe derivar conclusões bastante confiáveis sobre o Direito Penal. Por exemplo, que a pena máxima seja imposta por bruxaria, por contar piadas sobre o *Führer* ou por assassinato, caracterizam a ambos, ao Direito Penal e à sociedade.

Por conseguinte, **existe uma dependência recíproca entre a sociedade e o Direito Penal: cabe pedir ao Direito Penal que realize esforços para assumir novos problemas sociais, até que o sistema jurídico alcance uma complexidade adequada com referência ao sistema social, do mesmo modo que, inversamente, o Direito Penal pode recordar à sociedade que se devem ter em conta certas máximas que se consideram indisponíveis.** (JAKOBS, 1996, p. 22-24. Sem negrito no original).²²

4 DIREITO PENAL DO INIMIGO: SUA PERTINÊNCIA À TEORIA DO FUNCIONALISMO NORMATIVISTA DE JAKOBS

Para uma compreensão adequada do que representa a inserção do Direito Penal do Inimigo no funcionalismo normativista de Jakobs, é necessário ter em mente os pontos acima desenvolvidos: em primeiro lugar, o Direito Penal existe para cumprir uma função estabilizadora de relações sociais. O desempenho dessa função está ligado ao exercício de uma competência normativa, ou seja, a uma capacidade de transformar em dever-ser expectativas de comportamentos considerados contextualmente adequados. A legitimidade material do Direito Penal não está

²² Na fonte em espanhol: “[...] es imposible desgajar al Derecho penal de la sociedad; el Derecho penal constituye una tarjeta de presentación de la sociedad altamente expresiva, al igual que sobre la base de otras partes de la sociedad cabe derivar conclusiones bastante fiables sobre el Derecho penal. Por ejemplo, que la pena máxima se imponga por brujería, por contar chistes sobre el *Führer* o por asesinato, caracteriza a ambos, al Derecho penal y a la sociedad. Por consiguiente, existe una dependencia recíproca entre la sociedad y el Derecho penal: cabe pedir al Derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales, hasta que el sistema jurídico alcance una complejidad adecuada con referencia al sistema social del mismo modo que a la inversa el Derecho penal puede recordar a la sociedad que se deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles.”

associada a algum conteúdo axiológico específico ou a uma moral mínima, mas à capacidade de manutenção do ordenamento, o que é conseguido por meio de uma aproximação entre o que a norma transforma em algo devido e o que a sociedade considera um comportamento esperado/desejado. Como foi demonstrado, apesar de Jakobs conceber o Direito Penal como um sistema formal, isso não afasta, por si, a exigência de pertinência de seus conteúdos à realidade que ele pretende regular. Forma e eficácia não se excluem; antes, complementam o sentido de validade da norma jurídica.

Um ato delituoso é sempre um ataque contra o ordenamento vigente e, portanto, sempre uma ameaça contra a pacificação das relações sociais e contra a realização da função do Direito Penal. Porém, o grau de ataque e de ameaça às normas pode ser mais brando em determinados casos e mais grave em outros. A avaliação da “gravidade” do ato deve ter, para Jakobs, conseqüências sobre o tratamento que o autor de um delito receberá – cidadão ou inimigo do ordenamento.

Jakobs entende que, assim como a vigência de uma norma não pode se sustentar de maneira puramente contrafactual (dever-ser completamente alheio à realidade), também a personalidade do autor de um delito não persiste apenas porque todo membro da sociedade deve ser, abstratamente, dotado deste atributo. É necessário que ele dê mostras, ainda que mínimas, de ser uma pessoa, no sentido que aquela sociedade atribui a este termo. Uma norma, para converter-se em algo real (eficaz), necessita de uma suficiente “**corroboração cognitiva**”, que espelhe uma configuração social realmente suscetível de ser vivida (JAKOBS, 2003b, p. 37). Do mesmo modo, para ser tratado como pessoa, o autor de um feito delituoso precisa ser reconhecido não apenas como ser humano (mero indivíduo), mas como alguém capaz de se autodeterminar. Se seus atos não transmitirem uma corroboração cognitiva mínima quanto à posse de personalidade, a atribuição dessa característica a ele seria meramente contrafática:

O mesmo sucede com a personalidade do autor de um feito delituoso: tampouco esta pode se manter [...] sem nenhuma corroboração cognitiva. Se se pretende não só introduzir o outro no cálculo como indivíduo, é dizer, como ser que avalia em função de satisfação e insatisfação, mas também tomar-lhe como pessoa, o que significa que se parte de sua orientação com base no lícito e no ilícito, então também esta expectativa normativa deve encontrar-se cimentada, no fundamental, de maneira cognitiva, e isso com

tanto mais clareza quanto maior seja o peso que corresponda às normas em questão. (JAKOBS, 2003b, p. 38).²³

Jakobs associa a quebra da corroboração cognitiva quanto à posse de personalidade por parte do autor de um ato delituoso, portanto, a duas variáveis: a reiteração de condutas que comprovem sua desorientação quanto ao que a sociedade na qual está inserido considera lícito ou ilícito e o peso da norma atacada por meio da infração. Como se pode perceber, não se trata de uma fórmula exata, mas de uma orientação. Em geral, o cometimento desse tipo de atos leva a uma diminuição da disposição de tratar o delinqüente como pessoa (JAKOBS, 2003b, p. 38). Para Jakobs, esses indivíduos:

[...] se apartaram provavelmente de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, é dizer, não prestam a garantia cognitiva mínima que é necessária para o tratamento como pessoa. A reação do ordenamento jurídico frente a esta criminalidade se caracteriza [...] pela circunstância de que não se trata, em primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma²⁴, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade se adianta num grande trecho rumo ao âmbito da preparação, e a pena se dirige à asseguuração frente a feitos futuros, não à sanção de feitos cometidos. (JAKOBS, 2003b, p. 40-41).²⁵

Não se deve concluir, porém, que uma vez quebrada a corroboração cognitiva mínima necessária para conferir a alguém a qualidade de pessoa, o autor de um ato antijurídico possa ser permanentemente excluído do convívio social. O ordenamento deve se valer do Direito Penal do Inimigo sempre a título de exceção (JAKOBS, 2003b, p. 48). Para Jakobs, a condição de inimigo deve ser, portanto, considerada transitória, e o indivíduo assim qualificado pode e deve ser ressocializado (reintegrado à condição plena de pessoa):

²³ Na fonte em espanhol: “Lo mismo sucede con la personalidad del autor de un hecho delictivo: tampoco ésta puede mantenerse [...] sin ninguna corroboración cognitiva. Si se pretende no sólo introducir al otro en el cálculo como individuo, es decir, como ser que evalúa en función de satisfacción e insatisfacción, sino tomarlo como persona, lo que significa que se parte de su orientación con base en lo lícito y lo ilícito, entonces también esta expectativa normativa debe encontrarse cimentada, en lo fundamental, de manera cognitiva, y ello con tanta mayor claridad como mayor sea el peso que corresponda a las normas en cuestión.”

²⁴ O que caberia ao Direito Penal do Cidadão.

²⁵ Na fonte em espanhol: “[...] se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona. La reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza [...] por la circunstancia de que no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos.”

Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também um criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinqüente tem o direito de voltar a adequar-se à sociedade, e para isso deve-se manter seu status de pessoa, como cidadão, em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro lado, o delinqüente tem o dever de proceder à reparação, e também os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade. (JAKOBS, 2003b, p. 28).²⁶

Mesmo diante da transitoriedade da desconsideração da personalidade do autor de uma infração, o fato de, sob a perspectiva do Direito Penal do Inimigo, não se garantir plenamente ao infrator da norma penal o tratamento como pessoa, é no mínimo questionável sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Jakobs tenta responder às objeções levantadas contra a possibilidade de tratamento do infrator como inimigo do Direito por meio de três argumentos principais: o primeiro deles é que, ao menos formalmente, o acusado não deixa de ser tratado como pessoa, desde que lhe seja assegurado o devido processo legal (JAKOBS, 2003b, p. 21-22). Acessoriamente, o fato de ser possível apontar um inimigo do ordenamento demonstra, ainda que implicitamente, que há um padrão de comportamento naquela sociedade, definido por regras, e que substitui condutas meramente espontâneas ou impulsivas (JAKOBS, 2003b, p. 22). Finalmente, alega Jakobs que seu Direito Penal do Inimigo é uma constatação de algo “que é e que pode ser”, uma descrição de como o Direito Penal, por vezes, funciona em seu atual estágio de desenvolvimento.²⁷ (JAKOBS, 2003b, p. 25).

²⁶ No original em espanhol: “En principio, un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del Derecho también al criminal, y ello por una doble razón: por un lado, el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su status como persona, como ciudadano, en todo caso: su situación dentro del Derecho. Por otro, el delincuente tiene el deber de proceder a la reparación, y también los deberes tienen como supuesto la existencia de personalidad”.

²⁷ Jakobs sustenta essa última alegação com o exemplo da medida de segurança. Tradicionalmente, medida de segurança é uma reação do ordenamento jurídico ao cometimento de uma infração a uma norma penal. Aquele que é objeto da medida de segurança é, em termos convencionais, um inimputável. Não tem noção, portanto, da licitude/ilicitude de seus atos. Entretanto, demonstra ser perigoso: “no lugar de uma pessoa que por si é competente e que se contradiz através da pena aparece o indivíduo perigoso, contra o qual se procede [...] de modo fisicamente efetivo: luta contra um perigo em lugar de comunicação, Direito Penal do Inimigo [...] em vez de Direito Penal do Cidadão” (JAKOBS, 2003b, p. 24-25. Na fonte em espanhol: “en lugar de una persona que de por sí es competente y a la que se contradice a través de la pena aparece el individuo peligroso, contra el cual se procede [...] de modo fisicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación, Derecho penal del enemigo [...] en vez de Derecho penal del ciudadano”). O fato de o Estado reagir a uma ação cometida por alguém que é inimputável prova, para o autor, que o ordenamento jurídico – ainda que não o admita – não consegue se dissociar, em determinados casos, de características ligadas ao Direito Penal do Inimigo.

5 CONCLUSÃO

O pensamento de Jakobs é certamente instigante e propõe reflexões pouco usuais no âmbito da Teoria do Direito Penal. No presente ensaio, objetivou-se trazer à baila alguns dos principais temas relacionados a seu funcionalismo normativista, como a ligação da legitimação material da norma penal à garantia da manutenção da forma da sociedade e do Estado – e não a um conteúdo de caráter axiológico, ainda que mínimo –; e a defesa da existência de um viés geralmente negligenciado nas teorias a respeito da pena: o Direito Penal do Inimigo, que visa precipuamente à eliminação de riscos que um determinado agente pode representar ao ordenamento jurídico, por praticar condutas que demonstram um tipo especial de descumprimento do Direito, desprovido de corroboração cognitiva quanto à posse de personalidade diante daquela sociedade.

Através da explicitação desses pontos pretendeu-se, por um lado, contribuir para o debate acerca do pensamento jakobsiano por meio da eliminação de críticas superficiais, fruto de uma compreensão equivocada de elementos integrantes de sua teoria ou de correntes do pensamento jurídico ocidental como o Positivismo Jurídico; por outro, suscitar questões relevantes, e que merecem ser objeto de reflexão e debate, como a plausibilidade de uma concepção acerca da pena que desconsidera a personalidade do suposto autor de um delito – independentemente da gravidade ou da reiteração da conduta – sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, e diante de direitos-garantias inalienáveis e inafastáveis como democracia, cidadania, dignidade, que esse modelo de Estado visa assegurar. Se, internamente, o Direito Penal do Inimigo é coerente com a teoria do funcionalismo normativista de Jakobs, isso não a torna, por si, apta para justificar a pretensão punitiva do Estado. Essa discussão, que perpassa a proposta jakobsiana e que no âmbito deste trabalho foi apenas sugerida, parece ser muito mais proveitosa e contribuir de maneira relevante para a fundamentação teórica do Direito Penal. Compreender adequadamente os elementos estruturantes do pensamento de Jakobs é, entretanto, pressuposto para que isso aconteça.

ABSTRACT

The article here presented objectifies to expose some of the elements that compound Günther Jakobs' theory of juridical-penal functionalism and its main implications. In Brazil, famous penal lawyers have criticized the jakobsian thought under the argument that it has juspositivist characteristics and would, because of that, legitimize the existence and maintenance of authoritarian government regimes. This kind of criticism seems to be connected to a mistaken understanding of what Juridical Positivism was, on one side, and to a merely superficial comprehension of Jakobs's thought, on the other. In what comes to the attribution of a juspositivist character to the theory of normative functionalism, the authors will try to make the constitutive elements of this theoretical line explicit, emphasizing the relationship between form as the ground of validity and efficacy as condition of validity of Law and of the juridical norm. In relation to the comprehension of Jakobs' theory, the proposal is to point out reasons to state that, in spite of the fact that this author holds that penal norms do not have the function to choose what is good and/or correct for a specific society (they must only make the conceptions this society has of what is good and/or correct normative), the penal system conceived by Jakobs does not leave space for the juridical recognition of contents that are socially reproved. After these steps have been taken, there will be a discussion about the specific question of the pertinence of the Enemy's Penal Law to a normative functionalist system like the one the above-mentioned author proposes.

Keywords: Normativist functionalism. Legal positivism. Material legitimacy. Enemy's penal law.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García- Pablos de. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

HEGEL, G. W. F. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Juridicas, 1997a.

JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva em el derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 1997b.

JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Madrid: Thomson Civitas, 2003a.

JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona em uma teoría de um derecho penal funcional**. Madrid: Thomson Civitas, 1996.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Thomson Civitas, 2003b.

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

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

PARMA, Carlos. **El pensamiento de Günther Jakobs**. Buenos Aires: Cuyo, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Valência: Tirante Le Blanc, 2000.