

1.3 FUNCIONALISMO E COMPLEXIDADE SOCIAL

HÉLVIO SIMÕES VIDAL

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Mestre em Direito pela UGF-RJ

Professor de Direito Penal nas Faculdades Integradas Vianna Júnior (Juiz de Fora-MG)

RESUMO: O artigo analisa a aplicação da teoria dos sistemas (LUHMANN) e suas repercussões no campo jurídico-penal, abordando criticamente o funcionalismo penal cujo expoente é JAKOBS. Aprecia, ainda, o desenvolvimento da teoria dos sistemas, do mecanismo de comunicação social e da redução de suas complexidades. Questiona a possibilidade de aplicação da autopoiese ao direito e a função deste na sociedade, finalizando com uma abordagem crítica quanto à viabilidade da substituição de categorias dogmático-penais pelos elaborados critérios funcionalistas.

PALAVRAS-CHAVE: Sistemas sociais e direito; teoria dos sistemas; direito e autopoiese; funcionalismo penal; crítica.

ABSTRACT: The present article analyzes the application of the theory of the systems (LUHMANN) and its repercussion in the criminal-juridical field, critically approaching the criminal functionalism whose milestone is JAKOBS. One verifies the development of the systems theory, of the social communication mechanism and of the reduction of its complexities. One questions the possibility of application of autopoiesis to Law and its role in society, concluding with a critical approach to the viability of the substitution of criminal-dogmatic categories by the elaborated functionalist criteria.

KEY WORDS: social and law systems; systems theory; law and autopoiesis; criminal functionalism; critics.

SUMÁRIO: 1. Ordem social e complexidade. 2. A teoria dos sistemas. 3. Autopoiese e Direito. 4. Os sistemas sociais e as suas funções. 5. Complexidade, expectativas e função do Direito. 6. Funcionalismo e complexidade social. 7. Reflexões críticas. 8. Referências Bibliográficas.

1. Ordem social e complexidade

A ordem social não se funda em princípios apriorísticos da razão, mas se constitui em um problema que, para Luhmann, está relacionado a dois conceitos: *complexidade e dupla contingência* (AMADO, 2004, p. 301).

Por *complexidade*, entende-se o conjunto de todos os eventos possíveis (caos): se nele se introduz alguma forma de ordem, começa a existir a sociedade. É nessa *redução de complexidade* que se assenta a evolução dos sistemas sociais. Por *dupla contingência* se designa a transformação do impossível em possível, em possibilidade concreta (AMADO, 2004, p. 302). Esse conceito, que tem origem na teoria sociológica de Talcott Parsons, indica o fato de que tanto o *Ego* como o *Alter* observam as seleções do outro como contingentes:

Contingencia, en su acepción lógica, significa exclusión de necesidad e imposibilidade. El concepto de contingencia indica un dato respecto a las alternativas posibles: indica que lo que es actual (y por lo tanto posible) y posible de otras maneras (y por lo tanto no necesario). La contingencia indica entonces la posibilidad de que un dato sea diferente de lo que es. (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 67-68).

2. A teoria dos sistemas

O sistema social aparece desde que um evento articula indivíduos através de seu sentido e tem nele o caráter de comunicação. A sociedade se constitui, para Luhmann, em comunicações.¹ Sem comunicação, não existiria sociedade. Com a comunicação, reduz-se a complexidade e se supera a dupla contingência.

A sociedade se articula como *sistema fechado*: produz comunicação a partir de comunicação e se decanta perante os outros sistemas, estabelecendo seus próprios limites (AMADO, 2004, p. 304). Não se esgota ela na dimensão psicológica ou individual, mas requer seja transmitida com *pretensão de compreensão* por parte de outro indivíduo.

O fenômeno da comunicação representa a sociedade reproduzindo a si mesma, o que significa que é a sociedade que comunica e não as consciências individuais. Portanto, é o sistema global da sociedade que torna possível a inter-relação social, configurando o campo de possibilidades que podem ser realizadas.²

¹ “La comunicación es considerada por Luhmann como un proceso de selecciones, y su análisis debe partir de la improbabilidad de la comunicación que debe sortear multitud de obstáculos antes de producirse con éxito” (LUHMANN; IZUZQUIZA, 1990, p. 26). Com isso, ressalta Luhmann o valor da seleção no modo de comportamento próprio de um sistema social que está adequadamente estruturado, contribuindo para reduzir eficazmente sua complexidade.

² Luhmann rechaça a teoria da “ação comunicativa”: se a comunicação se esgotasse na dimensão individual, não existiria sociedade, senão um conglomerado de seres solipsistas (AMADO, 2004, p. 305).

O aumento do número de pessoas, entretanto, que se integram na sociedade, com a multiplicidade de comunicações e comportamentos possíveis, implica um nível de complexidade paralisante³. É preciso que haja nova canalização das complexidades, sob pena de ocorrência de supersaturação da dinâmica social.

A solução desse novo problema reside na geração, a partir do *sistema social global*, de novos sistemas sociais que são *subsistemas*, sem deixar de ser sistemas autônomos. Surge um sistema quando uma inter-relação se delimita frente a um meio. O fator fundamental na constituição de um subsistema social reside na sua *função*, e essa não é outra coisa que a de demarcar um âmbito determinado da complexidade na sociedade com vistas a sua redução (AMADO, 2004, p. 307). Isso permite um tratamento setorial e simplificado de parte da complexidade com a qual se ocupa (*especialização funcional*).

Os sistemas sociais constroem seus limites por meio de *sentido*. As vias de comunicação são labirínticas o que dilata em excesso o fluxo de informações para cada problema, daí aparecerem os ulteriores subsistemas sociais, como sucessivas delimitações desse território e com a missão de ordenar o tráfego de comunicações (AMADO, 2004, p. 308).

A demarcação do respectivo território de cada sistema requer *manutenção permanente*, o que implica *seleção continuada*, de forma que cada elemento da realidade possa ser colocado dentro ou fora do sistema. É característica desse sentido que não possua qualquer conteúdo delimitador predeterminado: nada é, por exemplo, jurídico ou antijurídico com anterioridade ao *sentido constitutivo do sistema*, que não tem substrato ôntico.

Uma ordem estrutural interna permite sua reprodução com novos elementos de sentido, sendo consequência necessária do caráter limitado de seus elementos e condição de sua operacionalidade. O sistema torna previsíveis as comunicações dentro dele: as estruturas sociais se compõem de expectativas, são estruturas de expectativas (*Erwartungsstrukturen*). (AMADO, 2004, p. 312).

Os sistemas se estabilizam com a redução da complexidade, que faz surgir o esperável. Cada partícipe sabe o que se espera dele e o que se pode esperar dos demais. Assim o sistema se torna estável.

³ A teoria de Luhmann se propõe a configurar como uma segunda leitura da ilustração e procura estruturar novas bases de análise para uma *teoria global da sociedade*, até então centrada em elementos provenientes da *tradição européia clássica*, aquilo que o mesmo denominou de “velho pensamento europeu”. A sociedade dos tempos vividos não suporta a carga da tradição sociológica européia. Seu ponto de partida é, exatamente, o reconhecimento de uma *imensa complexidade social*, que se constitui no seu problema essencial (LUHMANN; IZUZQUIZA, 1990, p. 15-16)

3. Autopoiese e Direito

Os sistemas sociais se produzem na sociedade com a função de reduzir a complexidade. Tais sistemas são o produto de si mesmos. Portanto, são autônomos e se alimentam da própria existência (*Selbstreferenz*). Os sistemas sociais são *autopoieticos*. Não se trata de repetição idêntica do próprio sistema, mas de *recriação constante* de novos elementos ligados aos anteriores. A *clausura autopoietica* do sistema se constitui na sua unidade.

O sistema jurídico é um *sistema autopoietico* de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, como sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num *hiperciclo* (TEUBNER, 1993, p. 53).

A autopoiese vem dar origem a um novo e mais elaborado tipo de autonomia do sistema jurídico em virtude da constituição de *relações circulares*, o que não exclui a existência de interdependências causais entre sistema jurídico e sistema social (TEUBNER, 1993, p. 56).

Ela foi originariamente concebida para interpretar e explicar os processos elementares da vida, em particular ao nível da célula e do sistema nervoso central (TEUBNER, 1993, p. 59).⁴ Segundo essa teoria, indubitavelmente creditada aos biólogos chilenos Maturana e Varela,

“[...] un sistema es autopoietico en tanto es un sistema que puede crear su propia estructura y los elementos de que se compone. El modelo esencial de estos sistemas son los sistemas vivos, y la autopiesis o autocreación, es para Maturana, el rasgo característico de todo sistema vivo.” (LUHMANN; IZUZQUIZA, 1990, p. 19).

A introdução, na teoria social, da referência à autopoiese possibilita ao sistema elaborar, a partir dele mesmo, sua estrutura e seus elementos, consistindo-se na base teórica que se aplicará universalmente à teoria dos sistemas.

A noção de *hiperciclo* é fundamental para a compreensão do sistema jurídico autônomo, na medida em que consiga constituir os seus elementos (ações, normas, processos e identidade) em *ciclos referenciais*. Luhmann propõe o reconhecimento

⁴ Numerosos autores rechaçaram a possibilidade de sua transposição para o domínio dos fenômenos sociais. No setor das ciências biológicas, nega-se que um fenômeno social como o direito seja capaz de desenvolver uma *autopoesis* própria e independente, algo apenas possível nos domínios científicos-naturais da produção da vida orgânica (TEUBNER, 1993, p. 54).

de sistemas autopoieticos de primeiro grau, através da constituição de *unidades emergentes*. Tais unidades são representadas pelas comunicações (e não por sistemas humanos cognitivos), constituindo um sistema de sentido, antes que um sistema biológico (TEUBNER, 1993, p. 63).

Dessa forma, a *autopoiese social* deve ser concebida como sendo independente da autopoiese dos organismos vivos. Eles são apenas auto-organizados no sentido de que produzem espontaneamente uma ordem, a partir da rede dos seus próprios elementos. A *base reprodutiva* é constituída pelo *sentido* antes que pela vida, e os seus elementos constitutivos são *comunicações* de seres humanos individuais (TEUBNER, 1993, p. 64).

Existe uma instância específica da autoconstituição que é particularmente interessante, ou seja, quando os critérios para a identificação de normas jurídicas são constituídos de modo a ter como ponto de referência, não fontes extrajurídicas, mas componentes internos do próprio sistema jurídico. O Direito torna-se autopoietico quando as suas autodescrições permitem desenvolver e aplicar uma teoria de fontes jurídicas no contexto da qual as normas possam ser geradas através de precedentes jurisprudenciais ou outros processos de criação jurídica endógena (TEUBNER, 1993, p. 85).

Os sistemas auto-referenciais não estão isolados frente ao meio e isso se constitui na sua condição de abertura. A juridicidade de um ato é tomada com base em atos jurídicos anteriores, nos elementos prévios desse sistema: uma vez assentada a juridicidade, esse ato será um novo elemento do sistema, condicionante da juridicidade dos atos seguintes que lhe sejam submetidos (AMADO, 2004, p. 316).

As estruturas dos sistemas se formam como *resposta continuada* frente às irritações provenientes do exterior, do meio, e só assim se mantém a *autopoiesis* do sistema, a produção de seus próprios elementos (AMADO, 2004, p. 317).

4. Os sistemas sociais e as suas funções

A sociedade está organizada e dividida segundo as respectivas *funções dos sistemas*. Se pense, por exemplo, na divisão entre centro e periferia, a mais antiga delas e seguramente pré-moderna; igualmente, na diferenciação entre cidade e campo. Essa divisão da sociedade se rege pela forma da *diferenciação por funções*. “*Todo habla a favor de que la división de la sociedad mundial em centros y periferias se rige (y se ordena por forma dominante de la diferenciación por funciones)*” (LUHMANN, 2002, p. 395).

O sistema do Direito, da mesma forma, está centrado em uma forma de *diferenciações internas*. Essas diferenças se apoiam na *desigualdade*. O juiz, por exemplo, afasta-se dos laços de parentesco e amizade com as partes. O legislador se encarrega de prover as normas gerais cujas repercussões não se pode antecipar, precisamente pelo seu grau de generalidade; igualmente, a distinção entre competência legislativa e judicial, que está baseada nos procedimentos correspondentes (LUHMANN, 2002, p. 364).

O juiz aplica as leis e obedece às instruções do legislador. Entre eles há uma espécie de *círculo cibernético*, ‘en el que el derecho se observa a si mismo con una observación de segundo orden’ (LUHMANN, 2002, p. 364). De modo que entre legislação e jurisprudência ocorre uma diferença pela utilização do Direito através de decisões aplicadas aos *casos particulares*.

A jurisdição está organizada de forma tal que o sistema do direito está ao seu centro. Para além dele está a periferia, para quem “[...] *no existe ninguna necesid de decidir*” (LUHMANN, 2002, p. 383), servindo de zona de contato com outros sistemas de funções da sociedade: economia, vida familiar doméstica, política. Assim, como consequência, prosperam inúmeras formações de Direito produzidas de modo privado: Direito interno das organizações, acordos coletivos, interpretações sobre regulação comercial, condições gerais dos negócios etc.⁵

Do mesmo modo, há outra forma de diferenciação centro-periferia, na criação de um consenso social necessário e suficiente. Tendo em vista que os tribunais se encontram na contingência de decidir, não podem depender, ao mesmo tempo, do consenso. À periferia se delega consenso sob a forma do contrato, ou da aprovação da lei, mediante consenso.

De forma que a divisão da sociedade mundial em centros e periferias favorece a ordenação dos sistemas segundo a sua *diferenciação por funções*: os bancos, por exemplo, têm uma função elementar, ou seja, as transações econômicas que realizam operam com pagamentos e cada pagamento, que representa um valor monetário, produz, ao mesmo tempo, insolvência ou solvência. Eles possuem, ainda, a função de aumentar a quantidade de dinheiro.⁶

O sistema político vive situação semelhante, pois em seu centro se encontra a organização estatal. A ela incumbe a função da produção de decisões que vinculam

⁵ Há “espaços livres de direito” que passaram a sofrer o impacto direto da pressão política: vida familiar, escolas e universidades, relações médico-paciente (LUHMANN, 2002, p. 384).

⁶ Os bancos passaram a se situar no centro do sistema da economia: a produção, o comércio e o consumo são parte da periferia desse sistema (LUHMANN, 2002, p. 397).

coletivamente. O Estado é o centro do sistema político e pressupõe sistemas periféricos como os agrupamentos políticos e a disciplina dos partidos. Para cumprir sua função provedora, o Estado confere à periferia maior liberdade do que a ele próprio (LUHMANN, 2002, p. 398).

5. Complexidade, expectativas e função do Direito

Todo sistema parcial da sociedade participa do sistema global e necessita de um elemento especificador, consistente na sua orientação exclusiva a uma função. A função específica do sistema jurídico está no uso da normatividade, consistente na utilização de perspectivas conflitantes para formação e reprodução de *expectativas de comportamentos* (AMADO, 2004, p. 331).

O Direito, então, realiza uma segurança que torna esperável o comportamento próprio e alheio. Há um elemento de insegurança nas estruturas dos sistemas sociais, pois tais expectativas podem ser defraudadas. O mecanismo que permite a manutenção dos sistemas é o Direito.

As *expectativas* são *cognitivas* (sua frustração serve para configuração de nova fonte de conhecimento; ex.: se a lei de gravidade for refutada por um exemplo contrário, deverá ser substituída) ou *normativas* (os sistemas não se adaptam às circunstâncias, senão que defendem suas estruturas: a constatação de que há condução feita pela contramão por parte de alguns motoristas não leva a modificação da obrigação, mas sim mantém a expectativa original de busca da recomposição de sua efetividade).

As expectativas do último grupo não são modificáveis por atos de particulares e é para assegurar isso que o Direito existe. Então, para Luhmann, a função do Direito se aplica como “[...] estabilização contrafática de expectativas de comportamento” (AMADO, 2004, p. 332). Mesmo que as normas venham a ser descumpridas, elas funcionam como *expectativas estabilizadas* e o dado que permite isso é o uso da força para impor a expectativa normatizada. As expectativas, portanto, são dotadas de respaldo normativo.

A previsão do conflito faz parte do Direito, pois sempre coloca a alternativa do descumprimento. Portanto, o Direito não é um meio de evitar conflitos, mas de processá-los. Tanto que o descumprimento da norma desencadeia mecanismos tendentes à imposição contrafática da expectativa contrária, que fica reforçada perante casos futuros.

O conflito generaliza expectativas normativas, havendo nele um elemento dinamizador, ou seja, a permissão para sua evolução e adaptação ao meio social,

mediante o reconhecimento de novas expectativas. O Direito dá ao conflito seu viés comunicativo, o que evita sua difusão indiscriminada na sociedade, utilizando-se da *expectativa de coação* para evitar a multiplicação da violência.

Esse sistema é *auto-referencial* (AMADO, 2004, p. 334),⁷ com uma dimensão fechada, ou seja, produz normas jurídicas sobre normas jurídicas, não havendo *input* ou *output* normativo, o que equivale a dizer que o Direito não exporta ou importa normas jurídicas fora do seu meio, nem suas normas valem fora dele.

Há um *paradoxo no Direito*, consistente na sua *circularidade*: proclama que é legal aquilo que é legal, ou Direito aquilo que o Direito estabelece como tal. Para fugir a essa tautologia é preciso que ele “saia de si mesmo”. Esse intento, ou seja, a resolução do problema da validade do direito e sua fundamentação por contrato social, vontade divina, violência originária ou razão natural são *mentiras necessárias* que silenciam o problema sem resolvê-lo (AMADO, 2004, p. 335). Para Luhmann, isso se resolve pela presença do código próprio do sistema e dos programas. Assim, o código jurídico/antijurídico é um programa contido na norma.

O sistema é, ao mesmo tempo, *normativamente fechado*, porém *cognitivamente aberto*. Não há normas jurídicas fora dele, mas sua reprodução vincula-se aos acontecimentos externos que irão requisitar uma atividade cognitiva do juiz.

As normas são programas condicionais (AMADO, 2004, p. 336). O juiz, quando as aplica, não atua em razão de fins, senão a partir do cumprimento de certas *condições desencadeadoras* que estão previstas nas normas. O Direito válido é fruto de uma decisão ocorrida dentro do sistema. Ele pode ser mudado e ele próprio regula as condições de sua modificação. A alteração de normas é regida por normas. Portanto, o sistema jurídico parte da validade e do caráter vinculante do próprio Direito. A legalidade do Direito é a sua única legitimidade (AMADO, 2004, p. 337) e a sua racionalidade está em permitir que cumpra sua função redutora de complexidade do meio.

Fica patente que a teoria dos sistemas, em Luhmann, repudia qualquer pensamento

⁷ O sistema auto-referente supõe, na teoria de Luhmann, importantes diferenças em relação ao conceito clássico de sistema, que é um conjunto de elementos que mantêm determinadas relações entre si e que se encontram separados por um marco determinado. Essa relação é fundamental para a caracterização do sistema que se define sempre em respeito a um determinado entorno. Na teoria dos sistemas auto-referentes, proveniente da cibernética e com evidentes aplicações nas neurociências, ‘el sistema se define, precisamente, por su diferencia respecto a su entorno; una diferencia que se incluye em el mismo concepto de sistema. De este modo, el sistema incluye siempre en su misma constitución la diferencia respecto a su entorno y solo puede entender-se como tal desde esa diferencia’ (LUHMANN; IZUZQUIZA, 1990, p. 18).

ontológico. “Os sistemas não existem como substâncias senão como seleção contingente e variável de possibilidades” (AMADO, 2004, p. 339).

6. Funcionalismo e complexidade social

A teoria de Luhmann, aplicada ao sistema penal, dá origem ao funcionalismo, estabelecendo determinadas tipologias estruturais que desempenham o papel de síntese na atividade especulativa. A norma jurídica pertence ao sistema penal. Ela situa-se dentro de um *círculo regulativo* e “[...] funciona como uma operadora de informações do justo e do injusto, pela qual se devem orientar as decisões jurídicas” (BÜLLESBACH *apud* TAVARES, 2003, p. 54).

A função da norma penal, tal como a função do sistema jurídico em geral, consiste na formação e reprodução de “expectativas de comportamento generalizados” (AMADO, 2004, p. 331) (*expectativas normativas*), cuja frustração serve como parâmetro para a aplicação da norma jurídica, substituindo a expectativa fraudada. A norma não cumprida mantém a expectativa de sua recomposição, de modo que a sanção funciona como estabilização contrafática de expectativas.

A teoria funcionalista vê o Direito não como mecanismo para resolução de conflitos ou de sua evitação, mas como um meio para processá-los. Portanto, é uma *teoria procedimental* que, aplicada ao campo restrito do *injusto penal*, trabalha a norma como “[...] regra de informação que só poderá estabilizar-se à medida que seja observada” (TAVARES, 2003, p. 55). O sistema jurídico é um sistema fechado cuja operacionalidade depende de uma *comunicação dotada de sentido*; ao mesmo tempo é dinâmico, reagindo após a prática de fatos perturbadores (*input*), dependendo da aplicação de uma fundamentada dogmática jurídica, para estabilização do processo (GRECO).⁸

A ordem jurídica exerce um *papel simbólico* consistente na realização de expectativas de comportamentos, projetando-os no tempo e no espaço para que no futuro sejam regulados.

A função da norma jurídica, desse modo, está orientada à redução das complexidades das relações vitais da sociedade, mediante uma formulação abstrata e indeterminada, o que corresponde ao panorama simbolizante da sociedade pós-moderna. (TAVARES, 2003, p. 64).

⁸ Se o direito penal quer cumprir sua função de reestabilizar expectativas violadas, deve construir seu aparato conceitual teleologicamente, de modo a melhor atendê-la. Isso leva a uma renormatização dos conceitos.

O funcionalismo jurídico, que tem como expoente Jakobs (2003a; 2003b; 2003c; 2003d; 2003e), aplicado ao campo penal, “[...] se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade” (JAKOBS, 2003d, p. 1) e deve explicar um apanhado de estruturas conceituais que vão da ação humana à pena criminal e sua justificação, passando por várias categorias dogmáticas como a culpabilidade, o dolo, a imprudência e o erro jurídico-penal.

Jakobs desenvolve uma *teoria funcionalista-sistêmica* (GRECO) a partir da premissa de que a constituição da sociedade tem lugar por meio de normas, sendo ela uma construção de um contexto de comunicação. A identidade da sociedade se determina por meio de regras de configuração (*normas*).

No campo da culpabilidade, a teoria funcionalista procura conectar a legitimidade com os fins da pena: viola o princípio da culpabilidade a imposição de uma pena sem que haja merecimento por parte do autor. A culpabilidade é uma “imputação reprovadora” (JAKOBS, 2003a, p. 11) no sentido de que a defraudação se produziu por uma vontade defeituosa. O Estado está obrigado ao respeito à dignidade humana e, portanto, a pessoa não pode ser *instrumentalizada* ao se impor a pena, cuja medida deve guardar proporção com a culpabilidade do autor.

A utilidade da pena está em que ela deva ser necessária para a manutenção da ordem social e, sem essa necessidade, seria inútil. Assim, está limitada pela culpabilidade. A limitação da pena a esse princípio, então, serve para manter a sua funcionalidade e impedir que uma pessoa seja tratada como coisa.

Sob o ponto de vista subjetivo, para que haja acatamento à norma, há dois requisitos: a capacidade psíquica do sujeito e um motivo para respeitá-la. Só é capaz de acatar determinada ordem quem é capaz de conhecer que essa ordem se dirige a ele, e, ademais, de conhecer o que deve fazer para cumpri-la (prestação cognitiva e prestação volitiva).

Um defeito volitivo agrava a culpabilidade do agente, enquanto um defeito cognitivo o exonera (JAKOBS, 2003a, p. 14). Se a norma era indiferente ao agente, sua culpabilidade será maior; por outro lado, se, apesar de esforçar-se ao máximo dela não se deu conta, será exonerado. Portanto, quanto maior e obstinada seja a *infidelidade à norma*, maior será a culpabilidade do agente.

Os defeitos cognitivos (falta de dolo) explicam-se pela consideração de que, em um mundo desmistificado, quem a ele quer se acomodar, se não quiser ficar de fora da sociedade, deve ocupar-se de que o que planeja coincida com o que faz. Se o autor,

entretanto, desconhece os efeitos que gera, trata-se de um erro de tipo que tem efeito exonerador, pois um comportamento que aparece com um defeito cognitivo dessas características não oferece um padrão válido em uma sociedade que trata a realidade de maneira racional; um comportamento com defeitos cognitivos implica o perigo de uma *poena naturalis* (JAKOBS, 2003a, p. 19).

Há outro tipo de defeito cognitivo, ou seja, o erro acerca da existência de uma norma. Esse erro não afeta o estado ou o curso da realidade externa, mas a norma que exige do sujeito um comportamento determinado (*desconhecimento da norma*). Trata-se do *erro de proibição ou de mandato* e que se refere à situação concorrente à existência de determinados deveres. Se o erro acerca da norma for inevitável, exclui a culpabilidade (JAKOBS, 2003a, p. 23).⁹

Se “a culpabilidade é a falta de fidelidade ao direito manifestada” (JAKOBS, 2003a, p. 42), portanto, um *déficit* referente ao ordenamento jurídico perante normas legítimas, a pena tem por função restabelecer a fidelidade à norma (JAKOBS, 2003a, p. 32) e se traduz em uma tranquilização no sentido de que a norma está vigente, de que a vigência da norma, que se viu afetada pelo fato, voltou a ser fortalecida pela pena (JAKOBS, 2003a, p. 35). A pena restabelece a vigência da norma perturbada por uma vontade defeituosa (JAKOBS, 2003a, p. 49). Ela deve, assim, ser entendida como “resposta que confirma a norma”(JAKOBS, 2003d, p. 3).

Assim, o autor de um delito de danos nega, pelo fato praticado, a vigência da norma que proíbe o dano. É contra essa falta de reconhecimento da vigência da norma, diante do que o Direito penal, sempre que concorra culpabilidade, reage (JAKOBS, 2003a, p. 23).

O funcionalismo de Jakobs nega fins retributivos ou preventivos (*teoria da união*) (JAKOBS, 2003e, p. 1) à pena pública, refutando os seus diversos fundamentos de legitimação e os próprios objetivos.

Para o funcionalismo, “a pena pública existe para caracterizar o delito como delito, o que significa dizer o seguinte: como confirmação da configuração normativa concreta da sociedade” (JAKOBS, 2003e, p. 8), sendo inadmissível que se entregue à sociedade a ilusão de que a pena criminal previne delitos, estando orientada,

⁹ O *erro de proibição*, na Alemanha, possui previsão legal no § 17 StGB: ‘*Verbotsirrtum*. Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden’. Desse modo, o desconhecimento da ilicitude do comportamento exclui a culpabilidade do autor, se o seu erro foi inevitável. Sendo evitável esse erro, há atenuação da pena. Para Jakobs (2003d, p. 35), a perspectiva normativa está correta, pois, no erro evitável, o desconhecimento tem sua origem numa posição de indiferença ante o direito.

pelo contrário, à determinação da fidelidade ao Direito; sua função preventiva está na erosão da configuração normativa real da sociedade. Portanto, serve ela à manutenção de uma determinada configuração social (JAKOBS, 2003e, p. 9)¹⁰ e se configura, ademais, como um processo de comunicação, ou seja, que se deseje alcançar determinados processos psíquicos como consequência da comunicação da norma por meio da pena pública (JAKOBS, 2003e, p. 26).

O conceito de ação, como categoria dogmática, para o funcionalismo, consiste numa tomada de posição relevante no plano da comunicação. Ou seja, é uma expressão de sentido comunicativamente relevante (JAKOBS, 2003a, p. 63). Age, assim, quem se converte individualmente e de maneira evitável, como razão determinante de um resultado (JAKOBS, 2003a, p. 62). A ação se apresenta como ‘algo socialmente inadequado’: o comportamento, como fato psicofísico, deve ser objetivamente imputável, evitável e culpável (JAKOBS, 2003a, p. 71). É ele a “evitabilidade de uma diferença de resultado” (ROXIN, 1997, *apud* GRECO).

As estruturas ontológicas de ação e omissão são substituídas pelo conceito normativo de competência: a vida em sociedade torna cada pessoa portadora de um determinado papel que consubstancia um feixe de expectativas. Cada pessoa deve organizar seu círculo de interações de maneira a não violar as normas penais, a não gerar decepções, surgindo, por suposto, os delitos por competência organizacional (GRECO).

7. Reflexões críticas

A postura funcionalista no sentido de que a reação penal está dirigida à reafirmação da *identidade normativa*, sob semelhante conformação, remonta a Durkheim, para quem o delito deixaria de ser uma agressão negativa à sociedade, convertendo-se num fenômeno que, visto em sua totalidade, teria uma função positiva: o *fortalecimento da consciência coletiva*, mediante a reação pública.

Havia ele observado que, em sociedades complexas, o trabalho está dividido, porém não sob forma de integração mecânica, senão orgânica (divisão de funções), por meio do que as mudanças sociais geram fenômenos de *anomia* (falta de normas), ou seja, pessoas “perdidas” culturalmente. O delito seria, para Durkheim, uma resposta fora de contexto que provocaria uma sorte de “*reafirmación social de las respuestas lícitas*” (ZAFFARONI, 1991, p. 254).

¹⁰ A pena, que se constitui numa limitação dos meios materiais do infrator da norma, não pode ter como objetivo a intimidação do infrator ou de outras pessoas ou a sua educação. Ela se contrapõe à pessoa, como uma realidade materialmente pessoal, ou seja, contrapõe à ação a realidade normativa (JAKOBS, 2003e, p. 18-19).

O *modelo funcional*, pois, surge como resposta ao organicismo positivista e mecanicista, e, para ele, o delinqüente já não é o agressor, o que causa algo de socialmente danoso, “[...] *sino el que da ocasión al reforzamiento de la consciência colectiva. La criminalidad es um fenómeno social normal y necesario para sostener la cohesión social*” (ZAFFARONI, 1991, p. 254).

Nesse sentido, é justo afirmar que o funcionalismo também decorre da superação dos sistemas naturalista, neokantiano e finalista, para desvincular-se de estruturas ontológicas na construção da teoria do delito, e orientar-se pelos fins exclusivos do Direito penal (ROXIN, 1997), acentuando-se pelo valor basilar que adquire a teoria dos fins da pena criminal.

No campo do dolo, o funcionalismo abdica da suposta estrutura lógico-real da finalidade, questionando-se sobre o *problema jurídico* consistente em indagar quando se mostra necessária e legítima a pena por crime doloso (GRECO), sob o fundamento de que o aumento das exigências para o dolo reduz a proteção dos bens jurídicos.

No domínio do bem jurídico, categoria delimitadora-protetiva da intervenção punitiva, conquanto essa proteção não possua conteúdo real (TAVARES, 2003, p. 180), por ser indemonstrável que a formulação típica de uma conduta proteja o bem jurídico, o modelo funcional identifica o *bem jurídico* com a *validade fática das normas* e situa-se num “círculo tautológico” (TAVARES, 2003, p. 196): a norma penal assegura expectativa de uma conduta correta, sendo correta a conduta que não implicasse numa decepção de expectativas.

A *culpabilidade*, ao contrário do sustentado pelo funcionalismo de Jakobs, não pode ser identificada com a *falta de fidelidade à norma*. A culpabilidade, conquanto siga como uma das mais controvertidas categorias em Direito penal, é um *juízo de reprovação* sobre o sujeito e que tem por objeto a realização do tipo de injusto e por fundamento a imputabilidade, a consciência da antijuridicidade e a exigibilidade de conduta diversa (SANTOS, 2004, p. 200), não podendo ser fundamentada na infidelidade à norma porque ela é uma limitação ao poder punitivo e responde a uma função política de liberdade frente ao Estado e não de reafirmação da *fides normativa*.

A pena criminal, por suposto, não objetiva restabelecer aquela exigência de fidelidade à norma. A sanção penal, não obstante se apresente como uma realidade complexa e de múltiplas faces, portanto privada de uma fisionomia unitária, caracterizada por graves desequilíbrios em termos de eficácia preventiva ou de garantias individuais (FIANDACA; MUSCO, 1995, p. 658), fundamenta-se na culpabilidade do autor,

tendo por finalidade a prevenção e reprovação de condutas ilícitas. “A pena deve prevenir e reprimir as condutas ilícitas e culpáveis” (DOTTI, 2001, p. 433), exigência essa consagrada no art. 59 do CP brasileiro.

A configuração do jurídico-penal no funcionalismo não oferece respostas racionais para os problemas que origina. Nesse sentido, resta indagar se o Direito penal serve à concretização de expectativas normativas ou à garantia da existência e da liberdade humanas. De outro lado, é preciso ver o Direito penal como uma *ordem reguladora de condutas* e que a sua função não pode ser a de equilibrar expectativas normativas, mas a de garantir a liberdade, com segurança jurídica.

Um Direito penal racional deve estar antropológicamente fundamentado (ZAFFARONI, 1991, p. 302) e servir à garantia da coexistência. Mais do que isso: deve servir ao homem. O funcionalismo penal se propõe, tal como a teoria que o origina, à redução do ser individual na massa social, retornando à ótica do Direito “*ex parte principis*”, propondo alterações de tal monta à teoria do delito e da pena absorventes do indivíduo singular, em prol de uma configuração social contextualizada, com a geração de novos problemas de justificação e efetividade do Direito.

É incerta a repercussão do sistema funcionalista no Direito penal, mormente à estrutura da teoria do delito, tantas são as concepções político-criminais sobre o papel do Direito penal, pois, afinal, “o problema da função do Direito penal constitui tema inevitavelmente valorativo e opinável” (QUEIROZ, 2001, p. 88), consistindo aquele sistema nada mais do que o produto da acentuação dos aspectos teleológicos-valorativos dentro do Direito.

O funcionalismo penal é uma teoria que gravita em torno de círculos viciosos e tautológicos, cujas incertas repercussões são capazes de entorpecer a aplicação do Direito, substituindo antigas garantias penais e processuais e conceitos dogmáticos (dolo, erro, culpa, pena, reprovação etc.) que, ainda hoje, constituem-se no *núcleo duro* do sistema penal, por mais sedutores que sejam os fundamentos teóricos desse aparentemente novo aporte doutrinário, cuja pretensão é a de constituir-se no “mais humano de todos os sistemas jurídico-penais até hoje formulados” (DIAS *apud* GRECO).

8. Referências bibliográficas

AMADO, Juan Antonio Garcia. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JÚNIOR, Dalmir. (Org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BÜLLESBACH, Alfred. Systemtheoretische Ansätze. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur. *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. Heidelberg: Müller, 1994.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann*. Tradução Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidade Iberoamericana, 1996.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*. 3. ed. Torino: Zanichelli, 1995.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Resultate und Probleme beim Aufbau eines funktionalen und zweckrationalen Strafrechtssystem. In: SCHÜNEMANN, B.; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, 1995.

GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. Disponível em: <<http://www.direitosfundamentais.com.br>>. Acesso em: 3 jul. 2007.

JAKOBS, Günter. *Fundamentos do direito penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2003a.

_____. *Ação e omissão no direito penal*. Tradução Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003b. (Coleção Estudos de Direito Penal).

_____. *Ciência do direito e ciência do direito penal*. Tradução Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003c. (Coleção Estudos de Direito Penal).

_____. *Sociedade, norma e pessoa*. Tradução Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003d. (Coleção Estudos de Direito Penal).

_____. *Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido*. Tradução Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003e. (Coleção Estudos de Direito Penal).

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Iberoamericana, 2002.

_____; IZUZQUIZA, Ignacio. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoria*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1990.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 3. ed. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 3. ed. Fórum: 2004.

STRAFGESETZBUCH. Beck-Texte im DTV. 35ª Auflage. München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 2000 (Textausgabe mit ausführlichem Sachregister von Hans-Heinrich Jescheck).

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TEUBNER, Günter. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal*. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1991.