

Non licet?* Reflexões sobre o *status* da política criminal na teoria do Direito Penal de Günther Jakobs

Non licet? Reflections on the Status of Criminal Policy in Günther Jakobs' Theory of Criminal Law

Manuel Cancio Meliá 

Catedrático de Direito Penal da Universidad Autónoma de Madrid – UAM, Espanha. Doutor em Direito pela UAM. Prêmio extraordinário de doutorado 1996/1997 da Faculdade de Direito da UAM; bolsista pré- e pós-doutoral do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD) (1992/1993 e 1998; Universidade de Bonn); bolsista da Fundação Alexander von Humboldt (2000/2002; Universidades de Bonn e Munique; 2009, Universidade de Freiburg-Alemanha). Doutor honoris causa pela Universidad Peruana Los Andes (Huancayo-Junín; 2008), pela Universidad Nacional de Córdoba (República Argentina; 2012) e pela Universidad Nacional de la Amazonía Peruana, Iquitos (Perú; 2013).

Resumo:** O artigo examina o estatuto da política criminal na teoria do Direito Penal de Günther Jakobs, a partir da reconstrução sistemática de seu pensamento levada a cabo por Manuel Cancio Meliá. Parte-se da constatação de que a teoria funcionalista de Jakobs concebe o Direito Penal como um fenômeno social de comunicação voltado à estabilização da vigência normativa. Nesse contexto, discute-se criticamente a recorrente acusação de que seu modelo implicaria neutralidade valorativa ou incapacidade de fundamentar juízos de legitimidade. O trabalho demonstra que, embora a teoria de Jakobs rejeite construções normativas desvinculadas da realidade social, ela não exclui a possibilidade de uma crítica imanente das normas penais, fundada na análise das condições de funcionamento do sistema jurídico na sociedade. Por fim, sustenta-se que a política criminal, em Jakobs, não é

* Tradução de PABLO RODRIGO ALFLEN (Professor Associado III do Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito e do PPGD da UFRGS), do artigo “*Non licet? Überlegungen zum Status der Kriminalpolitik in der Strafrechtslehre Günther Jakobs*”, publicado originariamente em Kindhäuser *et al.* (Hrsg.) *Strafrecht und Gesellschaft*, 2019, p. 697-708. Registro o agradecimento ao Prof. Dr. Manuel Cancio Meliá, pela gentileza de autorizar a presente tradução e sua respectiva publicação.

** O resumo e o abstract não integram a versão original do artigo, tendo sido elaborados pelo tradutor.

eliminada, mas reconduzida a limites metodológicos rigorosos, situando-se na tensão entre descrição funcional e avaliação normativa.

Palavras-chave: Direito Penal; Política Criminal; Funcionalismo; Günther Jakobs; teoria do injusto.

Abstract: *This article examines the status of criminal policy within the theory of criminal law developed by Günther Jakobs, based on the systematic reconstruction proposed by Manuel Cancio Meliá. It starts from the premise that Jakobs' functionalist theory conceives criminal law as a social phenomenon of communication aimed at stabilizing normative validity. In this framework, the paper critically addresses the frequent objection that such an approach entails value-neutrality or an inability to ground judgments of legitimacy. It argues that, although Jakobs rejects normative constructions detached from social reality, his theory does not preclude an immanent critique of criminal law norms, grounded in the analysis of the functioning of the legal system within society. Finally, the paper contends that criminal policy is not excluded in Jakobs' framework, but rather confined within strict methodological limits, situated in the tension between functional description and normative evaluation.*

Keywords: *criminal Law; Criminal Policy; Functionalism; Günther Jakobs; theory of Wrongdoing.*

I. Introdução

1. Günther Jakobs desenvolveu um sistema, no qual reconstrói a função social do Direito Penal. Como é sabido, duas linhas principais de sua teoria do Direito Penal passaram a ocupar o centro do debate atual e passaram a determinar praticamente todas as reflexões de qualquer penalista que trabalhe a Parte Geral sob influência da ciência jurídica penal alemã – assim ocorre na maioria dos países ocidentais que pertencem ao círculo jurídico continental.

Por um lado, trata da questão do sentido do “Direito Penal”, enquanto instituição, e da função da pena enquanto instituição social e jurídica. Numa época em que a prevenção geral positiva pode ser considerada o tema central da teoria da pena, Jakobs desenvolveu, nos últimos trinta anos, sob essa denominação, uma teoria autônoma da pena que se caracteriza, sobretudo, por tentar determinar o sentido da pena estatal não

apenas a partir da perspectiva isolada do autor e do ato, mas também sob o ângulo de sua função social. Essa função social reside no restabelecimento da vigência da norma afetada pelo fato delitivo.¹

Por outro lado, trata de determinar o dano social que desencadeia o mecanismo punitivo: uma definição objetiva-normativa do injusto. Jakobs elaborou, em diversos domínios da teoria do injusto, especialmente no âmbito da teoria da imputação objetiva, uma concepção na qual a essência do injusto é concebida a partir do seu significado como perturbação social e, portanto, como dimensão objetiva:

“Esse significado faz parte da semântica social... [a] teoria do comportamento não permitido... [é] a interpretação social da semântica do comportamento.”²

De acordo com a teoria da pena, a perturbação social transmitida por esse significado consiste em um dano à vigência da norma.³

O sentido geral, que caracteriza a teoria de Jakobs – tanto na teoria da pena

¹ Compare, com detalhes: NEUMANN, *Aufgabe des Strafrechts und Strafbegründung*, p. 257 e ss., e JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976; JAKOBS, AT, 2. ed. 1991, 1/4 e ss., 1/14, 2/1 e s.; JAKOBS, in: KODALLE (Hrsg.), *Strafe muß sein! Muß Strafe sein?*, 1998, p. 31 e ss. A posição mais recente sobre esse desenvolvimento é apresentada em: JAKOBS, *Die staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004; JAKOBS, in: *Derecho Penal y Criminología. Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Bogotá 2005, p. 339 e ss.; com uma síntese do essencial em JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 13 e ss. [N.T.: há tradução em língua portuguesa, vide JAKOBS, *Sistema de imputação penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen, Porto Alegre: CDS Editora, 2024]; muito interessante também o diálogo com Jakobs em MIZRAHI, *Los presupuestos filosóficos del Derecho Penal contemporáneo. Conversaciones con Günther Jakobs*, Buenos Aires 2012; sobre o desenvolvimento da teoria funcional da penal, de Jakobs, compare apenas CANCIO MELIÁ/FEIJOO SÁNCHEZ, *Vorstudie zur spanischen Fassung von: Staatliche Strafe* (versão traduzida = *La pena estatal: significado y finalidad*), Madrid 2006, p. 15 e ss., e PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Un nuevo sistema del Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Buenos Aires 1999, p. 15 e ss.; sobre a monografia *Staatliche Strafe*, compare, por todos, a resenha de SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 4/2006, 377 (www.indret.com).

² JAKOBS, *Strafrechtswissenschaftliche Beiträge*, 2017, p. XIII.

³ Veja MÜSSIG, *Objektive Zurechnung und Strafrechtstheorie*, in: KINDHÄUSER *et al* (Hrsg.), *Strafrecht und Gesellschaft*, 2019, e JAKOBS, *ZStW* 89 (1977), 1 e ss.; JAKOBS, *ZStW* 97 (1985), 751 e ss., 758 e ss.; JAKOBS, *FS Lackner*, 1987, p. 53 e ss.; JAKOBS, *GS Armin Kaufmann*, 1989, p. 271 e ss.; JAKOBS, AT, 7. Abschnitt; JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992; JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid 1996; JAKOBS, *ZStW* 107 (1995), 843 e ss.; JAKOBS, *GA* 1996, 253 e ss.; JAKOBS, in: JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Madrid 1997, p. 209 e ss.; 392 e ss.; JAKOBS, *FS Hirsch*, 1999, p. 45 e ss.; JAKOBS, *FS Lampe*, 2003, p. 565 e ss.; JAKOBS, *System*, p. 28 e ss. Sobre a teoria do injusto de Jakobs compare apenas a apresentação em PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ (*supra* n. 1), p. 83 e ss.; especificamente sobre imputação objetiva veja, por todos, MÜSSIG, *FS Rudolphi*, 2004, p. 165, 167 e ss.; com outro entendimento SANCINETTI, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, 1995; sobre isso, novamente, PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ (*supra* n. 1), p. 57 e ss.

quanto na dogmática do Direito Penal – é, portanto, como já foi sugerido, de fácil definição: o crime é expressão do sentido social, e o Direito Penal é um fenômeno social que se realiza no plano da comunicação:

“A terminologia jurídico-penal deve ser definida de acordo com a tarefa social que se atribui ao Direito Penal e não com base em critérios naturais ou outros critérios alheios à sociedade”.⁴

Como já foi dito, o que se organiza aqui é um sistema e não um acúmulo de tópicos: numa época em que os grandes projetos de teoria do delito, característicos particularmente da ciência do Direito Penal alemã, aparentemente não estão mais em voga, nos trabalhos de Jakobs a concepção teórica abrangente não permanece apenas em segundo plano, mas explica posições concretas dentro de um sistema de Direito Penal real, que se traduz em um verdadeiro ‘mecanismo de relojoaria’* dogmático da teoria do delito.

2. O sistema de Jakobs trata, portanto, de como as coisas realmente são. Mas e quanto ao que *deve ser*? Qual é a sua posição em relação à questão que podemos chamar de o problema-Gimbernát: “A dogmática é, porém, uma ciência neutra no sentido de que interpreta tanto leis progressistas quanto reacionárias. Daí surgem perigos inegáveis quando o penalista está disposto a interpretar tudo o que lhe é, por assim dizer, apresentado.”⁵ Será que é mesmo possível, dentro de um sistema de ciência do direito, distinguir racionalmente entre normas penais corretas e incorretas? Ou isso somente é possível com uma espécie de “técnica do duplo chapéu”, de acordo com a qual o cientista deve tirar o nobre chapéu de doutor e argumentar sob o boné de político do direito? Como se sabe, no círculo jurídico europeu continental, hoje em dia está longe de ser claro o que realmente é a “política criminal” e, em particular, qual o *status* que lhe cabe na “ciência conjunta do Direito penal”. De qualquer forma, para a atual doutrina dominante, está estabelecido que ambas as disciplinas pertencem ao mesmo contexto teórico:

“O direito tal como ele é e o direito tal como deveria ser... não são, por assim dizer, opostos, na medida em que o que deve ser elaborado interpretativamente como direito vigente se apresenta como resultado de uma reflexão coerente sobre os fins político-criminais do legislador.”⁶

⁴ JAKOBS, AT, p. V.

* N.T.: Metáfora utilizada pelo autor para caracterizar o sistema de Jakobs como um sistema complexo meteticulosamente ordenado, preciso e projetado.

⁵ GIMBERNAT ORDEIG, ZStW 82 (1970), 379 e ss., 409.

⁶ ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, 4. Aufl. 2006, 7/76; veja também, por exemplo, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, p. 22 e s.; compare sobre a teoria em língua hispânica MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10. Aufl. 2015, 7/31 e ss.

Conforme esse esquema conceptual, os fundamentos das diretrizes político-criminais são estabelecidos pela Constituição. Se esta for legítima, o Direito Penal por ela delineado é, em linhas gerais, igualmente legítimo — trata-se, precisamente, desse delineamento. Porém, Jakobs, como de costume, vê a situação de outra forma:

“...Uma teoria que pretenda explicar o Direito sem levar em conta as condições de sua realidade é inadequada. Mesmo assim, ‘não há uma teoria que seja suficiente’; pois a ciência do Direito não trata de fantasiosos castelos de nuvens normativos, mas do Direito diante das resistências da prática — que não deve ser ignorada, mas sim teoricamente apreendida.”⁷

Entre as opiniões críticas levantadas contra a concepção teórica de Jakobs, sob o denominador comum de crítica ao solipsismo, estabeleceram-se, conseqüentemente, duas vertentes distintas: além do tão frequentemente invocado argumento da “desvinculação empírica”⁸, também a (controversa!) advertência de neutralidade valorativa ou até mesmo de indiferença. Assim, costuma-se afirmar que, metodologicamente, não poderia haver em Jakobs qualquer consideração sobre a legitimidade das normas penais:

“A abordagem funcional de Jakobs tem como resultado final a redução da ciência do Direito Penal a uma de suas partes, ao banir a perspectiva crítica da Política Criminal. Em outras palavras, trata-se de uma ciência que se ocupa do que é, sem tratar do que deveria ser. ... Segundo Jakobs, a concretização dos processos de criminalização a serem tratados pela dogmática é de competência exclusiva da Política do Direito, e, sob uma perspectiva científica, há pouco a dizer a esse respeito.”⁹

Desde esse ponto de partida, não é difícil chegar à crítica, também frequentemente formulada, de que a orientação positivista¹⁰ da teoria de Jakobs não seria capaz de distinguir o bem do mal no âmbito do Direito Penal. Alguns autores até mesmo chegam a ponto de afirmar que ela seja mais adequada para explicar sistemas penais antiliberais, reacionários e ilegítimos do que os liberais, chegando até à “legitimação tecnocrática” das desigualdades do sistema político.¹¹

⁷ JAKOBS, in: ENGEL (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, p. 103 = Strafrechtswissenschaftliche Beiträge, p. 212.

⁸ Compare também a esse respeito a contribuição de NEUMANN, (*supra* n. 1).

⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, *Normativización del Derecho Penal, teoría de la pena y realidad social*, Bogotá 2007, p. 91; confira, para todos os detalhes sobre a problemática da recepção (nos países de língua alemã e espanhola) do ensinamento de Jakobs neste ponto, *op. cit.*, p. 68 e ss.

¹⁰ MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, 1994, p. 72 e ss., 142 e s., 230 e s., 238.

¹¹ Confira apenas SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, in: JAKOBS, *La teoría de la imputación*

E como se sabe, essa linha argumentativa pode ser seguida até à explosão dos debates dos últimos anos em torno do conceito de *Direito Penal do Inimigo*¹², em relação ao qual Jakobs¹³ expôs e continua expondo com total clareza a incapacidade normativa da ordem jurídica em face de seu questionamento radical diante dos crimes de maior gravidade:

“[Nesse caso] uma pessoa regride à condição de mero indivíduo quando age com violência. Se isso ocorrer, na melhor das hipóteses, de vez em quando, o agente será *mantido*, de forma contrafactual, em sua condição de pessoa, justamente por meio da persecução penal. Se, porém, houver a suspeita fundada de que o comportamento violento se tornará relativamente permanente, resta apenas a violência reativa, ou seja, a despersonalização, o tratamento pelo menos parcial como inimigo. *De forma totalmente contrafactual, nenhuma instituição normativa, nem mesmo na forma de personalidade, pode ser mantida.*”¹⁴

3. Na sequência, será analisada e respondida a questão de *se e em que medida* a Política Criminal está presente na teoria de Jakobs, com o auxílio das próprias palavras de nosso autor (II.). Após essa incursão por sua obra, será possível formular algumas conclusões sucintas (III.).

II. Nem sem palavras nem Münchhausen: possibilidades e limites da crítica à norma em Jakobs

1. Em primeiro lugar, é preciso relembrar o princípio fundamental: o Direito Penal é uma instituição social cuja função é garantir a estabilização de uma determinada configuração da realidade social dessa sociedade.

“A função do Direito Penal consiste em contrapor-se à oposição às normas que definem a identidade da sociedade. O Direito Penal, portanto, confirma a identidade social...”¹⁵

Trata-se, portanto, de uma perspectiva orientada pelo coletivo, pela função

objetiva en Derecho penal, Madrid 1996, p. 78 e ss.; PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ (*supra* n. 1), p. 38 e ss.; Peñaranda Ramos, DOXA 23 (2000), 289 e ss., 309.

¹² Confira a respeito a contribuição de MERKEL *Feindstrafrecht. Zur kritischen Rekonstruktion eines produktiven Störenfrieds in der Begriffswelt des Strafrechts* e a nossa visão das coisas – com o objetivo de uma crítica interna à teoria CANCIO MELIÁ, ZStW 117 (2005), 267, 282 e ss.

¹³ O normativista por excelência adverte contra o autoengano normativista!

¹⁴ JAKOBS, *Strafrechtswissenschaftliche Beiträge*, p. XIV e s. (cursivas como no original).

¹⁵ JAKOBS, ZStW 107 (1995), 843 = *Strafrechtswissenschaftliche Beiträge*, p. 133, 134.

social: “o crime [não é] a supressão de quaisquer meios necessários ao desenvolvimento dos demais, mas sim a perturbação da estrutura normativa da sociedade...”¹⁶. É claro que um especialista europeu em Direito Penal – e especialmente um aluno de Welzel! – sabe de onde provém essa busca generalizada por valores que funcionem como *rochers de bronze*:

“Após a politização do Direito Penal pelo nacional-socialismo, empreenderam-se esforços — e absolutamente diversos — para estabelecer limites pré-positivos ao Direito Penal, os quais eram baseados de modo jusnaturalístico ou semijusnaturalístico na “natureza da coisa” ou nas “estruturas lógico-reais”, ou até mesmo na vinculação do Direito Penal a uma proteção de bens previamente dados, em suma, as condições aparentemente preexistentes devem substituir ou encobrir as decisões políticas exigíveis jurídico-penalmente e neutralizar o aspecto político.”¹⁷

Portanto, não basta simplesmente definir os valores corretos para que tudo fique bem; muito mais importante é compreender qual é realmente o “espírito da época” e qual é, de fato, o estágio evolutivo da sociedade.

“Confrontado com postulados jurídico-políticos inspiradores, o espírito parece frio, pois está vinculado ao que é viável; e, como espírito de uma sociedade complexa, seu conteúdo nem sempre pode ser simples.”¹⁸

Dessa forma, garante-se que não é possível nenhum solipsismo jurídico, nenhuma construção fictícia dissociada da situação social concreta:

“...a solução de um problema social por meio do Direito Penal ocorre, em todo caso, através do sistema do Direito enquanto subsistema social, o que significa que ocorre dentro da sociedade. Portanto, está excluída a possibilidade de separar a sociedade do Direito Penal...”¹⁹

“Essas instituições podem ter qualquer conteúdo? ... Na prática, uma resposta meramente formal não é suficiente, pois, na prática, a sociedade sempre se insere em uma determinada situação histórica, de cuja configuração o sistema jurídico não pode se dissociar arbitrariamente.”²⁰

¹⁶ JAKOBS, *FS Amelung*, 2009, p. 46.

¹⁷ JAKOBS, *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, 2012 = *Strafrechtswissenschaftliche Beiträge*, p. 65, 85. [Há tradução em língua portuguesa, *Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal*. 2ª ed. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen, Porto Alegre: CDS Editora, 2019]

¹⁸ JAKOBS, *FS Amelung*, p. 47.

¹⁹ JAKOBS (*supra* n. 15), p. 136.

²⁰ JAKOBS, *FS Amelung*, p. 46 (destaque como no original).

Essa inserção nas relações sociais concretas permite também analisar os discursos (atuais ou passados) sobre o Direito Penal e examinar seu conteúdo real:

“No entanto, a “moralidade” *per se* ou a “pureza” de uma relação em si jamais deveriam ter sido objeto de proteção pelo Direito Penal, nem mesmo na época em que as sanções penais se baseavam em fundamentos religiosos; o objetivo era, antes, evitar consequências danosas para a sociedade...”²¹

2. Se a relação com a sociedade não for preservada, o Direito Penal não poderá influenciar o seu desenvolvimento, ficará sem qualquer efeito, será mero discurso:

“O fato de a pena máxima ser aplicada, por exemplo, à bruxaria, ao ato de contar piadas sobre o líder ou ao homicídio, caracteriza tanto o Direito Penal quanto a sociedade.

A interdependência entre a sociedade e o Direito Penal é, portanto, recíproca: diante de novos problemas sociais, pode-se exigir que o Direito Penal envide esforços para superá-los, até que se alcance uma complexidade adequada do sistema jurídico em relação ao sistema social; da mesma forma, o Direito Penal pode cobrar da sociedade que leve em consideração máximas consideradas inalienáveis. Mas isso deve ser compatível, em cada caso, com as condições do progresso evolutivo. Nenhum dos dois ultrapassa os seus próprios limites, nem o sistema social nem o sistema jurídico.”²²

“A autopoiese do sistema jurídico... não o impede... de refletir a sociedade em si mesma, ... portanto, [os] receios de contato são, nesse sentido, descabidos; mais ainda... qualquer outra abordagem... [relega] o direito a um nicho... no qual ele permanece ineficaz sem acoplamentos estruturais, comparável a uma religião em declínio...”²³

“Quem deseja dar ordens que façam sentido (e que possam ser cumpridas) deve inserir a estrutura normativa da sociedade na ordem.”²⁴

“O que é legítimo configura-se como o espírito de uma época..., e precisamente como um espírito estável, conectado à cultura jurídica tradicional e preocupado com a sua difusão. Esse espírito, que permeia e reflete a realidade do presente – entendida de maneira enfática –, não pode ser

²¹ JAKOBS (*supra* n. 17), p. 86.

²² JAKOBS (*supra* n. 15), p. 136 e s.

²³ JAKOBS, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Bd. 1, Coimbra 2009, p. 397.

²⁴ JAKOBS (*supra* n. 23), p. 398.

ignorado se o Direito deve *determinar a realidade*.²⁵

Isso vale, obviamente, também para uma ciência do Direito que pretenda merecer esse nome:

“A ciência do Direito não pode fechar os olhos para esse limite cognitivo da realidade normativa – do ponto de vista normativo: da “sujeira” da realidade –, se não quiser perder-se no irreal.”²⁶

Nem mesmo a Constituição pode ser excluída desse “teste da realidade”, se quiser ser algo mais do que uma mera forma de expressão:

“...mas essa Constituição não deve ficar apenas no papel; ela precisa estar tão firmemente cimentada cognitivamente que guie a orientação cotidiana, de modo a tranquilizar os sujeitos, e estes, então, desempenharão seus papéis... mesmo em caso de um delito contra a pessoa...”²⁷

Só então será possível, com base nisso, uma análise (radical no sentido literal da palavra) da legitimidade:

“Embora a Constituição declare que a proteção dos animais é uma tarefa do Estado (Art. 20a da Constituição), isso apenas reforça a legalidade dessa proteção e não contribui em nada para a sua legitimidade.”²⁸

“A punição de um ataque a uma instituição (norma) só é legítima se a própria instituição for legítima e se não houver alternativas funcionais disponíveis menos invasivas do que a pena. Uma simples remissão à Constituição não é suficiente, pois esta também deve ser comprovada como legítima.”²⁹

3. Jakobs escreve sobre o Direito Penal da República Federal da Alemanha. Uma breve olhada para além das fronteiras de alguns Estados ocidentais mostra que uma organização estatal e jurídica *efetiva* em países geralmente chamados de “Estados de Direito” no planeta constitui uma exceção. Nesse contexto, fica claro que esse ambiente – de acordo com a referência social concebida por Jakobs como elemento estrutural, conforme exposto anteriormente – influenciou todos os fundamentos da teoria por ele elaborada. Essa concepção de Direito Penal não é uma planta que poderia crescer em solo árido:

²⁵ JAKOBS, *FS Amelung*, p. 47.

²⁶ JAKOBS (*supra* n. 7), p. 211.

²⁷ JAKOBS (*supra* n. 17), p. 92.

²⁸ JAKOBS (*supra* n. 17), p. 94.

²⁹ JAKOBS, *FS Amelung*, p. 47.

“O método — seja ele personalista, conceptualista, ontologicista, teleológico ou o moderno funcionalismo social — e o material utilizado devem ser apresentados como pertencentes a uma sociedade livre.”³⁰

De acordo com o seu modelo, “... a pena deve garantir a expectativa de segurança nos contatos sociais e, assim, tornar possível a sociedade. O modelo não oferece uma justificação para agir dessa forma; pressupõe, antes, que a ordem social vale os custos que são impostos ao infrator.”³¹

“A pena só pode ser legitimada pelo valor da ordem cuja preservação se pretende garantir.”³²

Isso não significa, evidentemente, que nesse contexto da teoria o desenvolvimento, o fator histórico, não possa ser levado em consideração (pelo contrário: o poder explicativo da proposta de Jakobs muitas vezes atinge uma dimensão especial justamente quando ele expõe o porquê de uma instituição ou uma figura concreta de delito não ser mais, ou ainda não ser, evolutivamente possível):

“De qualquer forma, pode-se compreender a estrita realização do princípio da culpabilidade certamente como uma redefinição da relação entre a sociedade e o autor da perturbação. Além disso, a crítica ao Direito Penal — ainda hoje influenciado por uma teoria liberal do bem jurídico — reduziu, entre outras coisas, os crimes contra os costumes a crimes contra a autodeterminação sexual e, ao mesmo tempo, os ampliou, ao permitir que a lesão de direitos subjetivos se tornasse visível mesmo em instituições morais, como, por exemplo, no caso do estupro conjugal. Mas a influência social do Direito Penal nem sempre precisa ser tão evidente; por exemplo, no reconhecimento jurídico penal de um estado de necessidade justificante também reside uma afirmação sobre a estrutura da sociedade, de acordo com a opinião comum: é apenas por meio da solidariedade como força normativa e da teoria da participação que o conjunto de conceitos penais em questão pode ser explicitado, porque são concebidos à luz da representação social de comunhão, do grau de comunhão ou da separação dos trabalhadores em uma sociedade baseada na divisão do trabalho, seja de forma afirmativa, seja de forma crítica.”³³

A teoria do Direito Penal não pode servir de baluarte contra essa transformação social, mas pode explicá-la e antecipá-la, desde que ela ainda não tenha se consolidado totalmente:

³⁰ JAKOBS (*supra* n. 7), p. 186.

³¹ JAKOBS, *AT*, 1/18.

³² JAKOBS, *AT*, 1/20.

³³ JAKOBS (*supra* n. 7), p. 204 e s.

“O desenvolvimento particularmente criticado neste contexto passa de um Direito Penal que protege bens jurídicos relativamente bem definidos — em especial bens de direito privado —, passando por uma ampliação desses bens para abranger áreas mais amplas, até chegar a crimes de perigo abstrato. A este respeito, arriscamos a seguinte tese: a linha de desenvolvimento está corretamente caracterizada, mas o desenvolvimento — pelo menos por enquanto — é irreversível; no entanto, o funcionalismo penal pode distinguir claramente entre normas funcionais e intervencionistas.”³⁴

É claro que o hermeneuta pode se enganar e não interpretar corretamente o espírito da época; por exemplo, pode até mesmo ser excessivamente orientado por princípios, como o próprio Jakobs, e subestimar a radicalidade de uma transformação estrutural, como ele mesmo admite:

“As pessoas se tornarão, umas para as outras, parte da natureza; nas palavras de Rousseau, tornar-se-ão selvagens. É verdade que as pessoas não podem ser excluídas da sociedade, mas nada garante que, no futuro, todos os seres humanos continuarão a se reconhecer mutuamente como pessoas.

Tais desenvolvimentos não podem ser impedidos apenas por meio de lamentações. É possível que a sociedade esteja se afastando do pessoal em direção ao instrumental, e que a pequena revisão funcional, anteriormente delineada, de alguns princípios e conceitos básicos do Direito Penal de uma sociedade orientada pela pessoa, pressuponha em demasia a antiga mentalidade europeia centrada na pessoa.”³⁵

De qualquer forma, é claro que o Direito Penal não pode nem impedir nem provocar tal mudança estrutural; uma superestrutura não pode impulsionar a revolução (como se verifica com frequência na América Latina, onde um chamado “punitivismo de esquerda” pretende integrar o Direito Penal na vanguarda dos processos de transformação) nem conter a reação:

“...[não é aceitável] alinhar o Direito Penal a um modelo social que pareça ótimo ao intérprete — não se trata do Direito Penal de uma sociedade desejável, mas da sociedade que diferenciou o sistema do Direito, e qualquer pressa ou atraso só faz sentido quando se trata de delinear consistentemente linhas já estabelecidas; aí, claro, faz tanto sentido quanto o trabalho malfeito e a negligência carecem de força normativa.”³⁶

³⁴ JAKOBS (*supra* n. 15), p. 144 e s.

³⁵ JAKOBS (*supra* n. 15), p. 155 e s.

³⁶ JAKOBS (*supra* n. 15), p. 144.

É simplesmente impossível,

“...desestabilizar a sociedade por meio do Direito Penal – assim que o Direito Penal deixa de contribuir para a manutenção da sua configuração – embora seja uma configuração capaz de desenvolvimento – não há mais nenhum ponto sobre o qual possa exercer influência com sucesso.”³⁷

Pois é aqui que se chega aos limites de qualquer teoria do Direito Penal; uma vez estabelecida a ruptura estrutural, depara-se com a impotência de um Direito ultrapassado.

“Se a sociedade realmente estiver caminhando em direção a uma redução dos direitos de liberdade, isso não ocorrerá apenas no Direito Penal, e é possível imaginar crises em que apenas essa tendência represente a *ultima ratio*. Se isso levará a uma criminalização excessiva e desnecessária ou à defesa necessária de um núcleo essencial, é algo que só se poderá determinar politicamente, mas não cientificamente. A ciência do Direito Penal pode revelar, de fato, o que as novas regulamentações jurídicas trarão e quais aspectos dessas regulamentações são considerados benéficos e quais prejudiciais de acordo com os valores vigentes, ela é impotente diante das reavaliações políticas e não pode optar por elas.”³⁸

Como se depreende das passagens citadas acima, esse reconhecimento não significa, evidentemente, que seria impossível conduzir a Política Criminal fora dessas transformações e *dentro de* um sistema de Direito Penal específico. A crítica frequentemente mencionada, de que a posição de Jakobs se limitaria a uma mera descrição e levaria a uma simples adoração do direito positivo, soa, no entanto, bastante estranha, sobretudo, se considerarmos quantos problemas concretos da Política Criminal atual ele abordou de forma funcionalmente fundamentada. Assim, por exemplo, a proteção jurídico-penal dos animais:

“A proteção dos animais deve, portanto, ser entendida não apenas como o cumprimento de um dever para consigo mesmo, mas também como uma proteção contra a brutalização generalizada. Trata-se de um delito de perigo abstrato: o tratamento que cause sofrimento ou morte desnecessária a vertebrados pode contribuir para a disseminação de uma atitude perigosa, ou seja, de atos de brutalidade generalizada.”³⁹

Isso inclui a consideração de um possível componente de um Direito Penal puramente simbólico:

³⁷ JAKOBS (*supra* n. 15), p. 137.

³⁸ JAKOBS (*supra* n. 15), p. 144.

³⁹ JAKOBS (*supra* n. 17), p. 95.

“Além disso, a tranquilidade proporcionada pela existência de uma norma de proteção pode desviar a atenção da necessidade de reconhecer devidamente as falhas dessa proteção, por exemplo, na indústria pecuária de grande escala.”⁴⁰

Também quanto à questão da legitimidade de determinados atos de comunicação como crime, especificamente no caso alemão, a incitação à violência com referência ao nazismo ou, em sentido mais estrito:

“Uma sociedade — não se está falando aqui de Estado — que coloca sua história de crimes no mesmo nível de sua história de sucesso e, com isso, torna o apreço pelo que é criminoso justamente em algo criminoso desde o ponto de vista da sua identidade, deve compelir o obstinado desviante e seu respectivo público a sustentar suas opiniões de forma privada; pois um equilíbrio instável não suporta ataques, nem mesmo de categoria mais branda. A norma citada, em cujo núcleo geralmente insere-se a proibição de negar “Auschwitz”, pode ser considerada legítima, na medida em que existe um público inclinado a tal.”⁴¹

“[A proibição]... visa impedir ataques ao centro de toda sociedade constituída juridicamente, ou seja, à garantia, vigente para todos, do reconhecimento como pessoa de direito.”⁴²

Ou ainda quanto à ofensa a confissões religiosas:

“... na verdade, quem ofende nega que aqueles que professam uma determinada crença devam ser levados a sério no núcleo de sua identidade: sob essa interpretação, a norma aproxima-se dos crimes de ofensa...”⁴³, “A legitimidade da norma parece... ser questionável.”⁴⁴

Ou quanto à questão especificamente alemã (e que causa bastante estranheza no exterior) da punibilidade do incesto:

“A decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre a punição do incesto entre irmãos adultos que não vivem em um núcleo familiar — segundo a qual o legislador não teria excedido os limites que lhe foram impostos ao prever a pena — parece corresponder menos à compreensão atual do Direito Penal como instrumento social do que a *dissenting opinion* do presidente do Senado, Hassemer.”⁴⁵

⁴⁰ JAKOBS (*supra* n. 17), p. 95.

⁴¹ JAKOBS (*supra* n. 17), p. 95 e s.

⁴² JAKOBS (*supra* n. 17), p. 96.

⁴³ JAKOBS (*supra* n. 17), p. 96.

⁴⁴ JAKOBS (*supra* n. 17), p. 97.

⁴⁵ JAKOBS (*supra* n. 17), p. 87.

Isso sem entrar aqui naquela que considero ser a crítica liberal mais incisiva dirigida aos primórdios da crescente criminalização fático-preventiva de atos preparatórios – que atualmente se expande cada vez mais: a análise conceitual e também a crítica político-criminal apresentadas, há mais de trinta anos, no trabalho “*Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*”⁴⁶ (“Criminalização no campo prévio à lesão de um bem jurídico”). E também sem explicar como Jakobs, praticamente sozinho, formulou sua crítica (político-criminal) ao tratamento penal (enganoso) dado aos disparos no Muro [de Berlim].⁴⁷

III. Conclusão

A teoria de Jakobs desmascara os normativistas distantes da realidade, à la Münchhausen, que, argumentando em torno de valores e constituições confortáveis, mas fictícias, e tentando se enganar a si mesmos, se esforçam para escapar do atoleiro da realidade. Como especialista no manejo do poder estatal, não se deve iludir com pronunciamentos normativamente agradáveis. Isso se consegue, nas palavras de Pawlik⁴⁸, “proibindo-se qualquer escapismo”: Jakobs não precisa de uma “imagem normativamente purificada da realidade social”, pois ele quer chegar à verdade – que talvez não seja possível enxergar com vendas nos olhos.

Isso, porém, não significa que, com essa perspectiva, seja necessário observar passivamente o que acontece para depois dogmatizá-lo de forma neutra. A postura metodológica adotada não implica, de forma alguma, que não se possa implementar uma Política Criminal imanente ao sistema ou que não se possam identificar futuras mudanças estruturais – como se pode ler em muitos dos escritos de Jakobs, o oposto é que ocorre.⁴⁹

Jakobs evita qualquer complacência metodológica e trilha um caminho difícil, tendo que equilibrar constantemente quais juízos de valor sobre legitimidade ainda permanecem dentro dos limites da ciência do Direito — por serem internos ao ordenamento jurídico — e quais devem ser classificados como puramente políticos, ou seja, externos à ordem jurídica. Esse exame exigente e contínuo do pulso da época (e aqui, naturalmente, o filósofo do direito também tem um papel a desempenhar) o levou a atualizar continuamente muitas de suas teses sobre Política Criminal – como

⁴⁶ JAKOBS (*supra* n. 15), p. 103 e ss.; sobre isso CANCIO MELIÁ, *FS Jakobs*, 2007, p. 27 e ss., 38 e ss., 42.

⁴⁷ JAKOBS, *GA* 1994, 1 e ss.

⁴⁸ PAWLIK, in: JAKOBS, *Strafrechtswissenschaftliche Beiträge*, p. VII.

⁴⁹ Nesse sentido CANCIO MELIÁ, in: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias sobre temas penales*, Buenos Aires 2000, p. 122 e ss., 145 e ss.

seus alunos sabem por inúmeras discussões, um argumento em sua obra não é considerado menos crítico apenas por ter sido formulado por ele mesmo. Mas os frutos do seu trabalho compensam o esforço: Jakobs consegue, com altíssima taxa de sucesso, expor criticamente, em termos político-criminais, a nudez do rei [N.T.: “a vulnerabilidade do poder estatal”], mesmo e principalmente quando isso é doloroso (e, por isso, não conquista exatamente a simpatia universal da criança que aponta o problema).

Günther Jakobs segue o exemplo do grande poeta espanhol do século XVII, Francisco de Quevedo: “Por mais amarga que seja a verdade, ela deve sair da minha boca”.

Referências

- CANCIO MELIÁ, Manuel. Zum Unrecht der kriminellen Vereinigung: Gefahr und Bedeutung. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (Hrsg.). *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*. Köln: Carl Heymanns, 2007. p. 27-52.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. Feind “strafrecht”? *ZStW* 117 (2005), 267-289.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Normativización del Derecho Penal, teoría de la pena y realidad social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft? *ZStW* 82 (1970), p. 379-410.
- JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, MANUEL. *Conferencias sobre temas penales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.
- JAKOBS, Günther. *La teoría de la imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid: Civitas, 1996.
- JAKOBS, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 2ª. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1991.
- JAKOBS, Günther. Der strafrechtliche Handlungsbegriff. *Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg*. H. 10, München: Beck, 1992.
- JAKOBS, Günther. *Die staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*. Verlag: Brill, Schöningh, 2004.
- JAKOBS, Günther. *System der strafrechtlichen Zurechnung*. Frankfurt a.M.: Klostermann, 2012.
- JAKOBS, Günther. Bindings Normen und die Gesellschaft. In: COSTA ANDRADE, Manuel u.a. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Bd. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 387-400.
- JAKOBS, Günther. Risikokonkurrenz - Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht. In: KÜPER, Wilfried (Hrsg.). *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*. Berlin: Walter de Gruyter, 1987, p. 53-76.
- JAKOBS, Günther. Strafrecht zwischen Funktionalismus und »alteuropäischem« Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des »alteuropäischen« Strafrechts?, *ZStW* 107 (1995), s. 843 ff.

- JAKOBS, Günther. La pena como reparación del daño. In: *Dogmática y Criminología. Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Bogotá: Legis, 2005, p. 339-353.
- JAKOBS, Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. *ZStW* 97 (1985), 751 e ss., 758 e ss.;
- JAKOBS, Günther. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken. *ZStW* 107 (1995), p. 843 e ss.
- JAKOBS, Günther. Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung. *ZStW* 89 (1977), 1 e ss.;
- JAKOBS, Günther. Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin. In: ENGEL, Christoph; SCHÖN, Wolfgang (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 103-135.
- JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, Madrid: Civitas Ediciones, 1997.
- JAKOBS, Günther. Zur gegenwärtigen Strafrechtstheorie. In: KODALLE, Klaus-M. (Hrsg.), *Strafe muß sein! Muß Strafe sein?*, Würzburg: Königshausen & Neumann, 1998, p. 29-40.
- JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Madrid: Civitas, 1996.
- JAKOBS, Günther. *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, Paderborn: Schöningh, 2012.
- JAKOBS, Günther. Sozialschaden? – Bemerkungen zu einem strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem. In: BÖSE, Martin (Hrsg.), *FS Amelung*, Berlin: Duncker & Humblot, 2009, p. 37-50.
- JAKOBS, Günther. Bemerkungen zur objektiven Zurechnung. In: WEIGEND, Thomas; KÜPPER, Georg. *FS Hirsch*, Berlin: Walter de Gruyter, 1999, p. 45-64.
- JAKOBS, Günther. *Schuld und Prävention*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1976.
- JAKOBS, Günther. Beteiligung. *FS Lampe*, Berlin: Duncker & Humblot, 2003, p. 561-576.
- JAKOBS, Günther. Tätervorstellung und objektive Zurechnung. *GS Armin Kaufmann*, 1989, p. 271-288.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- MERKEL, Reinhard. *Feindstrafrecht. Zur kritischen Rekonstruktion eines produktiven Störfrieds in der Begriffswelt des Strafrechts*. In: KINDHÄUSER et al (Hrsg.), *Strafrecht und Gesellschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2019. p. 327-356.
- MIZRAHI, Esteban. *Los presupuestos filosóficos del Derecho Penal contemporáneo. Conversaciones con Günther Jakobs*. Buenos Aires: Universidad Nacional de La Matanza, 2012.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 10ª ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2015.
- MÜSSIG, Bernd. Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht. In: ROGALL, Klaus et al. *FS Rudolphi*, Neuwied: Luchterhand, 2004, p. 165-186.
- MÜSSIG, Bernd. *Objektive Zurechnung und Strafrechtstheorie*. In: KINDHÄUSER et al (Hrsg.), *Strafrecht und Gesellschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2019. p. 357-378.
- MÜSSIG, Bernd. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt: Lang, 1994.
- NEUMANN, Ulfried. Aufgabe des Strafrechts und Strafbegründung. In: KINDHÄUSER et al (Hrsg.), *Strafrecht und Gesellschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2019. p. 257-276.

- PAWLIK, Michael, Einleitung des Herausgebers. In: JAKOBS, Günther. *Strafrechtswissenschaftliche Beiträge*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. p. VII-XII.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito. *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, 23, 289-321.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Un nuevo sistema del Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Buenos Aires: Ad hoc, 1999.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, 4. Aufl.: München: Verlag Beck, 2006.
- SANCINETTI, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*. Verlag: Köln, Carl Heymann, 1995.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Del Derecho Abstracto al Derecho “real”. *InDret*, 2006, 4, p. 1-6, Disponível em www.indret.com.

