

**TEORIA DOS  
SISTEMAS E  
DIREITO  
PENAL  
RADICAL**

ALEXANDRE KASSAMA



**TEORIA DOS  
SISTEMAS E  
DIREITO  
PENAL  
RADICAL**



**TEORIA DOS  
SISTEMAS E  
DIREITO  
PENAL  
RADICAL**

*ALEXANDRE KASSAMA*



Copyright © 2018, D'Plácido Editora.  
Copyright © 2018, Alexandre Kassama.

**Editor Chefe**  
*Plácido Arraes*

**Produtor Editorial**  
*Tales Leon de Marco*

**Capa, projeto gráfico**  
*Leticia Robini*

**Diagramação**  
*Bárbara Rodrigues da Silva*

**Editora D'Plácido**  
Av. Brasil, 1843, Savassi  
Belo Horizonte – MG  
Tel.: 31 3261 2801  
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.  
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,  
por quaisquer meios, sem a autorização prévia  
do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP)  
Ficha catalográfica

KASSAMA, Alexandre;

Teoria dos sistemas e direito penal radical -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

Bibliografia.

ISBN: 978-85-8425-907-6

1. Direito. 2. Direito Penal I. Título

CDU343

CDD341.5

GRUPO  
D'PLÁCIDO



\*  
Rodapé



*A Marina e Nelson, os grandes professores da minha vida.  
A Amanda e Bento, os grandes amores.  
As coisas que realmente importam só me foram ensinadas pelo amor.  
E amar foi a coisa mais importante que aprendi com vocês.*





# SUMÁRIO

<b>PREFÁCIO</b> .....	<b>9</b>
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>13</b>
<b>1. A TEORIA DA SOCIEDADE EM NIKLAS LUHMANN: UMA INTRODUÇÃO</b> .....	<b>19</b>
1.1. As possibilidades da “realidade”: “Draw a distinction”.....	19
1.1.2. As observações de segunda ordem.....	27
1.2. A teoria dos sistemas.....	30
1.2.2. O encerramento operativo.....	33
1.2.3. A sociedade como comunicação.....	36
1.2.4. O Acoplamento estrutural.....	42
1.2.5. A evolução dos subsistemas.....	48
1.3. A função da norma enquanto “dever-ser”.....	60
<b>2. A NOÇÃO DE SISTEMA EM JAKOBS</b> .....	<b>71</b>
2.1. A sociedade enquanto sistema: expectativas e comunicação.....	71
2.1.1. O sistema do direito enquanto subsistema social.....	76
2.1.2. A consciência enquanto sistema autopoietico.....	81
<b>3. TEORIA DA PENA</b> .....	<b>87</b>
3.1. A pena enquanto função específica do Direito Penal: a manutenção de expectativas normativas.....	87

3.2. O Direito Penal do Inimigo.....	110
3.3. Expectativas normativas e cognitivas: sociedade, natureza e comunicação. ....	132
<b>4. CULPABILIDADE.....</b>	<b>151</b>
4.1. Culpabilidade enquanto ponto culminante da imputação: contracomunicação e função do direito.....	151
4.2. Culpabilidade enquanto acoplamento estrutural.....	159
4.3. Culpabilidade e sentido.....	164
<b>5. SISTEMAS, TEORIA DA PENA, CULPABILIDADE, JAKOBS E LUHMANN: "DO QUE SE TRATA O CASO" E "O QUE SE ESCONDE POR DETRÁS" .....</b>	<b>169</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>175</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>179</b>

## PREFÁCIO

Alexandre Gonçalves Kassama obteve, com todos os méritos, o título de mestre em Direito Penal após aprovação em banca examinadora realizada em abril de 2015, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. A trajetória acadêmica do autor teve eu a possibilidade de acompanhá-la em dois momentos sequenciais, porém distintos. Em primeiro lugar, fui seu professor ainda no curso de graduação, oportunidade em que já era possível perceber a capacidade e o interesse do então aluno pelo estudo, em especial, da Filosofia do Direito e do Direito Penal. Ao final do bacharelado, aliás, apresentou interessantíssima monografia de conclusão de curso, debruçando-se sobre o pensamento de JAKOBS e os fundamentos filosófico-sociológicos de seu funcionalismo dito “*sistêmico*”.

O ingresso no curso de pós-graduação, nesse ínterim, nada mais foi que um processo contínuo, eis que vislumbrava aprofundar as suas reflexões sobre as polêmicas que, justa ou injustamente, passaram há alguns anos a sempre cercar os debates acadêmicos acerca da produção jurídica do Professor da Universidade de Bonn.

Neste aspecto, KASSAMA percebeu, com peculiar sensibilidade, que as acaloradas discussões em torno de JAKOBS e seus conceitos mais conhecidos ainda hoje tendem a rodear, tantas vezes, um anódino *senso-comum*, cuja banalidade promove o afastamento das premissas e alicerces de seu verdadeiro pensamento, contentando-se com generalizações e reducionismos. Pode-se dizer que JAKOBS, assim como alguns outros grandes pensadores, são mais mencionados e debatidos do que propriamente conhecidos. Em outras palavras, as referências às suas obras não necessariamente vêm acompanhadas do proporcional aprofundamento em suas concepções jurídicas.

Esta obra, por este motivo, cumpre um papel fundamental. Com rigor na análise, busca encontrar o pensamento de JAKOBS em suas bases elementares, destacadamente nos limites da influência que sua elaboração jurídica sofreu da sociologia de NIKLAS LUHMANN. O livro, portanto, não se resume a “falar” de JAKOBS, mas sim a “compreender” suas percepções da sociedade e dos fenômenos normativos; o papel e a função do Direito Penal e da sanção; bem como a importância exercida, no cerne desta sistemática própria, de conceitos elementares da teoria do delito.

Aqui, peço licença ao leitor para uma narrativa deveras pessoal, porém que é capaz de denotar, penso eu, a importância do espaço acadêmico a ser ocupado por esta dissertação de mestrado, agora em sua versão comercial. Ouvi sobre JAKOBS, por primeira vez, no final da década de 1990. Naquele momento, cursava a graduação em Direito na Universidade de São Paulo e começava a frequentar um curso livre, no período vespertino, ministrado pelo queridíssimo e saudoso Professor Antonio Luis Chaves Camargo. Adepto da cultura jurídico-penal alemã, o Professor, com a autoridade de quem vivera por mais de uma vez naquele país, relatava as construções de diversos autores, entre os quais JAKOBS, evidentemente, estava inserido.

Aprendi naquelas aulas, as quais me acompanharam ao longo de toda minha formação intelectual na pós-graduação e hoje na docência, que a academia não pode ser, jamais, um local de preconceitos intelectuais. Isso não quer dizer que não deva ser um espaço de crítica, algo, por assim dizer, muito diverso. Melhor explicando: é louvável que se faça uma crítica a determinado pensamento, entretanto isso demanda, antes de qualquer coisa, conhece-lo. Ocorre que o preconceito é obstáculo do conhecimento, pois a ninguém é dada a capacidade de observar com a profundidade necessária algo que, *a priori*, refuta ignorantemente ou rechaça sem propósito. O preconceito conduz aos adjetivos, enquanto a crítica é formulada pelo argumento.

Passados tantos anos, e após frequentar simpósios, palestras, congressos e demais experiências universitárias que se referiam, direta ou indiretamente, à JAKOBS, nitidamente percebi que seu trabalho suscita muito mais adjetivos do que é realmente contraposto por argumentos. Há, aqui, uma barreira erguida pelo preconceito, certamente em muito motivado pela sua mais conhecida elaboração, qual seja, o denominado “*Direito Penal do Inimigo*”.

O livro que tenho a honra de prefaciar vai no caminho diametralmente oposto. Em primeiro lugar, insere-se na melhor tradição da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, a qual há mais de vinte anos, e pelas mãos de vários de seus docentes, busca a internacionalização das ideias penais e a abordagem verdadeiramente científica de suas postulações. Em segundo lugar, lança uma luz de racionalidade sobre própria epistemologia das construções de JAKOBS, sem perder a capacidade crítica que aparece em diversos momentos da análise minuciosa e coerente. Trata-se, assim, de um ganho para a literatura jurídica nacional, além de uma oportunidade de melhor “conhecer” este viés funcionalista alemão e após, aí sim, de retirar conclusões. Em suma, a obra merece todos os elogios, eis que não é feita de rótulos ou adjetivos, mas sim de consistentes argumentos.

*Alamiro Velludo Salvador Netto.*

Professor Titular do Departamento de Direito Penal,  
Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo. Advogado.



## INTRODUÇÃO

De todos os adjetivos endereçados ao sistema de Direito Penal desenvolvido por Günther Jakobs, talvez o mais ajustado às proporções do impacto causado por sua obra seja “*polémico*”.

No sentido que adquiriu tal qualificação ao longo dos séculos, pode-se precisar que “*polémico*” é aquilo que causa “*polêmica*”, e esta, por sua vez, pode ser definida como “*debate oral, questão, controvérsia*”<sup>1</sup>. Nesses termos, talvez uma das mais famosas “*polêmicas*” de nossa história possa ser encontrada na literatura, na chamada “*Questão Coimbrã*”, na qual, em meados do século XIX contrapunham-se defensores da escrita de estilo “*antigo*”, de formas já tradicionais, baseados em Lisboa, aos defensores de estilo “*novo*”, baseados em Coimbra, detentores de novas ideias literárias e filosóficas, que desaguaram na também chamada “*questão do bom senso e do bom gosto*”.

Tal qual os literatos, o sistema de Jakobs evoluiu de uma correção de formas tradicionais, para uma ruptura, com a criação de um sistema novo<sup>2</sup>. E tal qual a questão de antanho, invocou dúvidas sobre o seu “*bom senso e bom gosto*”.

Pois bem, a centelha teórica que inflamou a presente obra parte da percepção que diversos textos *sobre* as obras de Günther Jakobs fazem uma interpretação acelerada, muitas vezes confundindo pres-

---

<sup>1</sup> FERREIRA, A. B. de H., **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Coord. Marina Baird Ferreira, Margarida dos Anjos. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010. p.1664.

<sup>2</sup> Segundo o próprio **Jakobs**, de uma “*corrección normativa (...) hacia la construcción normativa*”. JAKOBS, G. **Estudios de Derecho Penal**. Trad. ao Castelhanho e Estudo Preliminar de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González e Manuel Cancio Meliá. Madri: Civitas, 1997. p. 7.

supostos teóricos e proposições dogmáticas, de forma a quase se construir uma *teoria* sobre a teoria de Jakobs que faz imagem pouco fiel sobre a própria teoria que visa teorizar.

Partindo-se do pressuposto – nas páginas que seguem melhor explicado – que toda observação sistêmica é já uma observação de segunda ordem e, sobretudo, a construção do sistema científico é, em grande medida, ordenada com observações de observações, sabe-se que a proposta de voltar aos textos originais, ou desvelar uma interpretação “verdadeira”, é sempre uma proposta fadada ao fracasso, na medida em que a exposição do “verdadeiro” ou “original” é também a *construção* de um “verdadeiro” e “original”. Contudo, dentro da própria estrutura dos textos analisados, pode-se vislumbrar liames marginais que permitem uma exposição comparativo-crítica dos textos *de* Jakobs e dos textos *sobre* Jakobs.

Sobretudo, volta-se a presente investigação ao desvelamento dos pressupostos sociológicos-sistêmicos que levaram ao desenvolvimento do sistema dogmático em questão.

Tal qual o diabo machadiano que visava desfiar as virtuosas *capas de veludo, puxando-as pelas franjas de algodão*<sup>3</sup>, parte-se do princípio de que a exposição e construção dos conceitos dogmáticos práticos revelam, em seus detalhes, as opções filosóficas últimas, as quais, todavia, nem sempre são adequadamente interpretadas, e essa é a *diferença que faz a diferença*.

Essa opção justifica-se pela já referida interpretação apressada, que muitas vezes confunde ambos os conceitos, fazendo uma teoria sobre a teoria de Jakobs, na qual se acaba, muitas vezes, por confundir a teoria de Jakobs com as teorias por trás dessa teoria, criticando esta e aquelas em um amálgama pouco explicado e muito menos explicador.

Desembaraçar aquilo que pode ser desembaraçado – sempre ciente de que se trata, ao fim e ao cabo, de mais uma teoria *construída* – é o escopo último das presentes linhas.

Assim, em primeiro lugar, é feita uma exposição geral da teoria dos sistemas luhmanniana, na crítica da qual, muitos autores do Direito Penal acabam por fundir as críticas a Jakobs, fazendo um emaranhado de observações intra e extrassistêmicas difícil de solucionar.

---

<sup>3</sup> DE ASSIS, M. **A Igreja do Diabo**. In: **Histórias sem data**, p.10. Acessível em <http://machado.mec.gov.br/images/stories/pdf/contos/macn004.pdf>, acesso em 20/10/2014



Para os termos de uma obra de Direito Penal, não se realizará uma valoração e ponderação crítica-filosófica da tese filosófico-sociológica luhmanniana. Ainda assim, o tema será analisado com maior profundidade do que o normalmente realizado, e serão expostos os conceitos-chave, os quais permitirão o salto da sociologia para os dogmas jurídicos jakobsianos.

Passa-se então ao sistema propriamente de direito de Günther Jakobs. Aqui se analisa a contribuição da acepção sistêmica para as linhas gerais do modelo de imputação, passando pelas separações entre diversos sistemas e subsistemas e as possibilidades de intercâmbio entre eles.

Faz-se, assim, uma retrospectiva da noção sistêmica na teoria de Jakobs, e, sobretudo comparando textos anteriores à adoção de tal noção, pode-se vislumbrar de plano o impacto geral da absorção de pressupostos luhmannianos no Direito Penal.

Com tal exposição, observa-se também muitos pontos de interpretação errônea em que se debate parte da doutrina crítica a Jakobs sobre a resolução dos pressupostos supostamente derivados da teoria sistêmica e suas possíveis consequências indesejadas. Como se verá, nem só de sistemas vive Jakobs, mas daquilo que vive, e precisamente naquilo, é mal interpretado.

De posse do arcabouço teórico sistêmico, e tendo já visto de forma panorâmica a forma de sua incorporação intrassistêmica pela teoria penal, parte-se para a análise dos desenvolvimentos dogmáticos, de certa forma, traçando as linhas já apontadas pelo panorama geral até as suas consequências.

Tendo em vista o foco desta limitada observação teórica, a qual, como já ressaltado, não visa elucubrações teórico-dogmáticas mais aprofundadas, mas cinge-se às linhas mestras que permitam enxergar as bases do sistema, foram selecionadas as categorias da pena e da culpabilidade.

De fato, como teoria sistêmica, que analisa o Direito Penal como subsistema do sistema social, e em especial tendo em vista a contribuição específica prestada por tal subsistema ao todo social, o que caracteriza a teoria de Jakobs como funcionalista é, precisamente, a construção dos pormenores dogmáticos a partir da análise da função da pena. O que a caracteriza como *sistêmica* é o encontro de tal função por meio da apropriação de elementos da teoria dos sistemas luhmanniana.

Se o Direito Penal tem alguma *serventia*, a forma mais fácil de buscá-la se dá pela verificação de sua prestação específica: a pena. Como se verá, postas as coisas em seus patamares teóricos sociológicos, a pena só pode se inserir dentro de uma análise sistêmica enquanto portadora de um “sentido” social, para além da mera imposição da força física, enquanto *comunicação*.

Se só a pena é que fornece a prestação específica do Direito Penal para o todo social, só por meio da culpabilidade é que a pena adquire efetiva coerência dentro do sistema do direito. Ousa-se dizer que a culpabilidade, em termos intrassistêmicos, é a verdadeira chave da matriz teórica, e não a pena. Em verdade, como se verá, não faz qualquer sentido separar uma e outra, eis que não se pode falar de pena sem culpabilidade, e esta, por sua vez, só adquire razão de ser ante a possibilidade de imputação dirigida pela pena. Contudo, é o conceito de culpabilidade que abre a porta do desenvolvimento dogmático para as finalidades assentadas quando definidas a função da pena e do Direito Penal enquanto prestador de tal função.

Visto de fora, pode-se analisar o Direito Penal por meio de suas contribuições parciais para a sociedade. Com isso ter-se-ia uma adequada análise sociológica ou filosófica do Direito Penal como um todo. Contudo, se sequer ir além e operacionalizar tal função em categorias dogmáticas a serem desenvolvidas no dia a dia dos operadores intrassistêmicos, então é a culpabilidade a porta de entrada e, ao mesmo tempo, a viga mestra do edifício teórico.

Nesse ponto serão retomados os pressupostos e dificuldades da diferenciação entre pena e mera coerção. De fato, como se verá, nem tudo o que acontece no âmbito da teoria da pena de Jakobs reflete na culpabilidade criada pelo mesmo autor, o que gera perplexidade e questionamentos.

Já avançado o estudo sobre a pena e a culpabilidade, se verá que a teoria da imputação é, em verdade, um mero complemento e desenvolvimento do quanto concertado entre as duas categorias.

Ainda, no âmbito da teoria da pena a palavra “polêmico” tem também outro significado.

Do grego “*polemikós*”, a etimologia da palavra aponta a ligação do termo referente à “*afinidade com a guerra*”. Nesses termos, “polêmico” seria aquilo “*que concerne à guerra*”.

Esse último significado de polêmica poderá ser facilmente ligado a duas consequências do sistema de direito de Jakobs, uma intra e outra extradogmática.

Como ligação intradogmática, tem-se o tão afamado Direito Penal do Inimigo. De fato, como o próprio Jakobs cita por mais de uma vez, no Direito Penal do Inimigo, trata-se mais de guerra do que efetivamente de direito enquanto comunicação. Tem-se aqui, a parte mais afeta à guerra de toda construção teórica e, ainda uma vez, serão retomados os pressupostos da controvérsia entre a comunicação e a coerção e a ligação – ou ausência dela – com a teoria dos sistemas luhmanniana.

Por outro lado, como repercussão extrassistêmica, sabe-se que é o Direito Penal do Inimigo a construção que atraiu maiores e mais exaltadas críticas da doutrina. Assim, não é exagero dizer que contra o Direito Penal de guerra, foi e é travada verdadeira guerra por parte da doutrina. Ocorre que a polêmica nesse ponto não só obscureceu muito do restante do edifício teórico como, ainda pior, se deu segundo as bases erradas. Ocorre que somente pelo Direito Penal do Inimigo não é possível apreender todas as bases de que parte a teoria de Jakobs e, muitas vezes, a partir da análise daquele, parte-se ao ataque de todo o restante. Com isso, perde-se efetivamente a matriz sociológica que daria bases para uma crítica, inclusive, intrassistêmica. Ainda pior, insatisfeita com as consequências dogmáticas últimas – e, como se verá, há profundas dúvidas sobre a construção do Direito Penal do Inimigo mesmo no âmbito de uma teoria funcionalista sistêmica do Direito Penal – nega-se todo o edifício teórico desde as bases, descartando-se de plano diversas contribuições interessantes.

A análise do Direito Penal do Inimigo apenas após a propedêutica visa permitir a verificação de que, de posse do instrumental teórico sistêmico global, a leitura do Direito Penal do Inimigo toma outras cores, as quais não desacreditam todos os escritos de seu autor. Se normalmente toma-se conhecimento da teoria de Jakobs por meio do Direito Penal do Inimigo, a proposital disposição do assunto como parte posterior permite verificar como, de posse do instrumental teórico global, em especial sociológico, tem-se uma leitura muito diferente das leituras tradicionais sobre essa última parte dos escritos de Jakobs.

Dado o fôlego e a capacidade intelectual do autor desta obra, bem como a diferença para com o fôlego e capacidade intelectual dos autores sobre os quais se disserta, as contribuições do estudo têm de se encerrar nesses termos ao mesmo tempo modestos e ambiciosos.

Modestos, pois tratam apenas de parcela menor de todos os escritos e consequências da teoria do Direito Penal de Günther Jakobs

e das possibilidades da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Ambiciosos, pois, conforme se espera, trata-se de contribuição distinta, que permite antever como uma grande parte das leituras tradicionais sobre tais teorias se encontram muitas vezes equivocadas, eivadas de pressupostos errôneos e, mesmo, antagônicos ao objeto de estudo, como se houvesse desde logo uma oposição ao objeto, que impediria o fenômeno de se manifestar ao ser do investigador.



“KASSAMA percebeu, com peculiar sensibilidade, que as acaloradas discussões em torno de JAKOBS e seus conceitos mais conhecidos ainda hoje tendem a rodear, tantas vezes, um anódino senso-comum, cuja banalidade promove o afastamento das premissas e alicerces de seu verdadeiro pensamento, contentando-se com generalizações e reducionismos. Pode-se dizer que JAKOBS, assim como alguns outros grandes pensadores, são mais mencionados e debatidos do que propriamente conhecidos. Em outras palavras, as referências às suas obras não necessariamente vêm acompanhadas do proporcional aprofundamento em suas concepções jurídicas. Esta obra, por este motivo, cumpre um papel fundamental. ”

Trecho do prefácio de Alamiro  
Velludo Salvador Netto



ISBN 978-85-8425-907-6

