

**PARA ALÉM DO  
CONCEITO  
LUHMANNIANO DE  
EXPECTATIVA  
NORMATIVA:  
O PECULIAR MO-  
DELO SISTÊMICO-  
FUNCIONAL DE  
GÜNTHER JAKOBS**  
BEYOND THE CONCEPT  
OF REGULATORY  
LUHMANNIAN FOR-  
WARD: THE PECULIAR  
SYSTEMIC MODEL-  
FUNCTIONAL GÜNTHER  
JAKOBS

*Leonardo Siqueira<sup>1</sup>*

Resumo

O presente trabalho busca examinar a função do direito de estabilizar as expectativas normativas, tomando como referência a obra de Niklas Luhmann e de Günther Jakobs. Isso, para demonstrar as diferenças e, portanto, a distância existente entre as duas obras em relação ao tema.

Palavras-chave: Expectativas normativas. A Teoria de Günther Jakobs. A Teoria de Niklas Luhmann.

*Abstract*

*This study aims to examine the role of law*

*stabilizing normative expectations, with reference to the work of Niklas Luhmann and Günther Jakobs. Therefore, to demonstrate the differences and therefore the distance between the two works on the topic.*

*Keywords: Normative expectations. The Theory Günther Jakobs. The Theory of Niklas Luhmann.*

## 1. INTRODUÇÃO

É muito comum se afirmar e ratificar uma suposta influência da obra de Luhmann pensamento jurídico-penal de Jakobs, o que acaba por deixar transparecer – erroneamente como vamos examinar – que o penalista alemão teria “apenas” aplicado os conceitos trazidos por Luhmann para o direito penal, o que justificava o seu revolucionário conceito de prevenção geral positiva e suas relações com a teoria do delito, mormente no conceito de culpabilidade.

Todavia, não podemos concordar com tal afirmação. A obra de Luhmann não nos permite enxergar uma concordância assim tão evidente, muito pelo contrário, acredita-

---

<sup>1</sup> Professor Titular da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Mestre e Doutor pela UFPE.

mos que a construção de Jakobs, apesar do autor citar diretamente a obra do sociólogo alemão, não mantém nenhuma coerência conceitual com a teoria dos sistemas de Luhmann.

Desse modo, pretendemos examinar a função do direito de estabilizar as expectativas normativas tomando como referência a obra dos autores, permitindo, assim, um melhor entendimento da obra de Luhmann e sua abissal distância do que fora desenvolvido por Jakobs.

## **2. A FUNÇÃO DO DIREITO COMO PREVENÇÃO GERAL POSITIVA NO PENSAMENTO DE JAKOBS**

Ao discorrer sobre as finalidades da pena e as discussões inerentes a tal questão, o penalista alemão faz uma série de críticas as construções doutrinárias até ali existentes. Com relação às teorias da

união, por exemplo, Jakobs afirma que os seus defensores pecam por acreditar numa possível harmonização entre a culpabilidade (retribuição) e as necessidades estatais de prevenção, o que para ele seria um erro teórico e prático. Teoricamente, pois as tentativas de jungi-las dentro das finalidades da pena paralisaria a necessidade retributiva ou a preventiva, pois a culpabilidade trata o indivíduo como responsável e não permite tratá-lo como mero objeto. Essa crítica também vale para a corrente que trata a culpabilidade apenas como fator limitante aos imperativos estatais – defendida, por exemplo, por Claus Roxin –, pois esse elemento só pode limitar aquilo que é adequado ao seu conceito, não podendo, dessa forma, limitar a educação, a intimidação ou similares<sup>2</sup>.

Assim, Jakobs acaba por defender que a pena tem como finalidade exclusiva a confirmação da realidade das normas, ou dito de outro

---

<sup>2</sup>JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 13.

modo, a pena teria a função de restabelecer as expectativas normativas, com o objetivo que elas não fiquem anuladas por sua violação.

Nesse caminho, a pena se dirige a todos os membros da sociedade, para reafirmar a vigência da norma, pois é essa vulneração a norma que se solidifica a finalidade da pena, e isso só se torna possível caso exista um comportamento responsável, culpável em última instância<sup>3</sup>.

Assim, o autor busca estabelecer uma nova relação essencial entre pena e culpabilidade, pois afirma que a culpabilidade sempre seria um defeito volitivo, mais especificamente um déficit de motivação fiel ao direito manifestada na ação criminosa, esta tomada como a expressão de uma contradição, pois o agente teria a competência para manifestar-se de acordo

com a correta configuração do mundo social<sup>4</sup>, o que leva o autor, na prática, abdicar do conceito de culpabilidade como juízo de reprovação pessoal, submetendo-o as necessidades de prevenção geral positiva.

Ainda segundo o autor, a prevenção geral positiva poderia ser traduzida na afirmação que é lícito confiar na correção da norma<sup>5</sup>, deixando clara a junção operada por ele entre culpabilidade e fins da pena, o que levou a absorção da culpabilidade pela teoria da prevenção geral positiva.

A pena aplicada, caso busque ser útil socialmente, não pode ser limitada pela culpabilidade, pois perderia a sua funcionalidade tendo em vista que não é a causação do resultado que constitui a perturbação social, mas a vulneração a norma<sup>6</sup>, e, somente com a

---

<sup>3</sup> JAKOBS, Günther. *El concepto jurídico penal de acción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 48.

<sup>4</sup> JAKOBS, Günther. *El principio de culpabilidad*. In: *Estudios de derecho penal*. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 385- 392.

<sup>5</sup> JAKOBS, Günther. *Culpabilidad y prevención*. In: *Estudios de derecho penal*. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 98.

<sup>6</sup> JAKOBS, Günther. *El principio de culpabilidad*. In: *Estudios de derecho penal*. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 366-370.

pena – que marca o comportamento com uma consequência penal, incrementando, dessa maneira, a possibilidade de que dito comportamento possa ser apreendido com uma alternativa à conduta considerada com infiel ao direito<sup>7</sup> -, seria possível expor quais as expectativas a cerca do curso da realidade seriam as corretas.

Para arrematar as ideias penais do autor, podemos afirmar que Jakobs acaba interpretando que a estabilização das expectativas normativas se dá com comportamentos fiéis ao direito, e o crime seria a forma de se desestabilizar essas mesmas expectativas, ou seja, o delito corromperia as estruturas do sistema e a pena teria como função reestabelecer a vigência da norma atacada pelo comportamento criminoso.

### **3. O CONCEITO DE EXPECTATIVA NORMATIVA NA OBRA DE NIKLAS LUHMANN**

Antes de adentrarmos especificamente no conceito de expectativa normativa, é imprescindível retroceder um pouco na obra do autor e falarmos sobre aspectos importantes sem os quais não é possível entender a afirmação de Luhmann quando fala que a função do direito seria a de estabilizar as expectativas normativas.

Quando Luhmann fala em encerramento operativo, temos aqui um ponto chave e crucial para entendermos a questão relacionada à expectativa. O encerramento operativo traz como consequência uma dependência do sistema da sua própria organização, quer dizer, as estruturas existentes no sistema só podem ser construídas e transformadas a partir das operações que

---

<sup>7</sup>JAKOBS, Günther. Culpabilidad y prevención. In: *Estudios de derecho penal*. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 78-79.

surgem e ocorre dentro dele mesmo<sup>8</sup>.

É a partir do encerramento operativo que podemos falar nos dois principais pontos da teoria dos sistemas e que reluzem pontos específicos do encerramento de operação, criando dois acontecimentos fundamentais dentro do sistema, a saber: auto-organização; e autopoiesis.

Auto-organização significa a criação de estruturas próprias dentro do sistema, em face do encerramento operacional que não permite que o sistema contenha estruturas que não foram criadas pelo próprio sistema<sup>9</sup>.

Já a autopoiese é um estado posterior a partir dessa limitação anterior que o sistema chegou, ou seja, são as estruturas do próprio sistema que permitem que o sistema se

reproduza autonomamente, em um processo sem fim<sup>10</sup>.

Assim fica clara a importância das estruturas para um sistema autopoietico, uma vez que são elas que definem e limitam as relações possíveis de um sistema. As estruturas são expectativas sobre a capacidade de conexão das operações, que caminham no sentido de uma antecipação de sentido<sup>11</sup>.

A função do direito se relaciona com a possibilidade de comunicar expectativas e levá-las ao reconhecimento na comunicação. O direito como sistema autopoietico possui estruturas que permitem uma redução da complexidade em relação ao meio, pois as decisões tomadas devem ser aquelas já previstas no seio do próprio sistema.

Quando fala em expectativas, Luhmann as divide em

---

<sup>8</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução a teoria dos sistemas*. Petrópolis: Editora Vozes, 2009, p. 111.

<sup>9</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução a teoria dos sistemas*. Petrópolis: Editora Vozes, 2009, p. 112.

<sup>10</sup> AMADO, Juan Antonio Garcia. Sociología sistêmica y política legislativa. In: DÍEZ, Carlos Gomes

(org.). *Teoria de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 150-151.

<sup>11</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução a teoria dos sistemas*. Petrópolis: Editora Vozes, 2009, p. 114-115.

duas categorias: expectativas cognitivas; e normativas. Para diferenciá-las, Tércio Sampaio dá um exemplo muito elucidativo e que demonstra a diferença para o desenvolvimento teórico de Jakobs.

Imaginemos que duas partes troquem mensagens e tenham certas expectativas de como elas estivessem sendo entendidas – níveis relato e cometimento. Em um dado momento, ambas as expectativas são desiludidas, gerando a possibilidade de um conflito entre as partes. Essa desilusão das partes pode motivar dois comportamentos: adaptação ou manutenção da expectativa desiludida. Para o primeiro caso, denomina-se expectativa cognitiva, já o segundo expectativa normativa<sup>12</sup>.

A situação conflitiva surge quando as partes mantêm as suas expectativas normativas apesar do desengano. O direito deve estabilizar essas

expectativas normativas, não no sentido de assegurar um comportamento conforme as normas, mas buscar uma estabilização da norma mediante garantias frente aos fatos e protegendo quem tem as mesmas expectativas<sup>13</sup>.

É nesse caso de conflito entre as partes que entra o terceiro comunicador, que com a sua ação linguística e dirigindo-se ao conflito entre as partes, emite (decide) a expectativa que passa a vigorar independentemente, inclusive, das expectativas das partes, mesmo que essa decisão seja até contrária as expectativas conflitantes ou mesmo que as partes não a seguiam<sup>14</sup>.

Agora nos parece clara a afirmação de Luhmann que a norma se estabiliza mesmo que contra os fatos (contrafaticamente)<sup>15</sup>, mostrando que o direito não elimina necessariamente os conflitos, mas os so-

---

<sup>12</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 42.

<sup>13</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Cidade do México: Editorial Herder, 2006, p. 192.

<sup>14</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 44.

<sup>15</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Cidade do México: Editorial Herder, 2006.

luciona pondo um fim, encerrando-os. O direito processa as expectativas normativas de forma totalmente diferenciada dos outros subsistemas sociais, pois é capaz de manter tais expectativas também em situação de conflito, mesmo que defraudadas. É só assim – com as situações de conflito e por conter preliminarmente uma decisão – que se pode saber quem deve aprender com a defraudação da expectativa e quem não precisa. Podemos ainda dizer que do ponto de vista sociológico, a normatividade é estabilidade contra fática<sup>16</sup>.

Importante esclarecer, ainda, que essa decisão (mensagem), que, como vimos, pode contrariar até mesmo as expectativas da parte, só pode ser tomada a partir das estruturas do próprio sistema, quer dizer, ela mesma tem que ser

previsível pelo direito, o que acaba levando ao observador ao se atualizar empiricamente a tomar um dos dois caminhos, isto é, renunciar a expectativa que tinha (cognitiva), ou mantê-la apesar do desengano (normativa)<sup>17</sup>.

#### 4. CONCLUSÃO

Parece-nos claro o rumo diverso tomado por Jakobs e seus seguidores. Quando o autor entende o delito como uma falta de fidelidade ao ordenamento de acordo com um juízo objetivo e social, dado que o criminoso questionaria a vigência da norma, sendo, dessa maneira, errônea e destruidora das estruturas<sup>18</sup>, não podemos falar que a obra de Luhmann influenciou o penalista alemão.

---

<sup>16</sup> LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social. In: DÍEZ, Carlos Gomes (org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 73-74.

<sup>17</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Cidade do México: Editorial Herder, 2006, p. 190-191.

<sup>18</sup> DÍEZ, Carlos Gomes. Teoría de sistemas y derecho penal. In: DÍEZ, Carlos Gomes (org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 427.

O que o direito pretende garantir, segundo Luhmann, dentro da sua função de estabilização das expectativas normativas mesmo que contra os fatos, é que se possa saber de antemão como comunicar-se a partir das estruturas de expectativas do sistema, ou seja, uma antecipação futura de sentido.

Quando Jakobs fala que o crime perturba a correta configuração social, e, por isso mesmo, temos o delito como a falta de fidelidade ao direito e a pena a função de restabelecer a confiança dos súditos no ordenamento vigente, ele não atenta para um dado que é extremamente importante para Luhmann: a evolução dos sistemas sociais.

Segundo Luhmann, para que o direito continue em constante evolução e aperfeiçoamento da sua própria auto-poiesis, é imprescindível que esse sistema social regule certos modos de comportamentos previstos em virtude da

sua capacidade de serem conflitivos<sup>19</sup>, o que se choca com o desenvolvimento de Jakobs.

Essa ideia do sociólogo alemão se deve ao fato que as situações conflitivas ocorrem em virtude das partes, na maioria dos casos, manterem as suas expectativas normativas, o que leva ao direito procurar sempre a estabilização normativa tomando como parâmetro as suas próprias estruturas para decidir, estimulando, assim, a sua auto-reprodução.

Do lado diametralmente oposto está a teorização de Jakobs, onde o crime – situação conflitiva por natureza – é visto, de acordo com o exposto, como uma espécie de perturbação ao sistema jurídico, um mal que deve ser evitado, combatido, reprimido e suprimido da sociedade como um todo. O direito penal conformaria um correto mundo social, pressupondo, como não poderia deixar de ser, que toda a sociedade deva

---

<sup>19</sup> LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social. In: DÍEZ, Carlos Gomes (org.). *Teoría de sistemas y*

*derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 82-83.



compartilhar dos mesmos valores estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Esse pensamento é contrário as ideias de Luhmann. Para o autor, a modernidade se caracteriza pela perda do evidente ético, ou seja, não temos mais uma base ética comum que levava, em muitos casos, a resolução do conflito em instâncias não jurídicas. Passamos a ter um número infundável de valores diferentes, de visões de mundo diversas. Agora, as instâncias não jurídicas demonstram a sua incapacidade de resolver os conflitos, deixando para o direito à missão de gerar um decisão, quer dizer, comunicar e estabilizar qual a expectativa normativa deve prevalecer naquela situação de conflito a partir das estruturas do próprio sistema, permitindo que as partes envolvidas, bem como um terceiro observador, saibam como se comunicar previamente dentro do sistema jurídico.

## REFERÊNCIAS

AMADO, Juan Antonio Garcia. Sociología sistêmica y política legislativa. In: DÍEZ, Carlos Gomes (org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Editorial Comares, 2005.

DÍEZ, Carlos Gomes. Teoría de sistemas y derecho penal. In: DÍEZ, Carlos Gomes (org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Editorial Comares, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Teoría da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

JAKOBS, Günther. *Culpabilidad y prevención*. In: *Estudios de derecho penal*. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. *El concepto jurídico penal de acción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

\_\_\_\_\_. *El principio de culpabilidad. In: Estudios de derecho penal.* Madrid: Editorial Civitas, 1997

\_\_\_\_\_. Culpabilidad y prevención. *In: Estudios de derecho penal.* Madrid: Editorial Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. *Sobre la teoría de la pena.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad.* Cidade do México: Editorial Herder, 2006.

\_\_\_\_\_. El derecho como sistema social. *In: DÍEZ, Carlos Gomes (org.). Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación.* Granada: Editorial Comares, 2005.

\_\_\_\_\_. *Introdução a teoria dos sistemas.* Petrópolis: Editora Vozes, 2009.