

# ALÉM DA METAFÍSICA PENAL: O ENFRAQUECIMENTO DOS FUNDAMENTOS DA PENA NA DOGMÁTICA ALEMÃ

*BEYOND PENAL METAPHYSICS: THE WEAKENING OF THE  
FOUNDATIONS OF PUNISHMENT IN GERMAN DOGMATICS*

LUCAS VILLA

Pós-Doutor em Direito Penal e Criminologia pela *Universität Hamburg* – UH (2022). Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB (2019). Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Piauí – UFPI (2010). Professor do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Piauí – UFPI. Coordenador Estadual do IBCCRIM no Estado do Piauí. Advogado criminalista.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/1680393644793054>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-1771-7107>].

[lucasvilla@ufpi.edu.br](mailto:lucasvilla@ufpi.edu.br)

Recebido em: 25.08.2022

Aprovado em: 08.12.2022

Última versão do autor: 08.12.2022

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v195i195.324>].

## ÁREA DO DIREITO: Penal

**RESUMO:** O presente trabalho procura comprovar a hipótese de que a história da dogmática penal alemã desenha um caminho de paulatino enfraquecimento dos fundamentos metafísicos da pena. Por meio de revisão de bibliografia, o percurso se iniciará com Kant, Hegel e a origem das teorias retributivas. Após, discutir-se-á o embate entre a Escola Clássica do direito penal alemão, encabeçada por Karl Binding, e a Escola Moderna, capitaneada por Franz von Lizst. Observar-se-á o causalismo de Edmund Mezger e o finalismo de Hans Welzel, bem como a função da punição para ambos os autores. O funcionalismo teleológico de Claus Roxin, com sua proposta de proteção aos bens jurídicos, e o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs, com a ideia de prevenção geral positiva, serão analisados a seguir.

**ABSTRACT:** The present work seeks to prove the hypothesis that the history of German penal dogmatics draws a path of gradual weakening of the metaphysical foundations of punishment. Through a bibliography review, the path will begin with Kant, Hegel and the origin of retributive theories. Afterwards, the clash between the Classical School of German Criminal Law, headed by Karl Binding, and the Modern School, led by Franz von Lizst, will be discussed. Edmund Mezger's causalism and Hans Welzel's finalism will be observed, as well as the role of punishment for both authors. Claus Roxin's teleological functionalism, with his proposal to protect legal goods, and Günther Jakobs' systemic functionalism, with the idea of general positive prevention, will be analyzed below. From there

Daí se passará às teorias críticas da imputação de Winfried Hassemer e Klaus Günther e, finalmente, à chegada do abolicionismo penal na Alemanha, pelas mãos de Sebastian Scheerer. Por fim, encerraremos acenando em direção a um direito penal fraco, de caráter pós-metafísico, que seja capaz de articular à meia-luz em favor de sua própria redução, com vistas à abolição.

**PALAVRAS-CHAVE:** Metafísica – Dogmática penal – Pena – Abolicionismo penal – Direito penal fraco.

we will move on to the critical theories of imputation of Winfried Hassemer and Klaus Günther and, finally, to the arrival of penal abolitionism in Germany, by the hands of Sebastian Scheerer. Finally, we will close by waving towards a weak criminal law, with a post-metaphysical character, which is capable of articulating in the half-light in favor of its own reduction, with a view to abolition.

**KEYWORDS:** Metaphysics – Penal Dogmatics – Punishment – Penal Abolitionism – Weak Criminal Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os fantasmas de Kant e Hegel. 3. Binding, Liszt e o embate entre "escola clássica" e "escola moderna". 4. Mezger, Welzel e o embate entre causalismo e finalismo. 5. Roxin, Jakobs e o funcionalismo como enfraquecimento dos fundamentos da pena. 6. Hassemer, Günther e a busca por uma teoria não metafísica da imputação. 7. Sebastian Scheerer e a chegada do abolicionismo penal à Alemanha. 8. "Não acredito no direito penal, mas que ele existe, existe": a possibilidade de um direito penal fraco. 9. Considerações finais. 10. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O<sup>1</sup> presente artigo procura desenvolver uma hipótese: embora nem sempre de forma linear, a história da dogmática penal alemã desenha um caminho de paulatino enfraquecimento dos fundamentos metafísicos da pena.

O pensamento metafísico tem origem na proposta platônica de segunda navegação da filosofia. Na metáfora platônica, os filósofos pré-socráticos, conhecidos como filósofos da natureza (*physis*), teriam realizado uma primeira navegação em busca da verdade, buscando-a nos elementos do mundo físico. Para concluir a missão, no entanto, seria necessária uma segunda navegação, aquela que levaria à compreensão de que a verdade não está no mundo sensível da natureza (*physis*), mas para além da natureza (*metaphysis*). Assim Platão inaugura a dicotomia entre sentidos e razão, mundo sensível e mundo inteligível, alocando a verdade em uma idealidade abstrata em que residiria o saber supremo e universal. A verdade passa a ser, então, metafísica.

Em seu *Götzen-Dämmerung*, Nietzsche (1999) identifica a história do pensamento ocidental com a história do enfraquecimento da metafísica (ou da consumação do

1. Artigo escrito como resultado de estância de pesquisa de pós-doutoramento em direito penal e criminologia na *Universität Hamburg*, sob supervisão do professor doutor Sebastian Scheerer.

niilismo). Essa evolução ocorreria em seis etapas. Na primeira delas, cria-se a dicotomia entre mundo sensível e mundo inteligível, alocando a verdade neste último. A verdade passa a ser abstrata, universal, absoluta, em suma, metafísica. Essa verdade, embora localizada em um mundo suprassensível, pode ser acessada pelo sábio, por meio da razão. É o pensamento socrático-platônico.

Na Idade Média, quando o cristianismo se apropria do pensamento antigo, o mundo das ideias de Platão (*hiperuranion*) torna-se o paraíso cristão e a verdade metafísica, antes acessível ao sábio, por meio da razão, passa a ser uma promessa de além-vida para o devoto. No período das luzes, esse mundo verdadeiro prometido para após a morte passa a ser visto como inacessível, transformando-se apenas em um imperativo categórico transcendental (Kant) – nessa fase do pensamento encontram-se as teorias retributivas da pena. Com o positivismo e seu fetiche pelas ciências naturais, a atenção retorna ao mundo sensível, já que o “mundo verdadeiro” da metafísica se mostrou inacessível. Esse seria o quarto momento: o ideal deixa de ser importante e o conhecimento científico reclama o *status* de conhecimento verdadeiro – nessa fase encontramos as teorias utilitaristas da prevenção. A quinta fase marcaria o início da consumação do niilismo pós-moderno: a noção de verdade torna-se supérflua e inútil, merecendo ser desconstruída. Por fim, a sexta fase seria do niilismo ativo: uma vez suprimidos tanto o mundo verdadeiro quanto o mundo aparente, a humanidade estaria livre para criar novos valores e novas verdades.

O que se percebe dessa narrativa é que, em Nietzsche, a história do pensamento ocidental pode ser contada como a história do enfraquecimento da noção de verdade – ou, em suas próprias palavras, “a história de um erro”, o erro metafísico.

Influenciado por Nietzsche, quem definiu, a um só tempo, como o último filósofo metafísico e aquele que pôs fim à metafísica, Heidegger ampliará a ideia de metafísica, definindo como tal qualquer tipo de pensamento que entenda o ser enquanto presença estável, unidade e verdade. Para Heidegger (2006), o ser é um evento (*Ereignis*), é envio e transmissão (*Geschik und Überlieferung*). Acontece sempre no tempo e não pode ser apreendido como presença, mas apenas como rememoração (*Andenken*). O filósofo propõe, então, um ultrapassamento da metafísica. No entanto, como adverte Gianni Vattimo, esse ultrapassamento não é superação com abandono (*Überwindung*), mas uma torção e distorção (*Verwindung*) que se opera com o mergulho e enfraquecimento das próprias estruturas do pensamento metafísico<sup>2</sup>.

2. “Para descrever essa atitude – cujo sentido essencial é reportar-se ao passado da metafísica (e, portanto, também à modernidade como resultado final dela e da moral platônico-cristã) de um modo que não seja nem a pura aceitação dos seus erros, nem a crítica ultrapassante que, na realidade, os prossegue e que Nietzsche pensa em termos de convalescença e de bom temperamento —, creio se deva recorrer à noção heideggeriana de *Verwindung*. [...] *Verwindung* indica um ultrapassamento que tem em si as características da aceitação e do aprofundamento. Por outro lado, o significado léxico da palavra no vocabulário alemão contém duas outras indicações: a da convalescença (*eine Krankheit verwinden*: curar, recuperar-se de uma doença) e a de (dis)torção

Vattimo chamaria “pensamento fraco” (*pensiero debole*) a este pensamento que busca se afastar dos fundamentos fortes da metafísica, que sempre levam a pretensões de verdade epistemologicamente violentas. O pensamento fraco é um tipo de pensamento ultrametafísico capaz de articular à meia-luz propostas éticas e políticas contingentes e conscientes de sua precariedade.

O que se pretenderá aqui demonstrar é que a história da dogmática penal alemã é a história do enfraquecimento metafísico dos fundamentos da pena. Paulatinamente, das teorias retributivas kantianas até o advento do abolicionismo penal na Alemanha, percebe-se um percurso de debilitamento dos fundamentos fortes do poder punitivo, o que resulta em chances de pensar formas menos violentas e pretensiosas para lidar com as situações problemáticas que se costuma chamar crimes.

Iniciaremos pela base da metafísica penal alemã: as teorias retributivas como propostas por Kant e Hegel. Essas teorias marcarão profundamente a razão penal germânica, caracterizando o mais forte modelo metafísico de justificação da pena. Após, analisaremos o conflito de ideias entre a Escola Clássica, de fortíssimo viés retributivo, encabeçada por Karl Binding, e a Escola Moderna, inaugurada por Franz von Liszt a partir do famoso Programa de Marburgo. Liszt propõe um primeiro afastamento do modelo kantiano-hegeliano de justificação da pena, aderindo às teorias preventivas positivistas-utilitaristas.

Adiante, compreenderemos, a partir de Edmund Mezger, a adaptação das teorias do delito e da pena ao modelo nacional-socialista do período do Terceiro Reich e sua crítica ao finalismo. Entenderemos o finalismo, a partir de Hans Welzel, e sua ideia de que a função do direito penal é assegurar valores ético-sociais fundamentais à existência humana. Passaremos, então, ao funcionalismo, em suas perspectivas teleológica (Claus Roxin) e sistêmica (Günther Jakobs), que paulatinamente enfraquecem os fundamentos metafísicos do direito penal.

---

(um significado marginal, ligado a *winden*, torcer, e ao significado de alteração desviante que, entre outros, o prefixo *ver* possui). [...] A *Verwindung*, entendida em todos esses significados, define a posição característica de Heidegger, a sua ideia da tarefa do pensamento no momento, em que nos encontramos, do fim da filosofia em sua forma de metafísica. Também para ele, como para Nietzsche, o pensamento não tem nenhum outro “objeto” (com muitas aspas), a não ser as errâncias da metafísica, re-memoradas numa atitude que não é nem a do ultrapassamento crítico, nem a da aceitação que retoma e prossegue. [...] As etapas do itinerário heideggeriano podem se aproximar muito claramente das de Nietzsche: o efeito niilista da autodissolução da noção de verdade e da de fundamento, em Nietzsche, tem seu paralelo na “descoberta” heideggeriana do caráter “epocal” do ser; também em Heidegger, o ser não pode (mais) funcionar como *Grund*, nem para as coisas, nem para o pensamento. [...] O único passo adiante, aqui, pode ser sublinhar que ver as teses da metafísica como *Ge-Schick*, envio, transmissão histórico-destinal, tira toda a força das pretensões de coatividade metafísica. A atitude que daí resulta é uma espécie de relativismo historicista: não há nenhum *Grund*, nenhuma verdade última, há apenas aberturas históricas, destinadas, ou seja, enviadas, por um *Selbst*, um Si-mesmo que só se dá nelas, através delas (atravessando-as, não as usando como meios)” (VATTIMO, 1996, p. 178-184).

Perceberemos, então, com as teorias da imputação propostas por Winfried Hassemer e Klaus Günther, a abertura para uma radicalização da crítica às teorias metafísicas da pena. Finalmente, compreenderemos como, a partir do ingresso do pensamento abolicionista penal, introduzido na Alemanha por Sebastian Scheerer, abre-se caminho para o ultrapassamento da metafísica penal e para propostas mais humanas para lidar com situações problemáticas, fora da lógica da imposição de dor.

Ao fim, proporemos uma reconciliação entre o discurso abolicionista e a dogmática penal, por meio de um “direito penal fraco”, capaz de redescrever as categorias da teoria do delito em favor de seu paulatino enfraquecimento e com vistas à sua futura abolição.

## 2. OS FANTASMAS DE KANT E HEGEL

Em artigo de 1968 em que defendia que o direito penal deveria se despedir definitivamente de Kant e Hegel, Ulrich Klug (1968, p. 275) denunciou que quase todas as sentenças condenatórias proferidas pelo judiciário alemão mencionavam, em sua fundamentação, coisas como a necessidade de “retaliação pelos danos causados pela infração penal” (*Vergeltung des durch die Straftat angerichteten Schadens zu sehen sei*) ou de que a pena atue como uma “expição equitativa” (*angemessene Sühne*). Mais de cinco décadas após o apelo de Klug, não se pode ainda falar em um adeus definitivo a Kant e Hegel, em matéria de teorias da pena.

Esse adeus, como afirma o autor, não é facilmente alcançável justamente porque depende de posições metafísicas. As teorias retributivas da pena, fortemente assentadas em Kant e Hegel, são o maior monumento à metafísica penal.

Em sua “metafísica dos costumes”, Kant (2013, p. 137) afirma que a punição “nunca pode servir meramente como meio para fomentar outro bem, seja para o próprio delinquente, seja para a sociedade civil”. A pena deveria ser infligida “apenas *porque ele cometeu o crime*”. A lei penal é vista como um imperativo categórico. Assim, Kant repudia todas as teorias relativas da pena (prevenção geral ou especial) sob o argumento de que o homem jamais pode ser manipulado como meio para propósitos de outro.

Para o filósofo de Königsberg, a única justa medida para a pena é a retaliação equivalente à ofensa (*ius talionis*). Assim, ao homicídio se deve responder, obrigatoriamente, com pena de morte. Acusando Beccaria de “partidário do sentimentalismo de uma humanidade afetada” (KANT, 2013, p. 141), por se opor à pena de morte, lança sua famosa alegoria da ilha:

“Mesmo que a sociedade civil se dissolvesse com o consentimento de todos os seus membros (se, por exemplo, o povo que vive em uma ilha decidisse desagregar-se e espalhar-se pelo mundo), o último assassino no cárcere teria de ser antes executado, de modo que cada um recebesse o que merecem seus atos e a culpa sangrenta não recaísse sobre o povo, que não fez por merecer essa punição, mas poderia ser considerado cúmplice nessa violação pública da justiça” (KANT, 2013, p. 139).

Há uma curiosa exceção, entretanto, para o pensador: o caso de infanticídio em que a mãe assassina um filho bastardo. Nesse caso, para evitar a vergonha do nascimento de um filho fora do casamento, o assassinio do recém-nascido inocente está “justificado”. A mãe assassina não deverá ser punida com a morte, pois

“A criança vinda ao mundo fora do casamento nasceu fora da lei (isto é, do casamento), portanto fora também da proteção da mesma. Ela foi introduzida na comunidade política como que furtivamente (como mercadoria proibida), de tal forma que esta pode ignorar sua existência (pois que legalmente ela não deveria existir desse modo), consequentemente também sua eliminação, e nenhum decreto pode eliminar a vergonha da mãe quando seu parto fora do casamento se torna conhecido” (KANT, 2013, p. 142).

E como proceder em relação aos delitos que não permitem uma punição em termos de réplica equivalente? Kant (2013, p. 168) responde à questão com exemplos, sendo um deles a “pederastia”, considerada por ele como “um crime contra a humanidade em geral”. Condutas como estupro, relações homossexuais ou relações sexuais com animais (bestialismo) seriam delitos antinaturais, “porque são praticados contra a humanidade mesma”. Para ele, os homossexuais, criminosos de nocividade equivalente à dos estupra-dores, “deveriam ser punidos com a castração (como a dos eunucos brancos ou negros no serrallo)” (KANT, 2013, p. 168).

Ao violento aristocrata que agrediu “um cidadão inferior” se deveria punir obrigando-o a retratar-se publicamente e a beijar a mão do ofendido “socialmente inferior”. Já ao miserável que rouba, mas não possui bens que lhe possam ser tirados em retaliação equânime, deve-se punir com trabalhos forçados, pondo-o “em estado de escravidão, temporário ou, conforme as circunstâncias, também para sempre” (KANT, 2013, p. 138-139).

É assim que, com base na teoria retributiva, a metafísica penal kantiana defendia não somente a pena de morte, mas também coisas como castração de homossexuais, assassinato de bebês gerados fora do casamento e penas de escravidão perpétua, para o ladrão miserável, e de beijos na mão do ofendido, para o aristocrata violento. Não é de se assustar que o mais prestigiado filósofo moral defendesse tamanhos despautérios. Kant era, afinal, um homem de seu tempo – um homem que incorreu no triste infortúnio de acreditar que aquilo que parecia moralmente razoável à sociedade europeia do século XVIII deveria ser erigido à categoria de lei universal. O que é de se assustar é que, como adverte Klug (1968, p. 275), até hoje “os defensores da ideia de retribuição, para a qual a ideia de expiação é apenas mais uma expressão romantizante, apontam apaixonadamente para as teses filosóficas de Kant (1724-1804) e Hegel (1770-1831) para justificar sua visão”. Mais que isso, essa visão é ainda corriqueiramente mencionada, de forma expressa, em boa parte das sentenças condenatórias<sup>3</sup>.

3. “Qualquer pena criminal é, em sua essência, uma retribuição à causação de um mal” (BVerfGE 22, 132). “A pena não pode desvincular-se em seu conteúdo nem acima nem abaixo de sua

Hegel (2010, p. 122), por sua vez, concorda com Kant sobre a fundamentação metafísica da pena, que deve ser entendida como um fim em si mesma, não como meio para qualquer outro propósito (“a fundamentação de que o punir é em si e para si justo”). Essa premissa leva à conclusão de que é necessário promover a anulação (*Aufhebung*) do crime, por meio da pena. Não leva, no entanto, à conclusão kantiana de que seria igualmente possível estabelecer metafisicamente a medida correta da pena (valendo-se do *ius talionis*).

Para Hegel (2010, p. 123), o crime é a negação da norma e a pena, a negação do crime. Tem-se, assim, que a pena seria a negação da negação da norma, ou seja, sua reafirmação. A punição do criminoso, para ele, é um direito do próprio criminoso, pois honra-o como um ser racional. Pela pena, a vontade criminosa é suspensa, readequando-a à totalidade ética. Não haveria honra ao criminoso se sua pena tomasse por base não o seu próprio ato, mas um propósito exterior a ele (intimidação ou reabilitação).

Da necessidade de negar o crime por meio da pena não se infere, porém, que a medida da punição deva ser a igualdade, no caráter específico, em relação à lesão causada pelo crime. O caráter quantitativo e qualitativo do crime e de sua negação (*Aufhebung*) repousa não em si mesmo, como pretendia Kant, mas na exterioridade. Que se deve punir é uma verdade em si. Como se deve punir, no entanto, é um cálculo contingente: “nisso, de toda maneira, nenhuma determinação absoluta é possível”, há “uma dificuldade insuperável para determinar a pena” (HEGEL, 2010, p. 124). Hegel sugere, assim, que esse cálculo deve buscar na coação da punição *valor* equivalente ao da coação ilícita do crime. Aqui já se percebe um enfraquecimento na base metafísica da teoria retributiva, pois não há mais fórmula absoluta que determine como promover a retribuição.

### 3. BINDING, LISZT E O EMBATE ENTRE “ESCOLA CLÁSSICA” E “ESCOLA MODERNA”

As teorias de viés retributivo foram dominantes na Alemanha até o final do século XIX, quando Franz von Liszt, com o Programa de Marburgo, recupera a bandeira da teoria da prevenção especial. A chamada “escola moderna” de von Liszt, de orientação sociológica, opunha-se à “escola clássica” de orientação jurídica, que tinha por maior expoente Karl Binding.

Binding, partidário de Kant e Hegel, era defensor do retribucionismo. Para ele, a pena deve ser vista como retribuição ao mal causado. Mais especificamente: a pena é a expressão da força do Estado restabelecendo o poder do direito sobre a vontade criminosa do delinquente. A punição visa estabilizar a autoridade do Estado, de modo que a norma continue sendo vista como diretriz da ação humana. O criminoso deve ser punido por sua rebeldia, de modo que o Estado não precisa justificar a punição em termos mais concretos. Trata-se de teoria absoluta da pena (TICHY, 2019).

---

determinação como compensação justa da culpabilidade” (BGHSt 24, 134).

A obra de Liszt, por sua vez, marca a transição de uma era liberal-conservadora, representada pelo positivismo jurídico da escola clássica de Binding, para uma visão de direito penal que refletia a crise social da época. Com Liszt surge a escola moderna de direito penal, focada em um conceito empírico de ciência e com marcada influência da teoria da evolução de Darwin (TICHY, 2019). Em seu famoso discurso de Marburgo, Liszt defendeu a função de prevenção especial da pena, sustentando sua atuação em três vias: 1) protegendo a comunidade dos delinquentes, mediante o encarceramento deles; 2) intimidando o autor de delitos, para que não mais os pratique; 3) corrigindo o autor dos delitos, evitando a reincidência (ROXIN, 2008, p. 85-86).

Ocorre que, embora havendo se afastado da teoria absoluta da pena em matéria de política criminal, o Programa de Marburgo propõe que a discussão sobre a função da pena seja mantida longe da dogmática penal. A Franz von Liszt se costuma atribuir a atual estrutura da teoria do delito em seus fundamentos (ROXIN, 2002, p. 4-5). Dois seriam os pontos fulcrais do pensamento de Liszt que marcariam, por muito tempo, a dogmática penal no ocidente: 1) a separação entre direito penal e política criminal e 2) a conformação do direito penal à forma rígida de um sistema fechado de categorias lógico-dedutivas (MACHADO, 2016, p. 395).

Para Liszt (2007, p. 56), era importante que o direito penal assumisse, por meio da pena, a função de guia de defesa da coletividade, garantindo “a possibilidade de uma frutífera luta contra a criminalidade”. Apesar de ter introduzido, na ciência penal, referências políticas e o diálogo com outras ciências, Liszt preocupou-se em manter a dogmática penal adstrita aos domínios do direito positivo, livre de “contaminação” política. Para atingir esse objetivo, propôs o que chamou de “ciência global do direito penal” (*gesamte Strafrechtswissenschaft*), dividida em três eixos: 1) criminologia e penologia, ciências dedicadas ao estudo empírico do delito e da pena; 2) política criminal, responsável por propor revisão e reforma da legislação penal; e 3) dogmática penal, ciência voltada ao estudo do direito penal e processual penal positivos. Com essa distribuição, as discussões sobre os fins da pena, em seu aspecto normativo, caberiam à política criminal, e em seu aspecto empírico, à criminologia e penologia. A teoria do delito, isolada no eixo da dogmática, estaria alijada do debate<sup>4</sup>.

#### 4. MEZGER, WELZEL E O EMBATE ENTRE CAUSALISMO E FINALISMO

Já a função de prevenção especial negativa da pena seria inserida no debate por Edmund Mezger, um dos mais proeminentes juristas do período do nacional-socialismo.

4. “No que tange à relação entre teoria do delito e teorias da pena, essa separação permitiu que a dogmática penal se isolasse por muito tempo em relação à discussão sobre os fins da pena e seus efeitos, embora estivesse sempre presente nas construções das sucessivas teorias do delito que a definição de um fato como crime teria como consequência a aplicação de uma pena (aflictiva)” (MACHADO, 2016, p. 395-396).

Mezger participou ativamente da comissão de reforma do direito penal implementada pelo partido nazista. Adaptou sua teoria, amoldando-a a uma concepção de direito penal apropriada ao novo regime. A vontade do Führer como fonte do direito penal, a criação de tipos penais por analogia, a ascensão do direito penal de perigo em detrimento de um direito penal do resultado, a substituição da noção de bem jurídico pela de violação de um dever, são algumas das ideias propostas. Além disso, passa a atribuir à pena a função de eliminar os elementos daninhos ao povo e à raça – espécie de prevenção especial negativa (MUÑOZ CONDE, p. 2003).

Mezger também participou de forma ativa das discussões em torno da Lei do Delinquente Perigoso, que, em 1933, introduziu a possibilidade de aplicação de medida de segurança por tempo indeterminado, em centros de trabalho, mesmo a indivíduos que já tenham encerrado o cumprimento de sua pena. Esse instrumento jurídico foi fundamental para a permissão da internação e morte de milhares de pessoas nos campos de concentração nazistas (MUÑOZ CONDE, p. 2003). Participou, igualmente, da elaboração de um projeto de lei que pretendia acrescentar à internação em campos de concentração outras medidas de segurança ainda mais graves em face dos “estranhos à comunidade”: medidas de seleção eugênica como castração/esterilização de quem apresentasse “tendência à delinquência”, dava poderes à SS para determinar, diretamente, privação de liberdade de “inimigos do regime” por tempo indeterminado, sem necessidade de controle judicial. Esse projeto, que tinha por fim a eliminação física de diferentes grupos de pessoas e que contou com ativa colaboração de Mezger, não chegou a entrar em vigor (MUÑOZ CONDE, p. 2003).

Mezger, com a introdução de função preventiva especial negativa, turva a fronteira entre pena e medida de segurança. Com a substituição da noção de bem jurídico pela de violação de um dever, no entanto, é possível entrever os fantasmas de Kant e Hegel, gesticulando no sentido de uma teoria absoluta da pena.

Após a queda do Reich, Mezger readapta sua obra, varrendo para debaixo do tapete as claras conotações nazistas, e, em 1950, publica a monografia *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, iniciando sua crítica à teoria final da ação, de Hans Welzel. Segundo a especulação de Muñoz Conde (2003), a polêmica criada por Mezger no terreno ontológico e abstrato das teorias da ação teria sido uma manobra para desviar a atenção de seu passado nazista. Essa cortina de fumaça lançada por Mezger deu início a um dos mais polêmicos debates da história da dogmática penal: o embate entre causalismo e finalismo. Esse deslocamento do debate para o terreno abstrato, afastando as discussões sobre as funções político-criminais da punição, manteve presentes os fantasmas de Kant e Hegel.

Hans Welzel, que vinha defendendo, desde 1930, a teoria final da ação, não dedicará tanto esforço em abordar a função da pena, em perspectiva político-criminal. Para ele, a principal função da punição é assegurar a vigência dos valores ético-sociais fundamentais à existência humana (respeito à vida, à saúde, à propriedade, por exemplo):

“A missão central do direito penal reside em assegurar a vigência inquebrantável destes valores de ato, mediante a cominação penal e o castigo da inobservância dos valores fundamentais do atuar jurídico manifestada efetivamente” (WELZEL, 1997, p. 2)<sup>5</sup>.

Não se trata, portanto, da proteção de bens jurídicos, como pretendia a tradição inaugurada por von Lizst. Para além disso, Welzel propõe, no terreno de sua teoria da ação, um modelo de imputação baseado em “estruturas lógico-objetivas”, realidades que precedem qualquer teoria penal. Há aí, como adverte Hassemer (1999, p. 158), forte carga metafísica incompatível com os tempos atuais, já que presumem a crença já inexistente “em realidades prévias inamovíveis, presentes em qualquer situação, confiáveis e reconhecíveis”.

## 5. ROXIN, JAKOBS E O FUNCIONALISMO COMO ENFRAQUECIMENTO DOS FUNDAMENTOS DA PENA

Somente com o advento das teorias funcionalistas, dois séculos depois, essa separação rígida entre teoria do delito e teorias sobre a função da pena seria posta em questão. Na década de 1970, Claus Roxin (2002, p. 1) finalmente questionaria a ideia de Liszt de que “o direito penal é a barreira intransponível da política criminal”. Para ele, a concepção de Liszt “exagera a diferença (certamente existente) entre dogmática e política criminal” (ROXIN, 2008, p. 224), pois a aplicação do direito penal não se resume ao simples procedimento de aplicação de uma conclusão lógica sobre a lei, já determinada em seus detalhes:

“[...] A missão interpretativa da dogmática requer uma sistematização sob aspectos teleológico-político-criminais. Consequentemente, o Direito como é e o Direito como deveria ser não são aspectos opostos na medida em que o que se deve elaborar interpretativamente como o Direito vigente supõe o resultado da reflexão aprofundada que se deve realizar acerca das concepções e propósitos do legislador. O dogmático (seja um cientista ou um juiz) deve, portanto, argumentar politicamente-criminalmente como o legislador. De certo modo, precisa terminar de desenhar em todos os detalhes a imagem ou modelo do Direito vigente, que o legislador só pode esboçar em traços largos” (ROXIN, 2008, p. 225).

Roxin engaja-se, então, na construção de um projeto teórico comprometido com os valores político-criminais do Estado Social e Democrático de Direito, que mantenha a ideia de direito penal enquanto sistema, porém seja capaz de resolver problemas concretos. Assim, o funcionalismo surge em Roxin, enquanto funcionalismo teleológico, como a concepção que entende que a teoria do delito deve ser construída a partir das

5. Essa tradução e todas as demais presentes neste artigo são do autor.

funções político-criminais atribuídas à pena. Com isso, transpõe-se o abismo imposto entre teoria do delito e teoria da pena e entre direito penal e política criminal. Os conceitos e categorias da teoria do delito devem, então, ser “funcionalizados” segundo a missão político-criminal atribuída ao direito penal: a proteção subsidiária de bens jurídicos ligados ao livre desenvolvimento do indivíduo (MACHADO, 2016, p. 397).

Assim, o projeto de Roxin (2002, p. 28) lança a dogmática penal para além da mera abstração conceitual, impondo-lhe de três principais exigências: 1) ordem e clareza conceitual; 2) proximidade à realidade; e 3) orientação por fins político-criminais. Esse projeto, entretanto, pressupõe a necessidade da pena, pois é a partir dela que deve se dar a interpretação e sistematização das categorias dogmáticas do direito penal. Cada um dos elementos do conceito analítico de crime (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) deve ser valorado em face da necessidade da pena, segundo diferentes aspectos: a) na tipicidade, o fato é valorado segundo a necessidade abstrata da pena e essa valoração tem fim político-criminal preventivo-geral (a valoração negativa em abstrato da conduta, tipificando-a, teria por objetivo dissuadir os indivíduos de praticá-la); b) na antijuridicidade, atua igualmente a função de prevenção geral, porém agora aplicada ao caso concreto (faz-se o juízo de nocividade da conduta em si); e c) na culpabilidade (responsabilidade) faz-se o vínculo entre a valoração do fato e a necessidade de que o autor, em específico, seja submetido à pena, que nessa fase já tem função de prevenção especial (decide-se pela punibilidade ou não, tendo a culpabilidade do agente como limite) (MACHADO, 2016, p. 398). Em suma: o tipo mede a necessidade abstrata da pena (prevenção geral abstrata), a antijuridicidade sua necessidade concreta (prevenção geral concreta) e a responsabilidade (culpabilidade) o merecimento da pena pelo sujeito ativo (prevenção especial). Percebe-se, então, que não há espaço em seu sistema para a teoria retributiva da pena.

Roxin articula a função do direito penal em torno da necessidade da pena. Para ele, embora a intervenção penal deva ser o último recurso a ser utilizado para a proteção de bens jurídicos, é a pena que garante a efetividade dessa intervenção, quando necessária. Apesar de partir da necessidade da pena como premissa, a teoria de Roxin promove três rupturas com os sistemas teóricos que a antecedem (causalismo e finalismo) que parecem representar importantes passos em direção ao enfraquecimento da dogmática penal, afastando-a de suas bases metafísicas (violentas). Para ele: 1) um sistema jurídico-penal não deve se ancorar unicamente em bases ontológicas, mas também nas finalidades a que se propõe o direito penal; 2) essas finalidades do direito penal coincidem com as valorações político-criminais a respeito das funções da pena; e 3) entre as funções da pena não está incluída a função retributiva. A última constatação é uma consequência lógica das duas primeiras: se a finalidade do direito penal é prevenir lesões a bens jurídicos, então não é legítima uma pena que, expressamente, abra mão da função de prevenir delitos, ou seja, de proteger bens jurídicos.

A exclusão das teorias absolutas (retributivas) da pena e a ênfase na função de reabilitação (prevenção especial) parecem marcar importante passo em direção ao enfraquecimento do direito penal na dogmática alemã. No entanto, na estrutura do sistema

funcionalista de Roxin, como adverte Marta Rodriguez de Assis Machado (2016, p. 401), “a negação dos conceitos ontológicos do finalismo teve como contrapartida a introdução de definições normativas fixas, dentre as quais a própria finalidade de proteção de bens jurídicos por meio da pena preventiva”. Será Günther Jakobs, com sua proposta de funcionalismo sistêmico, que retirará da teoria do delito esses conteúdos materiais fixos.

Para Jakobs, a questão fundamental do direito penal é construir uma estrutura que guie o processo de imputação. A teoria do delito, então, é vista como teoria da imputação e descrita por ele em termos comunicativos. A pena sempre comunica uma resposta à infração da norma:

“A pena é sempre reação ante à infração de uma norma. Mediante a reação sempre se deixa claro que há de se observar a norma. E a reação para demonstrar isso sempre ocorre às custas do responsável por ter infringido a norma (por “às custas” entende-se, neste contexto, a perda de qualquer bem). Trata-se de um problema normativo: a atribuição de um evento perturbador a quem deve suportar os custos necessários para eliminar a perturbação” (JAKOBS, 1997, p. 8).

A pena, em Jakobs, tem por função comunicar (embora essa comunicação se dê às custas do infrator). A infração da norma não representa um conflito penalmente relevante em razão de suas consequências externas, pois o direito penal não poderia saná-las. A pena, portanto, não determina uma reparação do dano. Jakobs (1997, p. 13), partindo da teoria sistêmica de Niklas Luhmann, sustenta que a missão da pena é reafirmar a vigência da norma. A mensagem que ela transmite é a de que a norma continua vigente, embora tenha sido infringida pelo infrator. Ou seja: se a infração comunica uma mensagem de desafio à norma, que a coloca em dúvida enquanto modelo de orientação, a pena comunica uma contra mensagem de reafirmação dessa norma que garante a integridade do sistema. Infração e pena são mensagens sobre a validade da norma:

“[...] a pena permite que a norma continue sendo um modelo de orientação idôneo. Resumindo: a missão da pena é a manutenção da norma como modelo de orientação para os contatos sociais. O conteúdo da pena é uma réplica que se dá às custas do infrator, diante do questionamento da norma” (JAKOBS, 1997, p. 14).

Assim, a finalidade da pena, para Jakobs, não se encontra em seus efeitos concretos e externos. Ele critica as teorias preventivas da pena, sustentando que, sendo ela um processo comunicacional, seu conceito deve estar centrado na própria comunicação, não nos reflexos psicológicos que essa comunicação possa vir a provocar: “não se trata, portanto, de dirigir ou regular imediatamente condutas por meio da pena, mas de estabilizar na sociedade redes de expectativas normativas que lhe são fundamentais” (MACHADO, 2016, p. 404). Jakobs não nega a possibilidade de que a pena possa atingir efeitos preventivos gerais ou especiais. O que ele sustenta é que, ainda que esses efeitos ocorram,

eles não devem ser utilizados para definir seu conceito ou função. É possível alimentar esperanças de que a pena dissuada ou ressocialize, mas independentemente dessas esperanças, ela já possui um significado intrínseco de auto comprovação.

Se o funcionalismo teleológico de Roxin afastou da justificação da pena a função retributiva, o funcionalismo sistêmico de Jakobs afastou dela as funções preventivas, enfraquecendo-a ainda mais. Porém, se para ele a pena se define apenas como comunicação, não por eventuais efeitos externos que dela se espere, essa comunicação sempre se dá, como ele próprio observa, às custas do responsável por haver infringido a norma (JAKOBS, 1997, p. 8). Jakobs não se liberta, então, do mito da inevitabilidade da pena, crendo na sua necessidade para a manutenção da integridade do sistema social. Além disso, ao entender que essa pena (necessária) obrigatoriamente deve se dar “às custas” do infrator, mantém-se preso à noção de pena enquanto pena aflitiva. No funcionalismo sistêmico, permanece a crença de que é necessário fazer alguém sofrer para que a sociedade exista. Apesar do esforço teórico para deslocar, no plano da comunicação, a inflição de sofrimento para o exterior do conceito de pena, permanece em Jakobs a vinculação necessária, no plano da concretização, entre imputação e imposição de sofrimento. Maria Rodriguez de Assis Machado, de modo muito sagaz, percebe aí a oportunidade perdida por Jakobs de ultrapassar a noção de pena aflitiva, típica da racionalidade penal moderna:

“[...] ao assumir essa configuração fixa da forma da pena, isto é, ao manter o conteúdo intrínseco da pena como um mal, Jakobs herda e reproduz a necessidade da pena aflitiva, característica da racionalidade penal moderna. [...] Ao afirmar a necessidade de que a comunicação se dê concretamente por meio da inflição de sofrimento, Jakobs aproxima-se novamente das definições tradicionais de pena e perde o que seria um ganho funcionalista do seu conceito: que a definição da forma da comunicação estabilizadora da norma fosse contingente e se pudesse pensar em formas alternativas à dor para comunicar a vigência da norma” (MACHADO, 2016, p. 406/407).

A teoria de Jakobs, no entanto, abre caminho para que se questione o vínculo há muito naturalizado na tradição jurídico-penal entre imputação e pena.

## 6. HASSEMER, GÜNTHER E A BUSCA POR UMA TEORIA NÃO METAFÍSICA DA IMPUTAÇÃO

O enfraquecimento do fundamento teórico da pena promovido pelo funcionalismo deveria ter resultado também em redução do âmbito de incidência do direito penal. Não foi o que aconteceu, no entanto, como adverte Winfried Hassemer.

Hassemer (1999, p. 40) reforça a ideia de que uma das marcas do direito penal que advém do funcionalismo e sua “dialética do moderno” é que se trata de um modelo que “prescinde de conceitos metafísicos e prescreve uma metodologia empírica”. Esse direito penal moderno teria como características: 1) a proteção de bens jurídicos; 2) a ideia

de prevenção; e 3) a orientação para as consequências (HASSEMER, 1999, p. 47). Com seu advento estariam sepultadas as teorias absolutas da pena, com a ideia metafísica de retribuição: “A ideia de somar um mal a outro não tem somente caráter medieval, senão também – e quicá – metafísico. O Estado moderno deve ajustar sua atuação a critérios empíricos baseados nos êxitos e fracassos” (HASSEMER, 1999, p. 191).

Uma vez aceita a premissa do direito moderno de que sua função é proteger bens jurídicos, a pena deve necessariamente estar voltada a essa finalidade de prevenir lesões. Com isso resta afastada a teoria retributiva, com seu caráter absoluto (metafísico). Acontece que essa orientação à proteção de bens jurídicos que, originariamente, teve função estratégica para as tendências descriminalizadoras, pondo por terra tipos penais baseados em concepções morais ou que não visassem à proteção concreta de bem jurídico, agora passa a ser instrumentalizada para fins completamente opostos (HASSEMER, 1999, p. 34). A proteção de bens jurídicos se transforma em mandato para penalizar: passa-se de um direito penal do dano a um direito penal do risco, com criminalização de delitos de perigo abstrato, criação de tipos penais em âmbitos não atingidos pelo direito penal clássico, voltados a bens jurídicos difusos e coletivos como o meio ambiente, a economia, o processamento de dados, as substâncias entorpecentes, a ordem tributária, os crimes de trânsito. Além disso, reformas de viés eficientista se apoderam do processo penal, com vistas à facilitação dos procedimentos e aceleração da instrução.

O direito penal deixa de ser visto como instrumento de reação diante de lesões graves e se torna instrumento de uma política de segurança pública. Surge, com isso, uma expectativa social em torno do direito penal, que o percebe como solução para uma enorme quantidade de problemas sociais cuja possibilidade de solucionar não está ao seu alcance. Reduz-se o direito penal, em grande parte, a uma função simbólica (HASSEMER, 1999, p. 55/57).

Hassemer (1999, p. 35), então, adverte que de todas essas modernas tendências funcionais decorre uma necessidade de relegitimação do direito penal:

“Todas essas tendências colocam o direito penal diante de uma necessidade renovada e fortalecida de legitimação. As justificativas deontológicas da imputação e da pena já não são suficientes; agora é preciso demonstrar que o sistema, do ponto de vista sociotecnológico, também funciona de verdade, que de forma relevante produz consequências favoráveis e previne consequências desfavoráveis. A orientação para a consequência tem como efeito que o sistema jurídico-penal deve se afirmar permanente e publicamente como instrumento político tecnicamente eficaz.”

Torna-se necessário intensificar a investigação acerca dos efeitos reais da intervenção jurídico-penal. Não só o funcionalismo atrela o direito penal à política criminal, mas também torna impossível pensá-lo dissociado do saber empírico da criminologia. Hassemer (1999, p. 58) está atento ao fato de que existem claros déficits de realização das funções do direito penal e que esses déficits não se referem apenas ao fato de que as leis

não funcionam como se espera que elas funcionem, mas também que sua aplicação, muitas vezes, produz consequências injustas e arbitrárias. Para ele, o problema central do direito penal moderno reside justamente na distância existente entre sua capacidade real e as expectativas de solução que ele gera (HASSEMER, 1999, p. 62).

Diante dessa questão, Hassemer propõe duas saídas, uma delas relativa às funções do direito penal em si e outra relativa à função da pena. Sobre as funções do direito penal, sugere um retorno, na medida do possível, ao direito penal clássico: 1) só devem ser protegidos os bens jurídicos que possam ser descritos concretamente; 2) deve-se manter a ideia de responsabilidade subjetiva (imputação individual); 3) deve-se preservar o caráter de *ultima ratio* do direito penal; e 4) deve-se defender princípios valorativos como legalidade e *in dubio pro reo*, considerando-os permanentes e irrenunciáveis diante dos discursos de política criminal eficientista.

Parte da solução, então, estaria em eliminar algo da modernidade do atual direito penal, reduzindo-o a um “direito penal básico”. A isso, no entanto, somar-se-ia a criação de um “direito de intervenção”, espécie de direito administrativo sancionador, com sanções menos graves que as do direito penal e que, por óbvio, não incluiriam a prisão. Ao direito penal estaria reservado prevenir lesões aos bens jurídicos individuais ou os riscos graves e evidentes. Ao direito de intervenção, por outro lado, caberia lidar com lesões e perigos relativos aos bens jurídicos difusos e coletivos (HASSEMER, 1999, p. 67-72).

No terreno da teoria da pena, Hassemer (1999, p. 194) repudia as teorias retributivas, considerando-as “elitistas e arrogantes”, já que pretendem “o restabelecimento da justiça sem se preocupar em nada com as vantagens que isso poderia trazer”. Apenas de forma subsidiária, aceita as funções de prevenção geral negativa (intimidação) e de prevenção especial positiva (ressocialização), já que reconhece que “ninguém pode afirmar se a ressocialização ou a intimidação realmente funcionam, [...] já que estas hipóteses não podem ser comprovadas nem na realidade nem em laboratório” (HASSEMER, 1999, p. 212).

A função principal da pena, então, seria a de prevenção geral positiva. Semelhante a Jakobs, também Hassemer (1999, p. 38) encontra na pena a missão de afirmar publicamente a vigência da norma. Ocorre que, para ele, essa missão não seria apenas a de reafirmar a vigência das normas de direito penal material, mas também as de direito processual penal e as constitucionais que versem sobre direitos fundamentais (HASSEMER, 1999, p. 205).

A teoria da prevenção geral positiva, no entanto, por sua estrutura tautológica, pode ser considerada, sem muito esforço, como uma teoria absoluta da pena (VILLA, 2020, p. 63). Para essa teoria, a pena não encontra nenhum fundamento exterior à própria norma que a prevê. A norma penal é legítima porque legitima a norma penal. A pena é legítima porque legitima a própria pena. Trata-se de argumento pleonástico que faz com que o sistema penal encontre fundamento nele próprio, não em qualquer consequência que possa produzir no mundo exterior, tornando-o um fim em si mesmo, como nas teorias absolutas. Em verdade, não parece haver muito de novo no formato desse argumento: é a mesma ideia metafísica de Hegel, que propõe que a função da pena é reafirmar

o direito (por meio da negação de sua negação, que é o crime). Há, igualmente, um quê de retribucionismo nessa teoria, já que essa reafirmação da vigência da norma sempre se dá às custas da imposição de sofrimento a um bode expiatório (ofensor).

Assim, autores que se vinculam ao discurso da prevenção geral positiva, como é o caso de Hassemer e Jakobs, por mais que pretendam se afastar dos fundamentos metafísicos do direito penal, acabam por revelar-se como hegelianos secretos, refugiados na abstração tautológica e na nostalgia do espírito absoluto.

Ligado à tradição da teoria crítica da escola de Frankfurt, Klaus Günther, por sua vez, compartilhará com Jakobs a compreensão da imputação enquanto comunicação, porém extrairá dessa compreensão uma interessante consequência. Para ele, não há relação de dependência entre a comunicação da imputação e a imposição de pena:

“[...] a pena, entendida como a inflicção de um mal ordenada e executada pelo estado, é também reduzida a um meio de comunicação. Por que tais mensagens precisam ser comunicadas justamente por meio da pena permanece uma questão em aberto. Seu conteúdo proposicional poderia ser comunicado também por intermédio de outros atos performativos [...]. O nexo entre a mensagem mediada pela comunicação e o meio de comunicação pena continua contingente; não está comprovada uma relação necessária. [...] Por que então não buscar alternativas melhores e mais eficazes?” (GÜNTHER, 2006, p. 201).

Assim, se a função do direito penal é comunicar a vigência da norma, a simples imputação da responsabilidade penal por meio de uma sentença já é capaz de fazê-lo. Se a sentença pretende ir além da transmissão dessa mensagem já promovida pela imputação, impondo também uma pena, é preciso que busque outra justificativa que não a simples comunicação da vigência da norma<sup>6</sup>. É por essa razão que Günther (2006, p. 201) afirma que “a teoria da prevenção geral positiva incorpora simplesmente a realidade da pena, mas não é capaz de justificá-la”.

Seria preciso, então, que a pena buscasse abrigo em outra teoria que lhe justificasse. Günther (2006, p. 189), porém, adverte: “nenhuma das justificativas defendidas publicamente para a pena resiste a uma análise mais detida”. Isso inclui não só as teorias da retribuição, prevenção geral (positiva e negativa) e prevenção especial (positiva e negativa)<sup>7</sup>, mas também “as legitimações apócrifas da pena, secundárias em relação ao discurso de legitimação oficial”<sup>8</sup>.

6. “[...] a pena como inflicção de um mal não serve (ou melhor, é supérflua) para comunicar a imputação, mas isso não exclui por si só que a pena tenha algum outro sentido. Implica apenas em que tal sentido tenha que ser procurado em outro lugar; fundamentada de outra forma” (MACHADO, 2016, p. 409).

7. Para a crítica de Günther às teorias tradicionais da pena, cf. GÜNTHER, 2006.

8. Para a crítica de Günther aos discursos apócrifos de legitimação da pena, cf. GÜNTHER, 2007.

Günther enfraquece a dogmática penal ao ponto de sugerir a possibilidade de um direito penal sem pena, por meio do qual se entregue aos cidadãos a oportunidade democrática de decidir legitimamente sobre a pertinência de outras formas de intervenção estatal, como reparar as vítimas, oferecer possibilidades de ressocialização e, até mesmo, se esse for o caso e as justificativas forem suficientes, punir (MACHADO, 2016, p. 410). É preciso, no entanto, reconhecer que, em um Estado Democrático de Direito, esse déficit de fundamentação do poder punitivo impõe que a discussão sobre as razões de punir seja renovada e levada a sério e que o debate sobre a fundamentação da pena não permaneça obscurecido e confundindo com o debate sobre a fundamentação da culpa.

Nesse caminho e por essas razões, Klaus Günther (2007, p. 148) nos direciona a uma conclusão auspiciosa: “a necessidade de punição seria o último resto de metafísica que carregamos conosco no mundo moderno”.

A superação dessa carga metafísica deve se dar também, para o autor, no terreno da imputação penal. Em sua obra *Schuld und kommunikative Freiheit*, Günther (2005, p. 4) lança uma tese desafiadora: uma ordem jurídica ilegítima não pode condenar ninguém (“*Eine illegitime Rechtsordnung darf niemanden schuldig sprechen*”). Em outras palavras, “apenas em uma sociedade humana organizada de maneira legítima podem os atos ser imputados legitimamente a seus autores” (GÜNTHER, 2016, p. 15-16).

Günther desenvolve a ideia de que o conceito jurídico de culpabilidade precisa ser interpretado sempre em relação ao Estado Democrático de Direito. Assim, a imputação penal deve basear-se em um conceito jurídico de liberdade, não em abstrações metafísicas sobre o livre-arbítrio. Esse conceito de liberdade é desenvolvido pelo autor em torno das ideias de cidadania e de “pessoa deliberativa”. Os cidadãos não podem ser vistos apenas como destinatários da norma, mas também como seus coautores (colegisladores). A imputação só é legítima se direcionada a um sujeito que possui condições internas e externas de se envolver nos debates em torno da criação das normas e de enxergar a si próprio como um dos seus coautores. Essa é a pessoa deliberativa: o cidadão que, por meio de suas escolhas políticas, de forma consciente, toma parte nas deliberações em torno da criação das normas penais. Dele pode-se esperar capacidade de crítica sobre condutas próprias e alheias e de tomar decisões fundamentadas racionalmente. Seus atos, portanto, são fruto do que Günther (2005, p. 246-248) chama de “liberdade comunicativa”.

Se é possível considerar a pessoa deliberativa como coautora da norma penal, sua esfera jurídica de liberdade está vinculada a essa norma. A ela podem ser imputadas consequências jurídicas em caso de descumprimento. Quem participou democraticamente das deliberações em torno da criação da norma não pode eximir-se de cumpri-la. O sujeito de imputação é a pessoa deliberativa que pode ser vista como colegisladora:

“Enquanto ‘pessoas deliberativas’, nós participamos, como cidadãos, do processo legislativo republicano, ao mesmo tempo que, como destinatário das normas, tornamo-nos passíveis de imputação e de responsabilização por nossas ações e omissões” (GÜNTHER, 2016, p. 31).

Essa posição exigiria, para tornar possível a imputação, ao menos duas premissas: 1) que a norma violada seja resultado de um processo legislativo republicano; 2) que haja condições reais de envolvimento no processo legislativo democrático-republicano, com igualdade de direitos e de chances de participação nos procedimentos públicos de formação de opinião e vontade (GÜNTHER, 2016, p. 33).

Embora astuciosa, a proposta parece eivada de certo idealismo, principalmente se pensada em relação a sociedades periféricas, marcadas por profundas desigualdades sociais. É difícil imaginar como pessoas deliberativas e como colegisladoras as populações pobres e vulneráveis de um país como o Brasil, por exemplo, com índices significativos de analfabetismo e péssima distribuição de recursos intelectuais e materiais. Nesse sentido, por exemplo, a crítica pontual de Pablo Sánchez-Ostiz (2006, p. 7):

“Uma vez que, segundo Günther, a pessoa deliberativa tem que fazer uso de sua capacidade crítica ao menos potencialmente [...], surge a dúvida sobre os seres humanos que não podem sequer participar virtualmente do processo democrático, que permanentemente carecem dessa ‘capacidade crítica’ que é característica da pessoa deliberativa. [...] Ainda acho que a noção de direito subjetivo típica do Liberalismo foi enunciada para os ‘fortes’ e não para uma sociedade – justamente a do Estado Democrático de Direito – que protege decisivamente os ‘fracos’”.

Assim, por mais que as teorias críticas da imputação de Hassemer e Günther pareçam intencionar uma superação da metafísica penal, elas fazem ainda concessões consideráveis ao dualismo platônico crime-castigo, admitindo determinados critérios a partir dos quais seria legítimo e razoável aceitar que o Estado inflija sofrimento calculado a seres humanos em condição de vulnerabilidade.

## 7. SEBASTIAN SCHEERER E A CHEGADA DO ABOLICIONISMO PENAL À ALEMANHA

Um pensamento penal que possa efetivamente ser chamado pós-metafísico parece só se tornar possível a partir dos discursos do abolicionismo penal. O abolicionismo penal é uma perspectiva sociológica e política que analisa a justiça e os sistemas penais como problemas sociais que, em lugar de reduzir os delitos e seus impactos, os intensificam (SIM, 1994). Assim, além de promover a crítica mais incisiva à legitimidade do sistema penal, os abolicionistas propõem a transformação radical (abolição) do aparelho carcerário e sua substituição por estratégias reflexivas e integradoras que lidem com a desobediência à norma fora da lógica do castigo e da imposição de dor (VILLA, 2020, p. 24).

O abolicionismo questiona a visão liberal do direito penal, argumentando que, na prática, o sistema de justiça criminal e o encarceramento em quase nada contribuem para a proteção dos indivíduos e para o controle dos delitos. O cárcere é visto como contra-producente e difícil de controlar, constituindo, ele mesmo, um grande problema social

(HAAN, 1991, p. 206-207). Alguns dos principais argumentos do discurso abolicionista contra o sistema penal são que ele (a) causa sofrimento desnecessário e distribuído de modo injusto e desigual na sociedade; (b) expropria o conflito dos sujeitos nele diretamente envolvidos sem produzir qualquer benefício para eles; e (c) tende a abusos e excessos, sendo sumamente difícil de ser mantido sob controle (BADARÓ, 2018, p. 717-718).

Surgido dos movimentos sociais da década de 1960, o abolicionismo penal foi introduzido na Europa por uma primeira geração que contou com Louk Hulsman, na Holanda, e Thomas Mathiesen e Nils Christie, na Noruega. Na Alemanha, o pensamento abolicionista foi introduzido por Sebastian Scheerer, professor catedrático de Criminologia da Universidade de Hamburgo.

Em sua famosa *Crítica da razão punitiva* (*Kritik der strafenden Vernunft*), Scheerer (2001, p. 69-83) apresenta quatro teses que levam à conclusão de que é possível pensar na abolição do direito penal, com a substituição da pena por outras formas menos traumáticas para lidar com conflitos: 1) o castigo não é patrimônio cultural da humanidade; 2) o castigo não é necessário como instrumento de controle; 3) o castigo delimita o espaço da liberdade; 4) não é uma utopia encontrar algo melhor que o direito penal. Sua primeira preocupação é desnaturalizar a ideia de que a pena sempre existiu e sempre existirá. A crença na universalidade da pena é um mito, funcionando como um substituto para a certeza perdida das crenças sustentadas pela escolástica (SCHEERER, 2001, p. 71). No século XIX, não se podia imaginar práticas pedagógicas sem o castigo, inclusive corporal. Hoje nenhum pedagogo tentará alcançar seus objetivos mediante a intimidação, a paralização ou outros métodos de coação. A validade dos valores já não é imposta pelo mestre castigando publicamente o aluno, senão que é convertida em um tema de discussão (SCHEERER, 2001, p. 75). Assim como foi possível a abolição do castigo corporal nas práticas pedagógicas, a abolição da escravatura e da pena de morte em grande parte dos países do ocidente, também a abolição do castigo público (pena) nada tem de impossível ou utópico. Além disso, a pena pública é uma invenção mais recente do que se costuma imaginar:

“[...] devemos nos questionar se o direito penal realmente é eterno. Se fizermos uma retrospectiva, perceberemos que as opiniões estão, no mínimo, divididas [...]. Foucault data o ‘nascimento da prisão’ no período que vai de 1760 a 1840. A prisão não teria existido sempre. Achter datou o ‘nascimento da pena’ no século XII. A instituição da pena seria, é verdade, algo antigo, porém jamais eterno” (SCHEERER, 2015, p. 19).

Scheerer parece não duvidar da função dissuasória da pena (prevenção geral negativa), porém com significantes ressalvas. Até pode ser possível que a pena, em alguns cenários, dissuada alguém de praticar condutas desviantes. No entanto, certamente estão disponíveis outros meios mais leves e mais eficazes para atingir o mesmo efeito (SCHEERER, 2001, p. 73). O mesmo vale para a prevenção geral positiva: é importante

afirmar valores e comunicar a vigência da norma, mas isso não precisa se dar às custas da imposição de sofrimento desnecessário. Um castigo com função comunicativa só teria espaço na ausência de alternativas menos problemáticas (SCHEERER, 2001, p. 74). A necessidade da legislação penal não está provada, vez que parece haver outros meios menos gravosos e mais eficazes para a proteger bens jurídicos e comunicar a vigência da norma que a pena.

Assim, não é uma utopia imaginar que se possa encontrar algo melhor que o direito penal. O poder de atração do direito penal não reside na sua capacidade de solucionar problemas, mas de se atrever a demonstrar a obrigatoriedade de determinados valores. Ocorre que a pena não pode ser utilizada para dar aspecto de universalidade a uma moral particular. O castigo público é um meio ilegítimo para assegurar pretensões de hegemonia cultural. Não é um instrumento para imposição de uma moral pública (SCHEERER, 2001, p. 74-75).

Segundo Scheerer, a pena provém de uma época pré-democrática. Entusiasta da justiça restaurativa, ele adverte para o fato de que, além de imprimir sofrimento desnecessário ao imputado, a pena em nada contribui para a reparação dos danos causados à vítima:

“Hoje em dia o procedimento penal resulta, para a maior parte das vítimas, em uma experiência negativa que tende a aprofundar e perpetuar o dano. As vítimas sempre voltam a descrever sentimentos de impotência, frustração, raiva e vergonha e informam sobre a experiência de haverem sido humilhadas e não levadas a sério” (SCHEERER, 2001, p. 76).

As promessas do direito penal iluminista não foram cumpridas. Sebastian Scheerer (2015) destaca as expectativas frustradas: expansão do direito penal, em lugar de limitação; paternalismo em lugar de liberdade; identidade em lugar de diferença. Em contraposição ao direito penal clássico, o direito penal moderno, que prometia um salto da legitimação metafísica à função social, não foi capaz de promover o adeus definitivo a Kant e Hegel. Embora por um lado, segundo Scheerer, já não exista hoje “qualquer referência conceitual na qual se poderia basear uma teoria metafísica do direito penal”, por outro “a rudimentar circularidade de uma teoria alicerçada no ‘social’ e na teoria dos sistemas mostra que, no estágio atual, esta não pode e não deve permanecer” (SCHEERER, 2015, p. 18).

Scheerer (2015, p. 21-22) também atenta para os perigos da razão de Estado:

“Quem pensa em tortura, genocídio, guerras coloniais e outros crimes praticados pelo próprio Estado, certamente não consegue confiar tanto assim no Estado. Não se trata de um mero gracejo o fato de ‘o assassinato privado na história não ser capaz de competir com o público’.

[...]

Em razão de sua capacidade de selecionar e cometer crimes, o Estado tem sido questionado cada vez mais e de forma persistente, a fim de exercitar um controle social apropriado e justo. Em um Estado Democrático não se pode admitir que rituais penais reproduzam e ampliem, reiteradamente, a luxúria narcisista do Estado. Em uma comunidade democrática (o que ainda não é, pode vir a ser), o 'direito penal' seria gradualmente (novamente) um direito de mediação de conflitos. E poderia ser direito privado. O assim chamado período do direito penal privado não foi necessariamente pior do que o do direito penal público. Qualquer coisa seria melhor do que o monopólio penal na mão do Estado."

Assim, para o abolicionista alemão, haveria boa chance de sucesso para alternativas ao direito penal que fossem capazes de: 1) permitir a validação da norma a partir de baixo; 2) aumentar a influência da vítima, empoderando-a no procedimento relativo a seu próprio conflito; 3) reduzir a influência do Estado; 4) dissolver a estrutural condicional ("se-então") como base das discussões sobre fatos e consequências; 5) superar a limitação à questão da punibilidade do acusado, abrindo leque para uma maior variedade de reações diante das situações problemáticas; e 6) tratar de condições ocasionais e condições estruturais, déficits e possibilidades de reação (SCHEERER, 2001, p. 77).

Scheerer (2001, p. 77) arremata sua crítica à razão punitiva deixando claro que a simples existência do direito penal denuncia a fraqueza de uma comunidade:

"A pena não é um sinal de força, mas de fraqueza. Em definitivo, em uma sociedade civil consciente de si mesma, já não desempenha nenhuma função. Um ceticismo cego a respeito da possibilidade de uma ordem social sem pena não é mais racional que a crença cega na possibilidade de supressão da pena. Como a abolição da pena de morte e do castigo pedagógico, a supressão da pena corresponderá a uma mudança de valores, requererá uma decisão e nos encherá de orgulho."

Assim, se Günther deu um passo em direção ao enfraquecimento das bases metafísicas do direito penal, ao considerar a possibilidade da existência de um direito penal sem pena afliativa, baseado em critérios críticos (e um tanto utópicos) de imputação, o abolicionismo penal de Sebastian Scheerer deu um passo além: propôs abrir mão do direito penal, substituindo-o por outros mecanismos mais leves e eficazes na tarefa de proteger bens jurídicos e comunicar a validade das normas.

## 8. "NÃO ACREDITO NO DIREITO PENAL, MAS QUE ELE EXISTE, EXISTE": A POSSIBILIDADE DE UM DIREITO PENAL FRACO

A proposta do abolicionismo penal abre caminho para que se pense um modelo de direito penal pós-metafísico. A crítica criminológica abolicionista, que deslegitima

radicalmente o poder punitivo, vem acompanhada de um desafio: pensar a dogmática penal de forma a utilizá-la como ferramenta em favor da abolição do próprio direito penal.

Com inspiração no pensamento fraco de Gianni Vattimo, é possível propor quatro tarefas para um abolicionismo penal pós-metafísico: 1) tomar em sério a relação entre verdade e violência no âmbito das teorias da pena e da prática penal; 2) rejeitar a postura de uma crítica do sistema penal que tenha como função última o desmascaramento e a desmistificação, por si sós; 3) utilizar essa tomada de consciência como chance para o desenvolvimento de um novo modo, mais amigável, menos angustiado e sem nostalgia dos fundamentos fortes da pena, para encarar as situações problemáticas e os seres humanos nelas envolvidos, dando especial atenção aos procedimentos discursivos, retóricos, e às formas simbólicas; e 4) propor um modelo de pensamento para a dogmática penal capaz de articular à meia-luz, consciente de que o abandono imediato e absoluto da tradição do pensamento jurídico-penal é impossível, ainda que esta tradição esteja ancorada em areia movediça e careça de fundamento não precário (VILLA, 2020, p. 119-120).

O pensamento abolicionista não pode se dar ao luxo de descartar a dogmática penal, enquanto saber teórico, refugiando-se apenas na criminologia e na política criminal. É fundamental, para um pensamento penal pós-metafísico, que o discurso do abolicionismo colonize a dogmática e dispute hegemonia também naquele campo. Deve-se investir em traçar as bases de um direito penal fraco, consciente de sua precariedade, capaz de articular à meia-luz em favor de sua própria extinção.

A superação da metafísica penal não se dará com o abandono imediato de sua estrutura, mas por meio de um mergulho, exaurimento e (dis)torção dela mesma, enfraquecendo seus momentos essencialistas e violentos. Isso se torna possível a partir de um abolicionismo penal fraco (no sentido vattimiano), que tenha a convicção e a força demolidora do abolicionismo radical, mas que também esteja disposto, por razões pragmáticas, a fazer concessões provisórias ao direito penal mínimo, utilizando-o como ferramenta de desconstrução.

Algumas micro estratégias estariam disponíveis desde já. O direito penal poderia ficar restrito apenas às condutas que envolvam violência ou grave ameaça e que resultem em efetiva lesão aos bens jurídicos vida e integridade física/psíquica. A pena privativa de liberdade, igualmente, ficaria restrita a esses delitos. Nos demais casos, o direito penal poderia ser substituído por um direito de intervenção (mais ou menos com pensado por Hassemer), espécie de direito administrativo sancionador que atue por meio de sanções não afitivas e de medidas cautelares que tenham por fim não punir, mas evitar lesões futuras. A isso se poderia associar:

- a) O fim dos tipos penais e da pena de prisão para crimes que não envolvam violência ou grave ameaça à pessoa;
- b) Extinção dos tipos penais que busquem resguardar direitos difusos e coletivos;
- c) Extinção dos crimes de perigo;
- d) Extinção dos crimes culposos;

- e) Extinção da punibilidade nos casos de tentativa branca (que não chega a causar qualquer dano a bem jurídico alheio). Costuma-se dizer que o direito penal mira igualmente o desvalor da conduta e o desvalor do resultado. Ocorre que quando não existe, de modo algum, desvalor da conduta, como nos casos de ausência de dolo e culpa, não há espaço para punição, ainda que exista o desvalor do resultado. No caso da tentativa branca ocorre o oposto: há apenas desvalor da conduta, sem desvalor do resultado, já que não houve lesão a bem jurídico. Se não é possível punir o desvalor do resultado sem desvalor da conduta, por que seria possível punir o desvalor da conduta, sem desvalor do resultado?
- f) Descriminalização e regulamentação das drogas e o fim da fracassada política do proibicionismo de guerra;
- g) Pensar as categorias da teoria do delito de forma a interpretá-las restritivamente e tomando em conta a coculpabilidade do estado e da sociedade, bem como eventual condição de vulnerabilidade social do imputado (ZAFFARONI, 2011);
- h) Investir em justiça terapêutica como alternativa para dependentes químicos, tratando o problema da drogadição como questão de saúde pública, não de segurança pública;
- i) Fim do regime de internação (encarceramento) de menores;
- j) Fim da prisão preventiva por tempo indeterminado e dos critérios subjetivos para sua decretação (como garantia da ordem pública);
- k) Direito administrativo sancionador: aplicação de sanções de natureza não afliitiva em substituição à sanção penal;
- l) Vedação à execução provisória da pena;
- m) Substituição, em processo penal, do princípio da necessidade pelo da oportunidade, permitindo evitar que conflitos sejam levados à teia da justiça criminal;
- n) Política de moratória à construção de presídios, à criação de tipos penais incriminadores e a legislações que promovam *reformatio in pejus*;
- o) Investir em reforço positivo (premiação), com estímulos estatais ao comportamento conforme à lei, em lugar da lógica hegemônica do reforço negativo (punição);
- p) Abandonar a política de *less eligibility*: pensar os locais em que se cumpre pena ou medida de segurança como espaços humanos, não como jaulas cujas condições devam necessariamente ser piores do que as piores condições de vida em sociedade – isso se torna possível com a considerável redução do contingente de detentos que resultaria das medidas mencionadas anteriormente;
- q) Finalmente: investir em justiça restaurativa, em lugar justiça retributiva, focando na restauração dos laços de solidariedade rompidos e na reparação dos danos causados à vítima e à comunidade, em lugar de alocação de culpa e imposição de dor.

Como esclarece Raquel Tiveron (2014, p. 31), “a justiça restaurativa promove uma intervenção tridimensional sobre o crime: mediante a reparação dos danos patrimoniais

e emocionais, com a responsabilização e reintegração do ofensor e pela participação comunitária no processo”. Essas metas são alcançadas por meio de processos deliberativos que reúnem os afetados pela conduta desviante em torno da construção de respostas. Trata-se, assim, de modelo marcado por componentes fortemente democráticos, o que contribui para conferir-lhe legitimidade.

Segundo Tony Marshall (1999, p. 6), os objetivos principais da justiça restaurativa são: a) ocupar-se de forma cabal das necessidades das vítimas; b) prevenir a reincidência mediante a reintegração dos autores de fatos definidos como delitos; c) dar oportunidade aos autores de fatos definidos como delitos de assumir a responsabilidade por seus atos; d) criar uma comunidade de trabalho que apoie a reabilitação; e e) proporcionar um meio para conter a expansão do sistema penal tradicional. Essa perspectiva abarca uma série de práticas que podem ser implementadas em diferentes momentos do processo criminal, tanto oferecendo uma alternativa não judicial como uma possibilidade de trabalho conjunto com o judiciário, seja no momento da sentença ou mesmo após sua prolação. Dentre essas várias práticas estão, por exemplo: a) a mediação entre vítima e agressor; b) os programas familiares de contenção e conferência; c) as advertências restauradoras; d) os círculos de sentença.

Investir paulatinamente nessas medidas poderia ser uma estratégia para enfraquecer o direito penal até o ponto em que ele possa ser completamente substituído por mecanismos como a justiça restaurativa, o direito de intervenção e o direito administrativo sancionador. Para o núcleo excepcional de pessoas absolutamente perigosas, que representam riscos perenes a bens jurídicos como vida ou integridade física, seria possível pensar em um direito cautelar, que aplicasse medidas de segurança, não penas. A função da medida de segurança é absolutamente distinta das funções que se atribui à pena. Totalmente desprovida do caráter retributivo, a função da medida de segurança seria apenas conter riscos iminentes. As pessoas que precisassem ser submetidas a essas medidas, portanto, poderiam fazê-lo em abrigos ou unidades habitacionais projetadas de forma humana, em que a proteção dos bens jurídicos não precisasse se dar às custas da dignidade daquele que os ameaça.

É particularidade irrenunciável à identidade do abolicionismo penal a crítica do direito penal e de seus fundamentos. Essa crítica radical, deslegitimadora, porém, pode vir acompanhada de estratégias pragmáticas que permitam a utilização da dogmática penal como ferramenta para a abolição, em lugar de abandoná-la ao domínio dos discursos legitimadores da pena. O pensamento abolicionista abre, portanto, uma interessante possibilidade no terreno da dogmática: reler as categorias da teoria do delito a partir de lentes deslegitimadoras, enfraquecendo os fundamentos fortes da pena para articular, à meia-luz, um direito penal precário, provisório, que opere em favor de sua própria redução (e futura extinção). Denominei direito penal fraco a esse tipo de direito penal que desconfia de seu próprio vocabulário final, que já não toma a lei penal como presença, senão como evento, que já não crê em seu próprio fundamento de legitimidade.

Esse poderia ser um próximo passo na caminhada para além da metafísica penal.

## 9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora nem sempre de forma linear, parece que a dogmática penal alemã, desde o século XIX aos tempos atuais, traça um caminho de enfraquecimento dos fundamentos metafísicos da punição. As bases da metafísica penal foram traçadas nos séculos XVIII e XIX por Kant e Hegel, respectivamente. Kant via a lei penal como um imperativo categórico e repudiava todas as teorias relativas da pena (prevenção geral ou especial), sob o argumento de que o homem jamais pode ser manipulado como meio para propósitos de outro. Para ele, a pena é um fim em si mesma e a única justa medida para calculá-la é a retaliação equivalente à ofensa (*ius talionis*).

Hegel está de acordo com Kant a respeito da fundamentação metafísica da pena, que deve ser entendida como um fim, não como meio. Para ele, a pena serve para promover a anulação (*Aufhebung*) do crime. Para o filósofo, o crime é a negação da norma e a pena, a negação do crime, logo, a reafirmação da norma. Durante bastante tempo os fantasmas de Kant e Hegel assombraram a dogmática penal alemã, mantendo-a estritamente vinculada às teorias absolutas da pena.

O enfraquecimento dos fundamentos metafísicos da pena só teria início com Franz von Liszt e seu Programa de Marburgo, quando, em contraposição à Escola Clássica de Karl Binding, propõe que o direito penal alemão se afaste das teorias absolutas (retributivas) da pena em favor das teorias da prevenção. Aí se inicia a tentativa de “adeus a Kant e Hegel” anunciada por Ulrich Klug.

O debate travado entre Edmund Mezger e Hans Welzel em torno do causalismo e do finalismo interrompe, no entanto, o caminho de enfraquecimento dos fundamentos fortes da pena, deslocando o foco do cenário jurídico-penal para a questão abstrata das teorias da ação.

É o funcionalismo de Claus Roxin que retoma a caminhada em direção a um direito penal pós-metafísico. Para ele, a interpretação da dogmática requer uma sistematização a partir de aspectos teleológico-político-criminais. Entende que a teoria do delito deve ser construída a partir da função político-criminal atribuída à pena. Para Roxin, essa função é justamente a proteção (subsidiária) de bens jurídicos. Assim, os elementos estruturais do conceito analítico de crime devem ser lidos de modo a justificar as distintas funções por meio das quais a pena protege bens jurídicos: à tipicidade está associada a necessidade abstrata da punição (prevenção geral abstrata), à antijuridicidade sua necessidade concreta (prevenção geral concreta) e à culpabilidade o merecimento da pena pelo sujeito ativo (prevenção especial). Não resta espaço, em seu modelo, para a teoria retributiva da pena.

Mesmo partindo ainda da premissa da necessidade da pena, Roxin promove três importantes rupturas com os sistemas teóricos que o antecedem, contribuindo para o afastamento do direito penal de suas origens metafísicas: 1) um sistema jurídico-penal, para ele, não deve ancorar-se exclusivamente em bases ontológicas, mas também nas finalidades às quais se propõe; 2) as finalidades do direito penal coincidem com as valorações

político-criminais sobre as funções da pena; e 3) entre as funções da pena não está incluída a função retributiva.

O enfraquecimento do direito penal é levado adiante por Günther Jakobs, quando, por meio de seu funcionalismo sistêmico, propõe que tanto a infração quanto a pena sejam interpretadas enquanto comunicação. O crime comunica o desafio à norma como modelo de orientação, enquanto a pena comunica a reafirmação da norma, garantindo a integridade do sistema. A função da pena, enquanto processo comunicacional, não guardaria nenhuma relação com seus eventuais efeitos concretos. Independentemente das esperanças alimentadas sobre efeitos externos que ela possa atingir (reparar, dissuadir ou ressocializar), a pena já possuiria uma finalidade intrínseca: comunicar a vigência da norma. O recado transmitido pela pena é que a norma continua válida, mesmo quando for descumprida. Com isso, Jakobs afasta não só a teoria retributiva, mas também as tradicionais teorias preventivas sobre a função da pena, enfraquecendo ainda mais os fundamentos do direito penal.

A estrutura de seu argumento, no entanto, parece remontar a Hegel, quando propõe que a pena é a anulação (*Aufhebung*) do crime. Para Hegel, o crime é a negação da norma e a pena, a negação do crime. Tem-se, assim, que a pena seria a negação da negação da norma, ou seja, sua reafirmação. Assim, tanto em Hegel como em Jakobs há uma estrutura circular e tautológica: a função do direito penal é proteger a validade do próprio direito penal.

Outro fato curioso pelo qual Jakobs será criticado por Klaus Günther é que, para ele, a resposta comunicacional à infração deve ser dada sempre às custas do infrator. O funcionalismo sistêmico permanece, portanto, preso ao mito da inevitabilidade da pena afliativa. Para ele, a pena (afliativa) é consequência necessária da imputação.

Winfried Hassemer estará preocupado em desenvolver critérios não metafísicos para uma teoria da imputação e compartilhará, com Jakobs, a ideia de que a função primordial da pena é a prevenção geral positiva. Também Hassemer encontra na pena a missão de afirmar publicamente a vigência da norma, porém não apenas as normas de direito penal material, mas também as de direito processual penal e as normas constitucionais sobre direitos fundamentais.

Hassemer, por outro lado, antecipa uma crítica ao funcionalismo: a reorientação do direito penal em direção à proteção de bens jurídicos que, originariamente, teria tendências descriminalizadoras, afastando tipos penais baseados em concepções morais, passa a ser instrumentalizada para o fim oposto. A proteção de bens jurídicos se converte em ânsia criminalizadora, abrindo caminho para um direito penal do risco, com tipificação de delitos de perigo abstrato, criação de tipos em âmbitos não atingidos pelo direito penal clássico, sob pretexto de proteção de bens jurídicos difusos e coletivos. A legislação processual penal também se vê objeto de reformas eficientistas, que pretendem a facilitação dos procedimentos e aceleração da instrução. De instrumento de reação frente a lesões graves, o direito penal transmuta-se em instrumento político de segurança pública,

gerando expectativas sociais. Espera-se que o direito penal solucione uma gama cada vez maior de problemas que ele não é capaz de solucionar.

Assim, Hassemer propõe um enfraquecimento do direito penal moderno, retomando algumas características do direito penal clássico. A isso se acrescentaria a criação de um “direito de intervenção”, com sanções menos graves que as do direito penal. Ao direito penal estaria reservada a proteção de bens jurídicos individuais, enquanto ao direito de intervenção caberia lidar com lesões e perigos relativos aos bens jurídicos difusos e coletivos.

Klaus Günther retoma a leitura de Jakobs da pena enquanto comunicação, levando-a às últimas consequências. A questão posta por ele é se não haveria outras maneiras melhores e mais eficazes que a pena afliitiva para comunicar a vigência da norma. Para Günther, apesar do esforço de Jakobs para dessubstancializar a teoria do delito, em seu modelo o nexo entre a mensagem a ser comunicada (vigência da norma) e o meio de comunicação dessa mensagem (pena afliitiva) é absolutamente contingente. Não há nada que comprove uma relação necessária entre imputação e pena.

Para Günther, a simples imputação de responsabilidade penal por meio de uma sentença já seria suficiente para comunicar a mensagem da vigência da norma. Para que a sentença vá além disso, impondo também uma pena afliitiva, deverá buscar outra justificativa que não a simples comunicação da vigência da norma. Assim, a teoria da prevenção geral positiva proposta por Jakobs incorpora a realidade da pena (como comunicação), mas não é capaz de justificá-la.

Nenhuma das justificativas publicamente defendidas para a pena, segundo Günther, resiste a uma crítica cuidadosa. Assim, sua proposta enfraquece o direito penal a ponto de desnaturalizar a relação causal entre imputação e pena, chegando a sugerir a possibilidade de um direito penal sem pena. Em um Estado Democrático de Direito, o déficit de fundamento do poder punitivo imporá a renovação da discussão sobre as razões de punir, de modo que o debate sobre a fundamentação da pena não seja confundindo com o debate sobre a fundamentação da culpa. Para Günther, a necessidade de pena é o último resto de metafísica que carregamos no mundo contemporâneo.

No terreno da teoria da imputação, Günther desenvolve uma relação intrínseca entre culpabilidade e cidadania, propondo uma leitura jurídica do conceito de liberdade a partir da ideia de Estado Democrático de Direito. Para ele, além de destinatários da norma, os cidadãos devem ser vistos também como legisladores. Assim, uma imputação só é legítima se direcionada a um sujeito que possui condições internas e externas de tomar parte, criticamente, nos debates em torno da criação das normas. Esse é seu conceito de “pessoa deliberativa”, a quem se pode imputar o descumprimento da norma: o cidadão que participou democraticamente das deliberações em torno da criação da norma e, por isso, está obrigado a cumpri-la. A proposta parece eurocêntrica e idealista, pois é difícil imaginar capacidade crítica generalizada e igualdade deliberativa em sociedades marcadas por profunda desigualdade social e baixos índices de desenvolvimento humano.

O passo final para além da metafísica penal é dado por Sebastian Scheerer, quando introduz na Alemanha o abolicionismo penal, corrente teórica crítica que propõe o abandono da pena e do direito penal e sua substituição por formas mais eficazes e menos cruéis para lidar com conflitos. Scheerer demonstra que o direito penal não é eterno: ele nem sempre existiu e nem necessariamente sempre existirá. Antes da invenção do Estado e do castigo público, várias sociedades existiram sem poder punitivo. A regra nessas sociedades era a solução dos conflitos por meio da composição, não da vingança. Ademais, uma série de práticas que já foram tão naturalizadas quanto a pena e as prisões deixaram de existir em várias sociedades que, no passado, certamente as imaginariam como eternas: o castigo pedagógico, a escravidão, a pena de morte etc.

Scheerer não duvida que a pena possa, eventualmente, ser capaz de dissuadir práticas delitivas. Igualmente não duvida da necessidade de que existam regras e da importância de comunicar publicamente sua validade. O que ele não aceita é que esses objetivos precisem ser atingidos, necessariamente, por meio da imposição calculada de sofrimento. Muito menos que a “solução” para esses problemas necessariamente precise passar pelo Estado.

Entusiasta da justiça restaurativa, para Scheerer o sistema penal traz mais danos às vítimas do que reparação. Pensar substituir o direito penal por algo melhor não é uma utopia: para a maioria das situações, há mecanismos, inclusive não estatais, capazes de, envolvendo ofensor, vítima e comunidade atingida, comunicar a validade da norma, atribuir responsabilidade, dissuadir o desvio e restaurar laços de solidariedade rompidos. Tudo isso sem que se precise infligir deliberadamente sofrimento a seres humanos.

Pensar a dogmática penal a partir das lentes abolicionistas permite articular um direito penal fraco, despido de fundamentos metafísicos. Esse direito penal fraco teria por missão promover uma redescritção das categorias da teoria do delito, articulando à meia-luz em favor da redução do próprio direito penal, com vistas à sua futura abolição. Percebida a desnecessidade e muitas vezes a inutilidade da imposição de sofrimento por meio da pena, há que se reconhecer que a metafísica penal não pode encontrar alento nos corações daqueles que entendem que a crueldade é a pior coisa que se pode fazer.

## 10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BADARÓ, Tatiana. Garantistas vs. abolicionistas: as críticas de Ferrajoli ao abolicionismo penal e as réplicas abolicionistas ao garantismo penal. *Quaestio Iuris*, v. 11, n. 02, Rio de Janeiro, 2018.
- BAUMANN, Jürgen. Strafe als soziale Aufgabe. *Gedächtnisschrift für Peter Noll*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1984.
- GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I. *Revista Direito GV* 4, v. 2, n. 2, p. 187-204, jul.-dez. 2006.

- GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena II. *Revista Direito GV* 4, v. 3, n. 1, p. 137-150, jan-jun. 2007.
- GÜNTHER, Klaus. *Schuld und Kommunikative Freiheit*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2005.
- GÜNTHER, Klaus. Somente em uma sociedade humana todo ato tem seu autor. *Responsabilidade e pena no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: FGV Direito SP, 2016.
- HAAN, Willem de. Abolitionism and crime control: a contradiction in terms. In: STENSON; K.; COWELL, D. (Ed.). *The politics of crime control*. London: Sage, 1991.
- HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. Frankfurt: Verlag C. H. Beck, 1990.
- HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Linhas fundamentais da filosofia do direito*. São Leopoldo, RS: UNISINOS, 2010.
- HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 2006.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Petrópolis: Vozes, 2013.
- KLUG, Ulrich. Abschied von Kant und Hegel. In: BAUMANN, Jürgen (Hg.): *Programm für ein neues Strafgesetzbuch – Der Alternativentwurf der Strafrechtslehrer*. Frankfurt a.M.: Fischer Verlag, 1968.
- LISZT, Franz von. *A teoria finalista no direito penal*. Campinas: LZN Editora, 2007.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Punição, culpa e comunicação: é possível superar a necessidade da inflicção de sofrimento no debate teórico sobre a pena? *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 69, p. 389-414, jul.-dez. 2016.
- MARSHALL, Tony. *Restorative Justice: an overview*. London: Home Office, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal em el nacional-socialismo*. Valencia: Tirant lo blanch, 2003.
- NIETZSCHE, Friedrich. Götzen-Dämmerung. In: WERKE, Sämtliche. *Kritische Studienausgabe in 15 Bänden*. Berlin: de Gruyter, 1999.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte geral*. Madrid: Civitas, 2008.
- ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. Recensión a Klaus Günther, Schuld und kommunikative Freiheit. *InDret* 3, 2006.
- SCHHEERER, Sebastian. A função social do direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, n. 59, out.-dez., 2015.

- SCHEERER, Sebastian. A punição deve existir! Deve existir o direito penal? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.117, nov.-dez. 2015.
- SCHEERER, Sebastian. Kritik der strafenden Vernunft. *Ethik und Sozialwissenschaften*. Streitforum für Erwägungskultur, Jg. 12, Heft 1, p. 69-83, 2001.
- SIM, Joe. The abolitionist approach: a British perspective. *Penal Theory and Practice: Tradition and Innovation in Criminal Justice*. Manchester: Manchester University Press, 1994.
- TICHY, Sophie Louise. *Eine kriminologische Debatte über den Sinn und Zweck des Strafens: Die Positionen Karl Bindings und Franz von Liszts im Schulenstreit um 1900*. Universität Graz, 2019.
- TIVERON, Raquel. *Justiça restaurativa e emergência da cidadania da dicção do direito: a construção de um novo paradigma de justiça criminal*. Brasília: The-saurus, 2014.
- VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- VILLA, Lucas. *Hegemonia e estratégia abolicionista: o abolicionismo penal como negação da crueldade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman: parte general*. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1997.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2011.
- ZEHR, Howard. *Changing Lens: A New Focus for Crime and Justice*. Scottdale, Pennsylvania; Waterloo, Ontario: Herald Press, 1990.



## PESQUISA DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Penal

### Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Sobre o futuro da ciência jurídico-penal alemã: abertura e método discursivo no lugar de provincialismo presunçoso, de Kai Ambos – *RBCCrim* 121/127-160.