

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo realizar uma reflexão sobre as críticas da justificação da finalidade da pena, denominadas atualmente como retributivas¹ (também chamadas de absolutas), lançadas, notadamente, por Klaus Günther e Claus Roxin, em que propõem a superação da noção contida naquelas teorias de que existiria, na execução do poder punitivo estatal, uma compensação de uma infração (o delito, crime) pela imposição de sanção, atrelado a um dever metajurídico que possui em si seu próprio fundamento², que inspiram, inclusive contemporaneamente, alguns filósofos³.

Nesse sentido, o objetivo geral do trabalho foi realizar estudo crítico das justificativas do direito de punir estatal de retributivistas, desenvolvidas especialmente por Kant e Hegel, e as respectivas definições de delito/ilegalidade nestes autores, após breve reflexão sobre o ponto central de suas teorias filosóficas e, em especial, seu ponto de vista sobre a teoria da pena. Destaque-se, em síntese, que os referidos autores não explicitam o efeito social e a repercussão que eventual imposição de pena poderia gerar (o que não quer dizer que não consideraram), com a ideia básica de que a culpa do autor que infringiu a norma jurídica seja compensada com a imputação de uma pena, seja para Kant, que realiza abordagem da pena como retribuição que se justifica pela moral (o Estado não poderia punir um cidadão para amedrontar os outros, levando-se em consideração somente o imperativo

¹ A ideia retributivista é resumida por John Rawls: “a perspectiva retributiva ocorre quando a punição é justificada pelo fundamento da transgressão merecer punição. É moralmente adequado que uma pessoa que faz algo errado deva sofrer na proporção de sua transgressão. Que o criminoso deve ser punido decorre de sua culpa e a severidade da punição apropriada depende da depravação de seu ato. O estado de coisas onde um transgressor sofre punição é moralmente melhor do que o estado de coisas onde ele não a receba e isso é melhor independentemente de qualquer uma das consequências de puni-lo” (RAWLS, 1955, p. 4-5).

² “São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si mesmo, ou seja, como ‘castigo’ ‘reação’, ‘reparação’, ou ainda, ‘retribuição’ do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, ‘relativas’ todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos” (FERRAJOLI, 2002, p. 204).

³ Günther Jakobs, na obra *Direito Penal do Inimigo*, assim destaca (2007, p. 32): “Considera ainda, cada vez mais difícil fazer-se a distinção do Direito Penal do Inimigo, da guerra civil, ou mesmo da guerra em si, pois o inimigo estatal, como em uma autêntica guerra, já é dado de antemão, e é exatamente para ele, que se voltam todas as baterias do sistema penal. Temos, pois, um Direito que o Estado utiliza-se, não para confrontar seus cidadãos, mas seus “ex-cidadãos”, agora na condição de inimigos. Para o referido autor as consequências penais, não são difíceis de se prever, pune-se antes, e mais rigidamente (pois assim se punem os inimigos), além da liberdade de expressão, bem como as garantias processuais são sumariamente descartadas”. Ademais, cite-se aqueles elencados por Luigi Ferrajoli: “Pellegrino Rossi, Antonio Rosmini, Terenzio Mamiani, Enrico Pessina, Tancredi Canonico, Giuseppe Maggiore, Giuseppe Bettiol e Vittorio Mathieu, na Itália, Ludwig Heinrich Jakob, Julius Friedrich Abegg, Albert Friedrich Berner e Karl Binding na Alemanha, o juiz vitoriano James Fitzjames Stephen na Inglaterra, e, mais recentemente, a orientação anticorrecional desenvolvida nestes últimos anos nos Estados Unidos sob o título de *Justice Model*, que agrega as orientações liberais de Morris, Hawkins e Fogel àquelas moralistas de Singer e Dershowitz baseadas na ideia de ‘pena merecida’, bem como, e por derradeiro, aquelas alarmistas de Van Haag e de Von Hirsch” (FERRAJOLI, 2002, p. 206).

categorico de dever, homem é um fim em si mesmo), ou para Hegel, que desenvolve a ideia de retribuição jurídica, através do processo dialético de negação da contranorma (delito, crime, infração à Lei).

Claus Roxin (1998), em crítica às referidas teorias, sustenta que, nelas, não são avaliadas as particularidades relacionadas à necessidade da pena e à proteção dos diversos bens jurídicos. Para o referido autor, a pena deveria proporcionar um efeito em cada momento de sua aplicação (na definição dos crimes e na fixação da quantidade de pena, na sentença, e na própria execução), congregando em si aspectos distintos da retribuição, prevenção geral negativa e positiva, prevenção especial negativa e positiva e a ressocialização. O ponto central de sua tese abrange a ideia de limitação do poder punitivo do Estado pelo princípio da culpabilidade, em que são adotados critérios de proporcionalidade à ofensa praticada (aqui, remontando o retributivismo) e de subsidiariedade do Direito Penal (*ultima ratio*) na proteção de bens jurídicos essenciais previamente estabelecidos em Lei (ROXIN, 1998, p. 15). A teoria da retribuição, para ele, “não nos serve, porque deixa na obscuridade pressupostos da punibilidade” (ROXIN, 1998, p. 19-20), além de não lidar bem com aqueles que, não obstante tenha delinqüido, não necessite de imposição de sanção ou deva ser reabilitado.

Já a crítica lançada às respectivas teorias por Klaus Günther (2006 e 2007) incide sobre a finalidade justificadora da pena presente como dever metajurídico nas obras de Kant e Hegel, para o qual apenas “[...] deve compensar uma injustiça (*Unrecht*) passada, expiar, retribuir” (2006, p. 190) e “[...] não persegue nenhum outro objetivo além desse (teoria penal absoluta)” (2006, p. 190). Deste modo, a “experiência histórica da retribuição mostra que não existe equivalência real entre o bem roubado ou destruído e o bem tomado a título de retribuição” (2006, p. 191). Para o filósofo, há evidência de um sentido social comunicativo na imputação em si, e que a responsabilidade individual ganha autonomia e deixa de significar simplesmente um requisito para a aplicação da pena (GÜNTHER, 2006, p. 187-203)⁴.

O presente estudo se faz necessário à medida que se percebe, na atualidade, o ressurgimento de teorias da pena que passariam ao largo do prisma das garantias

⁴ A primeira crítica está relacionada à ideia de que o restabelecimento do direito por meio de retribuição apenas pressupõe o prejuízo de uma *norma legal como tal*, uma vez que isso não permite uma limitação ao direito penal. Assim, a tese de Jakobs, segundo a qual a validade da norma deve ser guardada antes da mera afirmação do ofensor - com seu fato - de que "a norma não governa" parece justificar a punição e não limitar o *ius puniendi*. Além disso, os esforços do neo-idealismo para desenvolver um conceito filosófico de crime também não ajudam, porque a dedução lógica da teoria absoluta leva, mais uma vez, a punição pela simples *lesão da norma*. Isso petrifica o direito penal ao estado da sociedade em cerca de 1800, enviando-o para fora do problema mais relevante para a sociedade atual; a prevenção ou crimes contra o meio ambiente, por exemplo, ou a adaptação do direito penal às necessidades da sociedade industrial desenvolvida e, portanto, às necessidades racionais. (MIGLIARDI, 2011, p. 123-144).

fundamentais contidas no texto constitucional, associadas ao direito penal do inimigo e na antecipação de punição de atos preparatórios, presentes na obra de Günther Jakobs (JAKOBS, 2007, p. 99-114), dentre outros, que remontam às ideias de Kant e Hegel. Ademais, vislumbra-se, atualmente, que o aumento de pena, calcado numa concepção de que se deve retribuir duramente o crime, tem sido comumente prestigiada, no senso comum, pela população brasileira. A jurisprudência pátria, ainda, com espantosa recorrência, considera que a imposição de penas rigorosas teria caráter preventivo, em especial aos delitos de roubo e tráfico de entorpecentes⁵.

O problema que orientou o desenvolvimento do estudo foi o seguinte: quais os argumentos para superação da noção de justificação da finalidade⁶ retributiva da pena, apresentadas pela doutrina contemporânea de Claus Roxin e Klaus Günther?

A vertente metodológica é a dogmática (GUSTIN; DIAS, 2013), visto que o trabalho visa analisar, essencialmente, por meio da revisão bibliográfica⁷, as ideias dos mencionados filósofos.

2. TEORIAS RETRIBUTIVAS: A JUSTIFICAÇÃO DA FINALIDADE DA PENA EM KANT E EM HEGEL

Considerado como o principal filósofo da era moderna, Kant não separava a moral do direito, preconizando que o indivíduo deveria agir apenas segundo a máxima que gostaria de ver transformada em lei universal (KANT, 1986), o denominado imperativo categórico. O ponto central de sua obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes” (1986)⁸ é a conceituação do ato de livre arbítrio, que deriva do conceito fundamental de autonomia (KANT, 2003, p. 292).

Vale ressaltar que o que pode ser considerado livre, segundo Kant, é o arbítrio, e não a vontade. O ato de livre arbítrio é, assim, um ato objetivo no “mundo”, no espaço e no tempo, ou seja, refere-se ao fenômeno, à experiência. Já a vontade, estritamente, é a faculdade

⁵ Os Tribunais Superiores com frequência são instados a readequar o regime inicial de cumprimento de pena fixado por Tribunais de segunda instância sob tais fundamentos, tanto que culminou na aprovação das Súmulas n. 718 e 719, do STF, e 440, do STJ. Neste sentido, dentre outros, o julgado do Superior Tribunal de Justiça: HC 537.391, Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, DJ 09.10.19.

⁶ Finalidade, aqui, entendida como sendo o objetivo que o Estado procura cumprir por meio de sua atuação.

⁷ Realizada, notadamente, em obras e materiais constantes do acervo da Biblioteca do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, do Senado Federal, pelo Banco de Teses e Dissertações da Capes e da Biblioteca da Universidade Fumec.

⁸ Mas já na Crítica da Razão Pura, Kant formula a ideia transcendental da liberdade.

do desejo em que há o fundamento determinante, mas na qual, segundo Kant, não há escolha. A diferença entre vontade e arbítrio é expressada por Kant da seguinte maneira:

A faculdade do desejo cujo fundamento determinante – e daí até mesmo o que lhe é agradável – se encontra na razão do sujeito é chamada vontade. A vontade é, portanto, a faculdade do desejo considerada não tanto em relação à ação (como o é a escolha), porém mais em relação ao fundamento que determina a escolha para a ação. A vontade ela mesma, estritamente falando, não possui a escolha, ela é, ao contrário, a própria razão prática (...). Dá-se o nome de livre arbítrio à escolha que pode ser determinada pela razão pura; a que pode ser determinada somente pela inclinação (impulso sensível, estímulo) seria o arbítrio animal (*arbitrium brutum*). O arbítrio humano, contudo, é uma escolha que, embora possa ser realmente afetada por impulsos, não pode ser determinada por estes, sendo, portanto, de *per se* (à parte de uma competência da razão) não pura, podendo, não obstante isso, ser determinada às ações pela vontade pura. (KANT, 1986, p. 62-63.)

Seria possível, para o autor, agir com autodeterminação (autonomia) caso tal ação seja determinada pela razão pura (aquela determinada por impulso seria o arbítrio animal, o *arbitrium brutum*), sendo o princípio da autonomia postulado supremo da moral. Uma ação, assim, seria autônoma se realizada por um sentimento de dever e não de utilidade, interesse ou conveniência, justificando-se de forma universal.

O Direito, aqui, se alinha ao conceito kantiano de imperativo categórico, e a ele se subordina, pois a legitimidade de todas as leis positivas advém do fato de que estão conforme normas estritamente universais (HÖFFE, 2005, p. 239). A infração é, dessa forma, ato contrário ao dever, uma violação à ordem jurídica⁹, sendo a pena, a seu turno, retribuição ética que se justificaria pela moral, fundamentada tão somente pelo mal que o condenado já praticou e não como uma maneira utilitária de promover o bem de outros ou do próprio imputado, uma imposição da moral da lei (imperativo categórico) ao cidadão infrator. Destaque-se a célebre frase de Kant sobre a necessidade de aplicação da pena por violação à norma, que se tornou símbolo do retributivismo:

Mesmo se uma sociedade civil tivesse que ser dissolvida pelo assentimento de todos os seus membros (por exemplo, se um povo habitante de uma ilha decidisse separar-se e se dispersar pelo mundo), o último assassino restante na prisão teria, primeiro, que ser executado, de modo que cada um a ele fizesse o merecido por suas ações, e a culpa sanguinária não se vinculasse ao povo por ter negligenciado essa punição, uma vez que de outra maneira o povo pode ser considerado como colaborador nessa violação pública da justiça. (KANT, 1986, p.176).

Em contrapartida, como o filósofo enxergava o homem como um fim em si mesmo e não como um meio para uma determinada finalidade. Desse modo, o Estado não poderia punir um cidadão simplesmente para amedrontar os outros (Teoria da Prevenção), mas levando em

⁹ Diferencia-se, aqui, no crime (*crimen*), o crime público (*crimen publicum*), associado à justiça criminal, e o privado, atrelado à justiça civil (KANT, 1993, p. 207-208).

consideração somente o imperativo categórico de dever por violação à norma, transcendental, sendo “correto punir em casos em que ninguém nada ganhe com a punição” (GRECO, 2012, p. 268).

Não obstante o mérito de sempre valorar a importância¹⁰, na aplicação da pena, de sua exata proporção e na medida da infração praticada (mas que, segundo o referido filósofo, não seria privilégio de todas as pessoas, notadamente no Estado Natural)¹¹, a abordagem de Kant relacionada a justificação da pena cingiu-se à retribuição que se justifica pela moral, associada ao imperativo categórico, em que não há conteúdo utilitarista, utilizada, atualmente, por Jakobs, em seu Direito Penal do Inimigo¹².

Já Georg Wilhelm Friedrich Hegel é um dos mais importantes filósofos da história e seu pensamento percorre desde epistemologia, gnoseologia, ciência da natureza até a política. De forma ímpar, organiza todo seu estudo de forma sistêmica, tendo como cerne estruturante o Espírito, “*Geist*”, que é, enquanto exteriorização e retorno, a consciência que busca a verdade sobre si.

Em sua concepção do que seja razão, o autor, diferentemente da concepção utilizada por Platão, para quem os conceitos são reais na pura abstração, parte da ideia de que está atrelada à história e à atividade social, que, por sua vez, atinge o sujeito como negação. Tal processo, a que o autor chama de dialética¹³, está presente em todo o existente, e é o “princípio motor do conceito que dissolve, mas também produz as particularidades do universal” (1997, p. 64). Luiz Hebeche explica que:

Tudo, desde o mais simples ente está injetado de razão e é só por isso que é. Mas a razão atinge o ente como negação e, portanto, como processo. O que é, é o que não é, e que não é, é o que é. A originalidade de Hegel está em conceber que a totalidade está marcada por uma negatividade que destrói, mas para construir. A negatividade perpassa o real. E essa é a base da rejeição de todo positivismo e empirismo. A filosofia é antes de tudo negação do que confirmação positiva. A dialética é a expressão de que a negatividade perpassa todas as determinações dos entes e é ele,

¹⁰ Reconhecida, mais tarde, pelo próprio Claus Roxin, em: ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**, p. 34-35.

¹¹ Admite-se comumente que não se pode proceder hostilmente contra ninguém, a não ser quando ele de fato já me lesou, e isto também é inteiramente correto quando ambos estão no estado civil-legal. Pois, pelo fato de que entrou nesse estado, ele dá àquele (mediante a autoridade que possui poder acima de ambos) a segurança requerida. Mas o homem (ou o povo) no puro estado de natureza tira de mim esta segurança e me lesa já por esse mesmo estado, na medida em que está ao meu lado, ainda que não de fato (facto), pela ausência de leis de seu Estado, pelo que eu sou continuamente ameaçado por ele, e posso forçá-lo ou a entrar comigo em um Estado comum legal ou a retirar-se de minha vizinhança. O postulado, portanto, (...) é: todos os homens que podem influenciar-se reciprocamente têm de pertencer a alguma constituição civil (KANT, 2008, p. 23).

¹² Quem não pode oferecer segurança cognitiva suficiente de que se comportará como pessoa não só não pode esperar ainda ser tratado como pessoa, como tampouco o Estado está autorizado a tratá-lo ainda como pessoa, pois, de outro lado, estaria lesando o direito das outras pessoas à segurança (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 17).

¹³ A dialética é a expressão de que a negatividade perpassa todas as determinações dos entes e é ele, então, que determina seu conteúdo e movimento, que está intrínseco em sua filosofia do Direito.

então, que determina seu conteúdo e movimento. Compreender essas determinações da razão é tarefa da ‘ciência filosófica’ que apanha a realidade total e que, por isso mesmo, exige que a filosofia supere os dados e os fatos. Um dos exemplos disso é o tema ‘liberdade e carecimento’, como veremos a seguir”. (HEBECHE, 2011, p. 78-79).

O real é, para Hegel, complexo, e não mostra sua face de modo direto, diferente de qualquer construção puramente metafísica estática. Aqui se consubstancia a crítica de Hegel à Kant¹⁴, pois, neste ponto, para o filósofo de Königsberg, as leis possuiriam fundamento numa razão a-histórica que, conseqüentemente, deixa de lado o desenvolvimento da ideia do Direito ao longo do tempo (HEBECHE, 2011, p. 77). A originalidade da filosofia de Hegel está, assim, em conceber que a totalidade está marcada por uma negatividade que destrói, mas para construir, e que ela perpassa o real, sendo que esta é a base da rejeição de todo positivismo e empirismo, pois a filosofia é antes negação do que confirmação positiva.

A seu turno, como o seu pensamento é concebido de modo que a liberdade ocupe um lugar central, sendo ela a mais alta determinação do espírito objetivo, o Direito é o campo em que a realiza na história, e que, em resumo, reflete como ela (liberdade) é representada. Vale ressaltar que a liberdade começa com o pensamento livre e é neste exteriorizar da vontade que o sujeito se torna pessoa, tendo a personalidade só início com o sujeito que é consciente de si, e todo ato baseado na vontade livre, protegida pelo Direito¹⁵, está relacionado a ela. Logo, o Direito não é uma restrição, mas a mais alta, racional e sistêmica realização da liberdade¹⁶.

Hegel, desse modo, reconhece o criminoso como um ser essencialmente racional, que está consciente de si e que realiza todo o processo de reconhecimento com outras pessoas, sendo o crime, em síntese, manifestação de vontade de um ser racional e livre, que lesa a liberdade de outro ser livre, e “[...] são negados não apenas o aspecto particular da absorção da coisa na minha vontade, mas também o que há de universal e infinito no predicado do que me pertence – a capacidade jurídica-, e isso sem que haja a mediação da minha opinião”. (HEGEL, 1997, p. 85).

¹⁴ O progresso linear que caracterizava o movimento da sociedade mercantil encontra-se posto em questão. O progresso do entendimento como o movimento de ir de uma causa a um efeito e assim indefinidamente, ou, ao contrário, a busca para trás de uma causa a uma outra causa está definitivamente comprometido. Esse movimento que Hegel designa como mau infinito é característico da economia política [...] (ROSENFELD, 1983, p. 32).

¹⁵ “Nesse ponto do pensamento de Hegel é que se torna bastante visível a sua concepção de Estado e da finalidade a ele atribuída. Para ele, o Estado é um ‘estágio evolutivo das corporações humanas que oferece aos cidadãos a ordem e o império da razão. O Estado é o racional em si e para si, e agrupa sob seu manto toda a pujança de ser o guardião da liberdade. (SALOMÃO NETO; DAVID, 2018, p. 68)

¹⁶ O terreno do direito é o espiritual; seu lugar mais preciso e seu ponto de partida, aliás, é a vontade que é livre de modo que a liberdade constitui sua substância e determinação. E o sistema do direito é o reino da liberdade realizada, o mundo do espírito que se produz a si mesmo como uma segunda natureza” (HEGEL, 1997, p. 37).

Como o crime é uma manifestação (vontade livre) contrária ao Direito, que se realiza por sua negatividade, contém em si e é contido pela pena (dialética), como se houvesse uma transubstanciação constante entre os mencionados conceitos, em que a pena seria uma resposta sistêmica à infração do ordenamento jurídico. Estrutura-se, então, a formulação dialética de que a “[...] pena é a negação da negação do direito, isto é, a pena não é exterior ao sistema da realização da liberdade, sendo, em verdade, intrínseco. É, pois, a alternativa a cumprir um papel restaurador da ordem atingida”. (SHECAIRA, 1993, p. 20).

A pena, assim, nega o crime, e sua finalidade não é, em última análise, retribuir um mal¹⁷, como retribuição ética, pois o crime para Hegel não é concebido como em Kant¹⁸. Ao contrário: a pena funciona como um método próprio do Direito de se reafirmar enquanto estrutura e sistema frente ao não Direito (crime), ou, como denominam alguns, de contranorma.

É assim, pois, que o criminoso quer a pena, pois esta não desempenha caráter de coerção (ameaça), mas é meio pelo qual o agente se reconhece como um ser racional e deseja sua liberdade¹⁹, isto é, como a pena está dentro do sistema do Direito (e diante do cerne do pensamento Hegeliano, a liberdade) ser punido é se reconhecer e ser reconhecido como livre, que pode ser assim resumida: “O princípio da realização da liberdade e racionalidade do direito faz com que Hegel dê à pena um caráter eminentemente ético”. (SALGADO, 1996, p. 356).

Hegel, no entanto, nega que a pena tenha como conteúdo a vingança, como justiça contingente, pois é institucionalizada e tarefa do Estado, mas admite que, no caso concreto, a pena seja só compensação, que “respeita a limitação do indivíduo pela sua humanidade, racionalidade e, sob o auspício da atribuição do Direito e do Estado, a proporcionalidade da ofensa praticada”. (SALOMÃO NETO; DAVID, 2018, p. 73).

A justificação da finalidade da pena é, em síntese, associada à afirmação e reafirmação da estrutura do Direito como um sistema²⁰, que deve assegurar a própria

¹⁷ Hegel rompe com a tradição inaugurada por Kant, que via o crime como um mal ético, referindo a ele como *Unrecht*, um não direito, que em última análise resulta em uma não liberdade.

¹⁸ Como afirma Hegel: “A violação só tem existência positiva como vontade particular do criminoso. Lesar esta vontade como vontade existente é suprimir o crime, que de outro modo, continuaria a apresentar-se como válido, e é também a restauração do direito” (HEGEL, 1997, p. 87-88).

¹⁹ 100-A pena com que se aflige o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira da sua liberdade existir, o seu direito. E é preciso acrescentar que, em relação ao próprio criminoso, constitui ela um direito, está já implicada na sua vontade existente, no seu ato. Porque vem de um ser de razão, este ato implica a universalidade que por si mesmo o criminoso reconheceu e à qual se deve submeter como ao seu próprio direito. (HEGEL, 1997, p. 89).

²⁰ “Somente através da aplicação da pena trata-se o delinqüente como um ser ‘racional’ e ‘livre’. Só assim ele será honrado dando-lhe não apenas algo justo em si, mas lhe dando o seu Direito: contrariamente ao inadmissível

realização da liberdade, em que se restabelece a vontade geral através de uma negação, ou seja, por meio de uma negação da negação²¹.

3. CRÍTICAS ÀS TEORIAS RETRIBUTIVAS

3.1. A CRÍTICA DE CLAUS ROXIN

Claus Roxin (2006), em sua crítica ao que denomina de teoria da retribuição, relata que o sentido da pena para essa doutrina se assenta, puramente, “em que a culpabilidade do autor seja compensada mediante a imposição de um mal penal” (1998, p. 16) e que, dessa forma, tal teoria não teria “[...] quaisquer fins a alcançar, mas apenas a realização de uma ideia de justiça”, sendo “[...] um fim em si mesma”²² (1998, p. 16).

E curiosamente esse é, basicamente, um dos pontos centrais de sua teoria dialética unificadora, que sustenta a existência de um processo dialético em que o momento de retribuição não aparece de modo abstrato para cumprir um ideal absoluto de justiça, mas limitando e condicionando à realidade imposta em determinados momentos de aplicação da pena²³. Nesse sentido, busca o autor evitar os exageros unilaterais e dirigir os diversos fins da pena para vias socialmente construtivas, de modo a obter o equilíbrio de todos os princípios mediante restrições recíprocas em diversas fases da aplicação da pena, quais sejam, por meio da: retribuição, prevenção geral negativa e positiva, prevenção especial negativa e positiva e a ressocialização.

A ideia de retribuição, assim, é parcialmente rejeitada por Roxin, mantendo-se na culpabilidade (com a ideia básica de que o homem é um fim em si mesmo), pois, como limite da sanção aplicada, adequa-se aos postulados político-criminais exigidos pelo Estado Democrático de Direito, que segue em direção à proteção eficaz de diversos bens jurídicos.

Visando ilustrar sua afirmação, em sua crítica à Kant, o referido autor retoma o exemplo da ilha (já mencionado no capítulo 1.1) e ressalta a finalidade transcendente desta teoria, associada à tradição idealista e cristã alemãs, que, todavia, tem prevalecido naquele

modo de proceder dos que defendem princípios preventivos, segundo os quais se ameaça o homem como quando se mostra um pau a um cachorro, e o homem, por sua honra e liberdade, não deve ser tratado como um cachorro” (HEGEL *apud* BITENCOURT, 2000, p. 73).

²¹ Para Hegel, “a realidade do direito reside na sua necessidade de reconciliar-se ela consigo mesma mediante supressão da violação do direito” (HEGEL, 1997, p. 87).

²² “[...] A justificação de tal procedimento não se depreende, para essa teoria, de quaisquer fins a se alcançar com a pena, mas apenas a realização de uma ideia de justiça. A pena não serve, pois, para nada, contendo um fim em si mesma. Tem de existir para que a justiça impere. (ROXIN, 1998, p. 16-17).

²³ “[...] cada uma das concepções contém pontos de vista aproveitáveis, sendo errôneo convertê-los em absolutos” (ROXIN, 2006, p. 85-86).

país, pois, em sua concepção, pretende “trazer um reflexo de harmonia superior à nossa frágil existência na terra, possui uma força triunfalmente sublime [...]” (ROXIN, 1998, p. 17). Ressalta, neste ponto, que o filósofo de Königsberg, apesar de méritos ao propor sanções proporcionais à gravidade do fato e à culpabilidade do autor²⁴, deixou de “[...] resolver a questão decisiva de saber sob que pressupostos a culpa humana autoriza o Estado a castigar” (ROXIN, 1998, p. 17), uma vez que “a teoria da retribuição pressupõe já a necessidade da pena, que deveria fundamentar” (ROXIN, 1998, p. 17).

Em Hegel, Roxin enxerga um sentido semelhante à pena a que atribuiu Kant, pois, aqui, o crime é “[...] aniquilado, negado, expiado pelo sofrimento da pena que, desse modo, restabelece o direito lesado” (ROXIN, 1998, p. 17), referindo-se, neste ponto, à conhecida fórmula da dialética hegeliana sobre a essência da pena como uma negação da negação da contranorma (delito, crime, infração à Lei) que violou o direito.

Ressalte-se, de outro lado, a crítica aos filósofos da teoria retributiva, Kant e Hegel, no que tange à aproximação do conceito de crime e da conduta criminosa à liberdade da vontade (livre arbítrio)²⁵ e à sua existência, pois, “[...] como os próprios partidários da ideia da retribuição concordam, é indemonstrável” (ROXIN, 1998, p. 18). Atualmente, discorre Roxin, a “[...] relativa falta de esquemas instintivos fixos é substituída principalmente por modelos de condutas culturais” e a possibilidade de uma escolha efetivamente livre é irresolúvel, “[...] dado que nada sabemos sobre os processos microfísicos do cérebro humano” (ROXIN, 1998, p. 18), e, assim, minariam o pensamento contido em suas teorias (da retribuição).

Acrescenta, ainda, que às teorias retributivas puras, segundo as quais o sentido da pena se encontraria exclusivamente na compensação da culpabilidade, deve-se adicionar “[...] também a necessidade preventiva do sancionamento penal, englobando as duas sob o conceito de ‘responsabilidade’ ” (ROXIN, 2006, p. 87), implícito, aqui, uma ideia utilitarista da pena como pressuposto da punibilidade²⁶, em que “[...] política criminal, prevenção e fins da pena possuem, assim, um direito de argumentar também na dogmática jurídico-penal” (ROXIN,

²⁴ “[...] conteúdo do elemento do crime posterior à ilicitude, capaz de fundamentar a punibilidade individual, se esgotasse na ‘culpabilidade’” (ROXIN, 2006, p. 85-86).

²⁵ (...). E, mesmo que se pretendesse afirmar a liberdade da vontade como tal, ainda assim não se responderia afirmativamente à pergunta decisiva do processo, de saber se esse homem concreto poderia ter atuado de um outro modo nessa situação concreta (ROXIN, 1998, p. 18).

²⁶ Se não quiséssemos reconhecer “elementos utilitaristas” como pressuposto da punibilidade, voltaríamos a uma teoria retributiva pura, o que também Lackner não deseja, pois ele ressalta, com razão, que a pena só está legitimada “quando ela se mostrar, simultaneamente, um meio necessário para a obtenção da tarefa protetiva de prevenção que assiste ao direito penal”. É exatamente este conhecimento que fundamenta a categoria da responsabilidade em um sistema funcionalista do direito penal. (ROXIN, 2006, p. 98-99).

2006, p. 99) e que podem “[...] construir uma ponte de ligação com a criminologia” (ROXIN, 2006, p. 99). Dessa forma, a imposição de pena não deve se dar de modo automático, mesmo porque, em sua concepção, o “direito penal é de natureza subsidiária” (ROXIN, 1998, p. 28) e visa “proteger bens jurídicos essenciais e assegurar objetivos das prestações necessárias para a existência, apenas onde não bastem para sua prossecução meios menos gravosos”²⁷ (ROXIN, 1998, p. 29).

Outra crítica contundente de Roxin às referidas teorias retributivas é o fato de que elas não lidam adequadamente, especialmente num Estado moderno, de características democráticas, com quem, não obstante tenha delinquido, não necessite de imposição de sanção, pois “não são culpadas das agressões insuportáveis contra a ordem dos bens jurídicos, por mais degeneradas e inadaptadas que sejam essas pessoas”. Tanto que, para o autor, a assistência social pode ser a solução, uma vez que os infratores “podem ser mais eficazmente integradas através daquela do que por meio de sanções penais, que frequentemente apenas conseguem fazer perder em definitivo as pessoas” (ROXIN, 1998, p. 29), de modo que, em resumo, “as cominações penais só estão justificadas se tiverem em conta a dupla restrição contida no princípio da proteção subsidiária de prestações e bens jurídicos” (ROXIN, 1998, p. 31).

Uma das consequências desta posição citada é a exclusão parcial da função de retribuição do sistema: se a finalidade do direito penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos, então não está permitido se servir de uma pena que, de forma expressa, prescindida de todos os fins ligados à prevenção de delitos. Se “as normas penais só estão justificadas quando tendem à proteção da liberdade individual e a uma ordem social que está a seu serviço” (ROXIN, 1994, p. 84-85), da mesma forma, a pena deve buscar combinar e equilibrar fins de prevenção geral e especial (ROXIN, 1994, p. 97). Assim, a pena não pode “ser fundamentada nem pela culpabilidade, nem por sua finalidade preventiva, tomadas separadamente, pois a pena pressupõe, para ser legítima, tanto a necessidade social (isto é, preventiva) quanto uma reprovação pessoal do agente pela existência de culpabilidade” (ROXIN, 2006, p. 73).

Para Roxin, a prevenção (trata o autor aqui especialmente da prevenção geral²⁸) é tratada como fim do Direito Penal, no qual o papel atuante da retribuição é apenas de limitar a

²⁷ Teoria da imputação objetiva, espinha dorsal do injusto jurídico-penal, compondo uma política criminal traduzida em conceitos jurídicos que trabalham uma base empírica e pondera interesses (liberdade e segurança).

²⁸ Se, de um lado, não se deve generalizar a eficácia do caráter intimidativo-pedagógico da pena, pela simples existência da cominação legal, de outro, parece-nos igualmente irrealístico deixar de admitir que a prevenção geral do crime, por meio da elaboração dos tipos e da cominação das penas, é algo, do ponto de vista do Estado e

aplicação daquela. Nesse sentido, lembre-se que Roxin define o direito penal com dupla função: a de limitar e combater o delito, como referencial legitimador e limitador do poder de punir, sem perder de vista as funções preventivas da norma²⁹. São, portanto, várias as funções que assume a pena, que deve ser construída sobre bases dialéticas.

Tem-se, aqui, uma relação de dependência entre as teorias preventivas da pena e a teoria de proteção do bem jurídico como critério de legitimação do direito penal, que deve agir, sempre, subsidiariamente, no sentido de “garantir as condições de existência que satisfaça as suas necessidades vitais [...]” (ROXIN, 1998, p. 27), notadamente “[...] a todos os cidadãos uma vida em comum livre de perigos” (ROXIN, 1998, p. 27).

Deve-se, por fim, ter especial atenção, aqui, à ressocialização do apenado, na execução da pena, sem, entretanto, descurar-se de tratar, conjuntamente³⁰, a teoria da pena da teoria geral do delito, numa análise dos princípios de imputação atrelada às consequências jurídicas previstas para a realização do fato típico (ROXIN, 2006, p. 68). É importante notar, entretanto, que embora o foco da reabilitação esteja na pessoa do apenado, ela não é por si só uma inovação em relação a outras posições sobre a punição, já que a maioria das teorias ligadas à reabilitação criminal foram desenvolvidas considerando a punição como medida terapêutica e educacional por meio do encarceramento.

É, portanto, preciso superar a ideia retributivista³¹ de vingança relacionada à pena³², pois não deve “suportar que outros lhe inflijam um mal devido a um imperativo categórico

do indivíduo bem mais concreto do que meros artigos de lei colocados sobre o papel. (ASSIS TOLEDO, 2002, p. 4-5.)

²⁹ Cada categoria do delito – tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade – deve ser observada, desenvolvida e sistematizada sob o ângulo de sua função político-criminal (ROXIN, 2006, p. 29).

³⁰ “Todavia, não nos podemos dar por satisfeitos com uma acumulação de possibilidades de atuação [...] já que a mera adição não só destrói a lógica imanente à [cada] concepção, como também aumenta o âmbito de aplicação da pena, que se converte assim em um meio de reação apto para qualquer emprego. Os efeitos de cada teoria não se suprimem, em absoluto, entre si, mas se multiplicam” (ROXIN, 1998, p. 19-20).

³¹ E resume Roxin: “Resumindo numa só frase as três razões: a teoria retribuição não nos serve, porque deixa na obscuridade pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados os seus fundamentos e porque, como profissão de fé irracional e além do mais contestável, não é vinculante. Nada se altera com a substituição, que amiúde se encontra em exposições recentes, da ideia de retribuição (que recorda o arcaico princípio do talião), pelo conceito dúbio expiação, na medida em que, se com ele se alude apenas a uma compensação da culpa legitimada estatalmente, subsistem integralmente as objecções contra uma expiação deste tipo. Se, pelo contrário, se estende a expiação no sentido de purificação interior conseguida mediante o arrependimento do delinquente, trata-se então de um resultado moral, que por meio da imposição de um mal mais facilmente se pode evitar mas que, em qualquer caso, se não pode obter pela força. (ROXIN, 1998, p. 19-20).

³² A própria ideia de retribuição compensadora só pode ser plausível mediante um ato de fé. [...] não se compreende como e pode pagar um mal cometido, acrescentando-lhe um segundo mal, sofrer a pena. É claro que tal procedimento corresponde ao arraigado impulso de vingança humana, do qual surgiu historicamente a pena; mas considerar que a assunção da retribuição pelo Estado seja algo qualitativamente distinto da vingança humana, e que a retribuição tome a seu cargo a “culpa de sangue do povo”, expie o delinquente, [...] segundo a nossa Constituição, não pode ser imposto a ninguém, e não é válido para uma fundamentação, vinculante para todos, da pena estatal. (ROXIN, 1998, p. 19).

mas porque, como membro da comunidade, tem de responder pelos seus atos” (ROXIN, 1998, p. 19).

3.2. A CRÍTICA DE KLAUS GÜNTHER

Para Klaus Günther (2006 e 2007), filósofo e penalista ligado ao Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt e à tradição da teoria crítica, incomodado com o fato de que no “[...] mundo ocidental há uma demanda geral e onipresente pela pena”, que, segundo o autor, “se aninha em todas as faixas etárias, em todas as camadas e classes sociais, em todas as profissões e em todos os níveis de escolaridade, assim como em quase todos os grupos políticos” da Europa ocidental e da América do Norte, expõe, em seus dois artigos denominados de “Crítica à pena” I e II (2006 e 2007), as principais apreciações críticas às justificativas da finalidade da pena, que, contemporaneamente e em larga escala, segundo o autor, tem sido entendida como mera infligência de um mal a quem a pratica. Identifica, neste contexto, “uma emotividade latente e silenciosa”, que demanda sempre por penas mais duras, especialmente após crimes espetaculares (GÜNTHER, 2006, p. 190)

Relevante destacar que Günther parte de um conceito habermasiano de comunicação, que implica em compreendê-la em termos linguísticos. Reconhece a comunicação como estabilizadora da imputação de culpabilidade, no momento da sentença, e abre espaço para a discussão pelos cidadãos sobre outras possíveis formas de reação estatal ao conflito³³.

Especificamente sobre o retributivismo, aponta o filósofo que a sua origem remonta à ideia de “restituição, de reparação do dano pelo seu causador” (GÜNTHER, 2006, p. 190), estando, portanto, “ainda completamente ligada à relação entre autor do ilícito e vítima, assim como às comunidades familiares de cada um deles” (GÜNTHER, 2006, p. 191). Dessa forma, a finalidade da pena retributiva³⁴ é aquela que, de alguma maneira, propõe-se a dar ao causador de uma infração à Lei um outro dano como forma de expiação³⁵, em que o indivíduo se põe, no entanto, segundo o filósofo, como bode expiatório de uma estrutura social injusta.

³³ Não se desconhece, aqui, o posicionamento de Günther Jakobs no sentido que Kant provavelmente não se coadunava a um rigorismo simplista, nos seguintes termos: “El propio Kant era probablemente ajeno a un rigorismo simplista; pues se encuentra en su obra la idea de que si la pena se evidencia como “justa”, su medida legal debe ser determinada - en el marco de lo que todavía se pueda entender como Talióvn- “de forma prudente y con indulgencia”.

³⁴ A psicologia social explicaria o que Günther chamou de “PENAL COMO CURA DA CRENÇA ABALADA EM UM MUNDO JUSTO”, nos seguintes termos: “Os homens querem acreditar que vivem em um mundo justo, em um mundo no qual recebem aquilo que lhes cabe por justiça. E, no sentido inverso, querem acreditar que merecem aquilo que recebem. Esse convencimento permite-lhes lidar com seu ambiente social e físico como se este fosse estável e ordenado.” (GÜNTHER *apud* Dalbert, 2007, p. 147).

³⁵ Nas teorias psicanalíticas encontra-se a presunção de que a punição do criminoso compensa a própria renúncia às pulsões (Triebverzicht), de modo que os próprios impulsos desviantes possam permanecer recalçados. “A

Observa, assim, que inexistem possibilidades de que a retribuição se dê, realmente, no mesmo nível que o dano causado, sendo que essa relação permanece no nível intersubjetivo e, portanto, sofre as mazelas dos sentimentos individuais, sintetizado da seguinte forma:

A experiência histórica da retribuição mostra que não existe equivalência real entre o bem roubado ou destruído e o bem tomado a título de retribuição. Como nenhuma retribuição corresponde exatamente àquilo que deve compensar, ela cria uma nova injustiça e com isso a demanda por uma nova retribuição. No entanto, não é apenas por causa do resto inextinguível de injustiça em cada retribuição que essa necessidade é potencialmente sem limites. [...] A simples reparação com base no valor do bem atingido não é jamais capaz de compensar a vergonha, o aviltamento e a humilhação na medida, subjetiva e variável de caso para caso, em que a vítima as sofreu. E, por outro lado, uma retribuição levada a cabo de maneira especialmente ultrajante pode provocar na pessoa assim punida a convicção de ter, por sua vez, sofrido uma injustiça, a exigir reparação. Daí resulta um círculo de conflitos sangrentos, sem trégua e sem saída, capaz de ocupar sociedades inteiras a ponto de paralisar todos os seus sistemas funcionais. [...] Na medida em que a demanda por reparação ultrapassa as fronteiras da equivalência e se intensifica na forma de transferências de emoções do prejudicado para o delinquente, até se iniciar o círculo de vingança, surge um terceiro poderoso no cenário, que toma para si o papel de único responsável pela vingança e monopoliza todos os meios de violência. [...] Com isso a retribuição se liberta da relação concreta entre o causador do dano e o prejudicado. O que deve ser compensado é a violação do direito, do direito geral e público, por meio do Estado e seus órgãos de execução, sem que a vítima possa extrair sua reparação da experiência punitiva direta. A vítima é afastada da persecução e execução penais, ela é marginalizada (Hassemer/Reemtsma, 2002: 16 e ss.). Com isso, a pena retributiva perde naturalmente sua última referência à ofensa concretamente causada pelo autor. Em que deve consistir então a igualdade compensatória ou proporcionalidade entre ato e pena? (GÜNTHER, 2006, p. 191).

Assim, com a formação da ideia de Estado Moderno, este toma para si o monopólio do uso da força e a punição passa a ser a aplicação de uma sanção, não pela realização de um dano ao particular, mas pela “violação do direito; do direito geral e público” (GÜNTHER, 2006, p. 191) e, dessa forma, a pena só poderia “ser calculada simbolicamente” (GÜNTHER, 2007, p. 144). Assim, em crítica ao retributivismo de Kant e Hegel, Günther explicita que a ideia subjacente em suas teorias apontam que o autor do crime não ofende uma pessoa individualmente considerada, mas cria uma espécie de contranorma (delito, crime, infração à Lei) que seria negada (refutada) pela imposição de uma pena e esta realiza naturalmente apenas aquilo que já está contido na contranorma afirmada pelo criminoso, que, em síntese, nega a si mesmo:

Kant e Hegel explicaram essa abstração dizendo que o autor ofende com seu crime não apenas uma outra pessoa individualmente, mas cria com seu ato também uma espécie de contranorma, que autorizaria esse comportamento de modo geral e demonstraria para a sociedade que tal contranorma poderia ser também praticada:

exigência de expiação” (Sühnedrang) é uma reação de defesa do Ego contra as próprias pulsões (Triebe), a serviço do seu recalque, com o fim de manter o equilíbrio psíquico entre forças repressoras e reprimidas. O desejo (Verlangen) de que o autor do ilícito seja punido é simultaneamente uma demonstração voltada para dentro, com o fim de intimidar as pulsões. (GÜNTHER, 2007, p. 145).

seria o crime “que valeria, caso contrário” (Hegel, 1970: § 99, p. 187). A pena deve negar e afastar essa contranorma que, caso contrário, valeria, e com isso confirmar e reforçar a obrigatoriedade da norma jurídica original. Desse modo, a pena realiza naturalmente apenas aquilo que já está contido na contranorma afirmada pelo criminoso. A contranorma contradiz a si mesma como norma. [...] Se isso fosse assim, porém, ninguém, nem mesmo o ladrão, poderia conservar uma coisa para si. Do mesmo modo, perde a própria liberdade ou a própria vida quem toma a liberdade ou a vida de outra pessoa, porque em ambos os casos, por meio do seu delito, estabelece a lei segundo a qual ninguém (nem mesmo o próprio autor do ilícito) tem direito à liberdade ou à vida (cf. no mesmo sentido Kant, 1975: 435 ss.). A pena nega a contranorma que se nega a si mesma: ela é a negação da negação. Isso se realiza na medida em que se toma algo do autor do ilícito, isto é, na medida em que se resolve no próprio autor do ilícito a contradição criada por ele com a sua conduta.

A pena, legitimadora desta contranorma, expressa por meio da inflição de um mal, “torna-se um meio de comunicação, que deve deixar claro para o apenado e para a coletividade que a contranorma afirmada pelo autor do ilícito não tem validade nem pode ser praticada” (GÜNTHER, 2006, p. 192). Questiona o filósofo se não haveria outros modos de se realizar tal comunicação além da aplicação de sanção³⁶, uma vez que “a pena com sua simbologia atual constitui uma convenção historicamente transmitida e estabilizada pelos costumes, da qual as sociedades costumam se servir regularmente quando querem comunicar esse tipo de mensagem” (GÜNTHER, 2006, p. 193). Ademais, não haveria demonstração empírica efetiva do seu efeito intimidatório, sendo que “[...] a pedagogia e a pesquisa na área da psicologia do desenvolvimento moral mostram que medo e horror são maus professores”, e “[...] os poucos resultados empíricos relativos à prevenção geral negativa comprovam mais um efeito intimidatório do controle policial do que da própria ameaça da pena ou da execução exemplar de penas individuais” (GÜNTHER, 2006, p. 194).

Num Estado Democrático de Direito, a pena não deveria ser vista como decorrência natural da culpa, pois é possível decidir, legítima e democraticamente, sobre outras formas de intervenção estatal: reparar vítimas, oferecer possibilidades de ressocialização e, porque não, punir³⁷.

³⁶ Os estilos de educar também se alteraram, sob influências variadas. A obediência incondicional não é mais considerada um objetivo da educação; [...] Em vez disso, aspira-se a sensatez, independência e auto-controle. Para atingir esses objetivos, empregam-se também sanções, mas inseridas em um contexto que deve estimular processos de aprendizagem morais. Por essa razão as sanções não são, em geral, o meio preferido; em primeiro plano estão, pelo contrário, práticas educacionais cooperativas e a transmissão de força individual e auto-confiança como condições necessárias para a obediência autônoma a normas morais. Isso se consegue mais com recompensas e elogios, juntamente com o incentivo aos modos de comportamento desejados, do que com sanções, destinadas apenas a eliminar o comportamento indesejado. E para isso não se permite mais qualquer tipo de sanção, mas apenas aquelas que, juntamente com seu contexto, promovem sensatez e autonomia. (GÜNTHER, 2007, p. 141-142).

³⁷ Tendo em vista que “[...] o seu conceito de culpa comunicativa abre uma possibilidade importante de superação desse paradigma tradicional de se pensar o direito penal moderno a partir da punição como inflição de sofrimento (MOLINA e GOMES, 2012, p. 643), ligada ao reconhecimento de “culpa por meio de um vínculo naturalizado” (MACHADO, 2016, p. 410-411).

A resposta do Direito Penal, portanto, nem sempre será a imposição de pena, pois se a sua função é comunicar a vigência da norma, a própria imputação de responsabilidade penal contida na sentença já o faria (com fundamento na teoria comunicativa). Haveria assim a necessidade de uma outra justificativa, “que ganha autonomia e deixa de significar simplesmente um requisito para a aplicação da pena” (MACHADO, 2016, p. 410).

Ressalte-se, por fim, a crítica de Günther a um Direito Penal fundado numa concepção de que os sujeitos agem com plena liberdade, uma vez que, no campo da neurociência, autores contemporâneos “vêm se posicionando contra o conceito de culpabilidade e contra qualquer pena sobre ele fundada, sustentando que, sendo nossas decisões e ações absolutamente determinadas por processos neurológicos, não restaria espaço para o livre-arbítrio” (GÜNTHER, 2017, p. 1053) e que, assim, seria necessário buscar outro parâmetro à sanção.

4. CONCLUSÃO

Com base nas críticas expostas de Roxin e Günther às teorias retributivas de justificação do poder punitivo estatal, pode-se identificar que, mesmo que possuam aspectos positivos, tal como a exigência de penas proporcionais à gravidade do fato e à culpabilidade do autor – de contexto eminentemente liberal, que definem o homem como um fim em si mesmo e não como um meio para uma determinada finalidade –, não se sustentam adequadamente, especialmente num Estado Democrático de Direito.

Isso porque, a tarefa de proteger o direito e/ou a sociedade contra violações pode ser desempenhada por diversos meios, não devendo sempre que haver a aplicação de uma pena como forma de compensar uma infração à Lei (delito, crime). Mais do que isso, a imposição de uma sanção deve estar atrelada ao respectivo efeito social e à repercussão que tal ação de sancionar pode gerar, tanto no indivíduo considerado culpado quanto na sociedade, atrelada sempre a ideia de subsidiariedade e de proteção de bens jurídicos essenciais.

Aspirar a inflição de punição sem um caráter utilitarista, que indique ao menos uma possível ressocialização do infrator ou a prevenção como justificativa da imposição da pena, não satisfaz à ideia de Justiça, notadamente num Estado Moderno, que não pode tratar seus cidadãos como “inimigos”³⁸, ou, simplesmente, com o conceito básico de que a culpa do autor que infringiu a norma jurídica seja compensada com a referida imputação de sanção,

³⁸ Referência à doutrina Jakobs, presente na obra “Direito Penal do Inimigo” (JAKOBS; MELIÁ, 2007).

baseada na noção de proteção das expectativas normativas e retribuição pela negação da norma vigente (JAKOBS; MELIÁ, 2007).

Mesmo porque, inexistente a possibilidade de que a retribuição se dê, de fato, no mesmo nível do dano causado³⁹, uma vez que não há como medir/avaliar se o poder punitivo estatal realmente faz frente, num determinado caso, à culpabilidade e à gravidade do fato, pois não guardam, em si, critérios suficientes para a delimitação da pena, tendo em vista a vagueza em que alicerçam tal teoria (GÜNTHER, 2007), o que pode culminar num sucessivo e incessante desejo por vingança.

Ressalte-se, ademais, a crítica de Günther desferida a um Direito Penal fundado na culpabilidade, em confronto direto com o pensamento de Kant e Hegel, uma vez que, no campo da neurociência, autores contemporâneos sustentam que “[...] nossas decisões e ações absolutamente predeterminadas por processos neurológicos, não restaria espaço para o livre-arbítrio” (GÜNTHER, 2017, p. 1053). Assim, seria necessário buscar outro parâmetro à sua existência, pois, “[...] como os próprios partidários da ideia da retribuição concordam, é indemonstrável” (ROXIN, 1998, p. 18). Desse modo, como a possibilidade de uma escolha efetivamente livre é irresolúvel, pois “[...] nada sabemos sobre os processos microfísicos do cérebro humano” (ROXIN, 1998, p. 18), o cerne do pensamento dos autores retributivistas estaria minado.

Veja-se, ainda, que a relação entre a sanção e a prevenção de crimes é complexa, e não há uma comprovação da correlação direta entre elas, explorada, p. ex., por Alberto Silva Franco, na obra “Crimes hediondos: anotações sistemáticas à Lei 8.072/1990”, em que observou que a maior rigidez da pena privativa de liberdade não resultou necessariamente na diminuição da violência. Esta, aliás, aumentou de maneira significativa entre os anos de 1994 e 1998 no Brasil, mesmo com a aprovação da Lei de Crimes Hediondos (n. 8.072/1990), revelando um acréscimo percentual de 31,72% nos crimes hediondos dolosos (FRANCO, 2000, p. 493) e em 101,78% no delito de tráfico de drogas, entre os anos de 1991 e 1998 (FRANCO, 2000, p. 493).

Não se trata, aqui, da defesa a ideias abolicionistas da pena, mas de bem delimitar, num Estado Democrático de Direito, a fundamentação e justificação da finalidade das sanções, que não devem ser vistas como decorrência natural da infração com a mera inflicção de sofrimento ao infrator, haja vista que é possível decidir, legítima e democraticamente,

³⁹ “[...] Aristóteles conhecia a objeção feita contra a retribuição, segundo a qual a conduta e a pena nunca correspondem exatamente de modo aritmético, sendo que a compensação só é possível em um sentido proporcional” (GÜNTHER, 2007, p. 143).

sobre outras formas de intervenção estatal (GÜNTHER), em que se deve buscar um “sentido construtivo” na preservação de bens jurídicos fundamentais à determinada comunidade, previstos, taxativamente, em Lei (ROXIN, 1998, p. 41).

Deve-se levar em consideração, neste ponto, que “todos os efeitos negativos das sanções repressivas, que a psicologia do desenvolvimento e a pedagogia deram a conhecer, podem se desdobrar de forma funesta” (GÜNTHER, 2007, p. 142) no condenado ou na sociedade, recrudescendo, ainda mais, a injustiça, principalmente porque houve contemporaneamente uma mudança ocorrida no “[...] estilo de educação autoritário e punitivo para um outor, cooperativo e reflexivo” (GÜNTHER, 2007, p. 141).

Há de se considerar, portanto, a aplicação do modelo dissuasório de sanção, em que diversas variáveis interagem entre si de forma não precisamente uniforme, em diversos momentos da aplicação da sanção (desde a elaboração de Leis, até a prolação de sentença e a execução da pena), e que implica no exercício das funções que, segundo Roxin, devem ser justapostas: retribuição, prevenção geral negativa e positiva, prevenção especial negativa e positiva e a ressocialização. Soma-se este argumento ao fato de que, pelo menos em alguns crimes e a determinados agentes, é possível a aplicação de sanções de forma primordialmente construtiva, “por meio do incentivo a processos de aprendizagem autônomos” (GÜNTHER, 2007, p. 142), no sentido de promover a autonomia crítica e capacidade de autodeterminação (que pode ser realizada por incentivos e bônus), conceito (liberdade) tão bem trabalhado por Kant e Hegel em suas obras.

Portanto, fundamentalmente, a finalidade geral justificadora da pena deve se aproximar da racionalidade, notadamente num contexto de prevalência da discursividade e do princípio democrático, afastando-se da ideia preconizada pela teoria da retribuição que “[...] deixa na obscuridade os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados os seus fundamentos e porque como profissão de fé irracional e além do mais contestável, não é vinculante” (ROXIN, 1998, p. 19).

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS TOLEDO, Francisco de. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CIRINO, Juarez. **Direito penal. Parte Geral**. 8ª edição. Editora Tirant. 2018, p. 423.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos: anotações sistemáticas à Lei 8.072/90**. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GÜNTHER, Klaus. Crítica da Pena I. Trad. Flávia Portella Püschel. **Revista Direito-GV. São Paulo, v. 2, n. 2, p.187-204, jul./dez. 2006.**

GÜNTHER, Klaus. Crítica da Pena II. Trad. Flávia Portella Püschel. **Revista Direito-GV. São Paulo, v. 3, n. 1, p.137-150, JAN. /JUN 2007.**

GÜNTHER, Klaus. O desafio naturalístico de um direito penal fundado na culpabilidade. Trad. Yuri Corrêa da Luz. Revisão: Marta Rodriguez de Assis Machado. **Revista Direito-GV, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 1052-1077, Set./Dez. 2017.**

GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. **Novos Estudos, n. 63, 2002, p. 105-118.**

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. PUNIÇÃO, CULPA E COMUNICAÇÃO: É POSSÍVEL SUPERAR A NECESSIDADE DA INFLIÇÃO DE SOFRIMENTO NO DEBATE TEÓRICO SOBRE A PENA? **Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 69, pp. 389 - 414, jul./dez. 2016.**

MIGLIARDI, Mario Durán. Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual. **Rev. Edge vol.67 Santiago 2011. Revista de Filosofia Volume 67, (2011) 123-144.** Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-43602011000100009>. Acesso em: 26.12.2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes.

GRECO, Luis. A ilha de Kant, p. 263-279, em **Direito Penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012.** 1ª ed. Marcial Pons, Monografias Jurídicas, 2012.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 4. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HEBECHE, Luiz. **Hegel e o Direito.** Disponível em: <[nexos.www.ufsc.br > index.php > peri > article > download.](http://nexos.www.ufsc.br/index.php/peri/article/download)>, acesso dia 26-12-2019, p. 77.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios fundamentais da Filosofia do Direito.** Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: M. Fontes, 1997, p. 85.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito.** Tradução: Paulo Meneses. Colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado. 9ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant.** 2005, Editora Martins Fontes, p. 239.

JAKOBS, Günther. La pena retributiva en Kant, em **La Pena Estatal: Significado y Finalidad**, p. 99-114

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas.** Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Editora Livraria do Advogado. 2ª Ed., 2007.

JAKOBS, Günther. **La pena estatal: significado y finalidad.** Editora Thomson Civitas, 1ª Ed., 2006.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito.** Fundação Calouste Gulbenkian. 1ª Ed., 1 de janeiro de 2013. p. 360.

- KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua**. Porto Alegre: L&PM, 2008, p.23
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Edições de Ouro, 2003.
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Edições 70 (Textos filosóficos).
- KANT, Immanuel. **Doutrina do direito**. 3ª ed. São Paulo: Ícone, 1993.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 1986.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 69, pp. 389 - 414, jul./dez. 2016, p. 410 a 411.**
- MIGLIARDI, Mario Durán. Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neoproporcionalismo en el Derecho penal actual. **Revista de Filosofía Volumen 67, 2011, 123-144.**
- MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal – Fundamentos e limites do Direito Penal**. 3ª edição. 2012. Editora revista dos Tribunais.
- RAWLS, John. Two concepts of rules. **The Philosophical Review. N. 64, 1955, p. 3-32.**
- ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general. Tomo I: Fundamento. La Estructura de la Teoria del Delito**. Madrid: Civitas, 2007, p. 95 e ss;
- ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**, Tradução Luis Greco; Rio Janeiro: Renovar, 2006.
- ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. São Paulo, Saraiva, 1994.
- ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito penal**. 3. ed. Lisboa: Veja, 1998.
- Denis Rosenfield. **Hegel e a economia política clássica**. Mimeo, 1983, p. 32.
- SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Hegel**. São Paulo: Edições Loyola, 1996.
- SALOMÃO NETO, Antônio; DAVID, Décio Franco. Reflexões sobre a pena em Hegel: (in)compreensão e dificuldade de superação. **Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 10, n. 18, p. 59-80, jan./jun. 2018.**
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Prestação de serviços à comunidade: alternativa à pena privativa de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 20.