

# PUNIÇÃO, CULPA E COMUNICAÇÃO: É POSSÍVEL SUPERAR A NECESSIDADE DA INFLIÇÃO DE SOFRIMENTO NO DEBATE TEÓRICO SOBRE A PENA?

## *PUNISHMENT, GUILT AND COMMUNICATION: IS IT POSSIBLE TO OVERCOME THE INFLICTION OF SUFFERING IN THE THEORIES OF PUNISHMENT?*

MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO\*

**RESUMO:** Este texto toma como ponto de partida o diagnóstico de que a obrigação de punir por meio da inflição de sofrimento ou pena aflictiva é uma constante no pensamento penal ocidental, integrando o que se chama de *racionalidade penal moderna*. A partir daí percorre algumas teorias dogmáticas sobre o delito que apontam para a prevenção geral positiva, a fim de buscar caminhos que permitam “pensar fora da caixa” da racionalidade penal moderna no que diz respeito às ideias consolidadas sobre a pena. Pretende mostrar como a relação entre culpabilidade e pena foi se estabelecendo de forma diferente ao longo do desenvolvimento da teoria penal, recentemente apontando para novas direções. O momento teórico atual e suas perspectivas serão analisados a partir das ideias de dois autores alemães contemporâneos: Günther Jakobs e Klaus Günther. Ambos têm no centro de suas teorias a ideia de pena como comunicação, mas com diferenças importantes no que diz respeito às relações do sistema penal com a democracia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pena. Teorias da pena. Racionalidade penal moderna. Prevenção geral positiva. Pena como comunicação

**ABSTRACT:** *Punishing through the infliction of suffering has been a permanent idea in the western criminal thought, being one of the pillars of what was called modern criminal rationality. This text discusses some of the dogmatic theories on crime that share the general positive prevention as the goal of criminal law and seek for theoretical paths that allows to “think out of the box” of the modern penal rationality, especially regarding its consolidated ideas on punishment. It reconstructs the relation between guilty and punishment in the criminal legal thought and its new developments. The current theoretical moment is addressed through the ideas of two contemporary German scholars: Günther Jakobs e Klaus Günther. Both authors presuppose the penalty as communication, although with significant differences regarding the relation between the criminal system and democracy.*

**KEYWORDS:** *Punishment. Theories of punishment. Modern criminal rationality. General positive prevention. Penalty as communication.*

---

\* Mestre e Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora da Escola de Direito da FGV de São Paulo e pesquisadora do CEBRAP.  
Email: marta.machado@fgv.br

**SUMÁRIO:** 1. Introdução: teoria do delito e racionalidade penal moderna. 2. Culpa, pena e obrigação de punir. 3. Teoria da Pena em Jakobs: pena como comunicação funcional e as incongruências de sua teoria. 4. Klaus Günther: pena no Estado Democrático de Direito?

“Acima de tudo, a melhor forma de medir a escravidão na qual uma ideologia aprisiona um povo é por meio de sua incapacidade coletiva para imaginar alternativas.” (Tony Judt) <sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO: TEORIA DO DELITO E RACIONALIDADE PENAL MODERNA

A partir do campo da criminologia, Álvaro Pires desenvolve uma teoria sobre o sistema de pensamento que se consolidou nas sociedades ocidentais desde o surgimento do direito penal como um subsistema jurídico autônomo, o que se deu por volta da segunda metade do século XVIII. Pires denomina de *racionalidade penal moderna* o conjunto de ideias selecionadas e estabilizadas pelo sistema de direito criminal, que estruturam até hoje a forma como esse sistema se auto-define e funciona. Tais ideias estariam de tal maneira naturalizadas no interior desse sistema e da reflexão ali produzida que acabam dificultando o surgimento de formas alternativas de pensar o funcionamento e as respostas do sistema penal<sup>2</sup>. Ou seja, elas funcionam, em muitos casos, como “obstáculos epistemológicos”<sup>3</sup> que impedem a inovação<sup>4</sup>. Ao enxergar em

---

1 Historiador britânico, citado por Thenjiwe Niki Nkosi, na instalação *O jogo da memória*. São Paulo, SESC 2013.

2 PIRES, A. “A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos”. *Novos Estudos CEBRAP* n° 68, 2004, p. 40-41.

3 Pires toma a ideia de “obstáculo epistemológico” de Bachelard, desenvolvida em BACHELARD, G. *A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p.17.

4 Sobre a relação entre as naturalizações produzidas pela racionalidade penal moderna e a possibilidade de inovação, ver PIRES, A. e CAUCHIE, J. Um caso de inovação “acidental” em matéria de penas: a lei brasileira de drogas. *Revista Direito*

perspectiva as escolhas e seleções que, ao longo de séculos, consolidaram o sistema de pensamento e de funcionamento das instituições penais, Pires tem em seu foco as teorias da pena.

Este texto pretende utilizar o ferramental teórico lançado por Pires em um recorte específico: a partir de autores que estão debatendo apenas seus efeitos de prevenção geral positiva, ou seja, que justificam a pena na medida em que seu potencial comunicativo possa gerar efeitos positivos sobre a coletividade. Pode-se dizer que o discurso da prevenção geral positiva – em suas variações – vem se fortalecendo e ganhando prevalência no debate penal nas últimas décadas, possivelmente em razão das críticas que atingem com mais contundência a retribuição e a dissuasão, bem como do declínio do ideal ressocializador<sup>5</sup>. Uma das particularidades do debate sobre a prevenção geral positiva entre autores alemães, com influência em sistemas romano-germânicos, é o reestabelecimento – inaugurado por Roxin, como veremos adiante – da conexão entre dois campos, a teoria do delito e as teorias da pena.

Isso nos coloca diante da descoberta de que a ideia de racionalidade penal moderna – utilizada por Pires para tratar dos discursos de justificação da pena – pode também ser útil para analisar aspectos de um outro tipo de discurso especializado (“*savant*” como diz ele) criado no interior do sistema penal tendo em vista sua operacionalização: a dogmática penal, construída na forma de *teorias do delito*. Tomar como ponto de partida os elementos da racionalidade penal moderna nos permite outro olhar para as teorias dogmáticas do delito: não se trata de avaliar a coerência interna dos conceitos, nem seu potencial para resolver problemas novos da imputação penal - o que vem sendo a tônica do debate neste campo - mas sim de avaliar o papel das formulações teóricas sobre o delito na reprodução e na atualização da racionalidade penal moderna. Na direção inversa, tal perspectiva permite também identificar concepções que possam representar caminhos para inovações.

---

GV, vol.7, no.1. São Paulo: Jan./Junho 2011.

5 Para um panorama do debate contemporâneo sobre teorias da pena, ver GUNTHER, K. Kritik der Strafe I. *WestEnd*, 2004, p. 117-131.

Este texto é uma tentativa de fazer esse cruzamento de perspectivas – as ideias de Pires sobre a racionalidade penal moderna e as teorias dogmáticas sobre o delito que apontam para a prevenção geral positiva, a fim de buscar caminhos que permitam “pensar fora da caixa” da racionalidade penal moderna no que diz respeito às ideias consolidadas sobre a pena. Ele se debruça, contudo, sobre um único aspecto: a obrigação de punir por meio da inflicção de sofrimento ou pena aflictiva<sup>6</sup>. No campo da teoria do delito, essa questão se vê traduzida na forma como se estabelece a relação entre culpabilidade e pena. Este texto pretende mostrar como essa relação foi se estabelecendo de forma diferente ao longo do desenvolvimento da teoria penal, recentemente apontando para novas direções. O momento teórico atual e suas perspectivas serão analisados a partir do pensamento de dois autores alemães contemporâneos: Günther Jakobs e Klaus Günther, que têm no centro de suas preocupações a ideia de comunicação.

## 2. CULPA, PENA E OBRIGAÇÃO DE PUNIR

O conceito de culpa sofreu uma série de modificações e redefinições ao longo dos séculos, passando por uma primeira grande mudança com o conceito de *culpa normativa* de Frank em 1907 (*Über den Aufbau des Schuldbegriffs*), quando deixou de ser compreendida como um fato psíquico para assumir conteúdos normativos. Seguiu-se a isso uma série de definições normativas com conteúdos que variavam em alguma medida para definir o que seria propriamente um juízo de reprovação. Podemos dizer que a segunda ruptura ocorrida na definição de culpabilidade deu-se com a sua funcionalização, primeiro com Roxin na década de 70 e, em seguida, com Günther Jakobs, como tratarei a seguir<sup>7</sup>. É essa segunda ruptura

---

6 Utilizamos neste texto as duas expressões como equivalentes. Chamamos atenção ao fato de que não devem ser entendidas apenas como sofrimento corporal.

7 Trabalhei mais detidamente sobre essa passagem em MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea*. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2007. Ver também PÜSCHEL, F. e MACHADO, M. *Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito: textos de Klaus Günther*. São Paulo: Saraiva, 2009, prefácio.

que inicia um movimento de mudança no interior da produção em dogmática penal e que abre caminho para a inovação introduzida mais adiante por Klaus Günther, com a noção de culpabilidade comunicativa. Por essa razão, este texto simplifica sobremaneira o desenvolvimento anterior à segunda ruptura, explorando mais detidamente estes dois últimos autores que lhe são posteriores.

Tomemos como ponto de partida para essa discussão a descoberta de Pires de que na base de todo o debate moderno sobre a pena está, de um lado, a definição do crime pela presença exclusiva da pena como norma secundária e, de outro, a valorização da pena aflitiva, muito particularmente a pena de prisão:

No plano da reflexão teórica, tanto o saber jurídico como as ciências sociais definirão o crime (e até mesmo o sistema penal) pela presença exclusiva da pena (aflitiva), o que implicará uma compreensão simultânea das normas de comportamento e de sanção: uma não pode ser pensada sem a outra. Tal forma de definição pode ser qualificada como uma *sinédoque*, aquela figura de linguagem que consiste em definir o todo (o crime ou o sistema penal) pela parte (a pena). Isso tornará quase impossível pensar o sistema penal ou o crime sem uma dependência quase exclusiva da pena aflitiva, bem como suscitará uma ontologização da estrutura normativa do direito penal moderno<sup>8</sup>.

O percurso que leva Pires à formulação exposta na passagem acima é principalmente o dos autores que escreveram sobre a função da pena criminal. Pires não se debruça sobre o que momentaneamente chamarei de “a outra ponta” do debate<sup>9</sup> – as teorias que se preocuparam com a formulação dos critérios para denominar um determinado fato como crime - tradicionalmente chamadas teorias do delito. Entretanto, podemos dizer que o diagnóstico feito por ele se confirma ao analisarmos esse segundo campo do conhecimento, pelo menos se olharmos para as formulações dominantes de cada escola penal. Podemos então afirmar que as formulações da teoria do delito trabalham sob o pressuposto da pena (aflitiva) como consequência natural da

---

8 PIRES, A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos, p. 42.

9 Veremos que com Roxin e seguindo com os autores chamados funcionalistas as duas pontas do debate penal – as teorias do delito e as teorias da pena – se juntam.

definição do crime. É apenas muito recentemente, como mostrarei adiante, que esse pressuposto é enfrentado.

As teorias do delito e as teorias da pena tiveram por muito tempo desenvolvimentos que podemos chamar de relativamente independentes. Discutir a função da pena não esteve dentre as preocupações centrais dos autores que escreveram sobre teorias dogmáticas do delito. Sua preocupação esteve ligada à construção de um sistema de elementos e suas conceituações, que comporiam a definição do delito, tendo como pressuposto que a pena (afitiva) seria, naturalmente, consequência dessa definição.

Para compreender as relações entre a dogmática penal e as teorias da pena é importante recorrer a Liszt – autor que, digamos assim, fundou a teoria do delito tal como a conhecemos, no final do século XIX – e a dois pontos centrais de seu pensamento, que se mantiveram por muito tempo no pensamento dogmático ocidental: a separação entre política e dogmática e a conformação desta na forma rígida de um sistema fechado de categorias lógico-dedutivas.

Liszt, criticando diretamente a pena retributiva e a escola positivista jurídica de Binding, pretendia que o direito penal tivesse uma preocupação não só de garantia e de asseguramento das conquistas do Estado liberal<sup>10</sup>, mas também de prevenção efetiva contra o delito na defesa dos interesses da coletividade<sup>11</sup>. Em seu texto de 1882 *A ideia de fim no direito penal*<sup>12</sup>, propõe uma “reforma por dentro” da ciência penal, para que passasse a considerar o conhecimento empírico sobre o delito e a pena, reconhecendo os esforços

---

10 Cf. o sentido liberal de sua teoria, sintetizado por MIR PUIG, nesta passagem: “Al agotar el sentido y finalidad de ésta [da pena] en la respuesta del hecho cometido, perseguía evitar toda toma en consideración de la personalidad del reo. Binding defendía de esta forma uno de los principios centrales de la filosofía liberal: el Derecho penal de facto, frente al Derecho penal del autor” (MIR PUIG, S. *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*, Barcelona, Bosch, 1976, p. 215).

11 MIR PUIG, *ibidem*, p. 219 e LISZT, F. V. *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche. Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlin, Guttentag Verlagsbuchhandlung, Band I, 1905, p. 212-251.

12 Também conhecido como “Programa de Marburgo”: LISZT, F. von. *Der Zweckgedanke im Strafrecht*. In: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1882. Utilizaremos a tradução para o espanhol de Carlos Pérez del Valle: LISZT, 1995.

no direito penal na “luta contra o delinquente”. Liszt introduziu referências políticas e científicas na ciência penal, mas se preocupou em manter a dogmática vinculada ao direito positivo e “intacta” pelo menos em relação à política. Para conseguir isso, articulou e alocou as dimensões política e empírica do sistema penal no que chamou de “ciência global do direito penal” (*gesamte Strafrechtswissenschaft*), composta por três eixos: as ciências dedicadas ao estudo causal-empírico do delito e da pena (criminologia e penologia); a política criminal no exercício da tarefa política que se concretiza nas propostas de revisão e reforma da legislação penal; e a dogmática como “ciência sistemática” e “ciência prática”<sup>13</sup>. Nessa divisão, o debate sobre a pena estaria alocado, em seu aspecto normativo acerca dos fins, no campo da política criminal e, em sua abordagem empírica, no campo da criminologia e da penologia. Nem questões de ordem normativa, nem questões de ordem empírica deveriam ser consideradas no campo da teoria do delito. Em sua dimensão sistemática, a dogmática de Liszt se mantém dedicada ao estudo do direito positivo e à construção de um sistema de conceitos e princípios, dos quais se deduz o conceito de crime<sup>14</sup>.

A Escola Clássica do delito fundada por Liszt<sup>15</sup> foi logo superada no pensamento dogmático, mas tal esquema tripartido e seus pressupostos – a separação entre política e dogmática e a conformação desta na forma rígida de um sistema fechado de categorias lógico-dedutivas - determinou o tipo de trabalho que cabia à dogmática penal e o espaço em que ela se desenvolveria nos séculos seguintes. No que tange à relação entre teoria do delito e teorias da pena, essa separação permitiu que a dogmática penal se isolasse

---

13 LISZT, *Rechtsgut*, 1905, p. 214 e ss.

14 “Como ciencia eminentemente practica que trabaja continuamente para satisfacer las necesidades de la administración de justicia, creando siempre nuevos frutos, la ciencia del Derecho es y debe ser una ciencia propiamente sistemática; pues solamente la ordenación de los conocimientos, en forma de sistema, garantiza aquel dominio seguro y diligente sobre todas las particularidades, sin el que la aplicación del Derecho, entregada al arbitrio o al azar, no pasaría de ser un eterno diletantismo”. (LISZT, F. V. *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, traduzido da 18. ed. alemã por Quintiliano Saldaña, Madrid, Editorial Réusm, s.d.)

15 Também conhecida como sistema *Liszt-Beling* de construção do delito.

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 consequência da definição de um fato como crime teria como consequência a aplicação de uma pena (aflictiva).

Essa separação rígida é posta em xeque apenas dois séculos depois por Claus Roxin, que, a partir da década de 70, passa a questionar a ideia de teoria do delito como sistema fechado de generalizações conceituais. É a partir de então que a discussão sobre a pena é integrada à discussão dogmática sobre o crime e os critérios para imputação de responsabilidade penal<sup>16</sup>.

Para Roxin, a concepção lisztiana de teoria do delito como sistema fechado estaria colocando em xeque a própria ideia de sistema<sup>17</sup> e enfraquecendo o pensamento dogmático, pois estes acabavam acusados de descuidar da justiça no caso concreto, de reduzir as possibilidades de solução do problema e de provocar um descompasso entre a dedução sistemática e a correção axiológica<sup>18</sup>.

O projeto teórico de Roxin é, então, construir um sistema dogmático permeado pelos valores político-criminais do Estado Democrático e Social de Direito. Ele pretende, de um lado, salvar a organização do pensamento penal em forma de sistema, mas, por outro, torná-lo ao mesmo tempo mais seguro e apto para a resolução dos problemas. A solução para isso seria abri-lo e orientá-lo teleologicamente a metas político-criminais<sup>19</sup>.

---

16 Utilizaremos aqui a obra traduzida ROXIN, C. *Política criminal e sistema jurídico-penal*, São Paulo, Saraiva, 1994.

17 O pensamento sistemático apresenta, segundo ele, vantagens especialmente no âmbito da aplicação do Direito, ao simplificar o exame e a solução do caso concreto e garantir uma aplicação uniforme do Direito. No plano dogmático, ele serve de guia para elaborações que contribuem para o desenvolvimento do Direito. Mas, de outro lado, o pensamento sistemático fechado apresenta sérias dificuldades ligadas à obtenção de justiça no caso concreto, na medida em que a simples dedução da solução a partir do sistema (no caso, o finalista) pode levar a resultados que no caso concreto não pareçam nem justos nem adequados (Ibidem, p.207-210).

18 Idem. *Derecho Penal Parte General: fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 228.

19 ROXIN, *Política Criminal e Sistema*, p. 20.

Nesses termos, o papel da dogmática não seria só o de construção sistemática. Não se trata, segundo Roxin, apenas de dissecar o comportamento delitivo em elementos, posicioná-los em diversos estratos da construção do crime e alcançar conceitos superiores e generalizáveis. Também não se trata apenas de ampliar a capacidade explicativa de suas soluções e sua aplicabilidade à realidade, mas sim de alcançar, para problemas materiais do direito penal, soluções que realizem os fins do direito penal. A intervenção estatal, inclusive no âmbito penal, não deve ser aleatória<sup>20</sup>, mas sim direcionada por valorações políticas. E para acomodar política e sistema com segurança jurídica, o ponto de vista político-criminal deve já estar dado: tratam-se, segundo ele, dos fins adequados com a política do Estado Social e Democrático de Direito.

Roxin pretende concretizar essa unidade entre sistema e política criminal conferindo aos elementos do sistema do delito significado segundo as metas político-criminais. Conceitos e categorias da teoria do delito devem assim ser “funcionalizados”: devem ser capazes, cada um deles, de desempenhar um papel que contribua à realização da missão do direito penal, qual seja, a proteção subsidiária de bens jurídicos ligados ao livre desenvolvimento do indivíduo. Esse objetivo está, por sua vez, segundo Roxin, expresso na função preventiva atribuída à pena<sup>21</sup>.

Neste ponto, percebe-se uma mudança importante na forma de se conceber a dogmática penal, na medida em que a interpretação e sistematização das categorias feitas por Roxin se dão a partir da ideia de *necessidade de pena*<sup>22</sup>. Ou seja, as categorias tipo,

---

20 Conceitos sem a capacidade de lidar com problemas concretos não ajudavam a lidar com o problema da indeterminação da lei. Roxin exemplifica esse problema com a discussão que se deu na Alemanha em torno da teoria da participação: o critério “vontade do autor” do sistema finalista não dizia nada e não contribuía para a solução do problema concreto e, por isso, passou a ser utilizado livremente pela jurisprudência. Nesse contexto, o desenvolvimento jurisprudencial teria levado a que a distinção entre autor e partícipe fosse feita “sem orientação alguma em categorias sistemáticas, à livre discricção do juiz”. (Ibidem, p. 18)

21 Ibidem, p. 98.

22 Idem. Política criminal y estructura del delito. Barcelona. 1992a, p. 61.

antijuridicidade e culpabilidade<sup>23</sup> entram como diferentes aspectos dessa valoração sobre a necessidade da pena para alcançar os fins do direito penal. De modo sintético: no tipo, o fato é valorado sob o ponto de vista da necessidade abstrata de pena. O fim político-criminal dessa decisão é preventivo-geral, quer dizer, ao acolher uma conduta como típica, pretende-se motivar os indivíduos que se abstenham de praticá-la<sup>24</sup>. No nível valorativo seguinte, ao ser analisada a categoria da antijuridicidade, atuam as mesmas diretrizes preventivo-gerais que atuaram na definição do tipo, mas elas ganham uma dimensão adicional, a partir do caso concreto. É nesse âmbito que se faz um juízo sobre a danosidade ou nocividade da conduta em si, podendo-se modificar ou corrigir a valoração anterior feita no âmbito do tipo. É na última categoria desse processo de valoração, a da responsabilidade<sup>25</sup>, que se estabelece com mais ênfase o vínculo entre a valoração do fato e a necessidade de que o autor seja apenado<sup>26</sup>. É por meio dela que se trata de saber se o sujeito individual merece uma pena pelo injusto realizado, ou seja, se há no caso concreto a necessidade de prevenção. O que se decide aqui é, segundo Roxin, pela punibilidade ou não-punibilidade de acordo com os fins da pena, tendo a culpabilidade como limite.

---

23 Em realidade, a primeira coisa a ser analisada quando se está diante de um fato é se se trata de uma ação no sentido dogmático-penal. Essa ação não é definida simplesmente como algo empiricamente preexistente, mas já é resultado de uma valoração. Não nos alongaremos sobre esse ponto, pois o conceito de ação, ao se normativizar na teoria de Roxin, cede importância ao de tipo. De qualquer modo, a valoração referente à ação se dá ainda em abstrato e se trata de decidir se se poderá imputar a alguém, como conduta sua, aquele determinado ato ou omissão. Um homem terá agido se determinados efeitos procedentes ou não dele próprio (ação ou omissão) puderem ser atribuídos a ele como pessoa. O fim político-criminal que está por trás dessa categoria é o de que, independentemente da aparência externa e das conseqüências causais da presença humana, ao valorar algo como uma não-ação, exclui-se desde o início a possibilidade de enquadrá-la em categorias do juridicamente proibido ou permitido (ROXIN. *Política Criminal e Sistema*, 218).

24 ROXIN, *Política Criminal e Sistema*, p. 210 e ROXIN, *Política criminal y estructura del delito*, p. 61-62.

25 Como trataremos adiante, Roxin deixa para segundo plano a denominação tradicional culpabilidade e a engloba dentro do conceito de responsabilidade.

26 ROXIN, *Política criminal y estructura del delito*, p. 62.

Embora Roxin considere o direito penal como último recurso de proteção, enfatizando o princípio da subsidiariedade e seu caráter fragmentário, é ainda a pena que, para ele, torna efetiva a missão do direito penal<sup>27</sup>, e seus fins são, portanto, articulados em torno disso.

A teoria de Roxin constitui uma mudança importante na articulação dos elementos da ciência do direito penal. Primeiro, uma ruptura com o sistema finalista, na medida em que rompe com suas premissas: a construção de um sistema jurídico penal não deve se vincular a dados ontológicos, mas deve ser racionalizada a partir dos fins e das prestações do direito penal. Em segundo lugar, ao trazer as valorações político-criminais sobre os fins da pena *para dentro do sistema dogmático*, rompe também a barreira estabelecida por Liszt entre direito penal e política criminal.

Uma das consequências desta posição é a exclusão 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”<sup>28</sup>, da mesma forma, a pena deve buscar combinar e equilibrar fins de prevenção geral e

---

27 Roxin é um entusiasta da reparação no sistema penal e a valoriza por razões político-criminais que não se relacionam a seu aspecto de infligência de sofrimento. Considera vantajosa para a vítima, para o autor, para a administração da justiça. Entretanto, me parece que a integração da reparação no sistema penal por Roxin se dá sem alterar a estrutura da sua teoria e a relação que ele estabelece entre teoria do delito e funções da pena. A reparação seria, para ele, uma forma alternativa de concretização dos fins preventivos da pena. Em suas palavras: “*La importancia de esta sanción para el Derecho penal descansa en el principio de subsidiariedad, es decir: en el principio de que la pena, como la medida politicosocialmente más severa, sólo debe aplicarse cuando al mismo resultado no pueda alcanzarse con otros medios menos gravosos. Por consiguiente, la pena debe retroceder en la medida en que la reparación y los esfuerzos de reconciliación sean suficientes para la compensación de lo injusto sobrevenido y para la satisfacción de las necesidades de prevención especial y general del Derecho penal*” (Idem. Pena y Reparación. ADPCP, Vol LII, 1999, p-5-15. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net>>, p.13).

28 Idem. Política Criminal e Sistema, p. 84-85.

especial, tendo esta última prevalência em relação à anterior, em casos de conflito<sup>29</sup>.

Embora este sistema tenha recebido críticas especialmente por tentar conciliar no mesmo processo finalidades incompatíveis<sup>30</sup>, ele definitivamente exclui a retribuição como uma das funções da pena e dá importância à reabilitação. 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<sup>31</sup>.

---

29 Sucintamente, o mecanismo pelo qual Roxin propõe essa combinação é o seguinte: o fim de prevenção geral figura sozinho no momento da cominação da pena, enquanto que no momento da aplicação ambos devem ser levados em consideração. O juiz tratará de harmonizar os dois objetivos, que podem se revelar conflitantes quando esses fins exigirem diferentes quantidades de pena. Para ilustrar tal conflito e como ele pode ser resolvido, Roxin lança uma hipótese em que, sob o prisma da prevenção geral positiva, seria adequada uma pena de três anos de privação de liberdade, mas as exigências de prevenção especial apenas permitiriam um ano de prisão, pois uma pena mais grave teria efeitos prejudiciais ao autor. Nesse caso, os fins de prevenção especial e geral seriam sopesados e colocados em ordem de preferência. Os critérios dessa ordem são dados por Roxin da seguinte maneira: a prevenção especial tem preferência, pois a ressocialização é um imperativo constitucional (na Alemanha) e a prevenção geral não chega a ser de todo frustrada mesmo com uma pena menor que a ideal. Entretanto, essa preferência pode ir apenas até onde a necessidade preventiva geral mínima o permita. Ou seja, a pena não pode ser reduzida a tal grau que a sanção já não seja levada a sério na comunidade, pois isso feriria a confiança no ordenamento jurídico (ROXIN, *Política Criminal e Sistema*, p 97). Nesse balanço entre os fins preventivos, a culpabilidade também é levada em consideração. Ela não tem nenhum significado no que toca à finalidade da pena (já que a retribuição está afastada), mas cumpre um papel de limitação.

30 Cf. por exemplo JAKOBS, *Derecho Penal Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. cor. Tradução: Joaquín C. Contreras; Jose Luis S. G. De Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 34-37.

31 Pires aponta que a exceção a esse cenário estariam concentradas em algumas teorias que surgiram nas décadas de 50 e 60 defendendo a reabilitação “fora da prisão” por meio de estratégias de inclusão social, o que ele chama de “segunda modernidade das teorias da reabilitação”. Cf. MACHADO, M. R., Pires, A., Ferreira, C. and Schaffa, P., *A complexidade do problema e a simplicidade da solução: a questão das penas mínimas*. Série Pensando o Direito, Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 55. Essas teorias, entretanto, não tiveram força para quebrar o paradigma da prisão na teoria penal ocidental.

Roxin é certamente um dos autores contemporâneos mais importantes do campo da dogmática penal. Ele expõe as fragilidades da teoria penal até então majoritária e se torna um ponto de partida fundamental para um movimento de renovação da dogmática penal. Além disso, excluir definitivamente a retribuição como fim da pena e dar importância à ressocialização (ainda que na chave “excluir para incluir”) é, sem dúvida, um ganho em relação a outras posições teóricas sobre pena.

Entretanto, se olharmos a proposta de Roxin sob o prisma da racionalidade penal moderna, vemos que os elementos normativos introduzidos por ele reforçam algumas de suas ideias fixas. Isso porque Roxin vincula de modo intrínseco a proteção de bens jurídicos à pena e, com isso, a coloca no centro de sua formulação normativa sobre os fins da intervenção penal, diluindo o juízo acerca da definição do crime na necessidade de pena. A imputação de responsabilidade por um crime, em sua teoria, deixa de ter qualquer significado autônomo e só acontecerá se houver necessidade de aplicação de pena.

Em suma, podemos dizer que se, de um lado, a normatização dos conceitos dogmáticos levada a cabo por Roxin é um passo fundamental no sentido da desnaturalização de algumas ideias no âmbito da teoria do delito, de outro, os problemas da sua teoria emergem do fato de que 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<sup>32</sup>.

Günther Jakobs aproveita o movimento de funcionalização iniciado por Roxin, mas retira os conteúdos materiais fixos de sua teoria. Produz com isso uma ruptura fundamental no debate penal, pois o foco do trabalho dogmático já não estaria mais em construir uma definição material de delito, o que produziria respostas estáticas e concretas demais, que, por exemplo, têm enfrentado uma série de dificuldades para serem aplicadas a problemas com alto grau de

---

32 Para outras críticas possíveis que podem ser direcionadas a sua construção, como o excesso de conteúdos materiais fixos e sua dificuldade para lidar com alguns problemas contemporâneos da imputação, ver MACHADO, Do delito à imputação, p. 69-70.

complexidade com os quais o direito penal contemporâneo lida. Para Jakobs, não se trata de construir categorias e preenchê-las de conteúdo, a fim de extrair uma definição de delito, mas sim de fornecer uma estrutura que sirva para o processo de imputação. E tal processo é descrito por Jakobs em termos comunicativos.

O processo de imputação está dirigido, segundo Jakobs, pela necessidade de uma comunicação que confirme a norma. Essa premissa abre caminhos, como veremos abaixo, para formulações inovadoras, embora o próprio Jakobs não tenha conseguido abandonar em sua teoria o imperativo da pena (afitiva).

### **3. TEORIA DA PENA EM JAKOBS: PENA COMO COMUNICAÇÃO FUNCIONAL E AS INCONGRUÊNCIAS DE SUA TEORIA**

A pena é sempre reação ante a infração de uma norma. Mediante a reação sempre se manifesta que deve se observar a norma. E a reação demonstrativa sempre tem lugar à custa do (ou seja, mediante a perda de um direito do) responsável por haver infringido a norma<sup>33</sup>.

É assim que Jakobs formula o conceito de pena, que atua como critério funcionalizador de toda sua teoria da imputação penal<sup>34</sup>. O ponto central de sua definição está na ideia de pena com função de comunicação. É esta a ideia que pretendo resgatar e explorar de seu trabalho, ainda que seu pensamento sobre a pena tenha apresentado nuances e movimentos conceituais após esta definição inicial<sup>35</sup>.

---

33 JAKOBS, G. *Derecho Penal Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. cor. Tradução: Joaquin C. Contreras; Jose Luis S. G. De Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 8.

34 Esta é a definição presente na primeira edição de seu manual, que é de 1983 (utilizamos aqui a tradução espanhola de 1991). É interessante notar que seu manual é intitulado: *Direito Penal, Parte Geral: fundamentos e teoria da imputação (Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre)*, ou seja, já no título não há referência à teoria do delito, mas a uma teoria do processo de imputação, o que a meu ver é a grande inovação trazida por Jakobs à dogmática penal. Tratei disso com mais profundidade em minha tese de doutorado MACHADO, *Do delito à imputação*, 2007.

35 Tais aspectos são abordados em MACHADO, *Do delito à imputação*, 2007.

Segundo Jakobs – a partir da ideia de expectativa normativa de Luhmann –, os contatos sociais tornam-se possíveis se não se tem de contar, a cada momento, com qualquer tipo de comportamento por parte do outro. Ou seja, iniciar um contato social é sinal de que não se espera um desenlace indeterminado. Uma decepção específica no âmbito dos contatos sociais afeta as expectativas que derivam da pretensão, frente à outra parte, de que esta respeitará as normas vigentes. Assim, quando essa expectativa não é cumprida, surge um conflito perante o qual o modelo de orientação do decepcionado é colocado em questão. A contradição da norma por meio de uma conduta é a infração da norma. Uma infração é, em outras palavras, uma desautorização da norma, que gera conflito na medida em que coloca em dúvida a norma como modelo de orientação. A infração, assim, é definida não por um comportamento que produz efeitos no mundo exterior, mas por seu significado em relação ao significado da norma<sup>36</sup> (JAKOBS, 1991:9-13).

Colocada no mesmo nível da infração, afirma Jakobs, a pena não deve ser considerada apenas um fato exterior – a partir do qual só apareceria como uma sucessão irracional de dois males –, mas significa algo: quer dizer que o significado do comportamento do infrator não é determinante, e que o determinante – ou válido – continua sendo a norma. Trata-se, assim, de uma réplica diante da infração da norma, que se define por sua função comunicativa, embora se exerça, segundo ele, à custa do infrator.

Infração e sanção devem ser entendidas como comunicações sobre a validade da norma (JAKOBS, 2004: 495). Em outras palavras, o infrator afirma a não vigência da norma, mas a pena confirma que essa afirmação é irrelevante, ou seja, que o motivo do conflito é a infração da norma pelo autor e não a confiança da vítima na norma. Com isso, a pena permite que a norma continue funcionando como modelo de orientação idôneo. Ou seja, a missão da pena é reafirmar a validade da norma e assim mantê-la como modelo de orientação para os contatos sociais.

---

36 JAKOBS, G. Derecho Penal Parte General, p.13-14..

Assim como o central da infração é a consequência comunicativa no âmbito das expectativas sociais, o *sentido* atribuído à pena, na teoria de Jakobs, está totalmente conectado a tal caracterização não material. A pena não tem significado em relação aos possíveis bens danificados com determinada conduta; ela não restabelecerá o dano material à vítima, pois tem os seus efeitos primários no âmbito da validade da norma violada. O fundamental, em suma, para a compreensão da pena em Jakobs, é o princípio de que a finalidade da pena para ele não se coloca no âmbito dos efeitos concretos e externos ao sentido da comunicação.

Por essa razão, Jakobs critica as modalidades preventivas de pena. Elas levam em consideração os efeitos que a pena exerce no autor individual ou nos autores potenciais e acabam não prestando atenção no dano que o fato produz à validade social do sistema normativo. Para ele, dado que a pena é um processo de comunicação, seu conceito deveria estar centrado na própria comunicação, e não nos reflexos ou nas repercussões psíquicas da comunicação, que podem até ser desejados, mas não fazem parte do *conceito* de pena<sup>37</sup>.

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. Embora Jakobs não descarte a possibilidade de que uma pena venha a ter efeitos preventivos especiais ou gerais, os efeitos desse tipo não devem servir para fundamentá-la ou definir sua função. É possível, segundo ele, vincular à pena determinadas esperanças de que sejam produzidas consequências de psicologia social ou individual de variadas características, como por exemplo, a esperança de se que se mantenha ou se solidifique a fidelidade ao ordenamento jurídico. Mas a pena já significa algo com independência dessas consequências: significa uma auto-comprovação<sup>38</sup>. As consequências de psicologia social ou individual não afetam o núcleo da teoria da

---

37 Idem. *Sobre la teoría de la pena*. Tradução: Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Univesidad Externado de Colombia, 1998, p.33.

38 Idem. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Tradução: Manuel Cancio Meliá; Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas Ediciones, 1996, p.18.

pena. Não estão nem em seu significado, nem em sua função. São secundários e casuais.

Essa compreensão comunicativa do processo de imputação e pena é central ao pensamento de Jakobs. É certo que formulações anteriores sobre a pena, especialmente aquelas ligadas às teorias de prevenção geral positiva, também pressupunham processos de comunicação social a partir da pena. Mas nesses casos a pena representa apenas um meio para se obter efeitos sociais de prevenção. O que considero inovador na formulação de Jakobs é que o fim da pena está na própria comunicação.

Entretanto, mesmo afirmando a pena como comunicação, Jakobs mantém em sua definição o elemento fixo de que a pena é algo que se exerce “às custas” do apenado. Nos seus textos seguintes, ele defende de modo mais explícito que a concretização da pena *deve* se dar não só como comunicação linguística ou simbólica, mas como privação de meios de interação do autor. E isso seria necessário, para ele, porque o infrator da norma, por meio de sua conduta, não somente significou algo, mas também configurou algo (por exemplo, não só afirmou que não se deve respeitar a vida alheia, mas a destruiu ou estava disposto a destruí-la). O significado de sua conduta não é objetivado apenas no plano simbólico, mas também no plano externo à sociedade, e, por isso, uma resposta apenas no plano simbólico, afirma Jakobs, estaria objetivada em menor medida que o fato<sup>39</sup>. As expectativas normativas precisariam de uma base cognitiva para existir na realidade. Para isso, diz Jakobs, não basta contradizer o autor mediante a pena e confirmar a configuração da sociedade no plano das comunicações, é preciso se preocupar com que não aumente a probabilidade de infrações ulteriores da norma, de modo que as pessoas não duvidem da realidade do ordenamento jurídico e temam por seus interesses<sup>40</sup>.

---

39 Leia-se: “Así como el hecho configura de modo definitivo el mundo externo de las personas (o se dispone a ello) también la reacción frente ao hecho debe suponer una configuración definitiva, lo que significa que debe hacer imposible de modo efectivo que se anude una conducta a éste, convirtiéndose de esta manera en permanente en el mundo externo”. (Idem. **Sobre la teoría de la pena**. Tradução: Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Univesidad Externado de Colombia, 1998, p.25).

40 Idem. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução: Manuel

Ao afirmar a necessidade de materialização da pena por meio da privação infligida ao autor, Jakobs acaba separando seu discurso sobre a pena em dois planos, o comunicativo, ligado ao plano do significado da pena, junto com o conceito de infração e validade e o outro plano ligado a sua concretização. É o primeiro que ancora e fundamenta toda a sua teoria da imputação e é este ponto que me parece ter relevância para fazer avançar o debate sobre a pena.

Entretanto, por meio dessa divisão, Jakobs parece ter mantido as ideias tradicionais sobre a pena no que ele chama de plano da concretização. Apoiar a força das expectativas normativas na necessidade de materialização da pena por meio da privação infligida ao autor parece destoar de todo o seu esforço de fundamentar a teoria da imputação na necessidade de produzir comunicação social sobre a norma, no plano da validade. Provavelmente para conciliar esses dois momentos a princípio incompatíveis, é que ele separa o plano do conceito e o plano da concretização.

Em outras palavras, ele desloca os efeitos concretos de inflição de sofrimento geograficamente para fora de sua definição de pena, mas faz coexistir a comunicação da validade da norma com a necessidade de imposição de uma pena que se dá por meios materialmente coativos; meios que, diz, tenham o mesmo grau de objetivação que a infração.

Assim, apesar de todo seu esforço teórico para dessubstancializar e desnaturalizar a teoria do delito, ele mantém intocado o vínculo entre imputação e necessidade da pena como inflição de sofrimento. Além disso, 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.

Jakobs não vai mais longe por não ter percebido – ou não ter querido admitir – que a fundamentação funcional-comunicativa da sua *definição* de pena tornava pelo menos contingente – para não dizer supérfluo junto com Klaus Günther, como veremos abaixo – a necessidade de se responder também por meio da privação dos

---

Cancio Meliá; Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas Ediciones, 2003, p. 53-54.

meios de liberdade do autor. Ao afirmar a necessidade de que a comunicação se dê concretamente por meio da infligência 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.

Com esse procedimento pouco familiar a sua própria visão funcionalista, Jakobs põe a perder o potencial inovador que sua estrutura comunicativa de imputação e seu conceito de pena como comunicação poderiam ter para o debate sobre a pena. Mas esse pequeno deslocamento – do mal da pena para fora da definição comunicativa de pena - ao menos abre um caminho para se pensar que se trata de duas coisas distintas. Ou seja, embora estabeleça um vínculo intrínseco, natural entre a comunicação e a concretização da pena às custas do imputado, Jakobs ao menos desidentifica as duas funções; as separa, alocando uma na dimensão comunicativa e outra na dimensão cognitiva.

Não é irrelevante, assim, a contribuição que faz ao debate conceitual sobre a pena, ao destacar imputação e sua função comunicativa da concretização da comunicação por via do sofrimento. Jakobs mostra que são coisas distintas, embora não consiga desatar o nó entre elas. No final das contas, para ele, uma deve seguir à outra necessariamente, mas de qualquer maneira talvez essa tenha sido uma das poucas vezes no debate dogmático que se abriu uma janela para se repensar a relação entre função de imputação e função da punição. O que se torna visível aqui na forma de uma incongruência de sua própria teoria, abre caminho para questionar o vínculo, naturalizado e praticamente inquestionado entre imputação e pena. É Klaus Gunther quem extrai consequências inovadoras dessa distinção.

#### **4. KLAUS GÜNTHER: PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO?**

No esquema tradicional de se pensar a resposta do sistema penal, falar de imputação legítima de responsabilidade

penal a um autor por um ato considerado ilícito equivale a falar, simultaneamente, da aplicação de uma pena. A decisão sobre culpa e sua imputação é vista, na teoria penal tradicional, como já afirmei várias vezes neste texto, simplesmente como o pressuposto que autoriza o Estado a aplicar uma pena. A partir daí, a decisão sobre o *quantum* e a forma da pena pode variar, especialmente em razão do sentido que se atribui a ela, que também é variável conforme a estratégia de justificação da pena que se adote. Vimos que Jakobs, embora tenha de modo novo no debate penal colocado a definição tanto de delito como de imputação em termos comunicativos, ele não rompeu com esse esquema.

Dessa forma, é Klaus Günther, filósofo e penalista ligado ao Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt e à tradição da teoria crítica, que enuncia pela primeira vez uma das consequências mais relevantes da compreensão da imputação como comunicação: a autonomia da comunicação da imputação em relação à pena.

Questiona, assim, o dado praticamente naturalizado de que a resposta do sistema penal é necessariamente a pena. Ora, diz Günther, se a função do direito penal, como já enunciara Jakobs, é comunicar a vigência da norma, a própria imputação de responsabilidade penal contida na sentença já faz isso. Para que a comunicação da sentença seja seguida por um *plus*, que pode ser uma pena, é preciso que esta tenha outra função. É preciso justificá-la de outra forma.

Günther parte de um conceito habermasiano de comunicação, que implica em compreendê-la em termos linguísticos. Mais do que isso, observa a ideia de responsabilidade na sociedade contemporânea e reconhece sua importância por si só como categoria sociológica<sup>41</sup>. Por isso, é capaz de reconhecer na própria sentença a comunicação da responsabilidade que organiza a teia de elementos e interações sociais e lhe dá um sentido. Günther põe à mostra sentido social da própria imputação de responsabilidade.

Reconhecer que a comunicação estabilizadora da imputação de culpabilidade se dá no momento da sentença, não equivale a

---

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

dizer que a reação estatal ao conflito deva se esgotar nisso necessariamente. A sentença, diz Günther, abre espaço para a discussão pelos cidadãos sobre outras possíveis formas de reação estatal ao conflito, p. ex., a reparação da vítima ou a ressocialização do autor. O importante é perceber que essas outras formas de resposta estatal destacam-se da imputação, são externas a ela e se justificariam por terem outra função, isto é, não se trata de explicar a decisão que considera um determinado ato como crime e determinada pessoa seu autor. Se nenhum desses exemplos dados por Günther poderia ser chamado de pena, pois não têm o caráter de infligência de um mal, isso não significa que ele descarta, a princípio, que uma sociedade possa e queira, além da comunicação da imputação, lançar mão da pena. Günther apenas chama a atenção para o fato de que isso merece uma fundamentação diferente daquela que explica a decisão sobre a imputação.

Em outras palavras, a pena como infligência 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.

São esses outros possíveis sentidos já atribuídos à pena que Günther se dedica a analisar. Ele se lança à esfera pública formal e informal<sup>42</sup> e compila os argumentos que até hoje foram levantados a favor da pena. Esses ou não resistem à crítica racional ou não servem para fundamentar a pena propriamente, mas sim a decisão de imputação (como a retribuição kantiana ou hegeliana e a prevenção geral positiva). Não teremos espaço para tratar aqui das críticas que Günther dirige às teorias da pena. Parece-nos que é exatamente esse o debate que ele abre. Podemos considerar que, nesse momento, Günther é uma dentre as várias vozes que podem falar a favor ou contra a pena como infligência de um mal e as possíveis finalidades que se lhe pode atribuir. Um exercício que deverá ser feito por todos os cidadãos em um Estado Democrático de Direito.

---

42 Nos textos *Crítica da pena I e II* (GÜNTHER, K. Kritik der Strafe I. WestEnd, 2004, p. 117-131 e Idem. Kritik der Strafe II. WestEnd, 2005, p.131-141.

O que nos importa destacar é o sentido emancipatório da intervenção de Günther na discussão sobre direito penal: evidencia um sentido social comunicativo na imputação mesma de responsabilidade individual, que ganha autonomia e deixa de significar simplesmente um requisito para a aplicação da pena.

Com isso, Günther finalmente desnaturaliza esse vínculo, mostrando que se trata de âmbitos distintos de decisão e que, portanto, devem receber fundamentos distintos. Há momentos decisórios na escolha das regras e critérios de imputação de responsabilidade e na decisão em si sobre responsabilização. Mas se após a comunicação da imputação, haverá mais algum tipo de resposta do sistema, isso demanda dos cidadãos uma nova escolha, precedida pela apresentação e discussão de novas razões. É nesse momento que eles podem decidir legitimamente sobre a pertinência e a “justiça” de outras formas de intervenção estatal: reparar vítimas, oferecer possibilidades de ressocialização e, até mesmo, punir.

Ao destacar imputação de punição, Günther, além de mostrar a possibilidade de desenfatar a punição em favor da culpa, aponta um problema grave para um Estado de Direito no estado atual da discussão sobre a pena: o déficit de fundamentação do poder exercido por meio da aplicação da pena e a necessidade de que uma discussão sobre os fundamentos e as razões da punição seja levada a sério. Que a pena não seja vista como decorrência natural da culpa e que, portanto, a discussão sobre suas razões não seja obscurecida por argumentos que dizem respeito à fundamentação da culpa e não propriamente da pena.

Günther reabre assim o debate sobre o sentido da pena em nossa sociedade e coloca essa decisão política nas mãos dos cidadãos. Se a pena não é mais a resposta natural do sistema do direito penal, nós então devemos discutir democraticamente na esfera pública se e em que medida precisamos dela; quais são as possibilidades de sancionar (que não necessariamente precisa envolver inflição de sofrimento) e quais são os argumentos racionais que sustentam nossas escolhas.

Dessa forma, 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

infilção de sofrimento, ligada ao reconhecimento de culpa por meio de um vínculo naturalizado.

É claro que o simples desatar desses nós teóricos (e epistemológicos) não significa por si só uma mudança no panorama da pena criminal em sociedades contemporâneas, que depende de processos sociais de deliberação sobre a função do sistema de justiça criminal e as formas de utilizá-lo na resposta a conflitos sociais. Mas a importância desta oportunidade teórica para se repensar a relação entre atribuição de culpa, punição e sofrimento não pode ser negligenciada.

## REFERÊNCIAS

BACHELARD, G. A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

GÜNTHER, K. Individuelle Zurechnung im demokratischen Verfassungsstaat. In: **Jahrbuch für Recht und Ethik**. Bd. 2., 1994, Berlin. 143-157.

\_\_\_\_\_. Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis, **17 Cardozo Law Review**, 1996, p. 1035-1058.

\_\_\_\_\_. Zur Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf der Grundlage des Vernehmens. In: LÜDERSEN, Klaus (Orgs). **Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?** Baden-Baden, 1997, 319-349.

\_\_\_\_\_. A culpabilidade no direito penal atual e no futuro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 24, 1998, p. 79-92.

\_\_\_\_\_. Welchen Personenbegriff braucht die Dirkurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson. In: BRUNKHORST, H. e NIESEN, Peter (Orgs). **Das Recht der Republik**. Frankfurt a.M., 1999, p. 83-104 [Translation into Portuguese: GÜNTHER, K. Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do direito? Reflexões sobre a conexão

interna entre pessoa deliberativa, cidadão e pessoa de direito. *Revista Direito GV*, 3, 2006, p. 223-239].

\_\_\_\_\_. Jenseits von idealistischer und rollenfunktionaler Strafbegründung. In: SILLER, P. S.; KELLER, K. (Orgs). **Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 141-146.

\_\_\_\_\_. Straf(ab)gründe. Rechtsphilosophie in der Discusión. In: SILLER, S. (Org.), **Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart**, Baden-Baden, 1999.

\_\_\_\_\_. De la vulneración de un Derecho a la infracción de un deber. ¿Un ‘cambio de paradigma’ en el Derecho Penal? In: Instituto de Ciências Criminais de Frankfurt/ Universidad Pompeu Fabra (Orgs). **La insostenible situación del Derecho Penal**. Granada: Editorial Comares, 2000.

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

\_\_\_\_\_. Kritik der Strafe I. *WestEnd*, 2004, p. 117-131 [Tradução para o Português: GÜNTHER, K. Crítica da pena I. *Revista Direito GV*, n. 4, 2006, p. 187-203].

\_\_\_\_\_. Kritik der Strafe II. *WestEnd*, 2005, p.131-141 [Tradução para o Português: Crítica da pena II. *Revista Direito GV*, n. 5, 2007, p. 137-149].

JAKOBS, Günther. *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Berlin, de Gruyter, 1983.

\_\_\_\_\_. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Tradução: Manuel Cancio Meliá; Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas Ediciones, 1996.

\_\_\_\_\_. Culpabilidad y prevención. In: JAKOBS, Günther. **Estudios de Derecho penal**. Madrid: Civitas, 1997, p. 73-99.

\_\_\_\_\_. **Derecho Penal Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación**. 2 ed. cor. Tradução: Joaquin C. Contreras; Jose Luis S. G. De Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

\_\_\_\_\_. **Sobre la teoría de la pena.** Tradução: Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Univesidad Externado de Colombia, 1998.

\_\_\_\_\_. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal.** Tradução: Manuel Cancio Meliá; Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas Ediciones, 2003.

\_\_\_\_\_. Imputation in Criminal Law and the Conditions for Norm Validity. **Buffalo Criminal Law Review**, v. 7, p. 492-510, 2003-2004.

LISZT, F. V. **Tratado de Derecho Penal**, tomo I, traduzido da 18. ed. alemã por Quintiliano Saldaña, Madrid, Editorial Réusm s.d.

LISZT, F. V. **La idea del Fin en el derecho Penal**, Programa de la Universidad de Marburg. Granada: Editorial Comares: 1995 (original de 1882).

LISZT, F. V. **Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche.** Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Berlin, Guttentag Verlagsbuchhandlung, Band I, 1905, p. 212-251.

MIR PUIG, S. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**, Barcelona, Bosch, 1976.

PIRES, A. “A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos”. **Novos Estudos CEBRAP** n° 68, 2004, pp. 39-60.

PIRES, A. e CAUCHIE, J. Um caso de inovação “acidental” em matéria de penas: a lei brasileira de drogas. **Revista Direito GV**, vol.7, no.1. São Paulo, Jan./Junho 2011.

PÜSCHEL, F. e MACHADO, M. **Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito: textos de Klaus Günther.** São Paulo: Saraiva, 2009.

ROXIN, C. **Culpabilidad y prevención en Derecho Penal.** Madri: Ed. Reus, 1981.

\_\_\_\_\_. Culpability and Responsibility: fundamental questions of the theory of responsibility. **Revista Portuguesa de Ciência**

**Criminal.** Coimbra, v.4, fasc. 3, p. 503-541, jul./set., 1991.

\_\_\_\_\_. **Política criminal y estructura del delito.** Barcelona. 1992.

\_\_\_\_\_. **Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena** (trad. Polaino Navarrete), CPC 46, 1992, 169-194.

\_\_\_\_\_. **Política criminal e sistema jurídico-penal,** São Paulo, Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. **Derecho Penal Parte General: fundamentos.** La estructura de la teoría del delito. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. **Pena y Reparación.** ADPCP, Vol LII, 1999, p-5-15. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net>>.

MACHADO, M. R., Pires, A., Ferreira, C. and Schaffa, P., **A complexidade do problema e a simplicidade da solução: a questão das penas mínimas.** Série Pensando o Direito, Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea.** Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2007.

**Recebido em 29/03/2016.**

**Aprovado em 06/07/2016.**