

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

DANIEL HENRIQUE SALDANHA CAVALCANTE

**PUNIÇÃO, RETRIBUIÇÃO E COMUNICAÇÃO: CONTRIBUTO AO ESTUDO DA TEORIA DA PENA
CRIMINAL**

Porto Alegre

2011

DANIEL HENRIQUE SALDANHA CAVALCANTE

**PUNIÇÃO, RETRIBUIÇÃO E COMUNICAÇÃO: CONTRIBUTO AO ESTUDO DA TEORIA DA PENA
CRIMINAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila

Porto Alegre

2011

Ao meu tio, Luiz Olavo Motta Saldanha, o “Maria”, também conhecido como “o homem mais bonito do Alegrete”.

À minha vó, Lula Motta Saldanha. Na casa do Pai há muitas moradas, e estou certo que ela reside em uma delas. Meu bisavô, Alfredo Motta, na ocasião da morte de sua esposa, Luciana Theodora Motta, escreveu estas palavras, que agora dedico para minha vó:

*Viver sem aquela a quem ama
É rolar sobre a terra já sem norte
É cumprir as leis de nosso Deus
Desejando sem temor que venha a morte*

À minha mãe, Lígia Saldanha Cavalcante, cuja bondade e retidão são atestadas por todas as ações de sua vida. Para você, mãe, queria dedicar palavras de conforto, mas não as tenho.

RESUMO

O presente trabalho, vinculado à Linha de Pesquisa Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos, tem por objetivo analisar e estabelecer as bases para a compreensão do problema da punição criminal. Para tanto, pretende-se buscar um novo olhar sobre o tema, historicamente dividido entre teorias preventivas e retributivas. Em primeiro lugar, busca-se o rigorismo nos conceitos trabalhados, assim evitando equívocos na análise do objeto em questão. Em segundo lugar, analisam-se as teorias retributivas oriundas da *common law*, dentre as quais desponta a teoria comunicativa de Duff, estudada no terceiro capítulo.

Palavras-chave: punição criminal; retribuição negativa; retribuição positiva; teorias preventivas; teorias mistas; consequencialismo e não-consequencialismo; merecimento; teorias comunicativas; penitência secular; arrependimento.

ABSTRACT

This work, linked to the Research Line of Legal-Penal Contemporary Systems, aims to examine and establish the basis for understanding the problem of criminal punishment. To this end, intends to seek a new perspective on the subject, historically divided between preventive and retributive theories. Firstly, seeks to be rigorist in the concepts used, thus avoiding mistakes in the analysis of the object in question. Secondly, analyzes the retributive theories derived of the common law, among which stands out Duff's communicative theory, studied in the third chapter.

Key-words: criminal punishment; negative retribution; positive retribution; preventive theories; mixed theories; consequentialism and non-consequentialism; desert; secular penance; repentance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO I – BREVES APONTAMENTOS EM RELAÇÃO ÀS TEORIAS PREVENTIVAS, MISTAS E RETRIBUTIVAS (NEGATIVAS)	10
1.1 CONSEQUENCIALISMO E ANÁLISE DAS TEORIAS MISTAS (ROXIN).....	10
1.2 A RETRIBUIÇÃO NEGATIVA E POSITIVA, DOIS EQUÍVOCOS E CARACTERÍSTICAS GERAIS.....	19
1.2.1 Kant, o paradigma?.....	25
1.2.2 Neorretribucionismo de fundamento onto-antropológico.....	28
CAPÍTULO II - AS TEORIAS RETRIBUTIVAS (POSITIVAS) CONTEMPORÂNEAS	32
2.1 PUNIÇÃO COMO “EQUIDADE” (<i>FAIRNESS</i>).....	32
2.1.1 Coerção, autonomia e liberdade.....	34
2.1.2 Crítica.....	35
2.1.3 Formulação atual.....	37
2.1.4 Considerações finais.....	39
2.2 TEORIA PATERNALÍSTICA DE PUNIÇÃO E PUNIÇÃO COMO EDUCAÇÃO MORAL.....	41
2.2.1 Crítica.....	47
2.2.2 Considerações finais.....	51
CAPÍTULO III - PUNIÇÃO, COMUNICAÇÃO E COMUNIDADE: A PERSPECTIVA DE DUFF...	53
3.1 COMUNIDADE POLÍTICA.....	53
3.2 CENSURA E “TRATAMENTO SEVERO” (<i>HARD TREATMENT</i>).....	62
3.2.1 Explicação de von Hirsch (expressionismo extrínseco).....	65
3.2.2 Como falar com as paredes? (expressionismo intrínseco).....	67
3.2.3 Recapitulando.....	70
3.2.4 “Prejuízos, erros” (<i>harms and wrongs</i>) e a censura.....	72
3.3 PUNIÇÃO COMO PENITÊNCIA.....	76

3.3.1 Penitência secular (arrependimento, autorreforma e reconciliação).....	81
3.3.2 Os já arrependidos e aqueles que não irão se arrepender.....	86
3.3.3 A penitência e o Estado.....	90
CONCLUSÃO	96
REFERÊNCIAS	99

INTRODUÇÃO

Todos os dias, em razão dos mais variados crimes, pessoas são condenadas e punidas, seja para prestarem serviços à comunidade, pagarem multa, serem presas, etc. Crime e castigo historicamente estão conectados, e essa ligação sempre instigou o homem, nas mais variadas áreas do conhecimento. Filósofos, juristas, políticos e pedagogos perguntam sobre o que justifica a punição criminal. O problema é antigo, mas nunca perde a atualidade. Prisões lotadas, políticas de encarceramento, novas condutas criminalizadas, formas alternativas de punir, tudo isso revela a dimensão e a importância do tema que este estudo pretende analisar. A reflexão aqui, não obstante a transdisciplinariedade do assunto, é principalmente filosófica – e centrada nas teorias retributivas da pena.

O presente estudo, tendo em vista o objetivo acima delineado, encontra-se dividido em três capítulos. No primeiro, buscou-se rigorismo nos conceitos que serão manejados em todo o desenvolver da investigação, assim evitando um sem-número de problemas que decorrem da inobservância desse cuidado. Com essa incursão pretendeu-se, mediante a experiência dos autores da *common law*, espaço em que o desenvolvimento teórico encontra-se em estágio avançado, contrastar distintas tradições jurídicas, colocando-se sobre o problema da punição um novo olhar crítico. Então, as teorias preventivas e retributivas, contendedoras históricas acerca da justificação da pena criminal, são apresentadas com um enfoque inédito, revisitado e reformulado com base no aporte dessas novas formulações. O capítulo começa com algumas linhas em relação à denominação das teorias preventivas, avança em direção ao problema da punição dos inocentes e termina com um panorama dos equívocos associados às formulações retributivas, geralmente trabalhadas como se fossem uma única teoria.

Esse novo olhar crítico informa todo o restante do presente estudo. Daí porque, no segundo capítulo, realiza-se um esforço sobre as teorias de destaque na *common law*, tradição em que avultam teorias eminentemente retributivas. Buscou-se propiciar elementos para uma tentativa de (re)leitura do conceito de merecimento, este utilizado pelos autores retributivistas como suposta conexão natural entre crime e castigo.

Para tanto, ofereceu-se uma exposição crítica das diversas propostas à solução da justificação criminal, informada por essa nova retribuição, denominada positiva, em contraste com as clássicas teorias retributivas, chamadas agora de negativas.

Chegado até aqui, pretendeu-se ter exposto todas as dificuldades enfrentadas por ambas as teorias, preventivas e retributivas, na justificação da punição. O aparente impasse entre as antagônicas e provavelmente irreconciliáveis posições serviu como contexto para o nascimento das teorias comunicativas, nas quais a questão sobre a pena criminal é observada a partir de um prisma completamente diferente: nelas a punição é vista como um processo de comunicação moral entre a comunidade, a vítima e o criminoso, sendo este o destinatário de uma mensagem de reprovação ou condenação pela conduta tomada. Os elementos estudados anteriormente são retomados nesta discussão, mas com base em outras categorias. O problema, então, reside nas classificações de censura e tratamento severo, tomadas como funções características da pena criminal que reclamam justificação, a qual pode ser encontrada com base tanto de considerações preventivas como retributivas. Para o desenvolvimento e compreensão da problemática, as proeminentes elaborações de Duff serviram como fio condutor, em razão da posição de destaque que o autor possui entre os filósofos da *common law*. Segundo ele, a pena criminal poderia ser justificada se entendida como forma de penitência secular, cuja finalidade é o arrependimento, a reforma e a reconciliação.

Feitas essas análises, espera-se contribuir, com o presente estudo, para uma nova e crítica reflexão sobre o antigo e instigante problema da punição criminal.

CAPÍTULO I - BREVES APONTAMENTOS EM RELAÇÃO ÀS TEORIAS PREVENTIVAS, MISTAS E RETRIBUTIVAS (NEGATIVAS)

1.1 CONSEQUENCIALISMO E ANÁLISE DAS TEORIAS MISTAS (ROXIN)

O fim justifica os meios? É possível. Mas quem justificará o fim? A esta questão, que o pensamento histórico deixe pendente, a revolta responde: os meios.

Albert Camus, O Homem Revoltado.

Nenhuma formulação das teorias preventivas será mostrada, embora seja imprescindível conhecer as fortalezas e fraquezas de todas elas¹. A ausência é justificável, pois nem mesmo as mais variadas teorias retributivas, objeto central deste estudo, encontrarão espaço nas páginas deste trabalho. Mostrar-se-ão aqui as críticas que as teorias preventivas enfrentam naquilo que têm de unidade: a busca por um bem que não está identificado na punição mesma.

Pune-se, argumentam os teóricos da prevenção, e cada uma destas finalidades possui uma formulação própria, para: incapacitar (prevenção especial negativa) ou reformar o criminoso (prevenção especial positiva); dissuadir potenciais criminosos (prevenção geral negativa) ou reafirmar a confiança no ordenamento jurídico (prevenção geral positiva). Em cada uma dessas propostas, há peculiaridades. Na teoria de prevenção especial positiva, por exemplo, pune-se não para reformar o criminoso, mas para socializá-lo, ou melhor, para evitar que ocorra sua dessocialização². Além disso, existe uma miscelânea de combinações entre cada um desses objetivos, bem como uma mistura destes com as teorias retributivas.

O que deve ser dito inicialmente, no entanto, é que chamar as teorias de preventivas ou relativas pouco nos diz sobre sua justificação. Em um dicionário de filosofia,

¹ Cf. RAMÍREZ, Juan Bustos, *et al.* Prevencion y teoria de la pena. Santiago de Chile: Jurídica ConoSur, 1995, p. 21-72. E: FALCÓN Y TELLA, Maria José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 203-236. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 79-161.

² RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo olhar sobre a questão penitenciária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ou mesmo em um dicionário comum, facilmente se sabe do que se trata a retribuição, ao lermos seu respectivo verbete³. Não é provável, entretanto, que aqueles que buscam as palavras prevenção e relativo tenham a mesma sorte. Na *common law*, utiliza-se o termo adequado para classificar as teorias que são conhecidas por preventivas ou relativas: consequencialismo⁴. Em filosofia, a palavra designa:

A ideia de que o valor de uma ação provém inteiramente do valor de suas consequências. Opõe-se tanto à noção de que o valor de uma ação pode derivar do valor do tipo de pessoa que a realiza (corajosa, justa, moderada, etc.), como à ideia de que seu valor pode ser intrínseco, pertencendo-lhe unicamente como ato de dizer a verdade, de cumprir promessas etc. A primeira é a opção explorada pela ética da virtude e a última pela ética deontológica. O consequencialismo precisa identificar alguns tipos de consequências cujo valor não seja derivado das ações, residindo antes, por exemplo, em estados de prazer ou de felicidade, considerados como fins para os quais as ações são meios. (...) Os críticos também fazem notar o modo como uma parte significativa da vida ética consiste em “olhar para trás” (vendo se a ação falta à promessa, abusa do poder, trai a confiança de alguém etc.) mais do que, exclusivamente, em “olhar para a frente”, como o consequencialismo implica.⁵

A simples utilização do termo correto já torna a controvérsia sobre a justificação da punição mais transparente. Imaginemos, por exemplo, que uma mãe castiga seu filho, trancando-o no quarto por ter batido em sua irmãzinha. O pai da criança, ao saber de tudo isso, pergunta para sua esposa se ela acredita ter agido corretamente, ao que ela responde: “não sei, depende, se ele não bater mais em nossa filha menor, se os irmãos mais

³ O debate da punição já está saturado de classificações diferentes para o mesmo conceito, e, pior ainda, de conceitos que significam uma coisa distinta para cada autor. Mantém-se o termo retribuição, ao invés de substituí-lo por teoria deontológica, porque aquele é utilizado tanto na *civil law* quanto na *common law* e define adequadamente as teorias que designa. Por outro lado, o termo prevenção, em regra, não é usado em ambas as tradições jurídicas, nem designa corretamente as teorias que define, conforme explicado no corpo do texto. Então, propõe-se o termo consequencialismo. Esse rigorismo, acredita-se, só traz benefícios.

⁴ Conhecer as discussões entre consequencialismo e deontologismo, travadas no âmbito da filosofia moral, é essencial para a compreensão dos problemas que as teorias de punição enfrentam, sobretudo quando misturadas. Não se irá falar das variantes de consequencialismo, das relações deste com a moralidade e o senso da comum, das dificuldades da deontologia, das formas de não-consequencialismo, etc. Tais assuntos são importantes, mas não cabem neste trabalho. Nesse quadro, ver: CANTO-SPERBER, Monique (org.). Dicionário de ética e filosofia moral. Edição brasileira. São Leopoldo: Unisinos, 2003. v. 1. p. 327-334 e 405-411. O consequencialismo é tratado com profundidade em: MOORE, Michael S. Patrolling the borders of consequentialist justifications: the scope of agent-relative restrictions. *Law and Philosophy*, n. 27, p. 35-92, 2007.

⁵ BLACKBURN, Simon. Dicionário Oxford de filosofia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 73.

velhos perceberem que não devem fazer a mesma coisa, se eles acreditarem que nós estamos falando sério quando afirmamos que os castigaremos caso desobedeçam a nossas ordens, então fiz a escolha certa ao colocá-lo de castigo”. Mas o genitor retruca: “e se nada disso ocorrer?” A genitora só pode responder desta forma: “então agi injustamente”. Não se trata, portanto, de asseverar que seria desejável que a punição prevenisse crimes. Definitivamente não é isso. O consequencialista vê a justiça da ação escolhida (punição) apenas na produção do bem almejado (prevenção). Logo, o valor da punição criminal não estaria nela mesma, não seria intrínseco – ele reside em bem identificado independentemente, cuja relação com a ação é contingente ou instrumental. É por essa razão, diga-se de passagem, que o argumento central dos abolicionistas é formalmente correto: se não alcançamos ou não sabemos se alcançamos as finalidades boas que justificam a punição, então ela não tem razão de ser, devemos substituí-la por outro meio.

O problema das teorias preventivas, com base na consideração acima, torna-se claro: se justificamos a punição em razão de suas consequências, por que não punimos, caso valha a pena, os inocentes? O exemplo poderia ser inteiramente ficcional, no caso em que, com o dom da presciência, tivéssemos a oportunidade de prevenir crimes que ainda estivessem dentro da esfera de cogitação do indivíduo. Mas, saindo do absurdo, podemos pensar em uma situação bastante plausível. Se tivéssemos dados empíricos que nos dessem a certeza científica de que determinados criminosos de carreira, após tantos anos ou tantos crimes, não iriam parar de delinquir, por que não poderíamos puni-los antes mesmo de o próximo crime ocorrer?⁶ Para ressaltar a questão, traz-se outro exemplo:

Suponha que pudesse ser mostrado que um criminoso particular não foi melhorado pela punição e também que nenhum outro potencial criminoso tenha sido dissuadido por essa causa, isso provaria que a punição foi injusta? Suponha que fosse descoberto que um particular criminoso tenha levado uma vida muito melhor após sua soltura e muitos potenciais criminosos acreditando que ele era culpado acabaram influenciados por seu

⁶ Os ingleses e os norte-americanos tinham um grande interesse sobre o assunto da “periculosidade” (*dangerousness*). A literatura, aliás, é bastante extensa: BOTTOMS, A. E.; BROWNSWORD, Roger. *The dangerousness debate after the floud report*. Também: LACEY, Nicolas. *Dangerousness and criminal justice: the justification of preventive detention*. Ambos *In*: DUFF, Antony R (org.). *Punishment*. Dartmouth: Darmouth, 1993. p. 243-268 e 269-288. E ver: MORRIS, Norval. *Dangerousness and incapacitation*. *In*: DUFF, Antony R.; GARLAND, David (Comp.). *A reader on punishment*. New York: Oxford, 1994. p. 238-260.

destino, só que aquele “criminoso” foi punido por algo que ele nunca fez, esses excelentes resultados provariam que a punição foi justa?⁷

São três as respostas para a antiga questão. A primeira, de espanto, nega que exista aí qualquer problema, pois as justificações consequencialistas só entram em jogo dentro do contexto da lei criminal, depois de descoberto quem é culpado e quem é inocente (apenas é punição aquilo que, por definição, recaia sobre os culpados). Mas uma resposta nesses termos, explicou Hart, impede-nos de investigar a racionalidade e as preocupações morais que nos levaram a escolher uma instituição de punição que impõe medidas dolorosas sobre os indivíduos apenas quando eles cometeram uma ofensa⁸. Por que, indaga o autor, nós preferimos isso em detrimento “de outras formas de higiene social que nós poderíamos empregar para prevenir comportamentos antissociais e que nós realmente empregamos em algumas circunstâncias especiais, algumas vezes com relutância?”⁹

A segunda resposta, aparentemente também deixada para trás, é que a punição dos inocentes seria inadequada, porque isso, feitas algumas pesquisas empíricas, seria ao final das contas menos vantajoso. Assim proceder, diria um utilitarista, não maximizaria a felicidade global das pessoas. No entanto, convenhamos, há algo de errado em admitir a punição dos inocentes como uma “possibilidade moral aberta”¹⁰, sujeita à verificação posterior de suas consequências. É-nos intuitivo, um senso comum de justiça, que a punição de inocentes seja intrinsecamente inapropriada, independentemente de quaisquer efeitos benéficos que possam daí advir. Mas – poderão objetar – não seria de todo injusto o ato daquele que, para salvar cem pessoas, mata um inocente. Isso pode ser verdade, não se sabe. Contudo alguém duvidaria de que rejeitaríamos *in limine* a proposta de uma instituição criminal que, vez por outra, arbitrariamente puniria inocentes em prol das consequências? Acredita-se que ninguém aceitaria tal proposta, por mais confiáveis que fossem os dados apresentados.

⁷ MABBOT, J. D. Punishment. *Mind*, New Series, v. 48, n. 190, p. 152-167, apr. 1939. p. 154.

⁸ HART, Herbert Lionel Adolphus. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of Law*. 2. ed. New York: Oxford, 2008, p. 6.

⁹ *Ibidem*, p. 6.

¹⁰ DUFF, Antony R. *Punishment, communication, and community*. New York: Oxford, 2001, p. 160.

A terceira resposta, que persiste até hoje, consiste em afirmar que outras considerações podem servir na justificação da punição. Surgiram então as teorias mistas, que incorporam a noção de merecimento às finalidades preventivas, pois assim não puniríamos os inocentes (nem puniríamos excessivamente ou minimamente). Em outras palavras, a razão positiva para punirmos ainda é consequencialista, porém a busca pelos efeitos benéficos é limitada por uma restrição não-consequencialista – a noção de merecimento das retribuições negativas¹¹.

Particularmente, acredita-se que “costurar” uma formulação na outra, ao invés de dissipar as complicações, apenas as agrega. Assim o teórico deve responder às objeções costumeiras das teorias consequencialistas, deve conceituar o merecimento e deve explicar, em especial, como as duas coisas se ligam, submetendo-se uma à outra¹². Nesse sentido, para exemplificar, a teoria unificadora preventiva dialética de Roxin¹³ é “escorregadia”, pois apertada de um lado, escora-se no outro. A crítica aqui será bastante sucinta, parcial, porém servirá para ressaltar mais uma objeção comum às teorias consequencialistas (considerações ainda serão feitas sobre a teoria deste autor).

Segundo ele, “‘merecida’ é só uma pena de acordo com a culpabilidade”¹⁴ do agente, e esta impõe um limite superior à punição: sejam quais forem as finalidades preventivas, elas não podem ultrapassar a culpabilidade. A punição, contudo, pode ser imposta a quem da culpabilidade, à medida que atenda aos interesses preventivos especiais, desde que resguardado um mínimo preventivo geral¹⁵.

Ora, a pena merecida varia de acordo com a gravidade do crime, entretanto o tempo e a qualidade da pena, quando se buscam interesses preventivos, variam conforme a maior ou menor chance de alcançar determinadas metas (não há relação direta com a gravidade do crime). Imaginemos agora dois homicidas, cujos crimes,

¹¹ STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY. Legal Punishment. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/legal-punishment/>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

¹² Cf.: DOLINKO, David. Retributivism, consequentialism, and the intrinsic goodness of punishment. *Law and Philosophy*, n. 16, p. 507-528, 1997.

¹³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*, tomo I. Madrid: Civitas, 1997.

¹⁴ *Ibidem*, p. 100.

¹⁵ *Ibidem*, p. 96-97.

materialmente idênticos, delimitam uma pena máxima em dez anos. Ao primeiro, mediante cálculos preventivos, recomenda-se a pena de um ano, a qual atenderá às finalidades preventivas especiais, sem, no entanto, ferir o mínimo preventivo geral. Já o segundo não teve tamanha sorte com as estatísticas, e as contas determinam que sua pena fique mesmo em dez anos. Logo, a pena daquele é imerecida, e a deste é merecida, mas por razões que nada tem a ver com a culpabilidade – no segundo caso houve apenas uma coincidência. Roxin instrumentaliza a norma retributiva, tornando-a vazia de conteúdo, portanto (ver p. 85-86). Diz-se então ao autor:

A teoria humanitária remove da punição o conceito de merecimento. Mas o conceito de merecimento é o único elo entre a punição e a justiça. É apenas como merecida ou imerecida que uma sentença pode ser justa ou injusta. Eu não afirmo aqui que a questão ‘é merecida?’ é a única que nós razoavelmente possamos perguntar sobre a punição. Nós podemos apropriadamente perguntar se é possível que ira dissuadir outros e reformar o criminoso. Mas nenhuma destas duas últimas questões é uma questão sobre justiça. Não há nenhum sentido em falar sobre uma “dissuasão justa” ou “cura justa”. Nós demandamos de uma dissuasão não se ela vai ser justa, mas se ela vai dissuadir. Nós demandamos de uma cura não se ela vai ser justa, mas se ela vai ser bem-sucedida. Então, quando nós deixamos de considerar o que o criminoso merece e consideramos só aquilo que irá curá-lo ou dissuadir outros, nós tacitamente removemos ele da esfera da justiça de modo geral; ao invés de uma pessoa, sujeito de direitos, nós temos agora um mero objeto, um paciente, um “caso”.¹⁶

Existem tantos outros exemplos, todos a indicar a artificialidade da teoria. Poderíamos esperar, com a formulação de Roxin, que estupradores sejam punidos na mesma medida do que ladrões de carteira, uma vez que a graduação inferior das penas nada tem a ver com a gravidade do crime, mas com a atenção aos interesses preventivos especiais e o mínimo preventivo geral. E a partir daí retornam grande parte dos problemas direcionados às teorias consequencialistas, sobre instrumentalizar os indivíduos, usá-los como um meio para atingir determinados fins, etc. Aliás, a retribuição ressurgiu nos Estados Unidos não apenas porque eles puniam as pessoas mais do que elas mereciam, mas porque também puniam muito menos do que elas mereciam, criando situações insustentáveis,

¹⁶ C.S. Lewis. Humanitarian Theory of Punishment. Disponível em:<<http://www.angelfire.com/pro/lewiscs/humanitarian.html>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

como as expostas, em que penas muito distintas recaíam sobre crimes análogos, ou penas análogas que recaíam sobre crimes muito distintos¹⁷.

Feitos esses apontamentos, anota-se que as teorias mistas comportam outras variações: ora a retribuição prepondera sobre prevenção, ora esta prepondera sobre aquela e, por vezes, as duas são revestidas da mesma importância, mas, para responder a diferentes perguntas em relação à justificação da punição¹⁸. Nenhuma delas, entretanto, ao desmembrar partes da teoria antagônica, nos oferecem uma explicação coerente para a junção dos princípios que elas combinam. Até em filosofia moral, área em que o debate é muito parecido, “persiste, no entanto, uma certa irredutibilidade das posições”¹⁹ consequentialistas e deontológicas.

Encerrada a crítica à teoria de Roxin no que ela tem de mista, agora serão feitos dois ligeiros, porém procedentes, comentários ao que ela tem de prevenção geral positiva.

A objeção familiar é que Roxin criou, ao final das contas e sem perceber, uma teoria retributiva disfarçada²⁰. Isso porque, embora sua teoria esteja assentada, entre outras coisas, na recusa da retribuição, o autor não deixou “de continuar a ver, exatamente naquela mesma retribuição de culpa, contudo, o melhor meio para alcançar a prevenção e,

¹⁷ Tonry mostra a tabela original da *sentencing guidelines* de Minnesota, datada de 1980, em que, como exemplo, o cometimento de quatro crimes de menor potencial ofensivo contra a propriedade equivalia a um homicídio culposo. O autor apenas queria explicar como é difícil estipular a igualdade horizontal – cada criminoso, e cada crime, são tão peculiares que a comparação entre eles é complicada. Com base nessa interessante tabela pode-se demonstrar o problema que é levar em conta, para além da culpabilidade, metas preventivas. Isso porque, no caso, quatro condenações anteriores em crimes leves equiparavam-se a um crime grave, sobretudo, para frear a escala delitiva. A culpabilidade e sua natural ligação com a gravidade do crime, em um modelo assim, evidentemente são deixadas de lado. Ver: TONRY, M. Proportionality, parsimony, and interchangeability of punishments. In: DUFF, Antony R.; GARLAND, David (Comp.). *A reader on punishment*. New York: Oxford, 1994. p. 133-160.

¹⁸ Cf.: WOOD, David. Retribution, crime reduction and the justification of punishment. *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 2, v. 22, p. 301-321, 2002.

¹⁹ CANTO-SPERBER, Monique (org.), *op cit.* [n. 4], p. 409.

²⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 335-347.

assim, a limitar”²¹. Entretanto acredita-se que, sobre esse aspecto, a crítica não acerta o alvo. Lendo-se com atenção a teoria unificadora preventiva dialética, percebe-se que toda ela é orientada às consequências, ao passo que, sentindo necessidade de restringir punições desmedidas, Roxin importa um elemento de fora, a noção de merecimento das teorias retributivas. Contudo, ao fazê-lo, transfigura-a em uma figura desprovida de sentido, conforme explicado algures. Em outras palavras, a coerência mesma da formulação encontra-se no que ela tem de prevenção, sendo o elemento retributivo o que não se harmoniza ao conjunto; não ao contrário, de acordo com a crítica de Anabela Miranda.

Mas os apontamentos mais interessantes são os seguintes, porque, apesar de direcionados à Roxin, servem para analisar qualquer teoria preventiva geral positiva, seja limitadora, seja fundamentadora. Dubber ressalta inicialmente que os autores norte-americanos, ao perceberem as falhas das teorias reabilitativas, retornaram ou reconstruíram a retribuição; os alemães responderam mudando as perspectivas dentro dos objetivos de prevenção, mas sem nunca deixar o consequencialismo de lado: se a punição não consegue incapacitar os criminosos, ao menos ela serve para reformar alguns deles; se isto não funciona, quem sabe potenciais ofensores são dissuadidos, porém, se não for assim, conseguiremos pelo menos reafirmar a confiança no ordenamento jurídico ou estabilizar nossa comunidade²². É neste último elo da sequência que reside o problema, uma vez que, enquanto todos os outros são (e foram) suscetíveis de pesquisa empírica, algo essencial para validar as teorias consequencialistas, “os aspectos negativos e positivos da prevenção geral, certamente são pouco claros empiricamente e difíceis de determinar de forma confiável”²³. Palavras do próprio Roxin que, em vez de ver nisso uma falha, assevera: “justamente por essa razão, a hipótese de que a prática punitiva estatal executa um papel fundamental nele, apenas é falseável”²⁴. Ora, a crítica familiar à retribuição não é exatamente que ela não se importa com os fins? E não está o autor fundamentando sua teoria consequencialista a despeito da hipótese mesma de conseguirmos provar a prevenção de crimes? Sendo assim, Dubber tem razão ao afirmar: “não-falseabilidade pode aparecer como um estranho

²¹ *Ibidem*, p. 337.

²² DUBBER, Markus Dirk. Theories of crime and punishment in german criminal law. Buffalo Legal Studies Research Paper, n. 2005-02, p. 18.

²³ ROXIN, Claus, *op cit.* [n. 13], p. 91.

²⁴ ROXIN, Claus, *op cit.* [n. 13], p. 93.

benefício de uma teoria de punição que foi designada para combater a não-falseabilidade da metafísica da retribuição”²⁵. Nisto a teoria de Roxin assemelha-se à retribuição (negativa), porém na parte em que ela realmente estava errada, aquela em que se punia para saciar uma justiça em abstrato, sem qualquer interesse na experiência concreta.

O mais importante, contudo, ainda não foi dito. Uma vez que as teorias preventivas gerais positivas colocam menos ênfase sobre os efeitos, insistindo justamente nas consequências que dificilmente podem ser comprovadas empiricamente (o aprendizado, a confiança e a pacificação decorrentes da reafirmação da norma, ou seja, a chamada prevenção integradora²⁶), elas deixam de tentar justificar a punição, passando apenas para a análise de uma de suas funções²⁷. Nesse quadro, Dubber afirma:

O problema com a prevenção geral positiva como uma teoria expressiva de punição então não é apenas que elas *não podem* justificar a punição como um modo de expressão. Talvez o mais importante é que elas *podem* justificar qualquer modo de expressão que por acaso – ou na ausência de falseabilidade empírica como é dito – significa solidariedade comunitária em sujeição a normas comuns por intermédio da condenação pública.²⁸

Em outras palavras, a vindicação da lei, uma das funções da punição, pode ocorrer com qualquer coisa que seguir à violação da norma. Se, por exemplo, eu prometer que darei um punhado de doces para quem cometer crime, e se eu cumprir minha promessa todas as vezes que alguém comete um crime, então a norma “não cometa crimes se não você receberá doces” será reafirmada. A hipótese evidentemente é absurda, mas serve para chamar atenção ao fato de que toda a problemática, delineada no capítulo terceiro deste trabalho, passa ao largo dos teóricos da prevenção geral positiva. Se não é provado, nem mesmo, que a escolha da punição ocorreu por causa de esta ação ser a melhor para alcançar a consequência benéfica que é a prevenção, por que não utilizamos outros meios para garantir o aprendizado, a confiança e a pacificação que se seguem da reafirmação da norma violada? Nesse sentido, adianta-se, uma formulação consistente é a de von Hirsch: ele diz que a punição serve a todas essas funções comuns às prevenções integradas, todavia,

²⁵ DUBBER, Markus Dirk, *op cit.* [n. 22], p. 19.

²⁶ ROXIN, Claus, *op cit.* [n. 13], p. 91.

²⁷ DUBBER, Markus Dirk, *op cit.* [n. 22], p. 20.

²⁸ DUBBER, Markus Dirk, *op cit.* [n. 22], p. 22.

quando explica por que impomos o sofrimento, o tratamento severo e a privação material aos criminosos, afirma que, ao final das contas, *é provado* que a punição tem um mínimo efeito preventivo. Mas o autor admite que, se isso não é provado ou se não conseguimos prová-lo, poderíamos abolir a punição como a conhecemos, mantendo-se apenas um sistema puramente simbólico e formal de condenação (ver tópico 3.2.1).

Para concluir, relembra-se que a ação justa, para um consequencialista, é aquela que, dentre as escolhas, produz as melhores consequências em relação ao bem identificado. Era isso, aliás, que antigamente os teóricos da prevenção nos diziam: a punição é justa porque, de tudo que poderíamos fazer a um criminoso, esta é a forma mais eficaz de prevenir crimes, seja reformando-o, intimidando potenciais ofensores, etc. A ideia, deve ser admitido, era bastante atraente. Hoje em dia, contudo, e foi isso que se pretendeu mostrar nas linhas desenvolvidas, os teóricos da prevenção nos pedem para aceitarmos que a punição é justa porque ninguém demonstrou que existe outra escolha de ação que atinja o bem prevenção. Ou seja, antes a punição era justa, porque nenhuma ação era capaz de alcançar como ela os efeitos benéficos; agora a punição é justa, porque ninguém provou que existe melhor meio para atingir o bem identificado (ou seja, a prevenção atualmente *wins by default*, ganha por *W.O.*). Particularmente, acredita-se ser difícil que a instituição de crime e castigo tenha se desenvolvido com uma mentalidade desse tipo. Existem fortes argumentos para acreditarmos que a punição mesma tem algo de justo e moralmente adequado, independente de atingir um bem identificado fora dela, e é isso que será analisado neste trabalho.

1.2 A RETRIBUIÇÃO NEGATIVA E POSITIVA, DOIS EQUÍVOCOS E CARACTERÍSTICAS GERAIS

Nekhludov no começo teve esperanças de encontrar respostas nos livros, e comprou todas as obras que tratavam do assunto. Leu com atenção Lombroso, Garofalo, Ferri, Maudsley, Tarde e outros criminologistas conhecidos. Mas a leitura só lhe valeu amargas decepções.

Entretanto a questão era a mais simples de todas. Ele perguntava-se como e com que direito alguns homens aprisionavam, torturavam, exilavam

batiam e executavam os outros homens, quando eles mesmos eram semelhantes àqueles a quem torturavam, batiam e matavam. Mas, em vez de responder a esta questão os criminologistas consultados indagavam uns, se a vontade humana seria livre ou não, outros, se um homem poderia ser declarado criminoso, simplesmente pela forma do crânio, e ainda outros, se o instinto da imitação não teria papel importante na criminalidade. Indagavam o que é a moralidade, a degenerescência, o temperamento, a sociedade e assim por diante.

Todos estes trabalhos lembravam a Nekhludov a resposta de um garoto que voltava da escola. Nekhludov perguntou-lhe se sabia soletrar: “Claro que sei”, – respondeu a criança. – Então soletre “focinho”. – “Mas, que focinho? Focinho de cachorro ou de boi?” – replicou o menino com ar entendido.

Tolstoy, Ressurreição.

Existem diversas teorias retributivas da punição. Não é o propósito deste estudo, todavia, apresentá-las de forma exaustiva²⁹. A preocupação principal consiste em apontar os temas recorrentes que as unem, expor as formulações atuais, bem como delimitar algumas perguntas e problemas que elas enfrentam. Mas não se pode prosseguir sem antes apontar dois equívocos que a maioria dos autores comete ao analisar essas teorias.

O primeiro deles é considerar as teorias retributivas como se fossem uma única. Decerto que sobre todas elas perpassa a ideia de que é justo punir os culpados, porque eles merecem punição em razão do crime cometido, porém cada uma delas irá buscar uma fonte diferente para explicar o que é justo, a função do Estado, a natureza do crime, etc.³⁰ Incorre nesse equívoco, por exemplo, Anabela Miranda, ao asseverar que as teorias da retribuição caíram em declínio por causa da secularização do direito penal ou da perda de um referencial metafísico, pois aquela causa só pode servir para confrontar as teorias retributivas que buscam a justiça na lei divina, esta apenas se aplica, quando elas

²⁹ Cf.: DAVIS, Michael. Punishment theory's golden half century: a survey of developments from (about) 1957 to 2007. *The Journal Ethics*, v. 13, n. 1, p. 73-100, 2009. E: RODRIGUES, Anabela Miranda, *op. cit.* [n. 20], p. 157-235.

³⁰ Hart cometera o primeiro equívoco, mas “agora vê que também é necessário atentar ao fato de que, ao menos no sentido mais amplo e moderno do termo retribuição, existem várias respostas diferentes para cada uma dessas questões, que podem ser designadas ‘retributiva’ e geralmente tem recebido o título de ‘retributiva’ em razão da teoria a qual elas fazem parte, mesmo se a teoria também contém elementos reformativos ou de detenção normalmente contrastados com a retribuição.” HART, Herbert Lionel Adolphus, *op. cit.* [n. 8], p. 231.

remetem a uma justiça que requer um elemento transcendente³¹. Como será visto, algumas delas não se ancoram em nenhuma dessas fontes de justiça.

Para que a secularização do direito penal tenha determinado a queda das teorias retributivas, é pressuposto lógico que elas correspondam à perspectiva religiosa sobre a punição. Marshall, nesse quadro, assevera que certamente existem temas retributivos na Bíblia, porém isso não quer dizer que ela advoga uma teoria retributiva coerente, de pleno direito, ainda mais no sentido clássico ocidental. Várias considerações, bíblicas e teológicas, levaram-no a concluir que o retribucionismo é inadequado para lidar com a profundidade e com a complexidade dos testemunhos bíblicos em relação à punição³². Por outro lado, também a doutrina da expiação, contida na obra *Cur Deus Homo*, de Santo Anselmo, tão influente no direito penal, acabou sendo distorcida: tornou-se comum acreditar que a reparação do pecado original se aplicava a todo aquele que cometia um crime no reino temporal, não apenas a Adão e Eva. Então, a pessoa que violou a justiça em si (em abstrato) deveria ser submetida a uma punição, a fim de que a justiça fosse restabelecida. Esse raciocínio, todavia, não condiz com a explicação de Santo Anselmo, pois só a morte expiatória de Jesus Cristo, Deus-Homem, poderia oferecer uma reparação digna em nome e no lugar do homem, pecador por natureza³³.

Contudo, em verdade, é a Lei do Talião que é usada para resumir a natureza retributiva da justiça nas sagradas escrituras. Mas, embora pareça chocante, “as

³¹ RODRIGUES, Anabela Miranda, *op. cit.* [n. 20], p. 218 *et seq.* Anabela Miranda serve como ilustração de um equívoco cometido até mesmo em grandes obras. Ela admite, inicialmente, que existem diversas e variadas formulações retributivas, entretanto acredita erroneamente que “a ruptura com a transcendência teológica e metafísica”, trazida pelo século iluminista, possa dar conta de solapar, de uma vez só, todas essas teorias.

³² MARSHALL, Christopher D. *Beyond retribution: a testament vision for justice, crime and punishment*. Grand Rapids: Eerdmans; Lime Grove House: Parnell, 2001, p. 122 *et seq.* A versão aqui apresentada é apenas um recorte e não captura toda a riqueza do trabalho deste teólogo. Em síntese, ele explica que a justiça divina, conforme retratada por Paulo e encarnada por Jesus, é essencialmente uma justiça redentora.

³³ WOODS JUNIOR, Thomas E. *Como a igreja católica construiu a civilização ocidental*. São Paulo: Quadrante, 2008. p. 85. Em relação à adequada compreensão da doutrina de Santo Anselmo, ver: MARTINES, Paulo Ricardo. *Por que um Deus-Homem? Liberdade e justiça na cristologia de S. Anselmo*. In: XAVIER, Maria Leonor L. O. (Coord.). *A questão de Deus na história da filosofia*. Sintra: Zéfiro, 2008. 2 v., p. 447-455.

aparências enganam quando se trata de olho por olho”³⁴, uma vez que estamos tratando, provavelmente, do mais conhecido e incompreendido texto bíblico sobre crime e punição³⁵. Em síntese, na tradição judaica, pode-se dizer que, ao contrário da percepção popular, a passagem nunca pretendeu sancionar vingança, pelo contrário, pois era uma lei de proporção: só um olho por olho, nada mais do que isso. E mais, há fortes razões para duvidar que a *lex talionis* alguma vez fora entendida em sentido literal: no Êxodo 4:23, por exemplo, o marido da mulher, que sofreu aborto espontâneo em razão de agressões, deveria exigir um recompensa monetária, não uma proibição que a parte culpada tivesse sua próxima gestação terminada, como um tratamento *tit for tat* exigiria. Parece claro que o talião sempre foi entendido no senso de vindicação moral, no sentido de que a punição fosse um equivalente moral e material proporcional à ofensa cometida, não uma retribuição física³⁶. Vale lembrar também que a percepção comum da *lex* contraria, simplesmente, toda a narrativa contida no Antigo Testamento sobre o Deus de amor, piedade e misericórdia. Já no tocante à tradição cristã, nada precisa ser explicado: “Ouviste o que foi dito: olho por olho e dente por dente. Eu, porém, vos digo que não resistais ao mal; mas, se qualquer bater na tua face direita, oferece-lhe também a outra” (Mateus 5; 38-39).

Acrescenta-se que essa interpretação em relação ao “olho por olho”, embora mostrada com base em trabalhos recentes³⁷, de forma alguma é novidade. Santo Agostinho explicou que não é fácil achar quem, recebendo um golpe, se contente apenas a com o retorno do golpe, porque aquele que é ofendido agirá desmedidamente, em razão da raiva ou por entender justo que o primeiro a agredir sofra uma agressão maior do que aquela que causou. E a lei restringiu esse espírito de vingança, servindo como um

³⁴ ZEHR, HOWARD. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 120 *et seq.* Segundo o autor, a rejeição da justiça do “olho por olho” perpassa todo o relato da Bíblia. Ele explica que o erro no entendimento da justiça bíblica deu-se em razão de um curto-circuito histórico, no qual os autores misturavam conceitos greco-romanos ao invés de contextualizar os significados de *shalom* (as coisas como Deus pretendem que elas sejam) e aliança.

³⁵ MARSHALL, Christopher D., *op. cit.* [n. 32], p. 78.

³⁶ MARSHALL, Christopher D., *op. cit.* [n. 32], p. 80 *et seq.*

³⁷ Cf.: FISH, Morris J. An eye for an eye: proportionality as moral principle of punishment. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 28, n. 1, p. 57–71, 2008. Aliás, é interessante notar que uma retribuição adequadamente compreendida, ou seja, diferente do ataque físico, da mutilação ou da vingança, é a principal motivação que as pessoas leigas dão para a punição. Nesse sentido, ver esta detalhada e recente pesquisa: KELLER, Livia B.; et al. A closer look at an eye for an eye: laypersons’ punishment decisions are primarily driven by retributive motives. *Social Justice Research*, v. 23, n. 2-3, p. 99-116, 2010.

importante passo, embora seja apenas um caminho intermediário, em direção à paz³⁸. Isso porque “aquele que paga de volta apenas à medida que recebeu já perdoa alguma coisa: porque a pessoa que ofendeu não merece como punição apenas a medida que o homem ofendido inocentemente sofreu.”³⁹

Enfim, são por esses motivos que tantas vezes as teorias retributivas sofreram má publicidade ou foram confundidas por não mais que um apelo à vingança, à incompreendida Lei do Talião, ao desapego com a dignidade humana. Roxin, imbuído dessa racionalidade, nos diz que o atraso do sistema da execução penal alemão reside na longa e dominante influência da teoria da retribuição⁴⁰. Verdade seja dita, ele reconhece um ou outro avanço que essas formulações trouxeram às ciências criminais, todavia descarta-os como algo do passado, assim como tantos outros doutrinadores. Mas não se pode aceitar essa afirmação, que carece de qualquer fundamentação ou dado empírico comprobatório, pois a maioria das teorias retributivas sequer nos diz como a execução penal deve ser administrada.

Esse equívoco já foi denunciado com precisão por Cottingham. Pensa-se que o trecho a seguir transcrito deve servir de lembrete para todos aqueles que analisam o tema e utilizam a palavra retribuição:

Uma das funções da filosofia é combater ambiguidade e confusão. Contudo nas discussões sobre a justificação da punição, filósofos continuam falando de “retribuição” e “teoria da retribuição” como se esses rótulos significassem algo simples e direto. O fato é que o termo “retributivo” como usado em filosofia tornou-se tão impreciso e multivocal que é duvidoso se ainda serve a algum propósito vantajoso.⁴¹

O segundo equívoco consiste no que Hart chamou de *retribuição na distribuição*. Segundo ele, uma coisa é explicar a *Retribuição como meta-geral justificante* da punição – *Retribuição*, nesse sentido, com “R” maiúsculo –; outra, completamente diferente,

³⁸ AUGUSTINE. On the sermon of the mountain. Book I. Disponível em:< <http://www.newadvent.org/fathers/16011.htm>>. Acesso em: 23 dez. 2010.

³⁹ *Ibidem*. Não paginado.

⁴⁰ ROXIN, Claus, *op. cit.* [n. 13], p. 85.

⁴¹ COTTINGHAM, John. Varieties of Retribution. In: DUFF, Antony R (org.). Punishment. Dartmouth: Dartmouth, 1993, p. 238.

é usar a palavra para responder à pergunta “para quem a punição pode ser aplicada?”, “apenas para um criminoso em razão do crime cometido” é a resposta dada. Ou seja, da admissão do princípio de retribuição na distribuição não se retira o porquê da punição nem a sua severidade ou quantidade⁴². Pode ser reconhecido, como a maioria dos autores o faz, que desde dentro dos limites traçados pela retribuição na distribuição vicejem metas preventivas. De qualquer forma, grande parte dos autores não consegue reconhecer que, do cometimento ao princípio de retribuição na distribuição, não decorre que a Retribuição seja a meta-geral justificante da punição.

Acima se percebe aspiração aristotélica, e a analogia facilita a compreensão das categorias delimitadas por Hart. De acordo com Aristóteles, na interpretação dada por Villey, a primeira função da justiça, para alcançar a igualdade, é *distribuir as coisas* entre os membros da *polis*: uma distribuição que resguarda uma igualdade geométrica, uma proporção entre frações. Depois de distribuídas as coisas previamente estabelecidas, a justiça deve zelar pela retidão das trocas: uma troca equivalente, uma comutação. Nesta etapa, a função do juiz é estabelecer a igualdade aritmética, para que senhor seja restituído do dano que sofreu⁴³. No caso, então, conclui-se que a maioria das teorias retributivas pressupõe injustificadamente que a punição seria a *coisa* devida aos criminosos em razão do crime cometido. Falta a elas uma explicação positiva para assumirmos que a *punição é esta coisa* previamente estabelecida e distribuída, que posteriormente será comutada.

Até o renascimento das teorias retributivas, ocorrido na década de setenta, a maioria delas era incompleta sobre certo aspecto. Elas nos diziam que nós poderíamos punir ou que não era injusto punir, mas não nos davam uma razão positiva para fazê-lo. Funcionavam, portanto, como uma “restrição lateral” (*side-constraint*) ao poder punitivo, ou mesmo como parte da lógica interna do sistema de punição. É dizer, uma *retribuição*

⁴² HART, Herbert Lionel Adolphus, *op. cit.* [n. 8], p. 7 *et seq.* A lição principal a ser apreendida – explica Hart – é que depois de afirmar quais são as metas-gerais ou valores que a manutenção de uma determinada instituição social fomenta, nós devemos perquirir se existem e quais são os princípios que limitam a busca desqualificada dessa meta ou valor.

⁴³ VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 38-62.

negativa. Atualmente, entretanto, nasceram *retribuições positivas*, as quais afirmam nosso “dever de punir” (*ought punish*) os culpados, porque eles merecem: seja para restaurar a balança de benefícios e fardos que o crime perturba; expressar a censura devida ao criminoso em razão do crime cometido; ou induzir o arrependimento mediante um processo de comunicação moral. Seja como for, o fundamental para qualquer uma das teorias retributivas - negativas ou positivas - é explicar a suposta conexão moral entre crime e castigo que o merecimento pretende capturar⁴⁴. Nas palavras de Hart: “a alquimia moral pela qual a combinação dos dois males de perversão moral e sofrimento são transmutados em um bem.”⁴⁵

Esclarecidos os dois equívocos, Hart mostra os três requisitos que unificam as teorias que se pretendem retributivas: (I) que uma pessoa seja punida se, e apenas se, ela voluntariamente cometeu algo moralmente errado; (II) que a severidade da sua punição corresponda, ou equivalha, de alguma maneira à perversidade de sua ofensa; (III) que a justificação para punir os homens sobre essas condições é aquela em que o retorno do sofrimento pelo mau moral voluntariamente cometido, seja em si mesmo justo ou moralmente bom⁴⁶. A característica geral das visões retributivas, então, é que a justificativa e o sentido de punir ocorrem em relação com uma ofensa passada. Assim, responde-se não só sobre quem a punição pode ser aplicada, mas também o porquê da punição, bem como a sua severidade e quantidade. Acrescenta-se que, geralmente, as consequências sociais benéficas não fazem parte ou têm um papel reduzido nas teorias retributivas, razão pela qual, entre os autores da *civil law*, elas são conhecidas como *absolutas*.

1.2.1 Kant, o paradigma?

Kant sempre foi o paradigma para os autores retribucionistas. Atualmente, neste campo, a repercussão de suas ideias ocorre menos pelo conteúdo específico do que

⁴⁴ DUFF, Antony R., *op. cit.* [n. 10], p. 12.

⁴⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus, *op. cit.* [n. 8], p. 234.

⁴⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus, *op. cit.* [n. 8], p. 235.

pela influência do próprio autor no pensamento jurídico moderno. Não há como negar, todavia, que algumas de suas formulações facilitaram aos autores de hoje a compreensão adequada da punição criminal.

Mas não se pode deixar de assinalar que mesmo antigos defensores da teoria de punição desse autor dificilmente ainda a classificam como retributiva. Murphy, por exemplo, afirmou que “não é mais claro para mim até que extensão é apropriado continuar pensando sobre Kant como um paradigma retributivista na teoria da punição”⁴⁷. Segundo ele, o motivo é simples: em alguns momentos, ao expor sua teoria de punição na “Doutrina do direito” (*Rechtslehre*), parece que Kant simplesmente se esqueceu da essência de suas próprias doutrinas em filosofia moral, filosofia da mente e epistemologia⁴⁸. O autor faz uma minuciosa análise de toda a obra do filósofo prussiano, porém, para exemplificar, transcreve-se apenas um dos argumentos:

Dada a radical (e, em minha visão, indefensável) distinção que Kant pretende delinear entre ação externa (interesse da justiça) e motivo interno (interesse da virtude), e dada a fundação dessa distinção em sua sombria metafísica e epistemológica doutrina de *phenomena e noumena*, torna-se difícil se não impossível enxergar como qualquer significativa doutrina de merecimento pode entrar em sua teoria.⁴⁹

De qualquer sorte, Kant deixou importantes considerações a respeito da punição, independente da maneira como pretendemos classificá-las. Uma passagem bastante famosa é a seguinte: a pena “(...) não pode nunca ser aplicada como um simples meio de se obter um outro bem, nem ainda em benefício do culpado ou da sociedade”⁵⁰. Tradicionalmente, usou-se dessa argumentação contra as teorias consequencialistas, no entanto há quem defenda que teorias preventivas possam ser construídas desde uma perspectiva kantiana, e sem infringir tal postulado⁵¹.

⁴⁷ MURPHY, Jeffrie G. Does Kant have a theory of punishment? *Columbia Law Review*, n. 87, p. 509.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 512 *et seq.*

⁴⁹ *Ibidem*, p. 523.

⁵⁰ KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*. São Paulo: Ícone, 2003, p. 176.

⁵¹ Cf.: MERLE, Jean-Christophe. Uma alternativa kantiana para a prevenção geral e a retribuição. *Veritas*, v. 47, n. 2, p. 237-247, jun. 2002; Cf. CHIAVERINI, Tatiana. Apontamentos sobre a pena em Immanuel Kant. *Phrónesis*. v. 8, n. 2, jul. - dez., 2006.

Outra passagem bem conhecida, que explica a razão pela qual as teorias retributivas são chamadas de absolutas, é da eventual dissolução da sociedade civil. Segundo Kant, se um povo debandasse de uma ilha, o último assassino preso deveria ser morto, para que sobre o povo não recaísse o crime de homicídio: “(...) porque então poderia ser considerado como cúmplice de tal violação pública da justiça”⁵². Retira-se desse exemplo um desligamento dos impactos que a punição possa ter sobre o próprio homem e a sociedade, apenas para que se restaure a justiça assim como ela é entendida pelo filósofo. É difícil sustentar, todavia, que nós “temos que punir” (*must punish*) todos os culpados, custe o que custar: essa é uma imposição irreal para colocarmos sobre qualquer sistema penal humano, pois devemos lembrar que nenhuma instituição de punição criminal conseguirá evitar a punição de alguns inocentes nem alcançará a punição de todos os culpados⁵³. Além disso, a passagem supracitada também reflete, ainda que em germe, a intuição embebida em nosso senso comum de que a punição tem uma *função simbólica*. Feinberg credita à Kant esse avanço, embora ressalte que ele tenha exagerado sua importância. Conforme será visto, o primeiro afirma que uma das funções expressivas da punição é a “não-aquiescência simbólica”: a lei, ao condenar, fala em nome de todos os cidadãos ao expressar que os culpados merecem ser condenados, portanto não nos tornamos cúmplices, ou melhor, não aquiescemos com a conduta criminosa (ver tópico 3.2).

Acredita-se, no entanto, que uma das principais contribuições kantianas - a demanda que respeitemos uns aos outros como agentes morais racionais - floresceu na obra de Duff, conforme será visto no terceiro capítulo. Ainda que não saibamos o exato alcance da afirmação de não tratar os homens como simples meio, ou ainda que não capturemos a própria visão de Kant sobre noções de autonomia e dignidade, permaneceu a lição de que não devemos manipular os culpados. Em Duff, essa lição vai traduzir-se no *insight* de que o sentido da punição deve ser contínuo com o sentido que norteia a lei penal e a lei processual penal: empreendimentos comunicativos, os quais buscam a participação e o consentimento daqueles a que elas se dirigem, sendo que a lei deveria buscar a aliança dos cidadãos como agentes morais racionais, pelo apelo às razões morais relevantes que justificam suas

⁵² KANT, Immanuel, *op. cit.* [n. 50], p. 178.

⁵³ DUFF, Antony R., *op. cit.* [n. 10], p. XII-XIX.

demandas⁵⁴. É dizer, quaisquer que sejam os motivos que orientem e justifiquem a punição, eles devem ser os mesmos que orientam e justificam as razões pelas quais uma conduta se torna crime, e por que julgamos as pessoas por intermédio do processo penal como o conhecemos.

1.2.2 Neorretribucionismo de fundamento onto-antropológico

Para Faria Costa, inicialmente, temos que escapar dos chavões do pensamento, que nada explicam e embotam a discussão: que retribuição representa tradição, passado e conservadorismo; que prevenção é futuro, progresso e mente aberta⁵⁵. Vencido esse obstáculo, então, ele nos apresenta sua defesa por um neorretribucionismo de fundamento onto-antropológico. Em sua argumentação, assevera que o direito a uma pena justa, fundada na retribuição, em nada se confunde com as formulações clássicas, seja do dialético direito à pena de Hegel, ou de uma manifestação do imperativo categórico kantiano⁵⁶. Aqui, esta neorretribuição – diferente da percepção arcaica, de correspondência entre o mal do crime e o mal da pena, que só demonstra o paradoxo geneticamente ligado ao direito penal – assume a característica de um bem e, por conseguinte, acerta-se racionalmente em horizontes onto-antropológicos.

O direito penal nasce como ordem relacional, fundado na primeira relação de cuidado-de-perigo de matriz onto-antropológica; e o crime é uma perversão desta. Nós, seres humanos, por sermos frágeis, devemos cuidar uns dos outros. Assim, “eu”, ao cuidar do “outro”, estou cuidando de mim mesmo⁵⁷. Essa relação, justamente em razão de sua fragilidade, pode romper-se e, muitas vezes, se rompe. A pena, nesse ínterim, repõe o sentido primevo da relação de cuidado-de-perigo, assim “dá-se o desnudamento que exige a

⁵⁴ DUFF, Antony R. *Trials and punishments*. New York: Cambridge, 1986, *passim*.

⁵⁵ FARIA COSTA, José Francisco de. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena. *In*: FARIA COSTA, José Francisco de. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 205-235.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 231-233.

⁵⁷ FARIA COSTA. *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis): introdução*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 20.

compensação de uma pena para que o equilíbrio se refaça. Porque também só desse jeito ‘eu’ posso ver, olhar e amar o ‘outro’⁵⁸. Por consequência, conclui o autor que há, realmente, um direito a uma pena justa, que é adequadamente encontrado na neorretribuição de fundamento onto-antropológico, meio pelo qual também se realizam os ideais de responsabilidade e igualdade, baluartes onde se assentam qualquer comunidade política.

Responsabilidade, porque a pena aplicada, ao recair sobre um indivíduo livre e autônomo, o qual ainda consegue distinguir entre justo e injusto, lícito e ilícito, tem que ser envolvida por um olhar ao pretérito, uma vez que ela é indiscutivelmente uma manifestação de sua responsabilidade⁵⁹. O fundamento da punição, então, é encontrado na culpa daquele que, no lugar passado, rompeu a relação de cuidado-de-perigo. Sendo assim, as teorias que tratam a culpa como mero limite ao poder punitivo deveriam admitir a punição de inocentes, bem como deveriam admitir penas concretas que, com intuito de alcançar tal ou qual efeito preventivo, ultrapassem efetivamente o limite da culpa⁶⁰.

Igualdade, porque seria absurdo conceber, na adjudicação e distribuição, que possam recair, sobre comportamentos materialmente idênticos, penas diferentes em grau e qualidade. Isso porque, como indivíduos, nossa comunidade de homens e mulheres só adquire um sentido comunitário se assentada na ideia forte da confiança – que sejamos iguais, na dimensão da igualdade horizontal, uns aos outros; que aos nossos atos iguais ou semelhantes, agora na assunção vertical, seja aplicado tratamento igual ou semelhante⁶¹. Prosseguindo nesse raciocínio, indaga o autor se os cidadãos não têm direito a serem punidos com uma pena justa⁶². Mas um direito não no sentido hegeliano, ao revés, um

⁵⁸ FARIA COSTA, *op. cit.* [n. 55], p. 224 *et seq.*

⁵⁹ FARIA COSTA, *op. cit.* [n. 55], p. 226.

⁶⁰ FARIA COSTA, *op. cit.* [n. 55], p. 227.

⁶¹ FARIA COSTA, *op. cit.* [n. 55], p. 228-229.

⁶² É difícil acreditar que as pessoas tenham “direito de serem punidas” (*right to be punished*). A afirmação pode ser verdadeira, mas no sentido que as pessoas tenham “direito a punição” (*right to punishment*), isto é, uma instituição justa, que não as manipule. Para o primeiro ser verdadeiro, deve ser argumentado que o criminoso possa requerer a punição, mesmo que o Estado tenha lhe concedido o perdão. Ou seja, que o perdão iria ferir algum direito fundamental do criminoso, sua dignidade por exemplo. Ver: DEIGH, John. On the right to be punished: some doubts. *Ethics*, v. 94, n. 2, p. 191-211, jan. 1984.

decorrente daquilo que é o Estado Democrático de Direito e assentado na dignidade da pessoa humana. Um direito à pena que é indisponível, que encontra seu sentido no bem que a execução concreta da pena, proporcional e cumprida integralmente, pode propiciar⁶³.

Feitos esses apontamentos, percebe-se que o neorretribucionismo de fundamentação onto-antropológica reforça alguns dos alicerces do presente estudo, nomeadamente, na noção de que não se capta a natureza da punição deslocando-se a culpa para segundo plano.

Falta à formulação, no entanto, explicação fundamental a qualquer teoria retributiva: por que é o sofrimento da punição que restaura a relação de cuidado-de-perigo? Não poderia ser outra coisa? A relação de cuidado-de-perigo não poderia ser restaurada com uma resposta puramente verbal ou formal, que comunicasse a censura merecida pelo crime, porém não envolvesse a privação material característica da punição? (ver p. 64) É essa ausência de explicação, da alquimia moral entre culpa, merecimento e castigo, que diferencia as retribuições negativas das retribuições positivas. As primeiras, embora sirvam de crítica para as teorias consequencialistas, como é o caso da teoria de Faria Costa, não explicam por que retribuimos punição. Nas segundas, por outro lado, conforme será visto nos dois próximos capítulos, os autores oferecem razões positivas para afirmarmos que a coisa retribuída deve ser punição.

Contudo não se pode olvidar que o autor até apresente tal questão. Ele reconhece que seria um absurdo e um paradoxo se as comunidades humanas, com o intuito de evitar o mal do crime, impusessem o mal da pena, sem justificá-la também, sobre certo aspecto, como um bem⁶⁴. Nesse quadro, indaga-se se não é estranho educar para o exercício da liberdade justamente com a privação da liberdade: “que metáfora argumentativa está

⁶³ FARIA COSTA, *op. cit.* [n. 55], p. 230 *et seq.*

⁶⁴ FARIA COSTA, José Francisco de. Um olhar doloroso sobre o direito penal (ou o encontro inescapável do *homo dolens*, enquanto corpo-próprio, com o direito penal). In: FARIA COSTA, José Francisco de. Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 69-91.

por detrás de tudo isto?”⁶⁵ Prossegue, então, e pergunta: “ou não será o próprio paradoxo uma forma de pensar e aprofundar a vida vivida?”⁶⁶

Ao que parece, Faria Costa rascunha uma resposta. Diz que, quando nos movemos, amamos, quando realizamos qualquer ato de liberdade, nós o realizamos por inteiro, com todo nosso “corpo-próprio” e nosso “tempo-com”⁶⁷. E é isso que a prisão, ainda a pena principal dos sistemas europeus, tira⁶⁸. Mas daí não se infere, de forma alguma, o porquê de retirarmos a liberdade daquele que cometeu o crime, menos ainda, qual o motivo de essa ser a forma de restaurar os laços comunitários, a relação de cuidado-de-perigo. O máximo que se pode dizer, com base nessa fundamentação, é que o criminoso, por ter livremente escolhido cometer o crime, subordinou sua pessoa a qualquer resposta estatal que calhasse restaurar o equilíbrio. Ou ainda, agora especulando, poderia ser argumentado que a presente formulação assemelha-se à teoria de punição como equidade, entretanto esta também não nos confere uma justificação convincente para retribuirmos punição (ver tópico 2.1.4). Mas os teóricos eminentemente retributivos oferecem algumas razões positivas para a imposição do sofrimento, da privação material, do tratamento severo, característico da punição. É isso que será analisado nos próximos capítulos.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 79.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 79.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 87 et seq.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 89.

CAPÍTULO II - AS RETRIBUIÇÕES (POSITIVAS) CONTEMPORÂNEAS

2.1 PUNIÇÃO COMO “EQUIDADE” (FAIRNESS)

Todos os delitos, e talvez os crimes, têm por princípio um raciocínio incorreto ou o excesso de egoísmo. A sociedade só pode existir graças aos sacrifícios individuais exigidos pelas leis. Aceitar suas vantagens não é se comprometer a manter as condições que a fazem subsistir? Ora, os infelizes sem pão, obrigados a respeitar a propriedade não devem ser menos lamentados que as mulheres feridas em seus desejos e na sensibilidade de sua natureza.

Honoré de Balzac, A mulher de 30 anos.

Examina-se agora a teoria de punição conhecida como “equidade” (*fairness*), a qual nos oferece uma justificação retributiva: a punição é devida porque restaura a balança de “benefícios e fardos” (*benefits and burdens*) perturbada pelo crime. Vários foram os autores que a desenvolveram, sendo também diversas as críticas enfrentadas por ela, inclusive por seus proponentes iniciais⁶⁹. Entretanto serão analisadas apenas as formulações de Murphy, um dos criadores da teoria, e Dagger, um de seus atuais defensores.

Murphy nos aponta para algo que muitos comentadores sobre a punição falharam em enxergar: que os problemas enfrentados pelas teorias utilitaristas, no tópico sobre a punição dos inocentes, surgem do mesmo modo no que diz respeito à punição dos culpados. Para um consequencialista a punição é justificada com base nos resultados sociais (prevenção de crimes). Os homens culpados são punidos pelo valor instrumental que se retira de sua punição, ou seja, são utilizados como meio para obtenção de um bem futuro. Aqueles de orientação kantiana objetam, então, que, embora sejam importantes essas consequências benéficas, não se está vislumbrando o ponto moralmente crucial: a questão dos direitos⁷⁰. Tem o Estado o direito de punir?

⁶⁹ MURPHY, Jeffrie G. Marxism and Retribution. In: DUFF, Antony R.; GARLAND, David (Comp.). A reader on punishment. New York: Oxford, 1994, p. 44-71.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 48 et seq.

Tal indagação deve ser respondida pelos retribucionistas. Tendo em vista que a punição é entendida como ação moralmente adequada, sem ser feita menção sobre suas consequências, sua justificação só pode ocorrer se for mostrado que a coerção é consistente com o respeito pela autonomia e pela liberdade do ofensor. Como reconciliar a autonomia individual com a coerção estatal legítima? Dito de outro modo: “ainda que a punição tenha maravilhosas consequências sociais, o quê dá a qualquer um o direito de infringi-la sobre mim?”⁷¹ Esse ponto será deixado de lado por enquanto, mas será retomado após a explicação do conceito de *fair balance*.

A lei permite que vivamos em sociedade. A lei criminal confere aos cidadãos uma proteção aos bens jurídicos mais relevantes, oferece-lhes, portanto, o benefício da segurança, da paz e da liberdade. Ao mesmo tempo, ela coloca sobre cada indivíduo um “fardo de autoconstrução” (*self-constraint*): que os benefícios providos por ela apenas são alcançados quando cada um se abstém de realizar condutas prejudiciais aos outros. Em uma sociedade justa os benefícios e os fardos estão igualmente distribuídos - a todos é concedida a proteção, e sobre todos recai o fardo de autoconstrução, o qual possibilita, em primeiro lugar, essa proteção⁷².

Nesse esquema, aquele que infringe a lei obtém uma “vantagem indevida” (*unfair advantage*), pois recebe os benefícios que fluem do fardo de autoconstrução dos outros, sem, entretanto, pagar o preço devido por eles; o criminoso torna-se, então, um “parasita” (*free-rider*). Mas a vantagem indevida que esse indivíduo recebe não decorre de qualquer ganho material, produto de seu crime; ela consiste na própria escusa em aceitar o fardo de autoconstrução. Algo como uma “carga maior de liberdade” obtida à custa dos outros, aqueles que respeitam a lei. Ou seja, o crime perturba a balança entre benefícios e fardos. O propósito da punição, então, é restaurar o equilíbrio: uma carga extra de construção é imposta ao criminoso, um impedimento a sua liberdade, para que agora ele cumpra o fardo que havia evitado. Ao proceder assim, a punição retira a vantagem indevida obtida pelo descumprimento da lei. De certa forma, ela funciona como uma cobrança do

⁷¹ *Ibidem*, p. 51.

⁷² MURPHY, Jeffrie G. Legal moralism and retribution revisited. *Criminal Law and Philosophy*. v. 1, n. 5, p. 5-20, 2007.

débito devido para com os outros cidadãos. Consumada a punição, restaura-se a *fair balance*⁷³.

2.1.1 Coerção, autonomia e liberdade.

Não há como formar um Estado sem o uso da coerção. Uma das primeiras tarefas a serem cumpridas - e sem ela não há Estado - é estabelecer quem manda e quem obedece, esse é um princípio de ordem⁷⁴. Mas isso coloca um problema para aqueles ligados a uma tradição individualista que, como Kant, valorizam liberdade humana como um valor primordial. Retomemos a pergunta: de que forma pode ser reconciliada a autonomia individual e a coerção estatal legítima? A resposta, resumidamente, é que a coerção pode ser moralmente justificada, sem violar a autonomia individual, se puder ser mostrado que o criminoso racionalmente desejou sua própria punição, a despeito de seu dissenso atual em ser punido.

A ideia remete inicialmente às teorias do contrato social - de que o indivíduo contratou com seus pares, no momento da transição do estado de natureza para o estado civil, as regras que iriam estabelecer a convivência e consentiu, no ponto que nos importa, com a eventual intervenção em sua liberdade. Em razão de essas teorias serem bem conhecidas, e fortemente criticadas, abstém-se de analisá-las para dar maior atenção aos desenvolvimentos dados por Kant e Rawls⁷⁵. O segundo explica que a invasão violenta contra a liberdade individual é justificada, porque cada um, na posição original detrás do véu da ignorância, acordou sobre uma *rule of law* que poderá verter futuramente contra sua própria vontade manifesta. O primeiro, anteriormente e em sentido parecido, aponta que a

⁷³ *Ibidem*, p. 13.

⁷⁴ ORTEGA Y GASSET. Del Imperio Romano. Obras Compleatas. Tomo VI.

⁷⁵ Os contratualistas, Kant e Rawls diferem em alguns aspectos, e não é propósito deste estudo estabelecer uma distinção exata de cada um deles. Rawls, por exemplo, explica que de sua posição original retiram-se os princípios primeiros de justiça, não uma forma de governo, como em Locke. A posição original dele também é mais abstrata, pois o acordo deve ser visto como hipotético e ahistórico. RAWLS, John. Justiça como equidade: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, p. 20-25. Por outro lado, entre esses autores existe uma continuidade e convergência, e é isso que se tentou expor em poucas linhas.

justiça é a agregação das forças em que a vontade de todos é regida de acordo com uma lei universal de liberdade - um imperativo categórico. O que importa, nesses dois modelos, é a decisão racional: “respeitar a autonomia de um homem, ao menos nesta perspectiva, não é respeitar o que agora ele, acriticamente, deseja; ao invés, é respeitar o que ele deseja (ou desejaria) como um homem racional”⁷⁶. Assim, pode-se dizer que eu desejei a minha própria punição, porque, em uma posição antecedente, eu e meus companheiros teríamos escolhido a instituição de punição como a coisa mais racional a ser feita, quando forem quebradas as outras leis sociais adotadas⁷⁷.

Murphy, no entanto, conclui que, embora esse esquema retributivo seja formalmente correto, ele é materialmente inadequado - e aqui são levantados temas marxistas, como a luta econômica de classes. A teoria exposta necessita de que a relação entre homem e sociedade funcione como um “clube de cavalheiros”, em que as regras sociais beneficiam todos os participantes igualmente, e eles compartilham valores da mesma forma. Na realidade, como poderíamos insistir em falar no pagamento de um débito para com a sociedade? Muitos dos criminosos jamais receberam os tais benefícios que advêm da obediência das regras e, portanto, não poderiam escolher, na posição inicial, em consentir com sua própria punição. A concordância racional com a obediência das regras - no caso, de não cometer crimes - pressupõe o recebimento dos benefícios. Talvez, finaliza o autor, só poderíamos justificar a punição, quando tivéssemos uma sociedade melhor, reestruturada de uma forma que os criminosos correspondessem ao modelo proposto: que fossem homens autônomos e recebessem os benefícios alardeados⁷⁸.

2.1.2 Crítica

O problema da inadequação material necessita de uma investigação empírica para ser trabalhado adequadamente. Decerto que a maioria das pessoas,

⁷⁶ MURPHY, Jeffrie G., *op. cit.* [n. 69], p. 55.

⁷⁷ MURPHY, Jeffrie G., *op. cit.* [n. 69], p. 56.

⁷⁸ MURPHY, Jeffrie G., *op. cit.* [n. 69], p. 62 *et seq.*

principalmente no Brasil, encontra-se privada dos benefícios que a obediência à lei concede, e, justamente por isso, suas escolhas não seriam feitas de forma autônoma - *e.g.* moradores de rua e habitantes de favela. Entretanto poder-se-ia objetar que, apesar da situação de privação, a escolha dessas pessoas continua livre; e de alguma forma elas sempre acabam recebendo um ou outro benefício do Estado cuja lei as vincula - seja um auxílio-doença, um bolsa-família, o devido processo legal, etc. Além do levante de dados, a incursão nesse caminho levaria necessariamente à discussão sobre livre-arbítrio e determinismo, que não interessa ao estudo. Outras críticas são feitas à teoria da punição como equidade.

A teoria mostrada é retributiva, pois apela para a noção de que o criminoso merece a punição em razão do crime cometido: o crime lhe concede uma vantagem indevida, e a punição a retira. Conforme foi anteriormente exposto, percebe-se que a essência do crime como algo errado é dada pela obtenção de uma vantagem indevida sobre os cidadãos que respeitam a lei; o criminoso se esquia em aceitar o fardo de autoconstrução que os outros aceitam, ele não paga o preço pelo benefício recebido. Mas será que realmente podemos ver o crime dessa forma?

A figura encaixa-se naquelas condutas em que nos perguntamos: “e se todos nós fizéssemos isto?” O que é errado nos crimes de sonegação fiscal, por exemplo, não é propriamente o dano aos outros, mas a vantagem indevida que um indivíduo recebe sobre eles: aquele que se evade do pagamento de taxas ainda assim recebe os benefícios que fluem dela, os quais só são possíveis de serem custeados pelo Estado, porque a maioria das pessoas contribui corretamente. A obediência à lei, nesses casos, deve ocorrer por que eu aceito o fardo de autoconstrução como um preço justo pelos benefícios que recebo do sistema. Enfim, a concepção mostrada até descreve a natureza de grande parte dos *mala prohibita*: ações que são erradas, porque a lei assim as define; que são crimes para assegurar algum benefício social⁷⁹. Agora, poderíamos dizer o mesmo sobre o crime de estupro, que constitui verdadeiro *mala in se*?

⁷⁹ DUFF, Antony R. *Trials and punishments*. New York: Cambridge, 1986, p. 211.

Ora, o que é errado no crime de estupro é o ataque injustificado à integridade sexual da vítima, não um recebimento de uma vantagem indevida sobre terceiros. Ninguém explicaria ao estuprador a natureza de sua conduta nestes termos: estuprar é errado, porque você recebe uma vantagem indevida sobre nós, que refreamos nossos impulsos de cometer este crime; ao contrário, chamaríamos a atenção dele para a natureza moralmente errada da ação, bem como para o sofrimento injustificado que a vítima sofreu⁸⁰.

Por um lado, a teoria nos dá uma explicação implausível das razões pelas quais esta conduta passa de um erro moral para um crime. Por outro, ela pressupõe um consenso inatingível sobre a natureza humana e suas inclinações, pois é difícil crer que a maioria das pessoas ache um fardo respeitar a lei que proíbe o estupro, ou tenha que se constranger de tal crime⁸¹. É, portanto, um contrassenso afirmar que o criminoso recebe uma vantagem indevida justamente no momento em que ele contraria aqueles valores que nos são mais caros, aqueles que estão inscritos na lei criminal.

Ademais, como aceitaríamos, conforme nos foi proposto, que o criminoso consentiu racionalmente com a sua própria punição? Se ele realmente obtém uma vantagem com sua conduta, por que ele escolheria, na posição inicial, uma instituição de crime e castigo como a que nós temos? Se uma determinada lei criminal foi racionalmente querida pelo agente, seria mais correto dizer que ele não obtém uma vantagem indevida com o crime, tendo em vista que ele está contrariando sua própria vontade racional⁸². Em verdade, a teoria de punição como equidade nos mostra que alguma coisa deve ser feita com aqueles que violam a lei, porém ela nos dá uma explicação tortuosa sobre o porquê de essa coisa ser a punição.

2.1.3 Formulação Atual

⁸⁰ *Ibidem*, p. 212

⁸¹ *Ibidem*, p. 213.

⁸² *Ibidem*, p. 217 *et seq.*

Dagger atualiza a teoria e a defende das objeções tradicionais. Inicialmente, ele nos direciona para o ponto em conjunção de alguns autores que utilizam o conceito de equidade: “sob todas estas afirmações - de Hart, de Rawls, e de Morris - jaz a ideia de que a sociedade, ou a ordem política ou legal, é um empenho cooperativo. Isto é, o dever de *fair play* só se aplica àqueles engajados no que Hart chama de ‘iniciativa-conjunta’ e Rawls de ‘sistema de cooperação’.”⁸³ Para o primeiro, quando um número de pessoas, em uma iniciativa-conjunta, se submete a algumas regras de restrição de liberdade, elas podem esperar a mesma submissão daqueles que se beneficiam com sua submissão. Para o segundo, em um sistema de cooperação, no qual é requerido de cada um dos participantes um pouco de restrição de liberdade, os benefícios mútuos só serão mantidos se cada pessoa beneficiada estiver ligada por um dever de *fair play*, que consiste em fazer sua parte e não levar vantagem dos outros ao não cooperar⁸⁴.

O autor faz essa retomada com um propósito específico: combater a argumentação de que a teoria trata indistintamente crimes de natureza diversa. Segundo ele, todos os crimes, de certa forma, são crimes de “iniquidade” (*unfairness*). Um estupro, nesse sentido, difere dos crimes de sonegação fiscal, porque, além de ser um crime de iniquidade, também constitui uma ofensa à pessoa violentada. O princípio da equidade, de benefícios e fardos, diz respeito ao sistema de leis, não de uma ou outra lei em particular. Em um sistema de cooperação, todos recebem os benefícios – viver sob a égide de leis justas –, e todos compartilham o dever de obedecer à lei, *quando* a obediência requer a autoconstrução⁸⁵. Não importa, então, que os indivíduos não achem um fardo respeitar determinadas leis, pois a obediência de uma ou outra lei acabará sendo um fardo para eles; e os benefícios totais, por sua vez, ainda assim serão usufruídos por todos.

Além disso, ele esclarece que a teoria prescinde das perquirições de se o indivíduo consentiu com a própria punição, ou se as leis criminais foram racionalmente escolhidas. O importante é que o dever de *fair play* pressupõe a comunidade, e,

⁸³ DAGGER, Richard. Punishment as fair play. Res Publica. n. 14, p. 259-275, Nov. 2008.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 260.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 263 et seq.

reconhecendo isso, “nós devemos também reconhecer que é a comunidade ou o sentimento de companheirismo que faz o verdadeiro trabalho de justificar a obediência à lei e a punição daqueles que não obedecem.”⁸⁶

Para exemplificar, Dagger nos pede para considerar casos de inequidade em um jogo⁸⁷. No futebol, por exemplo, existem várias formas pelas quais um jogador pode quebrar as regras para receber uma vantagem indevida. Ele pode estar impedido para marcar um gol, ou pode dar um carrinho violento para arrancar a bola do adversário: em qualquer dos casos estamos defronte a violações ao *fair play*. No segundo caso, a violação a regra é mais severa, e atenta diretamente contra a integridade física do outro jogador. O mesmo se passa com os crimes *mala in se*. Todos os jogadores recebem o mesmo benefício - de um jogo seguro -, e todos são submetidos ao mesmo fardo - de não cometer faltas. Assim como os jogadores são iguais no futebol, os membros da comunidade são iguais perante a lei, e justamente por isso é que toda a ofensa criminal é um crime de iniquidade: umas mais severas, outras menos. Depois de fixado que todos os crimes são de iniquidade, outras considerações podem influenciar na determinação da gravidade da conduta e, por conseguinte, da correspondente severidade da punição. Portanto, conclui o autor, a teoria da punição como equidade captura a essência da instituição crime e castigo tal qual a conhecemos: seja mostrando como alguns crimes violam mais o dever de *fair play* do que outros, seja permitindo que os membros de uma comunidade possam garantir a ordem e, doravante, possam comunicar o senso de variação na gravidade de cada crime⁸⁸.

2.1.4 Considerações finais

⁸⁶ *Ibidem*, p. 267. A posição do autor, sobre o dever de obediência decorrer exclusivamente do sentido de *fair play*, parece não ser muito clara, pois o próprio Rawls esclarece que: “(...) seria incorreto dizer que o nosso dever em não cometer qualquer das ofensas legais, especificamente crimes de violência, é baseado no dever de *fair play*, ao menos inteiramente. (...) nosso fazê-los é errado independente da existência de um sistema legal de benefícios o qual nós aceitamos voluntariamente.” RAWLS, John. Legal obligation and the duty of fair play. In: RAWLS, John. Collected Papers. 3. ed. Massachusetts: Harvard, 1999, p. 118.

⁸⁷ DAGGER, Richard, *op. cit.* [n. 83], p. 270. No original, o jogo exemplificado é o *baseball*.

⁸⁸ DAGGER, Richard, *op. cit.* [n. 83], p. 272.

A teoria de punição como equidade, mesmo em sua formulação atual, não consegue capturar, em sua essência, o que existe de tão especial na punição que a ligue com o crime. Não é o caso, entretanto, de ela incorrer no segundo equívoco das teorias retributivas, pois efetivamente nos é mostrada uma razão positiva para punirmos. Mas, para fazer isso, a explicação dada distorce e não captura corretamente a natureza dos mais variados tipos de crimes.

Dagger tenta nos mostrar que todos os crimes são crimes de iniquidade, porém não há razões para aceitar essa planificação, que engloba tanto *mala in se* quanto *mala prohibita*. Isso porque esses dois tipos de ofensa diferem radicalmente em sua natureza: na primeira, nós já sabemos que algumas coisas são erradas, e devemos decidir quais delas passarão a ser crimes; na segunda, nós começamos com a necessidade de regras ou convenções para que possamos viver em sociedade e, doravante, escolhemos se violações a elas são erros que devem contar como crimes⁸⁹. Não se precisa de regras ou convenções para determinar que o estupro e o homicídio sejam crimes, ao passo que precisamos fazer um esforço considerável para saber, por exemplo, quais condutas devem ser criminalizadas para protegermos o meio ambiente. Em outras palavras, essa simples distinção é mais afinada com a natureza pluralística dos diversos crimes existentes do que a versão apresentada pela teoria de punição como equidade.

Por outro lado, o maior trunfo da teoria - de tentar explicar a complexa relação normativa entre crime, merecimento e castigo - também carece de explicações convincentes. Para aceitarmos a teoria em sua integralidade, deveríamos entender que um estuprador deve ser punido mais severamente do que um sonegador, porque, em princípio, o primeiro recebe uma vantagem indevida maior em relação ao segundo⁹⁰. Novamente estaríamos, então, dando uma justificação tortuosa sobre a gravidade das condutas e a consequente severidade da punição, pois a descrição desses dois elementos pode ser dada mais naturalmente, se apelarmos para a perversidade de cada conduta.

⁸⁹ DUFF, Antony R. The incompleteness of “punishment as fair play”: a response to Dagger. Res Publica. n. 14, p. 277-281, Nov. 2008.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 280.

E Murphy, que outrora foi um defensor da teoria, mostra-nos uma simples, porém concisa, crítica final à punição como equidade. Além de reforçar a crítica material à teoria, agora o autor também a abandona em um nível teórico:

Finalmente, aconteceu-me que a teoria do balanço moral ao menos flerta em explicar o óbvio nos termos do controverso. Se alguém me perguntar por que um assassino merece ser punido, eu estaria mais inclinado em responder a essa questão simplesmente asseverando com ênfase “porque ele é um assassino”, ao invés de dizer “porque ele é um parasita”.⁹¹

Feitas essas considerações, apresentar-se-ão duas outras teorias eminentemente retributivas, sendo que ambas tentam apresentar razões positivas para punirmos os culpados, e explicar porque eles merecem sofrer, e exatamente o que eles merecem sofrer.

2.2 TEORIA PATERNALÍSTICA DE PUNIÇÃO E PUNIÇÃO COMO EDUCAÇÃO MORAL

*San Quentin, what good do you think you do?
Do you think I'll be different when you're through?
You bent my heart and mind and you warp my soul,
And your stone walls turn my blood a little cold.*

*San Quentin, may you rot and burn in hell.
May your walls falls and may I live to tell.
May all the world forget you ever stood.
And may all the world regret you did no good.
Johnny Cash, San Quentin.*

Diferentemente da punição como equidade, a teoria paternalística, desenvolvida por Morris, apela para uma noção fácil de ser apreendida por nosso senso comum: a disciplina em uma família. Por essa analogia é mostrado que, em última análise, o processo de punição visa a fazer com que o criminoso conheça a natureza do bem, assim como o pai amoroso guia e ensina seu filho nas escolhas da vida. De acordo com o próprio autor, existe uma lógica sobreposição entre sua teoria e os temas familiares da retribuição -

⁹¹ MURPHY, Jeffrie G., *op. cit.* [n. 72], p. 14.

apenas os culpados podem ser punidos, a punição infligida reflete a graduação da culpa -, porém também há uma tentativa de explicar porque o criminoso merece sofrer, e o que ele merece sofrer⁹².

Chama-se de paternalismo aquelas situações em que o Estado, para regular a vida de adultos, os trata como se crianças fossem, ensinando-lhes quais são as condutas proibidas da maneira como um pai ensina um filho. Se as respostas estatais ao comportamento dos cidadãos ocorrerem de forma intrusiva conforme a solicitude parental, para promover o próprio bem deste, então podemos dizer que essa ação é paternalística⁹³. Como é sabido, o tema é de grande interesse para as ciências criminais, embora normalmente seja relacionado à proibição de legislações específicas. Aqui o enfoque é diferente, pois importa descobrir se podemos justificar um sistema de punição após a violação de qualquer lei.

Ao começar a apresentação da teoria, o autor ressalta que a punição deve ser aplicada para mostrar ao criminoso, e a todas as pessoas igualmente, que ela está sendo aplicada por causa de um crime. É um elemento fundamental, portanto, a ideia da punição como um “um ato de comunicação complexo”, com intuito de promover algum bem para atuais ou potenciais ofensores. A natureza desse bem é dividida em várias partes componentes, mas pode ser resumida na “identidade do indivíduo como pessoa moralmente autônoma ligada ao bem”⁹⁴. Em primeiro lugar, nesse esforço é requerido empatia: colocar-se na posição do outro, a capacidade imaginativa de compreender as implicações do mal causado para os outros e para si mesmo em razão da conduta errada. Em segundo lugar, é parte desse bem sentir-se tão culpado e dolorido por ter cometido algo errado, que isso faça o indivíduo querer restaurar o que foi danificado, pois, caso tal não seja experimentado, podemos concluir que o sentimento de indiferença e de separação para com os outros só pode diminuí-lo como pessoa. Em terceiro lugar, está intrinsecamente ligado à atitude de perdão próprio, de renunciar à culpa, isto é, que o indivíduo rejeite a disposição ao que é errado, abstendo-se disso no futuro. Finalmente, também compõe a

⁹² MORRIS, Herbert. A paternalistic theory of punishment. *In*: DUFF, Antony R.; GARLAND, David (Comp.). A reader on punishment. New York: Oxford, 1994, p. 92-111.

⁹³ *Ibidem*, p. 96.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 97.

ideia desse bem que o criminoso vividamente retenha sua imagem como indivíduo autônomo digno de respeito, que se sinta culpado em proporção ao erro, que se arrependa, que se perdoe e reforce sua própria concepção de ser responsável⁹⁵.

E o bem coloca amarras lógicas e morais nos meios que podem ser empregados para sua realização. Conforme enfatizado, é importante que o criminoso entenda o porquê de ele estar sendo punido. Esse é o aspecto comunicativo mencionado. Sendo assim, seria um contrassenso tentar ensiná-lo ultrapassando a capacidade humana de reflexão, compelindo-o a aceitar a mensagem transmitida⁹⁶. Essa preocupação já distingue a presente teoria das formulações consequencialistas de cunho reformativo, pois, além de estas buscarem aquilo que promove um valor para a sociedade em geral ao invés do que promove o bem de atuais ou potenciais ofensores, elas não nos dizem como a instituição da punição pode fomentar um bem moral específico, e é justamente essa a característica principal proposta na teoria paternalística de punição⁹⁷.

Até o momento parece que a teoria não faz jus ao nome que lhe foi dado, entretanto, e aqui reside a explicação crucial, é pela punição que a criança adquire e compreende o sentido de um limite para suas condutas. A dor experimentada pelo filho sujeito à raiva ou à desaprovação do pai só terá o sentido de punição se este deliberadamente infligir tal dor por causa do erro percebido. A raiva espontânea e a desaprovação, embora possam motivar culpa e obediência futura, não são os meios pelos quais a criança obtém o conceito de proibição. É dizer:

Uma resposta punitiva transmite para as crianças a profundidade da ligação parental aos valores subjacentes ao limite. Assim como as crianças sabem pela experiência que eles estão dispostos a atacar quando eles ou aquilo que eles se importam é ferido, também elas passam a apreciar a seriedade da ligação de seus pais ao limite e aos valores suportados por sua existência por intermédio dos pais imporem alguma dor sobre elas. A graduação da punição, então, transmite ao filho a importância que os pais atribuem à

⁹⁵ *Ibidem*, p. 98 et seq.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 100.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 97. As diferenças entre a teoria paternalística de punição e as teorias reformativas não foram detalhadamente expostas pelo autor. Contudo podemos notá-las com maior clareza na formulação da Hampton, a seguir.

resposta de seu filho ao limite e promove neles, não apenas a apreciação de que algo é errado, mas o quão gravemente errado é.⁹⁸

Morris considera algumas possíveis acusações à teoria, como, por exemplo, se ela falha ao respeitar o indivíduo como ser autônomo. A resposta é não, porque a escolha do indivíduo é respeitada em toda a narrativa, e o *status* como pessoa moral é exatamente o que ela procura afirmar⁹⁹. Sendo assim, é inaceitável a busca desenfreada pelas finalidades paternalísticas propostas, ou um condicionamento à capacidade de escolha do ser, uma vez que a punição aplicada em razão da transgressão deve refletir a gravidade do erro cometido, e deve haver liberdade para a desobediência: “o que deve ser visado é que os ofensores tornem-se autônomos não autômatos.”¹⁰⁰

Hampton, por sua vez, proponente da teoria de punição de educação moral, cujas concepções aperfeiçoam e aclaram os desenvolvimentos dados por Morris, explica que a ameaça de punição dá às pessoas incentivos não-morais para que elas não cometam a ação proibida na lei criminal. Como a ameaça feita na lei tem esse papel “dissuasório”, efetivar a ameaça, ou seja, punir alguém quando a lei é quebrada, é, ao menos em parte, um jeito de “fazer valer” a ameaça¹⁰¹. Mas afirmar que a punição estatal é necessária para dissuadir criminosos não significa que se está aceitando uma teoria de prevenção geral negativa, pois, como Hegel disse, caso intentássemos prevenir crimes apenas por meio de ameaça, nós estaríamos tratando seres humanos da mesma maneira que tratamos cachorros¹⁰². A autora nos pede, então, para imaginarmos a seguinte situação:

⁹⁸ *Ibidem*, p. 101-102. Conforme será visto, e é isto que liga as duas teorias apresentadas neste ponto do trabalho, a analogia da punição imposta pelos pais sobre os filhos transmite, *mutatis mutandis*, a mesma mensagem do exemplo da cerca eletrificada na teoria de punição de educação moral.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 105.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 106.

¹⁰¹ HAMPTON, Jean. The moral education theory of punishment. *Philosophy and Public Affairs*, v. 13, n. 03, p. 208-238, summer 1984.

¹⁰² Essa foi a resposta dada pelo filósofo alemão à teoria de punição de Feuerbach, na qual a punição era justificada como uma ameaça aos cidadãos, visando a prevenir crimes pela intimidação. Mas, indagou Hegel, “é certo fazer ameaças? Uma ameaça assume que um homem não é livre, e irá compeli-lo através de vividamente apresentando um mal. Direito e justiça, entretanto, devem ter seus lugares na liberdade e na vontade, e não na restrição contida ameaça. Nessa visão de punição é a mesma coisa quando o indivíduo levanta uma vara contra um cachorro; um homem não é tratado de acordo com sua dignidade e honra, mas como um cachorro.” HEGEL, G. W. F. *Philosophy of Rights*. Batoche Books: Kitchener, 2001, p. 91. Em relação à teoria de punição em Hegel, ver: MCTAGGART, Ellis J. Hegel’s theory of punishment. *International Journal of Ethics*, v. 6, n. 4, p. 479-502, jul 1896.

consideremos a lição que um animal recebe quando, ao tentar sair do pasto, vai de encontro a uma cerca eletrificada. Ele experimenta dor e, após alguns encontros com a cerca, fica condicionado a permanecer longe dela. Um ser humano no mesmo pasto receberia a mesma mensagem e aprenderia a mesma lição, todavia, diverso do animal, ele também iria refletir sobre as razões pelas quais a cerca estava ali, o porquê da existência de uma barreira para sua liberdade¹⁰³. Sendo assim:

Punição funciona como cercas eletrificadas. Ao menos elas ensinam as pessoas, por intermédio da dor, que existe uma “barreira” à ação que ela quer fazer, e então, no mínimo, elas visam à dissuasão. Mas uma vez que “cercas” de punição estão marcando limites *morais*, a dor que essas “cercas” administram (ou ameaçam administrar) transmite uma mensagem maior aos seres capazes de refletir sobre as razões das barreiras existirem: elas transmitem uma mensagem de que existe uma barreira a essas ações *por causa de* elas serem moralmente erradas.¹⁰⁴

A comparação da punição com uma cerca eletrificada nos faz perceber que além da mensagem dissuasória existe outra maior, de cunho moral. “A dor é maneira de transmitir a mensagem.” “A dor diz não!”¹⁰⁵ e dá ao humano ofensor a oportunidade de refletir sobre as razões morais que fizeram a barreira ser erguida, portanto, ele pode fazer a escolha em rejeitar a conduta proibida por outros motivos além da vontade egoísta de apenas evitar dor. Na teoria da educação moral a punição é justificada como uma maneira de prevenir o crime somente quando ensina aos ofensores e a todas as pessoas que existem razões morais para escolherem não praticar um crime¹⁰⁶. Percebe-se, nessa narrativa, uma inspiração platônica sobre o apropriado sentido da coerção estatal¹⁰⁷.

Então, como infligir dor pode ser moralmente educacional? Por que a aplicação de uma experiência prazerosa não poderia fazer o mesmo em termos de punição? Em suma, certas coisas são aprendidas apenas por contraste: quando somos confrontados com a dor que causamos aos outros, visitada em nós por algum representante moral ou

¹⁰³ HAMPTON, Jean, *op. cit.* [n. 101], p. 211.

¹⁰⁴ HAMPTON, Jean, *op. cit.* [n. 101], p. 212.

¹⁰⁵ HAMPTON, Jean, *op. cit.* [n. 101], p. 212.

¹⁰⁶ HAMPTON, Jean, *op. cit.* [n. 101], p. 213.

¹⁰⁷ A autora mesma afirma que poderíamos até ter razões para acreditar que Platão aceitaria algo como sua teoria. Para uma discussão aprofundada sobre a punição em Platão, conferir: MACKENZIE, Mary Margaret. *Plato on Punishment*. Cambridge Press: Cambridge, 1981, p. 179 *et seq.*

material. É claro que a resposta é muito mais complexa do que isso, e requereria descrição do que são conceitos morais, como o ser humano os adquire, etc. Ainda assim, a autora tece considerações a respeito. As pessoas não gostam de punição, porque ela envolve perda de liberdade, ou melhor, “ruptura na liberdade de o indivíduo perseguir a satisfação de seus desejos”¹⁰⁸. E a mensagem que tentamos passar por meio da dor é de que a ação errada é proibida, fora dos limites. Portanto a maneira para comunicarmos às pessoas de que existe uma barreira especial contra essas ações seria vinculando tais ações àquilo com que as pessoas mais se importam - a perseguição de seus próprios interesses. Só quando ocorre a ruptura na perseguição dos interesses, o ofensor perceberá a força especial do “não!” comunicado por aquele que o está punindo¹⁰⁹.

Ao que parece, a teoria de educação moral, assim como a paternalística da punição, muito se assemelha às teorias de reabilitação. Contudo existem diferenças substanciais que as distinguem. Em primeiro lugar, na concepção de Hampton o Estado não estaria utilizando de violência para coercitivamente eliminar certos tipos de comportamento; ao contrário, a preocupação consiste em educar os cidadãos para que eles possam ter a escolha de não cometer determinada conduta. Ademais, não é permitido utilizar a punição do criminoso para a promoção de qualquer finalidade social benéfica, mas usá-la para beneficiar o próprio indivíduo que irá experimentá-la, “no sentido de ajudá-lo a ganhar conhecimento moral se ele escolher escutar”¹¹⁰. Em segundo lugar, não há semelhança com as teorias de reabilitação, nas quais o sujeito é visto como um paciente doente que precisa ser tratado, porque aqui a punição serve como meio de enviar uma mensagem moral à pessoa que agiu de forma imoral, e deve ser responsável por suas ações¹¹¹.

E a autora prossegue. Alguns críticos poderiam objetar que a teoria estaria afirmando que é interesse do Estado decidir e forçar o conteúdo da moralidade sobre os cidadãos (um paternalismo ou moralismo legal). Sim, é exatamente esse o ponto, tais coisas são de interesse do Estado, ainda que de maneira bem limitada. Quando os autores rejeitam

¹⁰⁸ HAMPTON, Jean, *op. cit.* [n. 101], p. 224.

¹⁰⁹ HAMPTON, Jean, *op. cit.* [n. 101], p. 226.

¹¹⁰ HAMPTON, Jean, *op. cit.* [n. 101], p. 214.

¹¹¹ HAMPTON, Jean, *op. cit.* [n. 101], p. 215.

o paternalismo, eles rejeitam certa posição sobre o que deveria ser lei, mas não o que deve ser feito ao indivíduo depois que ele violou essa lei¹¹². Soaria absurdo ouvir de um assassino ou estuprador: “Você, o Estado, não tem direito de me dizer que o homicídio é errado ou o estupro é imoral! Quem é você para me ensinar essa lição?”¹¹³ A punição estatal é justificada porque homicidas e estupradores não conseguem fazer uma escolha entre ações morais e imorais, cujos resultados constituem uma ofensa a um membro da comunidade. Não é essa, aliás, a preocupação dos corações liberais?¹¹⁴

Enfim, Hampton pretendeu demonstrar que, sobre certo aspecto, a punição é algo de bom. No primeiro estágio do processo de comunicação, o ofensor deveria realizar que a sociedade não só proíbe a conduta, mas também a condena. No segundo estágio, as razões morais para a condenação viriam à tona, seriam compreendidas e, se possível, aceitas. A punição, que envolve a ruptura na perseguição dos interesses egoístas das pessoas, ajuda ao ofensor chegar à conclusão moral final: entender por que a cerca foi erigida. Logo, aquele que pune deve comunicar ao criminoso que a vítima dele sofreu, então esse pode apreciar a mensagem moral, pela dor vicária, sobre a ofensividade de sua ação¹¹⁵.

2.2.1 Crítica

Apesar de conterem detalhes específicos, as duas formulações, ao cabo, são muito parecidas. E a primeira dúvida que surge é se essas teorias são compatíveis com uma defensável teoria política de Estado. Ou melhor, se essas finalidades morais maravilhosas são de interesse legítimo do Estado em perseguir. E, caso sejam, o meio de obtenção deve ser a lei criminal?¹¹⁶ No mínimo, podemos perceber uma tensão entre uma política liberal e tão sofisticadas teorias de punição, pois, embora a busca de valores seja

¹¹² MILL, John Stuart. *On Liberty*. Batoche Books: Kitchener, 2001. p. 85 *et seq.*

¹¹³ HAMPTON, Jean, *op. cit.* [n. 101], p. 218-219.

¹¹⁴ HAMPTON, Jean, *op. cit.* [n. 101], p. 219-220.

¹¹⁵ HAMPTON, Jean, *op. cit.* [n. 101], *passim*.

¹¹⁶ MURPHY, Jeffrie G. *Retributivism, moral education, and the liberal state*. *Criminal Justice Ethics*, p. 3-11, winter/spring 1985.

racional ou aceitável, é difícil afirmar que é convincente o bastante para justificar a intrusão estatal na liberdade dos cidadãos. Se aceitássemos a concepção de Rawls sobre a posição inicial e a formação do Estado, veríamos que, quando surgiu a instituição de crime e punição, nós não tínhamos uma compreensão rica do que era o bem para construirmos com base nele um programa de educação moral: não havia - e ainda hoje não há - motivação compartilhada das pessoas sobre o que é o bem moral. Impor para elas um programa sobre os padrões de uma vida boa e honesta, Murphy conclui, significa abandonar uma teoria liberal de Estado¹¹⁷.

O autor faz outros dois apontamentos, mais pertinentes para este estudo. Se uma pessoa precisa ser educada, conectada aos valores corretos, isso deve significar que de alguma forma ela é ignorante desses valores. Logo, seria injusto torná-la responsável e puni-la, quando suas ações contrariam tais valores (pois ela não os conhece). Contudo, se o criminoso é responsável, ele deveria saber que a conduta é errada, daí não resta esclarecido o motivo de ele precisar educação. Ao que parece, seria mais acertado dizer que ele precisa se arrepender ao invés de ser educado¹¹⁸. Em segundo lugar, não obstante todos aceitarmos alguns valores nucleares que estão inscritos na lei criminal, como não matar e não roubar, ordenar submissão a certas regras não dá ao Estado, em adição à obediência dessas regras, a permissão de educar os cidadãos para que eles compreendam e aceitem as razões internas que as justificam: isso requer outro argumento¹¹⁹.

Mas a crítica de Murphy sobre a incompatibilidade das teorias com uma política de Estado defensável parece errar o alvo. Feinberg, um dos maiores defensores do liberalismo, ao fazer algumas anotações sobre a teoria de punição da educação moral, assevera que ela é bem consistente com a rejeição ao perfeccionismo, um dos princípios limitadores da liberdade¹²⁰.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 8.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 10.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 11.

¹²⁰ Perfeccionistas legais afirmam que a finalidade adequada da lei criminal é aperfeiçoar a pessoa e elevar o gosto dos cidadãos sujeitos a ela. Nesse caso, sempre seria uma boa e relevante razão em suporte à proibição criminal de que ela tornará os cidadãos pessoas melhores. FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law*. New York: Oxford, 1990. v.4: Harmless wrongdoing, p. 277.

Para Hampton a punição é justificada para reforçarmos nossas proibições, porém não nos é dito qual seria o conteúdo legítimo dessas proibições. Em nenhum momento a autora pretendeu responder a “o que deve ser lei?” ou a “quais são as áreas de atuação da lei criminal?”¹²¹ Em verdade, segundo Feinberg, poderíamos até mesmo argumentar que a teoria de punição de educação moral rejeita o perfeccionismo legal em sua integralidade, ou, ao menos, rejeita-o como fonte única de incriminação, quando o *harm principle* não se faz presente. Se, no exemplo pastoral de Hampton, o indivíduo descobre que a única razão para a cerca estar ali é para fazê-lo uma pessoa melhor, e o ato proibido não é daqueles que cause “prejuízo a terceiros” (*harm to others*), então a condenação que a punição pretende comunicar seria vazia e sem base. Agora, se o indivíduo ultrapassa a cerca, causando assim prejuízo a terceiros, o Estado tem legitimidade para responder: “você se torna uma pessoa pior ao entrar no terreno proibido, porque acabou causando um prejuízo a terceiros, e é parte do ideal do Estado de pessoas virtuosas que elas não causem voluntariamente prejuízo a terceiros.” Nessa narrativa a mensagem pedagógica gira em torno do mal de sofrer um prejuízo e a importância de respeitar direitos, e o assunto sobre as virtudes pessoais é secundário ou deixado de lado¹²².

Contudo, o que intriga o autor é de que maneira uma potente mensagem moral estaria implícita na punição; como apenas um ato de condenação faria o criminoso perceber que a conduta não apenas foi desobediente como imoral?¹²³ É claro que atos rituais realmente transmitem algumas mensagens, entretanto uma coisa é a *punição estrito senso*, outra são as técnicas suplementares utilizadas durante a punição ou as consequências contingentes que ela pode alcançar dadas as circunstâncias. Como a pessoa punida seria convencida dos valores morais que justificam a proibição por meio da dor? Uma criança, sendo espancada por seus pais, consegue aprender uma lição moral, porque identifica previamente neles fonte de autoridade moral, mas com certeza os cidadãos não têm essa relação de respeito e de confiança com o Estado¹²⁴. A punição em estrito senso realmente pode ser útil para o criminoso que já está consciente do erro cometido, e, então,

¹²¹ *Ibidem*, p. 301-302. Por outro lado, em toda sua obra Feinberg quer saber o porquê da cerca ter sido eletrificada e colocada em determinado lugar.

¹²² *Ibidem*, p. 302.

¹²³ *Ibidem*, p. 303.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 304.

poderíamos falar de uma teoria de punição de reforma moral. Mas a maioria dos criminosos não está predisposta ao arrependimento: fanáticos, revolucionários, calculistas amorais, sociopatas, etc. Prender e infligir dor nesses indivíduos pode ser necessário para proteger os outros, “mas os efeitos mais prováveis nos próprios presos será a confirmação do cinismo e ódio das pessoas, ou a convicção de que eles devem tomar maiores precauções contra serem descobertos da próxima vez - dificilmente ‘mensagens morais’.”¹²⁵

Por outro lado, Dolinko acrescenta que a teoria paternalística de punição possui interpretações conflitantes em situações concretas. Imaginemos que um indivíduo comete um crime de baixo potencial ofensivo, uma ameaça. Alguns poucos meses de prestação de serviços à comunidade serviriam para retirar a vantagem indevida que ele recebeu, mas levaria anos e uma quantidade maior de punição para fazê-lo perceber a dor que causou, buscando sua própria identidade como uma pessoa moralmente autônoma ligada ao bem¹²⁶. Impor esse grau maior de punição iria muito além do que seria necessário para restaurar a balança de benefícios e fardos, portanto haveria violação dos preceitos do modelo retributivista que o próprio Morris ofereceu anteriormente. Resolver a incompatibilidade entre justificações retributivas e paternalísticas envolveria saber mais exatamente o que constitui uma justificação paternalística, pois o simples fato de que algum benefício possa servir ao criminoso não nos dá o direito de justificar a punição imposta sobre ele contra sua vontade¹²⁷.

E o autor prossegue, com uma crítica parecida com aquela que Murphy direcionou a Hampton. Uma pessoa que cometeu um crime sério pode muito bem ter uma percepção debilitada sobre os valores que ligam a comunidade, bem como pode não conseguir reconhecer, ou não querer reconhecer, a realidade da ilicitude da conduta e do sofrimento dos outros. O que nos justifica, então, na insistência em compeli-la para

¹²⁵ *Ibidem*, p. 305. As teorias apresentadas tentaram responder como educar ou inserir valores naqueles que não querem ser educados ou são mudos aos valores, porém as respostas são insuficientes. No entanto, com a contribuição de Feinberg, um passo é dado em direção à proposição de Duff, em que devemos entender a punição como se fosse uma penitência secular. E a punição dessas categorias de criminosos ainda assim deve ocorrer como forma de reparação apologética; não como educação.

¹²⁶ DOLINKO, David. Morris on paternalism and punishment. *Law and Philosophy*, n. 18, p. 345-361, 1999.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 352.

submeter-se à punição?¹²⁸ Ademais, não fica suficientemente claro como o bem impõe amarras lógicas à persecução das finalidades paternalísticas. Poderíamos assumir que o fim último buscado pelo Estado - indivíduos moralmente autônomos ligados ao bem - poderia ser conseguido mediante um processo que não apele para a autonomia individual e para a capacidade de reflexão e de mudança, porquanto nossas esperanças são que o criminoso se torne moralmente autônomo e ligado ao bem depois da punição ser imposta. Um tratamento puramente fisiológico que não envolva o chamado para a autonomia e para a capacidade de reflexão do indivíduo pode, não obstante, resultar em um indivíduo esplendidamente autônomo e ligado ao bem¹²⁹.

2.2.2 Considerações finais

As teorias desenvolvidas por Morris e Hampton contêm diversos elementos do que atualmente está sendo discutido sobre a punição criminal. Embora cada uma das formulações apresente complicações internas, seja para explicar como fazer a comunicação de um ato moral complexo com quem não quer ouvir, seja para assentar bases em uma teoria política, que as possibilite justificar a intervenção estatal na liberdade dos cidadãos, ambas possuem um argumento poderoso sobre a natureza da instituição de crime e castigo. Foi-nos mostrado que deve haver *continuidade* entre (a) razões para uma ação ser proibida e (b) razões pelas quais uma pessoa é punida, caso cometa a ação proibida. Se admitirmos que, ao menos em parte, a justificativa para a criminalização de uma conduta é encontrada em sua natureza moralmente errada, então devemos admitir que a punição deve servir para mostrar ao indivíduo por que a conduta é moralmente errada.

Nesse sentido, o exemplo da cerca eletrificada é bastante forte. Claramente existe uma mensagem moral maior na lei criminal do que apenas prevenir crimes. A prevenção de crimes é uma consequência desejada, não um fato contingente pelo qual justificamos e medimos a quantidade de punição. A punição possui algo de educativo,

¹²⁸ *Ibidem*, p. 357.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 359.

de ligar pessoas aos valores corretos, sejam eles quais forem. Essa é uma de suas facetas boas. Não podemos esquecer, porém, que na punição geralmente encontramos ressentimento e alienação ao invés de reconciliação e reforma moral, portanto devemos ter cautela com as finalidades paternalísticas. Ademais, como já mencionado, é difícil vermos a maioria dos criminosos como pessoas ligadas aos valores da comunidade, os quais possuem um sentimento de empatia com os outros. Ao contrário, é mais fácil aceitarmos que eles conhecem tais valores, porém os ignoram. E, sendo assim, a imposição de “educação” mediante a punição raramente serviria como uma mensagem moral.

De qualquer sorte, a contribuição dessas teorias é importante, tanto pela influência nas teorias que delas seguem quanto pelo esforço sério em tentar explicar por que os criminosos merecem sofrer a dor da punição. Segundo Morris, “a falha em punir ilícitos graves, e a punição de ilícitos em circunstâncias onde o erro está ausente, só serviria para desorientar nosso conhecimento moral e ameaçar aquilo que tantas vezes já é precário”¹³⁰. Assim, embora pareça suspeita a comparação com o desenvolvimento moral de uma criança, não há dúvida de que a analogia é frutífera, e nela encontramos uma chave para decifrar essa complexa instituição que é a punição estatal. Como disse Lucas, nós filosofamos sobre a punição em isolamento dos outros males que podem nos afligir, e pensamos que a vida é um mar de rosas, cujos espinhos do sofrimento são introduzidos apenas pelos criminólogos; mas “a vida é cheia de cruces, e a exata natureza da punição é mais bem compreendida se puder ser comparada e contrastada com as outras coisas indesejáveis que nós somos incapazes de evitar.”¹³¹

¹³⁰ MORRIS, Herbert. Some further reflections on guilty and punishment. *Law and Philosophy*, n. 18, p. 363-378, 1999. Este artigo é uma resposta às críticas feitas por Dolinko, entretanto não importa ao presente estudo prosseguir em pormenores da teoria, como, por exemplo, a réplica do autor à indagação se em sua formulação seriam aceitos métodos de ultrapassar a autonomia do indivíduo, com a finalidade de ainda assim torná-lo uma pessoa livre e ligada ao bem. Com efeito, nestas páginas apenas constaram as ideias mais importantes para uma compreensão adequada da punição.

¹³¹ LUCAS, J. R. Or else. *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. 69, p. 207-222, 1968-1969, p. 209.

CAPÍTULO III - PUNIÇÃO, COMUNICAÇÃO E COMUNIDADE: A PERSPECTIVA DE DUFF

3.1 COMUNIDADE POLÍTICA

Uma teoria de punição pressupõe uma concepção do que é o crime e, portanto, dos limites da lei criminal. Pressupõe também uma concepção de Estado, sobre sua legitimidade e poder, bem como sua relação com os indivíduos. Logo, qualquer teoria de punição constitui apenas o último andar de todo um edifício normativo que lhe serve de alicerce. Sendo assim, percebe-se o esforço monumental que é desenvolver uma teoria completa, pois, ruindo um dos pilares que a sustentam, seja sobre a natureza dos indivíduos, do crime, do Estado e do poder, é possível que toda uma formulação se desmorone. Em outras palavras, ao teorizarmos sobre a punição criminal, não podemos nos esquecer de que, abaixo da ponta do *iceberg*, jaz submersa sua base gélida.

Mas neste estudo não será desenvolvida nem adotada uma teoria política específica, embora conste aqui e ali, no segundo capítulo, algumas considerações sobre o contrato social e a posição original de Rawls. Todavia, porque Duff delinea um ideal normativo de comunidade, baseando-o na analogia com um modelo de comunidade acadêmica, para servir de fundamento à sua teoria de punição como empreendimento de comunicação moral, um breve rascunho será traçado sobre o assunto – sem nenhuma pretensão de esgotá-lo.

Teorias liberais, por um lado, importam-se, sobretudo, com direitos e liberdades individuais e veem no Estado a aparelhagem necessária para garantir aos cidadãos o máximo de liberdade para perseguirem seus próprios interesses, desde que, é claro, essa busca não resulte em ofensa a terceiros. Nesse quadro, não há imposição de qual é o bem específico que os indivíduos devem almejar, porquanto o poder estatal só está legitimado porque, ao punir, protege a liberdade de todos para irem atrás de seus interesses sem a ameaça do crime. Teorias comunitárias, por outro lado, estão menos inclinadas a enxergar os indivíduos isolados uns dos outros, e nelas o Estado assume papel mais ativo no

fomento de um bem coletivo e na manutenção de valores sociais¹³². Pode-se dizer que aí se encontram as duas linhas gerais do pensamento jurídico: uma tradicional, aristotélica, na qual o homem naturalmente é animal político; outra moderna, baseada no direito subjetivo do indivíduo fundamentado principalmente em Hobbes¹³³.

O quadro geral acima descrito é uma redução simplíssima de problemas teóricos infinitamente maiores, porém a anotação é feita para assinalar que diferentes teorias políticas gerarão diferentes justificações para a punição. Contudo não se pode olvidar, para evitar logomaquias infrutíferas, do aviso de Feinberg:

Por vezes cada partidário define a posição do outro na forma mais extrema, para que a sua própria, apresentada como a única possibilidade frente ao absurdo, *wins by default*. Comunitarismo, por exemplo, frequentemente é apresentado como alternativa ao “individualismo”, que é definido em doutrinas completamente absurdas, nas quais cada pessoa é um átomo, uma ilha, cujo caráter essencial é formado independentemente das influências de grupos sociais e que é em princípio inteiramente autossuficiente. Em verdade, cada uma destas visões é correta, “individualismo” ou “comunitarismo”, tudo depende da questão que se espera a resposta, e como são tantas as questões, é possível que uma doutrina seja a resposta para algumas delas, e a outra para outras. E certas questões podem ser formuladas de maneira tão enganosa que comunitarismo e individualismo não se apresentem como respostas conflitantes de forma alguma.¹³⁴

Dito isso, a retórica penal de comunidade por vezes levanta diversas preocupações liberais, porque ela parece possibilitar uma subordinação dos direitos individuais aos bens comunitários. E mais, parece também legitimar um discurso no qual os

¹³² DUFF, Antony R.; GARLAND, David. Introduction: thinking about punishment. *In*: DUFF, Antony R.; GARLAND, David (Comp.). *A reader on punishment*. New York: Oxford, 1994, p. 1-44.

¹³³ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, *passim*. Interessa ao presente estudo saber da existência de toda uma linguagem jurídica e visão do direito – muito fora de moda – que não partem da noção moderna de direito subjetivo encabeçada por Hobbes. Não que a ideia do direito extraído do indivíduo, ou melhor, como qualidade própria do sujeito, separado de toda a ordem social preexistente, seja invenção exclusiva do autor, pois formulações teóricas desse tipo são encontradas nos estoicos e nominalistas. Mas é ele quem inverte a concepção clássica de Aristóteles, do homem naturalmente político, das sociedades serem naturais, de uma visão em conjunto a respeito da ordem que compõe a *polis*, de o direito ser um objeto, uma fração das coisas sociais que correspondem a cada um, etc. E a comunidade política esboçada por Duff, sem a menor dúvida, inclina-se à tradição clássica de Aristóteles e sua linhagem.

¹³⁴ FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law*. New York: Oxford, 1990. v.4: Harmless wrongdoing, p. 82.

criminosos sejam *excluídos* da comunidade dos respeitadores da lei, ou seja, de “nós”, os bons moços, contra “eles”, os inimigos. Mas, se formos levar a sério a ideia de comunidade no contexto da lei criminal e punição, argumenta Duff, devemos ter em mente a nossa sociedade moderna, complexa e pluralística, na qual a aspiração a valores comuns só pode ocorrer dentro dos limites impostos pelos princípios liberais da autonomia e da liberdade¹³⁵.

Para o autor, assim como ocorre na academia, dois aspectos centrais caracterizam a ideia de comunidade: primeiro, um comprometimento compartilhado pelos membros da comunidade a certos valores definidores que estruturam suas atividades comuns; segundo, um apreço mútuo como companheiros membros da comunidade, um apreço que é ele mesmo estruturado por aqueles valores definidores. E esses bens comuns devem ser os “nossos” bens, e sua própria natureza de bens depende de eles serem compartilhados. Decerto que existem bens individuais nesse quadro, mas tais bens individuais só assumem sua característica de bens internos às práticas da comunidade uma vez que contribuem, ou são entendidos por contribuírem, aos valores compartilhados da comunidade¹³⁶. Então, os membros da comunidade, *relativos estranhos* uns para os outros (ver p. 58), constituem uma verdadeira comunidade à medida que aspiram, e sabem que

¹³⁵ DUFF, Antony R. Penal communities. *Punishment and Society*, v. 1, n. 1, p. 27-43, 1999.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 29 *et seq.* Não é necessário descer às minúcias da analogia feita por Duff entre a comunidade política e a comunidade acadêmica, basta entender as linhas gerais. Na academia existem práticas internas orientadas para a busca do conhecimento, seu bem comum. E nela também há bens individuais, uma vez que cada membro tem as suas próprias ideias e publicações, porém eles só são entendidos como bens internos à prática acadêmica se eles estiverem mais ou menos em conformidade com os bens comuns. Nela pode haver desentendimentos ferozes acerca do que são os valores e como alcançá-los, ainda que todos tenham acordado sobre os valores estruturantes; porém nem todos esses desentendimentos, mesmo se profundos, têm força para destruir a comunidade. Academias possuem estruturas formais de hierarquia e poder, cujas regras devem ser entendidas por seus membros como justificadas para regular a busca dos bens que os definem, todos, como comunidade acadêmica que almeja conhecimento e compreensão. E contiguidade geográfica não é necessária para a comunidade, pois é suficiente que cada um se veja engajado em uma prática comum, e que cada um reconheça no outro um companheiro, reconhecimento este manifestado no respeito ao trabalho do outro. Ademais, comunidades acadêmicas são parciais, não totais: existem limites para o meu interesse nas atividades dos outros membros, pois algumas coisas são privadas e outras públicas. E essa distinção mesma é feita com base na importância de determinadas condutas em relação aos valores comuns e estruturantes. Por fim, embora o registro na comunidade acadêmica seja normalmente voluntário, comunidades em que o ingresso não é voluntário também ligam seus membros, como ocorre na família e nos países em que nascemos.

aspiram, a compartilhar os valores definidores da autonomia e da liberdade; e à medida que aspiram, e sabem que aspiram, ao devido apreço mútuo sob a luz desses valores¹³⁷.

E ele não quer dizer, como defensor de um comunitarismo-liberal, que nós devemos começar pensando metafisicamente ou moralmente em comunidades ao invés de em indivíduos; esse raciocínio nos levaria aceitar uma subordinação da autonomia, da liberdade ou da privacidade individual a um misterioso bem comum. Não é isso. A nota aqui é outra, de que devemos começar nos vendo como indivíduos na comunidade, onde esses bens comuns são bens, porque constituídos dentro de um contexto social que lhes possibilite e lhes confira significado e sentido¹³⁸.

Tudo isso foi desenvolvido para, ao final, chegar-se ao papel da lei criminal dentro dessa comunidade. Nela a lei criminal não é um decreto do soberano estrangeiro, que se vale de sua autoridade oferecendo aos cidadãos “razões independentes do conteúdo” (*content-independent reasons*) para que estes não cometam determinadas ações. Ao invés de *proibir* condutas erradas, a “nossa” lei como membros da comunidade *declara* quais dessas condutas erradas constituem crimes:

A lei deveria encarnar os valores aos quais nós já estamos comprometidos como membros da comunidade; ela deveria nesse sentido ser genuinamente *common law*. Mas, se é a “nossa” lei, suas especificações de certas condutas como criminosas não nos oferecem *novas* razões independentes do conteúdo para abstermo-nos de tal conduta: porque esta é uma conduta a qual nós já deveríamos ter reconhecido como errada nos termos dos valores compartilhados que a lei encarna.¹³⁹

Dizer que a lei criminal proíbe, por exemplo, o estupro, consiste em aceitar que nossas razões, para não cometermos tal conduta, são independentes de sua

¹³⁷ *Ibidem*, p. 32.

¹³⁸ DUFF, Antony R. *Punishment, communication, and community*. New York: Oxford, 2001, p. 51-52. Duff e Faria Costa convergem, *mutatis mutandis*, em respeito aos traços comunitários que embasam suas respectivas teorias de punição. Em ambos os autores há esta “aspiração” a valores comuns, a autonomia e a liberdade, sem os quais não existira uma comunidade política. Mas digno de nota não é exatamente a afinidade entre eles, nem mesmo a acuidade de suas concepções: o importante é a rejeição, ao menos aparente, com a noção de direito subjetivo dos indivíduos, a qual tomou conta do pensamento jurídico moderno. Neles a sociedade humana é vista como algo natural, mais ou menos nos termos da tradição aristotélica.

¹³⁹ DUFF, Antony R., *op. cit.* [n. 135], p. 33.

perversidade pré-legal. Essas razões têm a ver ou com a autoridade da lei (os cidadãos respeitam a lei, porque reconhecem uma obrigação de fazê-lo) ou com seu poder (obedecem por causa do medo da sanção)¹⁴⁰. Entretanto são pouquíssimas as pessoas que, não reconhecendo o caráter nocivo do estupro, deixam de cometê-lo por respeito à autoridade da lei. Em verdade, aqueles que não dão o devido valor à dignidade sexual, se forem deixar de cometer esse crime, será em razão da ameaça de punição. Sejam quais forem essas opções, o importante é a maneira como a lei deve se endereçar aos cidadãos: “Aja assim, porque você tem uma obrigação para com a lei” ou “aja assim, caso contrário você sofrerá sanções” não é maneira como a nossa lei deve nos tratar, indivíduos autônomos e responsáveis, membros da comunidade que somos¹⁴¹. Logo, e nas linhas já desenvolvidas no exemplo da cerca eletrificada de Hampton, percebe-se que o papel da lei não é apenas ou principalmente prevenir crimes, mas lembrar os membros da comunidade - se é que eles precisam lembrar - o porquê de aquela determinada conduta ser errada¹⁴².

Por outro lado, é justamente por termos valores definidores comuns, mas sermos relativos estranhos uns aos outros, que a lei criminal tem limites estritos em relação ao seu *alcance* e *sua profundidade*. Quanto ao alcance, estabelece-se que só serão criminalizadas determinadas condutas ofensivas a terceiros, e aquelas que ameaçam os valores básicos ou as condições mínimas de vida social: assim os cidadãos podem buscar suas próprias e variadas concepções do bem. Quanto à profundidade, cuja importância para o estudo é acentuada, a lei criminal se preocupará com ações, as quais, embora signifiquem muito mais do que mero movimento corporal, envolvem menos do que a personalidade moral inteira da pessoa¹⁴³ (ver p. 91-94).

¹⁴⁰ DUFF, Antony R., *op. cit.* [n. 138], p. 56-59.

¹⁴¹ DUFF, Antony R., *op. cit.* [n. 138], p. 58.

¹⁴² DUFF, Antony R., *op. cit.* [n. 138], *passim*. Poderão objetar que o papel da lei como declaração, que deve nos recordar do caráter errado dos crimes, é verdadeiro apenas nos *mala in se*, nos quais é evidente a perversidade pré-legal; o que não aconteceria na maioria nos *mala prohibita*, como, por exemplo, nos crimes contra o meio ambiente. Contudo todos os crimes necessariamente contêm desvalor ético-social, pois, caso contrário, seriam outra coisa, concernente ao direito civil ou administrativo. Logo, no segundo caso, a lei criminal também tem a função de lembrar os cidadãos do caráter errado de determinadas condutas, embora aqui tenha que ser um pouco mais persuasiva. De qualquer sorte, o ponto é que a lei criminal, por ser a nossa lei, que incorpora os nossos valores, não seja obedecida simplesmente por sua autoridade ou força, mas porque os cidadãos veem suas demandas como justificadas.

¹⁴³ DUFF, Antony R., *op. cit.* [n. 135], p. 31-34.

Igualmente a punição tem seus limites, que existem porque, afinal, como membros da comunidade, somos próximos uns aos outros, porém não tão próximos a ponto de sermos considerados amigos ou parentes¹⁴⁴. Queremos o bem para nós mesmos, assim como queremos ao outro, entretanto resguardamos um núcleo de intimidade onde cada indivíduo possa escolher o seu próprio bem. Em razão dessa distância adequada entre os membros da comunidade, a pessoa punida mantém sua autonomia ao não querer ser persuadida pela mensagem moral que a punição tenta comunicar¹⁴⁵. De outra banda, no reconhecimento do criminoso como o próximo, reconhece-se também que a punição não pode ser uma atividade de exclusão, cuja operação é feita por “nós”, os respeitadores da lei, contra “eles”, os criminosos - então membros da comunidade, os quais, por terem cometido um crime, deram adeus aos seus direitos de pessoa.

Mas afirmar que a punição não pode ser uma atividade de exclusão soa como hipocrisia, porque notadamente a realidade é outra, na qual a prisão serve como depósito de miseráveis. Do mesmo modo, tornou-se notória a política excludente da Califórnia, onde em *three strikes and you're out*: três crimes e você está fora, fora da comunidade. Contudo a ideia desenvolvida por Duff, ao rejeitar o discurso de “nós” contra “eles” e insistir que os criminosos mantêm seu *status* de membros da comunidade, é que a punição não precisa nem deveria ser assim. Ela pode ser, dentro do limitado contexto do sistema de justiça criminal, uma resposta de *inclusão*, visando a engajar o ofensor em um

¹⁴⁴ Admitir que somos relativamente estranhos representa, por um lado, um limite em profundidade à lei criminal e, por outro, o repúdio ao nosso discurso contra o deles, conforme já desenvolvido. A consequência disso é que a punição, como empreendimento de comunicação moral, deveria ser uma atividade de inclusão. É possível, e bastante frutífera, a analogia com a formulação de Barzotto, que viu na parábola do bom samaritano e na regra de ouro a base para uma ética da fraternidade. O samaritano, de acordo com o autor, não pergunta quem é seu próximo, ele simplesmente se aproxima e reconhece o outro, enchendo-se de compaixão e “criando as condições para que ele possa assumir-se como fim”. Reconhecer o outro como pessoa é reconhecer sua dignidade, e a atitude do samaritano, ao aproximar-se do outro, “é de inclusão, e não de exclusão, como a do legista, cuja pergunta tem a finalidade de obter um critério de não-reconhecimento de outrem.” BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa, fraternidade e direito. Disponível em: <<http://www.maritain.com.br/index2.php?p=productMore&iProduct=13>>. Acesso em: 06 dez. 2010. Ver: LORENZO, Wambert Gomes. Pluralismo, cultura e reconhecimento. Disponível em: <<http://www.maritain.com.br/index2.php?p=productMore&iProduct=78>>. Acesso em: 06 dez. 2010.

¹⁴⁵ DUFF, Antony R. Inclusion, exclusion and the role of the criminal law. *Policy Futures in Education*, v. 1, n. 4, p. 699-715, 2003.

processo de comunicação moral¹⁴⁶. Mas não uma inclusão conforme proposta pelas teorias de punição reformistas, as quais buscavam transformar todo o ser moral do criminoso. Até porque, sendo a comunidade formada por indivíduos não tão próximos, o Estado só pode interferir de forma muito limitada no caráter moral deles, sob pena de restringir ilegitimamente a autonomia e liberdade individual¹⁴⁷. Buscam-se aqui, e os exemplos já podem ser vistos em diversos lugares, iniciativas como a pena de prestação de serviços à comunidade, e aquelas tomadas pelos defensores da justiça restaurativa, cujo foco é reparar o dano e reconciliar os membros da comunidade¹⁴⁸.

Para sintetizar, os argumentos de Duff aos dissensores, justificando que, de certa forma, todos estamos ligados, em maior ou menor grau, aos valores da comunidade a qual pertencemos:

Isso [a punição] envolve um apelo para que eles reconheçam os outros como companheiros em uma comunidade que eles não escolheram se afiliar, mas na qual eles se encontram, e envolve que eles aceitem como seus os valores desta comunidade - como valores dignos de sua aceitação. Tais apelos podem, como qualquer apelo moral, falhar. Aqueles aos quais nós apelamos podem permanecer surdos ou não persuadidos, e nós não podemos tentar fazê-los crer que são irracionais por causa disso. Nós devemos lamentar tal falha, porém isso não torna ilegítima ou injustificada nossa insistência que eles devem ser persuadidos - que eles devem reconhecer esta sociedade e estes valores.

(...) Enquanto apelarmos ao entendimento moral deles, sua imaginação e sensibilidade; enquanto não usarmos métodos ilegítimos de enganação, manipulação ou coerção para tentar persuadi-los; enquanto nós deixarmos, ao final, para eles a escolha entre reconhecimento e aceitação ou refutação daquilo que nós os instigamos: nós não estamos tentando indevidamente impor nada sobre eles. Ao revés, nós estamos nos endereçando a eles - como deveríamos - como agentes morais responsáveis, buscando através de meios apropriados a persuasão deles para o que entendemos ser verdadeiro.¹⁴⁹

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 711.

¹⁴⁷ Conforme visto em Feinberg e Hampton. Além disso, na teoria de Duff a punição não é orientada em busca da educação do indivíduo. Nela pretende-se engajar o criminoso em um processo moral de comunicação, possibilitando, se ele escolher escutar a mensagem que está sendo passada, o arrependimento, a reconciliação e a reforma.

¹⁴⁸ Alguns resultados obtidos na prática pela Justiça Restaurativa no Rio Grande do Sul podem ser vistos em: <http://www.justica21.org.br/interno.php?ativo=BIBLIOTECA&sub_ativo=PR>. Acesso em: 06 dez. 2010.

¹⁴⁹ DUFF, Antony R., *op. cit.* [n. 138], p. 71.

Enfim, deve-se entender que existem valores que nos unem simplesmente por sermos “o próximo” uns dos outros. Se o indivíduo não simpatiza com outro, não percebe suas necessidades e não enxerga o sofrimento que seu crime causou, devemos tentar fazê-lo reconhecer e aceitar as demandas morais que nos impõem os valores decorrentes de sermos, todos, pessoas – como “um samaritano, que ia de viagem, chegou ao pé dele e, vendo-o, moveu-se de íntima compaixão” (Lucas 10:25-37). E a compreensão do indivíduo na comunidade, ao invés de apartado ou subordinado a ela, nos termos da tradição clássica do pensamento jurídico, facilita o desvendar da alquimia moral, de que fala Hart, entre culpa, merecimento e castigo, porque “o ‘direito’, assim pensado (...) não comporta ao indivíduo apenas um ativo, vantagens: meu direito, o que deve corresponder a mim, o que mereço pessoalmente, pode também ser uma punição.”¹⁵⁰

Por derradeiro, um último tópico deve ser abordado. Como visto, a punição em uma comunidade assim entendida é atividade inclusionária, porque visa a engajar o criminoso, membro que violou valores supostamente seus, em um processo de comunicação moral, mediante o qual ele pode reparar a ofensa e reconciliar-se com seus companheiros cidadãos, fortalecendo-se, portanto, os laços da comunidade danificados por seu crime. Mas cabe perguntar: será que existem crimes tão graves, tão hediondos, que sua própria natureza torna a exclusão legítima e até mesmo necessária? A questão é se existem limites para a comunidade, se há um tal ponto a partir do qual o ofensor não pode mais ser tratado como membro integral dela¹⁵¹.

Três exemplos de ofensas que violam tão profundamente os valores comunitários tornando impossível a continuação ou a restauração do criminoso na vida em comum suscitam a indagação acima: (I) crimes singulares extremamente cruéis; (II) diversos crimes graves cometidos pelo mesmo ofensor, persistente e perigoso “criminoso de carreira”; (III) ataques terroristas¹⁵².

¹⁵⁰ VILLEY, Michel, *op cit.* [n. 133], p. 691.

¹⁵¹ DUFF, Antony R. Penance, punishment and the limits of community. *Punishment and Society*, v. 5, n. 3, p. 295-312, 2003.

¹⁵² *Ibidem*, p. 306

Quanto ao primeiro, Duff afirma que “não”. Com crimes horrendos há espaço para a dúvida sobre a própria responsabilidade do indivíduo e sua sanidade, porém, se ele é responsável, devemos tratá-lo como tal, possibilitando uma chance, mediante a punição, para o arrependimento. Em relação aos “criminosos de carreira”, embora o autor queira dar uma resposta negativa, ele acha difícil fazê-lo, pois não consegue honestamente admitir que a condição de membro da comunidade é absoluta e irrevogável - de que nada, nem mesmo a persistência do indivíduo em violar os nossos valores mais caros, seja capaz de destruir os laços comunitários¹⁵³. Por fim, a questão sobre terroristas envolve tantos conceitos, como a lei criminal internacional e a teoria da guerra justa, a que Duff não consegue dar uma resposta adequada. No entanto ele pergunta “se podemos encontrar, dentro de uma visão secular de mundo, os meios não apenas para entender, mas para fazer nosso, esse respeito incondicional pela humanidade de todo e qualquer ser humano, seja o que for que ele tenha feito”¹⁵⁴. Percebe-se, para dizer menos, que é bastante complicado determinar a extensão da comunidade.

Nota-se, em razão do explicado acima, sobretudo ao pensar-se nos criminosos perigosos e persistentes, que a punição deveria ter uma natureza preventiva, afinal o próprio direito penal parece desenhado desta maneira: ameaças de castigo para evitar as condutas descritas nos tipos penais. Sendo assim, o discurso de Duff sobre a comunidade e o respeito aos agentes morais responsáveis soaria um tanto pueril, ainda mais se considerarmos que, se o fundamento da punição é a comunicação moral, tal mensagem poderia ser transmitida em termos puramente simbólicos ou formais. O ponto é importantíssimo, e pode também ser desenvolvido com base na seguinte pergunta: por que os culpados merecem sofrer?¹⁵⁵

¹⁵³ *Ibidem*, p. 307-308.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 309.

¹⁵⁵ Se ainda não ficou claro, repita-se: a pergunta mais adequada não é “por que punir?”, mas “o que fazer com aquele que cometeu um crime?”, ou melhor, se vamos retribuir alguma coisa, “por que retribuir punição?” Naquela primeira pergunta, assumimos de antemão (já sabemos) que a resposta adequada ao crime deve ser uma punitiva, que envolve sofrimento, tratamento severo, privação material. Enquanto na segunda e na terceira, buscamos a razão mesma de impor uma resposta ao crime que envolva tudo disso (estamos procurando saber). Ademais, também não podemos nos contentar com a resposta “porque o criminoso merece sofrer”, ao revés, devemos indagar: “por que o criminoso merece sofrer?” e, mais precisamente, “o que o criminoso merece sofrer?” Nesse sentido, ver: BURGH Richard W. Do the guilty deserve punishment? *The Journal of Philosophy*, v. 79,

3.2 CENSURA E “TRATAMENTO SEVERO” (*HARD TREATMENT*)

Aqueles que veem na punição um empreendimento de expressão ou de comunicação devem justificar a razão pela qual essa função envolve “tratamento severo, privação material, sofrimento” (*hard treatment*)¹⁵⁶. Isso porque censura, reprovação, ou qualquer outra mensagem contida na punição podem ser, em tese, transmitidas por meios puramente simbólicos ou formais. Antes de essa questão essencial ser analisada, é necessário dar um primeiro passo: mostrar que a punição efetivamente possui tal caráter de censura por um comportamento errado e, por consequência, de reafirmação dos valores e condutas corretos.

A qualidade expressiva da punição não é novidade; alguns sociólogos, como Durkheim¹⁵⁷, já teorizaram a respeito do aspecto simbólico e comunicativo de cerimônias penais. E no quanto importa ao estudo, essa faceta já foi esboçada na teoria de Hampton (ver p. 44-47), pois as condutas que são consideradas crimes não o são simplesmente porque queremos evitar um comportamento, uma vez que isso pode ser buscado pelo direito civil ou administrativo. Um furto, por exemplo, pode prejudicar uma pessoa tanto quanto ser vencido em uma concorrência comercial. Contudo apenas o furto é crime, porque ele expressa desrespeito pelo direito da vítima à propriedade, enquanto a concorrência comercial, em regra, não tem esse significado¹⁵⁸. É dizer, nas palavras de von

n. 4, p. 193-210, apr. 1982. ÁRDAL, Páll S. Does anyone ever deserve to suffer? In: DUFF, Antony R (org.). Punishment. Dartmouth: Dartmouth, 1993. p. 85-101. HUSAK, Douglas. Why punish the deserving. *Noûs*, v. 26, n. 4, p. 447-464, dec. 1992.

¹⁵⁶ O termo *hard treatment* foi cunhado por Feinberg, em oposição a *censure*. Até hoje essas categorias são trabalhadas quando se fala em teorias comunicativas da punição. Neste estudo, não há distinção entre as três expressões utilizadas para traduzir *hard treatment*; todas têm o mesmo sentido. Sofrimento foi a palavra utilizada na tradução espanhol do livro de von Hirsch. Privação material é o termo análogo usado por alguns autores para falar do *hard treatment*. Por fim, tratamento severo é a tradução literal.

¹⁵⁷ No contexto da educação infantil, Durkheim explicou que “a punição é apenas o símbolo palpável através da qual um estado interno é representado; é um apontamento, uma linguagem, através da qual ou a consciência geral social ou o professor escolar expressa o sentimento inspirado pelo comportamento desaprovado.” DURKHEIM, Emílie. *Moral Education*. New York: Free Press of Glencoe, 1961. p. 176.

¹⁵⁸ KAHAN, Dan M. What do alternative sanctions means. *University of Chicago Law Review*, n. 63, p. 591-653. Em resumo, a autora explicou, com esse exemplo, que o objeto do direito penal não está

Hirsch, que “nem todas as condutas que aparecem ao Estado como dignas de desencorajar são assunto apropriado para punição. Para criminalizar uma conduta, deve ser mostrado que o comportamento de certa forma é repreensível.”¹⁵⁹

Há, contudo, uma maneira mais fácil para demonstrar a função expressiva da punição: distinguindo-a de meras penalidades. Decerto que existem várias semelhanças entre uma punição e, por exemplo, uma multa por estacionar no lugar errado. Ambas são privações autoritárias decorrentes de uma falha, visando, sobretudo, a evitar que um determinado comportamento ocorra. Mas a punição tem um significado simbólico específico: “ela é um dispositivo convencional para a expressão de atitudes de ressentimento e indignação, e de julgamentos de desaprovação e reprovação, por parte ou da própria autoridade punitiva ou daqueles ‘em cujo nome’ a punição é imposta.”¹⁶⁰

Ademais, prossegue Feinberg, a punição possui quatro funções específicas, negligenciadas no debate tradicional entre teorias retributivas e preventivas: (I) “repúdio autoritário” (*authoritative disavowal*): em que o Estado, quando impõe uma punição, demonstra que reconhece os direitos da vítima e, portanto, demonstra que reconhece a iniquidade da conduta do ofensor; (II) “não-aquiêsciência simbólica” (*symbolic nonacquiescence*): é a lei falando em nome do povo, cuja demanda por punição representa o sentimento de que os criminosos merecem ser condenados; (III) “vindicação da lei” (*vindication of the law*): significa que a lei não seria levada a sério se não fosse enfaticamente reafirmada, ou seja, se aqueles que a violassem não fossem punidos; (IV) “absolvição de terceiros” (*absolution of others*): ocorre porque, quando algum ou alguns indivíduos são punidos por determinado crime, todos os outros são liberados de suspeita e informalmente absolvidos desse mesmo crime¹⁶¹.

necessariamente no interesse prejudicado da pessoa, o patrimônio, nem mesma na intensidade que esse interesse foi prejudicado, uma vez que resultados idênticos foram ocasionados por condutas distintas - uma, crime, e a outra, não. E o elemento que torna o furto crime é a injustiça de tomar o patrimônio da vítima, o que denota um descaso para com os direitos dela. Há uma semelhança, em tal problemática, com as discussões sobre a diferença entre o crime e o ilícito administrativo.

¹⁵⁹ VON HIRSCH, Andrew. Past or futures crimes: deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals. Manchester: Manchester, 1985, p. 56.

¹⁶⁰ FEINBERG, JOEL. The expressive function of punishment. In: DUFF, Antony R.; GARLAND, David (Comp.). A reader on punishment. New York: Oxford, 1994, p. 74.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 77-80.

Mas da asserção de diversas funções simbólicas não se retira o modo pelo qual elas devem ser transmitidas. Afinal, segundo o autor, a punição é um dispositivo convencional como “o champagne é a bebida alcoólica usada em grandes eventos, ou como o preto é a cor do luto”¹⁶². Logo, a sociedade poderia convencionar qualquer outro mecanismo, como um ritual público elaborado, que preservaria a função condenatória da punição, no entanto dispensaria o tratamento severo atualmente utilizado: “não poderia o trabalho ser feito de forma mais econômica? não há uma maneira de estigmatizar sem inflingir qualquer dor adicional (e sem sentido) ao corpo, à família, à capacidade criativa?”¹⁶³. Conforme visto anteriormente, ele não consegue entender a ligação entre a dor, o sofrimento, e qualquer mensagem moral que se pretende passar mediante a punição.

A questão então permanece sem resposta: por que a censura deve ser transmitida mediante o sofrimento? Ora, sentimentos podem ser expressos ou comunicados de várias maneiras: “um rosto ruborizado expressa raiva, assim como um ataque a um ‘alvo natural’. O primeiro não *desafoga* a raiva. No entanto, os dois demonstram como a pessoa sente”¹⁶⁴. Pode-se fazer doravante uma distinção entre “expressionismo extrínseco” e “expressionismo intrínseco”. No primeiro, a condenação expressa pela punição é meramente um meio necessário para atingir determinado fim. Sendo assim, poderíamos não condenar um crime, ou melhor, poderíamos até louvá-lo se, com isso, atingíssemos tal finalidade. No segundo, por outro lado, a punição é o meio intrinsecamente correto e adequado para expressar a condenação que o crime merece¹⁶⁵.

Contudo, antes de prosseguir, ressalta-se que a distinção acima foi feita somente para facilitar a análise do objeto. Não se pretende olhar o modo da punição, por exemplo, o encarceramento, como simples veículo de proclamadas intenções - retributivas, preventivas ou da expressão da condenação pela comunidade - sem perguntar a questão

¹⁶² *Ibidem*, p. 76.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 87.

¹⁶⁴ SKILLEN, A. J. How to say things with walls. *Philosophy*, n. 55, p. 509-523, 1980.

¹⁶⁵ PRIMORATZ, Igor. Punishment as language. *In*: DUFF, Antony R (org.). *Punishment*. Aldershot: Dartmouth, 1993. p. 55-74. *Ibidem*, p. 306

mesma sobre a “filosofia” da instituição. Pode ser que o meio possua sua própria mensagem¹⁶⁶.

3.2.1 Explicação de von Hirsch (expressionismo extrínseco)

No livro *Doing Justice*, do ano de 1976, von Hirsch questiona se a ameaça e a imposição de pena é suficiente para justificarmos um sistema de sanção criminal como o conhecemos, se a punição, ou melhor, este efeito preventivo geral negativo, tem o condão de diminuir ao menos um pouco a criminalidade. A conclusão, nem um pouco diferente daquilo que os criminologistas já advertiam, é que a punição, em alguns crimes e para algumas pessoas, tem um mínimo de efeito dissuasório: “se a proibição não fosse apoiada pela sanção, violações seriam lugar-comum”¹⁶⁷. Assumindo-se que a punição tem esse mínimo efeito preventivo, percebe-se facilmente porque a prevenção ajuda a justificar a existência de sanções criminais. Mas será isso uma razão suficiente?¹⁶⁸

A resposta é não. Decerto que a base lógica para a criação de proibições legais é orientada ao futuro; entretanto, ocorrido o crime, seria a prevenção de subsquentes violações a única razão para punir o criminoso? Não haveria, por acaso, neste momento, uma justificação retrospectiva para a punição? Segundo ele, na linha posteriormente desenvolvida por Murphy e tantos outros, embora a prevenção explique por que a punição é socialmente útil, o merecimento é necessário para explicar a razão pela qual é justo impor o sofrimento a um criminoso¹⁶⁹. É com o sofrimento, portanto, que o indivíduo é tolhido da

¹⁶⁶ SKILLEN, A. J., *op cit.* [n. 164].

¹⁶⁷ VON HIRSCH, Andrew. *Doing justice: the choice of punishments*. New York: Hill and Wang, 1976. p. 44. O livro é fruto do trabalho de quatro anos do Comitê pelo Estudo do Encarceramento. Sua importância histórica é notável, pois, com base nele, ressurgiram as teorias retributivas, ante o quadro de descontentamento com os efeitos da prisão e o pensamento dominante da época: de que as sentenças deveriam servir para reabilitar o ofensor ou isolá-lo da sociedade caso fosse perigoso. No livro, o conceito de “merecimento” (*desert*) foi recuperado e, com isso, chegou-se à conclusão, muito diferente do pensamento da época, que fazer menos seria a forma de “fazer justiça”: diminuir a severidade das penas, utilizar menos a prisão, etc.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 36-44.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 51.

vantagem indevida produto de seu crime, restaurando-se assim a balança de benefícios e encargos.

O autor, todavia, abandonou essa lógica radicada parcialmente na teoria de punição como equidade. Em 1985, no livro *Past or Future Crimes*, ele sugere uma explicação dual de castigo. A punição merecida pelo indivíduo tem a função de censurá-lo pela conduta errada, entretanto o sofrimento, em última análise, é garantido por razões preventivas, para desencorajar ofensas: “se a punição não tivesse valor preventivo, o sofrimento que ela inflige seria injustificado”¹⁷⁰. Mas essa racionalidade, argumenta von Hirsch, estava em conflito. Se a pessoa, agente moral responsável, não é sensível ao chamamento moral, deveríamos tratá-la com ameaças, como se fosse um tigre a ser condicionado em razão do medo de consequências desagradáveis?¹⁷¹ Não é bem assim: não é que, inicialmente, começamos com o apelo moral da lei, porém acabamos deixando-o de lado para falar na linguagem de ameaças. Argumenta o autor:

A função preventiva da sanção consiste, penso, em fornecer razões prudenciais; razões que estão vinculadas e complementam as razões normativas expressadas na censura penal. O direito penal, mediante a censura implícita em suas sanções expressa que a conduta está mal e com isso fornece ao agente razões morais para desistir. De todos os meios (dada a falibilidade humana) ele pode sentir-se tentado. O que o *desincentivo prudencial* pode fazer é fornecer-lhe uma razão adicional - a prudência - para resistir à tentação. Com efeito, um agente que já aceitou a mensagem de que não deveria ofender e que reconhece a possibilidade, deveria favorecer a existência deste *desincentivo prudencial*, como maneira de ajudar-lhe a comportar-se de uma forma que ele mesmo entende correta¹⁷².

A explicação dada por von Hirsch segue a linha de Feinberg. Para eles, entre a mensagem moral que a punição pretende comunicar e o sofrimento imposto não há

¹⁷⁰ VON HIRSCH, Andrew, *op. cit.* [n. 159], p. 54. Ele ressalta que, em sua visão, a instituição da punição não é justificada unicamente em busca de benefícios sociais. É o elemento de censura e reprovação, intrínseco na natureza mesma da punição, que justifica sua distribuição aos que merecem. Os argumentos consequencialistas são explicados, em parte, porque a ameaça e a aplicação de punição, ao cabo, conseguem prevenir um ou outro crime. Caso contrário, poderíamos abolir a instituição da punição, reduzindo-se assim o sofrimento que ela impõe. Poderíamos ter, então, um sistema puramente simbólico ou formal para condenar a conduta errada do criminoso.

¹⁷¹ VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. Madrid: Trotta, 1998. p. 34-41.

¹⁷² *Ibidem*, p. 41.

uma ligação natural. Embora o segundo, ao final, não justifique a imposição do sofrimento, ele admite que a punição é apenas um símbolo convencional e, como tal, poderia ser substituído. E o primeiro, nessa mesma linha, afirma que seria possível expressar o sentimento de indignação e censura de outra forma, caso a privação material não tivesse nenhum efeito preventivo. Justamente por isso que essas linhas de pensamento são denominadas de *expressionismo extrínseco*.

3.2.2 Como falar com as paredes? (expressionismo intrínseco)

Pode ser argumentado, e é exatamente isso que fazem os teóricos do chamado *expressionismo intrínseco*, que a punição não é apenas um símbolo, uma convencionalidade para expressar as atitudes de ressentimento e indignação que o crime desperta. Ou seja, nossos sentimentos teriam uma maneira própria de serem expressos. Skillen expõe, em resposta à Feinberg, que:

A relação entre o assim chamado “símbolo” e a atitude expressada é, por mais que muitos façam esta abordagem, dificilmente apenas convencional. (...) Ao passo que o preto é indiscutivelmente neutro em si mesmo e só contextualmente e convencionalmente constituído como traje de luto (...), é bastante claro que perder dinheiro, anos de liberdade, ou partes do corpo é dificilmente neutro nesse sentido. Isso sugere uma radical inadequação na descrição de Feinberg. Feinberg vastamente subestima a adequação natural, não arbitrária, de algumas formas de sofrimento como expressão ou comunicação das atitudes moralísticas e punitivas. Tais práticas *incorporam* hostilidade punitiva, elas não apenas as “simbolizam”.¹⁷³

Todavia, mesmo que a ligação entre crime e punição dificilmente seja arbitrária ou convencional, por que não insistir em expressar censura por meios puramente formais? Não poderíamos encontrar uma maneira que, embora não tão apropriada ou natural, ainda assim pudesse transmitir a mensagem? A resposta, disse Primoratz, é que criminosos são surdos a meras palavras, eles não se importam com padrões da sociedade, não têm respeito com os outros e são deficientes em simpatia humana; caso contrário não

¹⁷³ SKILLEN, A. J., *op cit.* [n. 164], p. 517.

cometeriam crimes. Mas eles são dotados de uma vívida apreciação de seus próprios interesses assim como todo mundo. Então a condenação só irá alcançá-los, e eles só irão entender como a ação deles é errada, “se a mensagem for traduzida para a única linguagem que eles certamente entenderão: a linguagem do interesse próprio.”¹⁷⁴

Ademais, a mensagem que a punição pretende comunicar não é endereçada apenas aos criminosos, ela também alcança a vítima e toda a comunidade, cujos valores foram violados (afinal, os crimes são públicos). Uma condenação meramente simbólica, por mais pública e elaborada que fosse, não seria convincente. Haveria uma severa desproporcionalidade se as sanções que seguem as violações dos nossos interesses mais caros (vida, dignidade sexual e propriedade) fossem comunicadas só verbalmente. Até porque, em regra, os crimes têm resultados bastante palpáveis. Não se poderia mostrar que uma conduta é crime se sua resposta, a punição, guardasse tamanha disparidade com a ação proibida¹⁷⁵.

Mas daí – poderão objetar – a expressão natural da censura ao homicida seria o homicídio; ao esturador, o estupro; ao ladrão que suas posses fossem tomadas. Só assim mostraríamos o porquê de essas condutas serem crimes, só assim a lei seria levada a sério. No entanto tal linha de raciocínio é apressada. Isso porque a punição, na narrativa aqui desenvolvida, incorpora os valores de comunidade e, portanto, uma comunicação assim entendida contrariaria a própria mensagem transmitida: ““(Bang!) Não bata em crianças menores que você!; ‘Execute-o! Nós devemos mostrar o valor que damos à vida humana’.”¹⁷⁶ Em verdade, a insistência de que o modo da punição possui uma mensagem própria nos dá argumentos, explorados atualmente pela justiça restaurativa, para justificar penas alternativas. Não precisaria ser empiricamente demonstrado, por exemplo, que a prestação de serviços à comunidade trará maiores efeitos preventivos do que a pena de prisão nos casos de crimes menos graves. Ao invés, poderíamos simplesmente expor que ela é adequada para incorporar e comunicar nossos valores comunitários; para mostrar ao ofensor seu erro, para reconciliá-lo com a vítima mediante a reparação do dano causado.

¹⁷⁴ PRIMORATZ, Igor, *op. cit.* [n. 165], p. 67.

¹⁷⁵ PRIMORATZ, Igor, *op. cit.* [n. 165], p. 68.

¹⁷⁶ SKILLEN, A. J., *op. cit.* [n. 164], p. 521.

Para tornar isso mais claro, traz-se a explicação de Kahan sobre as razões histórico-sociais que fizeram a punição corporal ser trocada pelo encarceramento, nos Estados Unidos. Segundo a autora, isso não aconteceu porque as pessoas começaram a achar que chicotadas e choques eram muito custosos ou ineficientes. Ocorreu que a punição dessa forma comunicava a mensagem errada sobre a relação entre cidadãos livres e iguais com seu país, uma vez que os suplícios corporais estavam ligados à maneira como os senhores tratavam seus escravos - hierarquia social a partir de então repudiada. Com efeito, havia até uma superposição entre os movimentos pela abolição da escravatura, eliminação dos castigos corporais e a instituição de penitenciárias¹⁷⁷. À época, as pessoas viam a privação da liberdade como um meio natural de disciplinar uma ordem social igualitária: “o encarceramento expressava o que os cidadãos de uma república compartilhavam - sua liberdade - ao invés daquilo que separa o que pune e o que é punido”¹⁷⁸. Por outro lado, multas não são preferidas em detrimento do encarceramento pela mesma razão: elas falham em comunicar a condenação moral ao criminoso. As multas não possuem o apelo universal que a perda de liberdade tem, pois significam uma coisa para o rico e outra, para o pobre. Ademais, e principalmente, elas mais se parecem com uma taxa para realizar a conduta do que propriamente uma condenação: até um observador casual fica enfurecido, quando os criminosos compram seu *ticket* de saída das consequências de seu crime, ou quando, no contexto da criminalidade econômica, a punição é vista simplesmente como um preço para fazer negócios¹⁷⁹.

De qualquer sorte, devemos indagar sobre o que estamos comunicando, como estamos comunicando, quem é o remetente e quem é o destinatário da mensagem. A questão não é se a punição previne eficazmente ou retribui proporcionalmente; o essencial é saber se o sofrimento que impomos incorpora e comunica nossos valores: “se levarmos a ‘expressividade’ a sério, então teremos que perguntar como os valores são expressados. E isso nos leva ao pensamento de que *o meio* pelo qual os valores proclamados são

¹⁷⁷ KAHAN, Dan M., *op cit.* [n. 158] p. 607 *et seq.*

¹⁷⁸ KAHAN, Dan M., *op cit.* [n. 158] p. 613.

¹⁷⁹ KAHAN, Dan M., *op cit.* [n. 158] p. 617 *et seq.*

expressados, incluindo aí a maneira como os ofensores são tratados, exhibe algo profundo sobre os valores que realmente estão em jogo.”¹⁸⁰

3.2.3 Recapitulando

Antes de prosseguir, é preciso recapitular. Explicou-se, acima, que a punição em uma comunidade ideal, cujos valores são compartilhados, transmite uma mensagem para criminosos e vítimas, bem como para todos os membros comunitários. Para aqueles, comunica-se censura, condenação, reprovação do comportamento tomado, responsabilizando-os pela ofensa causada. Para as vítimas e para a comunidade como um todo (inclusive o criminoso), comunica-se que os valores violados realmente importam, que o Estado “fala sério” quando criminaliza e prevê punição para algumas condutas. É dizer, a punição não é um ato desprovido de sentido, pois ela expressa, como mostrou Feinberg: o repúdio autoritário, a absolvição de terceiros, a não-aquiescência simbólica e a vindicação da lei.

Mas então surgiu um problema: por que tais funções são satisfeitas apenas impondo privação material aos criminosos? Não poderia o processo penal acabar na sentença condenatória? Não poderiam todas essas funções que caracterizam a punição serem comunicadas apenas verbalmente?

Com base nessas indagações, duas respostas foram dadas. Na primeira, denominada expressionismo extrínseco, explicou-se que acabamos impondo sofrimento aos criminosos, porque esse é símbolo que convencionamos utilizar para comunicar censura, pelas mais variadas razões, sendo uma dessas razões, conforme argumentou von Hirsch, o efeito preventivo que a privação material possui. Nessa narrativa, percebe-se claramente que os elementos são distintos (censura e privação material), e a ligação entre eles é externa (prevenção). Não tivesse o sofrimento efeitos preventivos, caso pudessemos encontrar um

¹⁸⁰ SKILLEN, A. J., *op cit.* [n. 164], p. 522.

meio mais eficaz para comunicar censura - um que não envolvesse privação material -, poderíamos até mesmo sustentar a abolição da justiça criminal como a conhecemos.

A segunda resposta implica, necessariamente, a extinção do problema como ele foi desenvolvido. Censura e privação material não são elementos separados, ligados por uma razão externa; trata-se apenas de uma gradação na maneira pela qual dizemos que uma conduta é errada. Por exemplo, imaginemos que uma criança cometeu uma travessura. O pai dela pode dizer, com um semblante sério, algumas palavras sobre como aquela ação está mal, bem como pode colocá-la de castigo, trancada no quarto. Se esse genitor escolhe o castigo mais severo porque acredita ser o meio correto para refletir a gravidade da travessura de seu filho, então não há distinção entre os elementos: tanto falar como colocar de castigo são formas intrinsecamente adequadas para transmitir a mensagem. Ou seja, para justificar a privação material não é necessário apelar para um elemento externo (o efeito preventivo). Nesse quadro, John Tasioulas fez uma importante observação:

Até censura puramente formal constitui tratamento severo, pois se espera que condenação seja experimentada como algo que não é bem-vindo, um “bringing up short” do ofensor, um chamar atenção para, e uma denúncia de seu ilícito moral. (...) Então, não é que devemos negociar um enorme golfo entre a justificação da condenação formal e justificação do tratamento severo. Ao invés, a questão precisa ser reformulada: porque deve a censura tomar a forma de condenação que envolve tratamento severo para além e acima o tratamento severo já propiciado pelos meios mais lenientes de comunicar censura?¹⁸¹

Com a pergunta refinada, pode-se até mesmo descartar os termos anteriormente utilizados: censura oposta ao sofrimento, privação material, tratamento severo; expressionismo extrínseco ou intrínseco. Agora, toda a problemática será desenvolvida novamente - acredita-se que sem nenhum prejuízo -, pois esse é o ponto central para entender a punição como processo comunicativo. Só que, neste momento, começa-se pouco mais a fundo: qual é a resposta moralmente adequada ao crime? Sabe-se que geralmente não nos colocamos tal indagação, uma vez que nos parece instintivamente correto condenar aquele que cometeu um crime. Contudo esse é um importante ponto de partida, pelas razões que seguirão.

¹⁸¹ TASIOLAS, John. Punishment and repentance. *Philosophy*, n. 81, p. 279-322, 2006, p. 295-296.

3.2.4 “Prejuízos, erros” (*harms and wrongs*) e a censura.

A punição é feita para ser algo que não é bem-vindo, que deveria ser evitado, algo que a pessoa não iria fazer se tivesse a oportunidade de escolher. Seria absurdo impor algo como punição que a pessoa faria de qualquer forma¹⁸². Mas nem todas as coisas desagradáveis que recaem sobre as pessoas constituem uma punição. Pensemos em um desastre natural ou um acidente. Então, para ser punição ela deve ser imposta intencionalmente. Além disso, a punição deve ser imposta por algo que foi feito: o traço distintivo é que, quando for perguntado “Por quê?”, a resposta necessariamente deve começar com “Porque você fez isso...”¹⁸³. E o que foi feito deve ser algo “errado” (*wrong*), legalmente ou moralmente: “a não ser que quem esteja me punindo esteja preparado para dizer que está me punindo por algo que é - em certo sentido - errado, ele é tão incoerente quanto se estivesse me dizendo que está me punindo por nada.”¹⁸⁴

O ponto central dessa narrativa, desenvolvida por Lucas, é que só podemos ser punidos por algo que é errado. Mas ainda não se está dizendo, com isso, que para ser crime a conduta deve ser “moralmente errada” (*morally wrong*). Aqui o importante é saber que, para ser assunto da lei criminal, de alguma maneira a conduta deveria ser vista como errada, independente da fonte, seja legal ou moral. Conforme desenvolvido algures, em uma comunidade cujos valores são compartilhados, os membros deveriam respeitar a lei, mesmo nos crimes *mala prohibita*, porque entendem como justificadas suas demandas – o respeito não deveria advir pelo medo da ameaça da sanção ou da autoridade da lei, mas porque, afinal, entendemos que um argumento válido foi levantado para que determinada conduta seja considerada errada e, portanto, criminosa.

¹⁸² LUCAS, J. R. Or else. *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. 69, p. 207-222, 1968-1969, p. 208.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 210.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 211.

Para tornar mais simples o tópico anterior, será traçado uma breve explicação de Feinberg. O autor explica que a palavra *harm* (“prejuízo”) é ambígua e possui diversos significados, três deles são importantes¹⁸⁵. O primeiro sentido é derivativo ou extenso, o qual é mencionado apenas para ser descartado. Não podemos propriamente dizer que prejudicamos uma janela, pois janelas são quebradas ou danificadas. O que é diretamente prejudicado, em verdade, são os interesses do proprietário, pois janelas só são prejudicadas em um sentido derivativo ou extenso¹⁸⁶. Dito isso, podemos agora facilmente compreender o segundo sentido de *harm*, este sim genuíno: quando dizemos que frustramos, impedimos ou derrotamos um interesse. O termo interesse, entretanto, é para ser usado no sentido de que algo esteja em jogo, correndo risco. São todas coisas com que eu me importo, e delas depende meu próprio bem-estar. E os meus interesses podem ser bloqueados ou derrotados por eventos naturais, mas eles só podem ser invadidos por humanos¹⁸⁷. O terceiro sentido, fundamental para o presente estudo, cuja presença é necessária em qualquer formulação do *harm principle*, pode ser expresso ao falarmos que uma pessoa foi *wronged* (“injustiçada, que algo errado foi feito a ela”)¹⁸⁸. Uma pessoa injustiça a outra quando sua conduta inescusável viola os direitos desta. Embora o segundo e terceiro sentidos sejam parecidos, pode-se distingui-los da seguinte forma: eu posso prejudicar uma pessoa, colocando um contratempo para seus interesses, mas minha ação pode ter sido escusável, ou em relação a esses interesses invadidos a pessoa não tem nenhum direito a ser respeitado. Então, o significado preciso de *harm* é composto por uma sobreposição do segundo e do terceiro sentido: eu prejudico alguém quando injustamente contrariao seus interesses¹⁸⁹. Em síntese, é isto que não se pode esquecer: “o *harm principle* é, obviamente, um tipo de princípio moral, direcionado a determinar os valores morais que podem propriamente serem regulados pelo aparato modelador de moralidade da lei criminal”¹⁹⁰.

¹⁸⁵ FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law*. New York: Oxford, 1987. v.1: Harm to others. p. 30-36.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 32-33.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 33-34 e 37 *et seq.*

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 34 e 105-106.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 35.

¹⁹⁰ FEINBERG, Joel, *op. cit.* [n. 134], p. 13. Ver também p. 144-165.

Mas por que tudo isso é importante? A resposta é que, se o crime não é entendido como algo que é necessariamente “errado” (*wrong*), e se esta característica não decorre do que achamos ser moralmente errado, então de forma alguma a punição poderia ser um processo comunicativo, afinal a comunicação é moral. Se a lei criminal não demarca limites morais, então a mensagem transmitida não pode ser uma mensagem moral - nem de censura nem de arrependimento. Daí a insistência de Duff ao afirmar que as condutas que são consideradas crimes não nos são impostas como se fossem um decreto de um soberano estrangeiro; sobre certo aspecto elas são crimes justamente porque nós mesmos consideramos que elas são erradas, tanto nos crimes *mala in se* quanto nos *mala prohibita* (ver p. 56-57). Nem tudo que é moralmente errado deve ser crime, mas - agora será afirmado - tudo que é crime deveria ser considerado moralmente errado¹⁹¹. Se falta tal qualidade à conduta criminalizada, ela poderia muito bem ser regulada por outra área do direito.

Nas palavras de Duff:

Dizer que a lei criminal lida com algo que é “errado” (*wrongdoing*) não é ainda dizer que lida com algo que é “moralmente errado” (*moral wrongdoing*): um sistema de lei poderia definir como erros legais (*legal wrongs*) condutas que violam suas regras, sem implicar que tal conduta é “moralmente errada” (*morally wrong*). De fato, insistir que a lei criminal lida ou deveria lidar com algo que é “moralmente errado” (*moral wrongdoing*) poderia ser entendido como um tipo de moralismo legal, segundo o qual o objetivo apropriado da lei criminal é condenar e punir perversidade moral, o que muitos liberais contemporâneos rejeitariam. Agora, eu realmente penso que o moralismo legal assenta-se sobre uma importante verdade sobre a natureza da lei criminal como um tipo distintivo de regulação legal: o que é definido como crime deve assim ser definido porque se acredita ser moralmente errado. O ponto não é apenas que, como até mesmo um convicto oponente do moralismo legal poderia concordar, “incorrecção moral” (*moral wrongfulness*) deveria ser uma necessária condição para a criminalização: é que, mais ambiciosamente, o

¹⁹¹ Conforme Eric Voeglin: “mas o que é crime nunca pode ser inferido da ordem legal; ao contrário, vem da ética em geral. Então o que é um crime no sentido ético pode ser também classificado como crime pelo Direito penal, mas o Direito Penal não é fonte para o entendimento do que é um crime (...)”. Mais importante ainda é conclusão, cujo enunciado sintetiza o que se pretendeu explicar quando foi dito, aqui e acolá, que devemos entender a demandas da lei como justificadas porque ela incorpora nossos valores: “pois, no Direito Penal, só se pode trabalhar com a pressuposição que a definição de crime seja conhecida – e, na verdade, corretamente conhecida – fora da esfera do Direito Penal.” VOEGLIN, Eric. *Hitler e os alemães*. São Paulo: É realizações, 2008, p. 295.

foco da lei criminal deveria ser a incorreção moral (moral *wrongfulness*) da conduta criminalizada – esse é o objeto próprio da criminalização.¹⁹²

Dito isso, podem-se, agora, colocar as bases para entender que a censura é um mensagem moralmente adequada para atos moralmente errados. Desta vez, pensemos valendo-se da visão da pessoa censurada. Ele poderia levantar três objeções para demonstrar que a censura não é justificada: (a) que ela não é responsável pela conduta; (b) quem a está censurando não tem autoridade para tanto; (c) que a conduta em questão não é moralmente errada¹⁹³. Este último item é o importante, pois seria “bizarro e moralmente errado receber censura por atos moralmente louváveis ou neutros – digamos, ajudar os vizinhos ou sair para uma caminhada”¹⁹⁴. Mas, agora no contexto da lei criminal, consideremos que o criminoso confessou, que o Estado tem a autoridade para puni-lo e, sobretudo, que o crime é moralmente errado, conforme se argumentou. Então, contrário senso da citação acima, seria inadequado responder ao crime, algo moralmente errado, com atos moralmente louváveis ou neutros.

A questão torna-se mais nítida se visualizada na condição de vítima. Imaginemos, por exemplo, que o Estado demonstra simpatia e assiste materialmente vítimas de crimes, reparando quaisquer prejuízos que elas tiveram; não seria essa a postura adequada? Segundo Narayan, simpatia pública e auxílio seriam respostas moralmente apropriadas quando alguém sofre por causa de um acidente ou desastre natural, ou seja, perdas que não são resultado de um ilícito¹⁹⁵. Vítimas de crimes, entretanto, não reclamam apenas de seu sofrimento ou de perdas materiais, elas lamentam terem sido “injustiçadas” (*wronged*). E mais, a lamentação delas é direcionada à pessoa do ofensor, pois só ele poderá responder pela injustiça que causou. Não reconhecer que a injúria da vítima ocorreu por causa de uma conduta errada de determinado indivíduo é falhar em dar uma resposta moralmente adequada à vítima¹⁹⁶.

¹⁹² DUFF, Antony R. Responsibility, restoration and retribution. In: TONRY, M. (org.). *Retribution has a past: does it have a future?* Oxford: Oxford. No prelo.

¹⁹³ NARAYAN, Uma. Appropriate responses and preventive benefits: justifying censure and hard treatment in legal punishment. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, n. 2, p. 166-182, 1993.

¹⁹⁴ *Ibidem*, 167.

¹⁹⁵ *Ibidem*, 169.

¹⁹⁶ *Ibidem*, 170.

Sendo assim, conclui-se que a censura é a mensagem moralmente adequada tanto do ponto de vista do criminoso quanto da vítima e de toda a comunidade: “censura comunica ao ator não apenas que a conduta dele é errada, mas que uma resposta moral (e.g. *vergonha* ou arrependimento) é esperada dele por ter engajado em um comportamento ilícito”¹⁹⁷. Feitas essas considerações, será explicada a punição como penitência religiosa e, após, como penitência secular.

3.3 PUNIÇÃO COMO PENITÊNCIA

Antes de adentrar na explicação sobre a penitência secular, é necessário conceituar o que é penitência, no contexto religioso que lhe deu origem¹⁹⁸. Nas páginas que seguem, abordar-se-á resumidamente apenas a doutrina da igreja católica, com uma pequena referência à tradição e filosofia judaica. Uma boa descrição, para começar, é a do Papa João Paulo II, proferida como exortação apostólica pós-sinodal:

O termo e o próprio conceito de *penitência* são bastante complexos. Se a relacionarmos com a *metánoia*, a que se referem os Sinópticos, a penitência significa então a íntima *mudança do coração* sob o influxo da Palavra de Deus e na perspectiva do Reino. Mas *penitência* quer dizer também *mudar de vida*, em coerência com a mudança do coração; e, neste sentido, o *fazer penitência* completa-se com o *produzir frutos condignos de arrependimento*: é a existência toda que se torna penitencial, aplicada

¹⁹⁷ *Ibidem*, 172. É necessário perquirir se o arrependimento é a resposta moralmente adequada que se espera do criminoso. Isso porque, não raras vezes, os magistrados norte-americanos erroneamente cancelaram, com a ideia da comunicação moral em mente, punições que visavam a causar “vergonha” (*shame*): que o ladrão ficasse o dia inteiro prostrado, com um cartaz em punho denunciando seu crime, na frente da loja em que furtou alguns itens; que pedófilos fossem permanentemente identificados por cartazes na vizinhança onde moram; e tantas outras criativas maneiras de envergonhar. Sobre essa discussão, ver: GARVEY, Stephen P. Can shaming punishment educate? *University of Chicago Law Review*, n. 65, p. 733-794, 1998. Também: KAHAN, Dan M. What's really wrong with shaming sanctions? *Yale Law School, Research Paper* n. 125. No entanto argumentou-se também que a vergonha moral é uma resposta natural daquele que sente a culpa de ter cometido um crime e as punições citadas como exemplo, em verdade, apenas buscavam degradar ou humilhar o criminoso. Ver: MURPHY, Jeffrie G. Shame creeps through guilty and feels like retribution. *Law & Philosophy*, v. 18, p. 327-344, 1999.

¹⁹⁸ Para uma definição exata da penitência na doutrina católica, ver: ORIGINAL CATHOLIC ENCYCLOPEDIA. Disponível em: <<http://oce.catholic.com/index.php?title=Penance>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

numa contínua caminhada em tensão para o que é melhor. *Fazer penitência*, no entanto, só será algo de autêntico e eficaz se traduzir em *atos e gestos de penitência*. Neste sentido, *penitência* significa, no vocabulário cristão teológico e espiritual, a *ascese*, isto é, o *esforço concreto e quotidiano* do homem, amparado pela graça de Deus, por perder a própria vida, por Cristo, como único modo de a ganhar: esforço por se despojar do *homem velho* e revestir-se do *novo*; por superar em si mesmo o que é *carnal*, para que prevaleça o que é *espiritual*; e esforço por se elevar continuamente das coisas de *cá de baixo* para as *lá do alto*, onde está Cristo. A penitência, portanto, é a *conversão que passa do coração as obras* e, por conseguinte, à *vida toda* do cristão.¹⁹⁹

Mas o que uma noção cristã acrescentaria à justiça criminal de nosso mundo secular, pluralístico e multicultural? Ademais, cá se está trazendo um conceito eminentemente religioso para fundamentar uma teoria de punição que muito tem de retributiva. No entanto foi argumentado, no segundo capítulo, que a secularização do direito penal não teria o condão de solapar todas as teorias retributivas. Pois bem, foi dito anteriormente que o testemunho bíblico é muito rico e complexo para ser capturado pelas teorias retributivas como elas eram propostas (ou por qualquer teoria de punição criminal). E a palavra retribuição dá conta de tantas formulações diversas, muitas delas independentes de qualquer contexto teológico, que seria temerário, para dizer o menos, acreditar que a secularização poderia desmantelar todas as teorias retributivas. Uma coisa é não acreditar na revelação, outra, completamente distinta, é ignorar qualquer doutrina ou autor simplesmente porque inserido dentro de uma dimensão religiosa. Isso porque, como bem adverte Villey, além de todos os grandes problemas da filosofia do direito estarem ligados aos da teologia, “a filosofia do direito nos teólogos do cristianismo, dado o papel eminente da razão profana na obra deles, corresponde praticamente a toda história da filosofia do direito da Europa até o século XVIII.”²⁰⁰

Quem sabe foi o conhecimento desse erro, denunciado no primeiro capítulo, que possibilitou a nova visão sobre punição criminal, atualmente representada pela justiça restaurativa e pelas teorias comunicativas, cujos conteúdos dizem respeito a temas normalmente tratados em um contexto religioso: reconciliação, restauração, reforma, etc.

¹⁹⁹ RECONCILIATIO ET PAENITENTIA. João Paulo II. Disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/apost_exhortations/documents/hf_jp-ii_exh_02121984_reconciliatio-et-paenitentia_po.html>. Acesso em: 10 dez. 2010.

²⁰⁰ VILLEY, Michel, *op. cit.* [n. 133], p. 13.

Contudo não é isso que deve ser salientado. A importância da analogia não reside exatamente no que os teólogos disseram, mas na maneira como eles concebiam o problema em primeiro lugar²⁰¹. E é tal problema que agora será mostrado.

O homem é naturalmente pecador: “se dissermos que não temos pecado, enganamo-nos a nós mesmos, e não há verdade em nós” (1 João 1:8). Mas o pecado, embora decorrente da liberdade humana, está envolto por uma miríade de fatores influentes e obscuros, sendo possível afirmar, com São Paulo, que “não faço o bem que quero, mas o mal que não quero esse faço” (Romanos 7:19). Esse é o “mistério da iniquidade” (2 Tessalonicenses 2:7). Contudo, apesar das causas pecaminosas nos serem parcialmente encobertas, no fundo elas são decorrentes de uma vontade de ruptura ou exclusão com Deus, de uma desobediência às normas morais que ele escreveu em nossos corações²⁰². E o homem em conflito interior, cingido em razão da ruptura para com Deus, acaba dilacerando também o tecido de suas relações com outros homens, como na passagem bíblica referente à Babel: incapazes de entrarem em consenso e convergência sobre o manto de um princípio unificador, descurados da dimensão vertical radicada em Deus, os homens acabaram mais dispersos do que antes, confundidos na linguagem e divididos entre si²⁰³.

Nesse quadro, a penitência está intimamente ligada com a reconciliação. Pois, sendo o pecado princípio ativo da divisão - seja da relação do homem consigo mesmo, com seus irmãos, ou com Deus -, “só a conversão do pecado é capaz de operar uma reconciliação profunda e duradoura onde quer que a divisão tenha penetrado”²⁰⁴. E, para isso, o homem precisa, como na parábola do filho pródigo, cair em si, voltar à casa do pai (Lucas 15:11). O segundo valor da penitência, prologamento desse primeiro que é a conversão, consiste no arrependimento: uma reviravolta na alma ocasionada pelo reconhecimento de que se estava andando no caminho errado. Por fim, o terceiro valor da penitência é o “fazer penitente”²⁰⁵, isto é, exteriorizar aquelas atitudes anteriores de conversão e arrependimento, mesmo que à custa de sacrifícios: “a penitência cristã será

²⁰¹ GARVEY, Stephen P. Punishment as atonement. *UCLA Law Review*, n. 46, p. 1081-1858, 1999.

²⁰² RECONCILIATIO ET PAENITENTIA, *op. cit.* [n. 199]. Não paginado.

²⁰³ RECONCILIATIO ET PAENITENTIA, *op. cit.* [n. 199]. Não paginado.

²⁰⁴ RECONCILIATIO ET PAENITENTIA, *op. cit.* [n. 199]. Não paginado.

²⁰⁵ RECONCILIATIO ET PAENITENTIA, *op. cit.* [n. 199]. Não paginado.

autêntica, se for inspirada pelo amor, e não pelo mero temor; se consistir num sério esforço para crucificar o ‘homem velho’, a fim de que possa renascer o ‘novo’, por obra de Cristo.”²⁰⁶

Sobremodo, importante é essa duplicidade característica do homem penitente que, ao mesmo tempo, olha para o passado (reconhecimento arrependido) e para o futuro (reforma e movimento de reconciliação). Kierkegaard dá uma interessante explicação a respeito:

Uma providência zela pelo vagar de cada homem no curso de sua vida. Ela lhe providencia dois guias. Um chama-o para frente. Outro chama-o para trás. Eles não estão, entretanto, em oposição um ao outro, esses dois guias, nem eles deixam o peregrino estagnado em dúvida, confundido pelo chamado duplo. Ao invés, os dois estão em eterno entendimento um com o outro. Enquanto um acena em frente para o Bem, o outro chama de volta para o mal. E eles não são guias cegos. Por essa razão que existem dois deles. Para tornar a jornada segura, eles devem olhar tanto para frente quanto para trás. Ai de mim, havia talvez alguém que se perdeu por não entender como continuar um bom começo. Pois o curso dele estava posto sobre um caminho falso, e ele seguiu tão vigorosamente que o remorso não o podia chamar de volta ao velho caminho. Havia talvez alguém que se perdeu porque, na exaustão do arrependimento, ele não conseguia prosseguir, então o guia não podia lhe ajudar a encontrar o caminho em frente.²⁰⁷

Na tradição judaica, percebe-se esse olhar para o passado e para o futuro do homem penitente na ocasião em que Davi exclama: “porque eu conheço as minhas transgressões, e o meu pecado está sempre diante de mim” (Salmos 51:3). Ele não se “desculpa” do pecado como algo que não fosse seu, ao revés, ele o assume e o põe à frente de seus olhos, como guia para livrá-lo de sua iniquidade. Essa atitude, no judaísmo, tem o nome de *Teshuva* (“arrependimento”)²⁰⁸. Mas, em verdade, *Teshuva* significa todo um processo pelo qual o homem pode renunciar e reparar as ações erradas que o desviaram, retornando a Deus ao trilhar o caminho que Ele colocou para nós²⁰⁹. Tal jornada moral é constituída por quatro elementos, muito parecidos com aqueles descritos pelos cristãos: remorso;

²⁰⁶ RECONCILIATIO ET PAENITENTIA, *op. cit.* [n. 199]. Não paginado.

²⁰⁷ KIERKEGAARD, Sören. Purity of heart is to will one thing. Edição desconhecida. p. 15.

²⁰⁸ LEVINE, Samuel J. *Teshuva. A look at repentance, forgiveness and atonement in jewish law and philosophy and american legal thought.* Fordham Urban Law Journal, v. 27, n. 5, p. 1677-1693, 2000.

²⁰⁹ *Ibidem*, 1678.

resolução de não cometer o erro novamente; confissão ou apologia; mudança de caminho²¹⁰.

Com efeito, muito mais poderia ser dito sobre a penitência na tradição judaico-cristã, como, por exemplo, sobre o papel da vítima na reconciliação e a “obrigatoriedade” de conceder perdão para aqueles que se arrependeram²¹¹. Entretanto, conforme mencionado acima, o importante é salientar a maneira como eles veem o problema. O homem que pecou afasta-se de Deus e de seu próximo, porém pela penitência ela pode alcançar a reconciliação. Agora, no contexto da punição criminal, pode ser traçado um paralelo: “nós podemos *mutatis mutandi* derivar uma narrativa secular de expiação se o objeto de identificação não for Deus, mas a comunidade (...) baseada na premissa desse senso compartilhado de identidade entre os membros - ofensores e vítimas - da comunidade.”²¹²

Diante dessas considerações, reconhece-se por que Duff deu tamanha importância para a narrativa sobre a comunidade. Se valores compartilhados não ligam as pessoas, se o criminoso é para ser visto como excluído, então a descrição de punição como penitência secular não possui sentido. Em outras palavras, se não existe nenhum princípio de unidade ou identidade, pelo qual o homem pode dizer “estou punindo porque você, assim como eu, deve respeitar determinado valor”, seria melhor encontrar outra maneira de lidar com os crimes. E nem é preciso concordar com a comunidade assim como o autor a delinuiu, basta termos em mente que a punição deveria ser, idealmente, “um paradoxal sinal de respeito ao menos na medida em que ela reafirma a continuidade do ofensor como membro da comunidade, mesmo que atualmente ele não seja um membro em boa situação”²¹³. Dito isso, a seguir será analisada a penitência secular dentro das categorias de Duff. Ressalta-se, entretanto, que as divisões feitas por ele entre arrependimento, reforma e reconciliação não são estanques e podem ser arranjadas de outra forma (as que foram vistas acima, por exemplo).

²¹⁰ *Ibidem*, 1682 *et seq.*

²¹¹ Cf.: MURPHY, Jeffrie G. Christianity and criminal punishment. *Punishment and Society*, v. 5, n. 3, p. 261-277, 2003.

²¹² GARVEY, Stephen P., *op cit.* [n. 201], p. 1810.

²¹³ GARVEY, Stephen P., *op cit.* [n. 201], p. 1855.

3.3.1 Penitência secular (arrependimento, autorreforma e reconciliação)

Mas isso que se diz, que o arrependimento segue de perto o pecado, parece não dizer respeito ao pecado que está em seu alto galarim, que mora dentro de nós como em seu próprio domicílio. Podemos repudiar e retratar os vícios que nos apanham de surpresa e para os quais as paixões nos carregam; mas esses que por longo hábito se enralgaram e ancoraram em uma vontade forte e vigorosa, não se sujeitam a contradição. O arrependimento não é mais que uma retratação da nossa vontade e uma contradição das nossas fantasias, que nos passeiam em todos os rumos. A este, faz renegar sua virtude passada e sua continência: Quoe mens est hodie, cur eadem non puero fuit? Vel cur his animis incolumes non redeunt gence?

Montaigne, Ensaaios, Do arrependimento.

Parece-nos natural atar a necessidade de punição com o arrependimento.

O filho de uma das vítimas do homicida italiano Cesare Battisti, ao ser indagado, disse que este “não merece perdão porque nunca demonstrou arrependimento”²¹⁴. Manifestação deveras comum, ainda assim as teorias sobre punição pouco faziam menção aos sentimentos que se esperam do indivíduo punido - a resposta moral adequada nos dizeres de Narayan. A distância entre a percepção comum do que entendemos por punição e as teorias que nos são apresentadas não é justificada, uma vez que, e isto já foi dito, nós podemos captar melhor a natureza da punição se a analisarmos em todos os lugares que ela se manifesta. Então, para encurtar esse espaço, começa-se com uma definição de arrependimento:

O arrependimento é aceitação pesarosa da responsabilidade pelas ações ofensivas e erradas do indivíduo, o repúdio dos aspectos no caráter do indivíduo que geraram tais ações, a resolução para fazer o possível para extirpar esses aspectos do caráter do indivíduo, e a resolução de expiar ou consertar o mal causado.²¹⁵

²¹⁴ VEJA. ed. 2199, ano 44, n. 2, 12 de janeiro de 2011, p. 69.

²¹⁵ MURPHY, Jeffrie G. Repentance, punishment and mercy. Disponível em:<<http://homepages.law.asu.edu/~jeffriem/repentance.htm>>. Acesso em: 25 dez 2010.

O arrependimento é mais profundo do que uma simples lamentação. Pode-se lamentar que choveu no único feriado em que a pessoa viajou à praia, entretanto, só se pode arrepender de coisas pelas quais o indivíduo é responsável. E só se pode arrepender do que já foi feito, no passado. Além disso, pode-se lamentar de acontecimentos moralmente neutros ou até mesmo louváveis, no entanto a pessoa apenas se arrepende de algo que acredita ser moralmente errado. Esta é, aliás, a razão pela qual o arrependimento constitui a resposta moral adequada por parte do criminoso: espera-se que ele se arrependa de sua ação errada justamente por causa de ela ser errada, e não por ele lamentar que foi flagrado e está preso (isso não é arrependimento). O arrependimento, portanto, é uma atitude ativa, pois o ser arrependido coloca seu ilícito a sua frente, preocupando-se com o que pode ser feito a partir de então²¹⁶. O homem que se arrepende, ao invés de querer pedir desculpa, sente a necessidade de abraçar sua culpa, assumir a responsabilidade por seu erro, podendo doravante expulsá-lo por uma reparação apologética²¹⁷.

Contudo a antiga questão ressurgue novamente: por que tudo isso não poderia ser feito verbalmente? Não poderia o criminoso arrependido confessar seu crime e ir tentar reconciliar-se com a vítima pelo diálogo? A resposta decerto nos parece intuitiva, pois nem nos atos mais comenzinhos de nosso dia a dia conseguimos nos comunicar apenas falando. Uma mulher traída não espera do marido arrependido apenas uma ou outra palavra do quanto aquela ação é errada; ela quer ver mudança de comportamento por meio de ações, dando a entender que o homem de hoje repudia aquele de ontem. E também nos é natural que o arrependimento se prolonge no tempo, não seja rápido demais: “o arrependimento repentino beberia toda a amargura da tristeza em um único trago e então continuaria. Ele quer fugir da culpa”²¹⁸. Nesse mesmo sentido, Duff expressa a necessidade de que o arrependimento do homem seja “oneroso, penoso” (*burdesome*):

Arrependimento, ao menos em “injustiças” (*wrongs*) sérias, não pode por sua natureza ser algo que é alcançado e terminado dentro de um instante, por mais intenso que seja o sentimento de culpa nesse instante. Ele deve penetrar o “malfeitor” (*wrongdoer*) e deve a partir de então ocupar sua atenção, seus pensamentos, seus sentimentos, por um período

²¹⁶ GARVEY, Stephen P., *op. cit.* [n. 201], p. 1814-1815.

²¹⁷ GARVEY, Stephen P., *op. cit.* [n. 201], p. 1816 *et seq.*

²¹⁸ KIERKEGAARD, Sören, *op. cit.* [n. 207], p. 17.

considerável de tempo. Alguém que alega ter lamentado profundamente a morte de um ente querido, mas que resume sua vida, pensamentos e sentimentos normais após um único dia, então desmente sua alegação. Do mesmo modo, alguém que alega ter se arrependido de uma ofensa grave que cometeu, mas que rapidamente retoma sua vida normal e não pensa mais naquela injustiça, então desmente sua própria alegação. A tarefa de enfrentar arrependido a injustiça que eu causei (a ofensa e meu cometer ela) não pode ser alcançada em um instante. Ela deve envolver um pensar sobre e um procurar entender o que eu fiz à pessoa que ofendi e como eu fiz isso.²¹⁹

A implicação natural do arrependimento é a vontade de reforma, ou melhor, autorreforma. Conforme já mencionado, o homem que toma para si seu erro sente a necessidade de reformar-se, reconhecendo que não deve cometer esse erro no futuro, devendo evitá-lo. E a diferença dessa narrativa com as teorias reformistas é bastante nítida: não se visa aqui a moldar o ofensor aos nossos desejos; pretende-se persuadi-lo da necessidade que ele próprio deveria ter em reformar-se²²⁰. Em última análise, a punição visa a auxiliar o criminoso nesse processo, entretanto ele está livre para não querer ser persuadido pela mensagem.

Por fim, o terceiro aspecto da punição como penitência secular é a reconciliação. O homem arrependido, que pretende reformar sua conduta, deve também uma apologia à vítima e à comunidade. Ele deve reparar as consequências de seu crime, seja mediante um trabalho em favor da vítima, seja mediante uma prestação de serviços à comunidade ou, em casos mais graves, submetendo-se a um rito penitencial que demonstre “uma prova persuasiva de sua sinceridade”²²¹. Nesse quadro, é importante lembrar que o crime é um mistura inseparável de, na falta de melhor tradução, um “prejuízo injusto” (*harmful wrongdoing*), nas linhas já desenvolvidas por Feinberg. E a punição deve refletir, e por isso é onerosa, toda a natureza do crime: o criminoso deve fazer uma reparação apologética, que expressa seu arrependimento e sua vontade de autorreforma, dando conta tanto do prejuízo como da injustiça causada.

²¹⁹ DUFF, Antony R., *op. cit.* [n. 138], p. 108.

²²⁰ DUFF, Antony R., *op. cit.* [n. 138], p. 109.

²²¹ DUFF, Antony R., *op. cit.* [n. 138], p. 246.

Diante dessas ponderações, pode-se finalmente responder àquela pergunta qualificada de Tasioulas. Como a imposição de uma punição onerosa pode servir ao processo comunicativo? A correta análise de Duff, que fala em punição onerosa ou penosa ao invés de privação material, para não sugerir que a punição seja algo que “machuque” (hurt), é a seguinte:

- (I) de um lado, a punição comunica a censura da comunidade ao ofensor. Facilmente punições puramente simbólicas ou verbais são esquecidas, ignoradas, e assim o criminoso não dá a correta atenção penosa que o crime merece. Logo, uma das funções da punição onerosa é persuadir o criminoso da mensagem que está sendo comunicada, fazendo-o contemplar a natureza de sua ação²²²: “é um jeito de ajudá-lo a *manter sua atenção focada* no ilícito e nas suas implicações, com a finalidade de induzir a e fortalecer uma devida compreensão arrependida do que ele fez;”²²³

- (II) de outro lado, a punição comunica a apologia do ofensor para aqueles que foram prejudicados com o erro, seja à vítima direta ou a toda a comunidade. O criminoso deve reparar a injustiça que causou, e uma apologia verbal pode não ser suficiente para esse fim. Como foi dito, palavras não bastam para demonstrar meu arrependimento e a minha vontade de autorreforma, essa não é maneira adequada de mostrar que eu levei a sério o crime²²⁴: “se eu vou dar uma *forma material* ao meu reconhecimento arrependido do peso da culpa que eu agora carrego, essa forma deve ser ela mesma penosa.”²²⁵

A narrativa acima é eminentemente retributiva, pois a punição é focada e justificada em razão do crime pelo qual ela é imposta. A punição é fundamentada como uma resposta apropriada ao crime: ao mesmo tempo censurando-o e constituindo uma maneira adequada, pública e formal de repará-lo. Mas tal punição também olha para o futuro, tem uma finalidade: que o indivíduo arrependido se reforme e reconcilie-se com a vítima, se

²²² DUFF, Antony R., *op. cit.* [n. 192]. Não paginado.

²²³ DUFF, Antony R., *op. cit.* [n. 192]. Não paginado.

²²⁴ DUFF, Antony R., *op. cit.* [n. 192]. Não paginado.

²²⁵ DUFF, Antony R., *op. cit.* [n. 192]. Não paginado.

houver uma, restaurando assim os laços que nos unem como membros de uma comunidade. Essa teoria comunicativa não é mista, já que nela a relação entre a punição e as finalidades que se pretende alcançar não é contingente e instrumental, como ocorre nas teorias consequencialistas. Aqui a ligação é interna, uma vez que o objetivo mesmo de persuadir agentes responsáveis a se arrependem dos erros cometidos torna a punição o método apropriado para persegui-lo.

Ainda que a punição possa, em tese, alcançar todas estas coisas boas - arrependimento, reforma e reconciliação -, é preciso ser mostrado se isso é suficiente para obrigar o Estado a colocar seus recursos numa instituição assim descrita. Duff argumenta, em síntese, que, além de tais finalidades serem desejáveis, o Estado tem o dever de tentar alcançá-las. Um dever que não diz respeito apenas às potenciais vítimas de crimes, mas também aos potenciais criminosos. Por exemplo, imaginemos que eu sou amigo de João e Maria, e Maria injustiçou seriamente João²²⁶. Seria moralmente inconsistente se eu simpatizasse com a injustiça sofrida por João, no entanto não permitisse que essa injustiça fizesse nenhuma diferença na minha conduta em relação à Maria. Se eu realmente levo em consideração minha amizade com João, então eu devo não apenas simpatizar com seu sofrimento, mas também devo censurar Maria. Por outro lado, igualmente Maria é minha amiga, portanto, eu devo respeitá-la quando for tentar convencê-la de seu erro. E esse respeito é manifestado se eu apelar para as razões morais relevantes que devem pautar seu arrependimento. Devo dizer: “Maria, você não deveria ter feito isso com João porque isso é errado, veja o sofrimento dele, como você se sentiria se estivesse no lugar dele, etc”. Agora, se eu trazer argumentos independentes, que não tem a ver com o motivo mesmo pelo qual a ação de Maria é considerada errada, então eu não estou a respeitando como pessoa livre e responsável. Se eu disser: “Maria, arrependa-se caso contrário vou te bater, reconcilie-se com João e eu lhe dou algum dinheiro”, eu não valorizo realmente nossa amizade. *Mutatis mutandis*, essa é a finalidade central da punição conforme Duff a retratou: a comunidade, por intermédio de suas instituições estatais, deve à vítima, cuja ofensa ela compartilha, a tentativa de fazer o criminoso reconhecer tal ofensa e daí efetuar uma apologia apropriada

²²⁶ DUFF, Antony R., *op. cit.* [n. 138], p. 112-115. Alterou-se o exemplo.

por ela; e deve ao ofensor, como membro desta comunidade, a tentativa de persuadi-lo a se engajar nesse processo de comunicação moral, sem buscar manipulá-lo ou moldá-lo²²⁷.

Mas duas objeções podem ser feitas à teoria de punição como penitência secular. A primeira consiste na dúvida sobre o que fazer com as pessoas que já se arrependeram de seus crimes, antes mesmo de serem punidas; e o que fazer com aquelas que não irão se arrepender, pelas mais variadas razões. A segunda consubstancia-se na pergunta: não estaria o Estado liberal ferindo a privacidade dos cidadãos ao tentar buscar deles o arrependimento? A seguir essas objeções serão analisadas.

3.3.2 Os já arrependidos e aqueles que não irão se arrepender.

Nós podemos imaginar dois casos em que o criminoso tenha se arrependido antes mesmo de ter sido condenado e punido: (I) na hipótese em que o criminoso voluntariamente tenha atravessado o processo penitencial, inclusive reconciliando-se com a vítima; (II) ou ainda se ele foi informalmente punido por terceiros, perdendo o emprego por exemplo, e encarou isso como uma forma de penitência.

No primeiro exemplo, o arrependimento pode ter servido para reconciliar o criminoso com Deus ou até mesmo com sua vítima direta, entretanto, na narrativa de punição como processo comunicativo, o indivíduo deve também reconciliar-se com toda a comunidade, cujos valores e leis ele violou. Entender em contrário retiraria todo o caráter público dos crimes e, por consequência, também da punição²²⁸. No segundo exemplo, a questão é um pouco mais delicada, pois a penitência a que a pessoa foi submetida no âmbito privado poderia servir como análogo do que aconteceria a ela ao final de um processo criminal formalizado. Contudo, explica Duff, seria moralmente complicado tratar o arrependimento com um fator mitigante no *quantum* da pena. Isso porque, considerando-se que a severidade da punição deve guardar uma correspondência proporcional em relação à

²²⁷ DUFF, Antony R., *op. cit.* [n. 138], p. 114.

²²⁸ DUFF, Antony R., *op. cit.* [n. 138], p. 120-121.

gravidade do crime, a aplicação de sentença mais leve em um ofensor arrependido levar-nos-ia a dizer que o arrependimento tornou o crime menos grave, o que, em regra, não é verdadeiro²²⁹. Existe uma exceção: em nossa lei temos o arrependimento posterior, causa redutora de pena, no quanto dispõe o artigo 16 do Código Penal. Pode-se aduzir, nesse caso, que o arrependimento imediato realmente tornou o crime menos grave, uma vez que suas consequências materiais foram mitigadas; assim também disciplina o artigo 65, alínea “b”, do mesmo diploma legal (a reparação do dano, se feita em tempo, reduz a gravidade mesma do fato e, portanto, a culpabilidade do agente). De qualquer sorte, a questão é complicada, ainda mais se considerarmos que o arrependimento como fator mitigador de pena abriria portas para todo o tipo de desonestidade na busca de uma punição reduzida.

Por outro lado, muito mais comum de acontecer é que o criminoso não se arrependa, mesmo após o término de sua sentença. Deveríamos então aumentar sua pena? Ou ainda, se soubéssemos de antemão que ele não se arrependerá de jeito nenhum, deveríamos então deixar de puni-lo?

Em primeiro lugar, conforme argumentado acima, aumentar ou diminuir a pena em razão do arrependimento nos levaria a infringir o princípio da proporcionalidade, intrínseco na narrativa da punição comunicativa, pois uma sentença mais severa comunica que aquele crime é mais grave, e uma sentença menos severa comunica que o crime não é assim tão grave - a censura é merecida em relação ao crime, não ao arrependimento. A resposta então é que não devemos estender o tempo de cumprimento da pena até que se alcance o arrependimento (afinal, a ligação entre a punição e suas finalidades não é contingente e instrumental). Em segundo lugar, devemos tentar persuadir o criminoso da mensagem que está sendo comunicada ainda que ele não vá se arrepender, pois, em parte, devemos essa tentativa à vítima e a toda comunidade, uma vez que assim demonstramos levar a sério aqueles valores que foram violados. Outrossim, a insistência na comunicação moral, não manipulativa, expressa ao criminoso que o respeitamos como um membro da comunidade que não está para além da redenção²³⁰.

²²⁹ DUFF, Antony R., *op. cit.* [n. 138], p. 120-121.

²³⁰ DUFF, Antony R., *op. cit.* [n. 138], p. 123.

John Tasioulas, a respeito da ligação entre a punição e o arrependimento, distingue os teóricos da punição comunicativa em dois grupos: os *lenientes*, que têm boas razões para diminuir a punição de um criminoso já arrependido (ou aumentar a punição do que não se arrependerá), uma vez que o arrependimento alteraria o quanto de punição ele merece; os *estrictos*, que acreditam, como Duff, que o arrependimento não conduz à redução de punição, pois aquele está ligado a esta constitutivamente, não instrumentalmente²³¹. Aos primeiros, a crítica do autor é a mesma já assinalada neste trabalho: se o arrependimento determina o grau de merecimento da punição, então estamos interpretando instrumentalmente a norma retributiva²³². Sendo assim, a análise do segundo grupo seria a mais adequada, pois preserva a integridade da norma retributiva: “a punição permite que o ofensor se arrependa precisamente *através* de seu submetimento à merecida punição como penitência; o arrependimento não é simplesmente algo distinto da punição merecida que esta supostamente deve ‘acarretar’.”²³³

O problema, todavia, é mais profundo, pois a punição como penitência secular também é um veículo para o arrependimento. Imaginemos dois homicidas, um a toda evidência arrependido de seu crime, outro pouco se importando. Deveríamos dizer que o primeiro merece uma pena menor que o segundo? A resposta é não, porque a noção de punição justificada é aquela pela qual o criminoso deve arrepender-se mediante penitência merecida, que é determinada proporcionalmente em razão da gravidade do crime²³⁴. Mas a ideia central aqui é que, dentro de uma gama de penas merecidas - já que, lembra von Hirsch, a tarefa de ancorar os pontos cardinais da escala penal é uma tarefa nada fácil e, portanto, precisar o quanto de pena um determinado crime merece não é uma ciência exata²³⁵ -, a preferência varie de acordo com as finalidades da punição como penitência. Por exemplo: a severidade de um roubo encontrará sua pena proporcional correspondente, sua punição como penitência merecida, seja em seis meses de encarceramento, um ano de prisão domiciliar ou alguns meses de prestação de serviços à comunidade. Daí os objetivos poderem desempenhar um papel decisivo na escolha, preferindo-se a punição que possa

²³¹ TASIoulas, John, *op. cit.* [n. 181], p. 306 *et seq.*

²³² TASIoulas, John, *op. cit.* [n. 181], p. 308.

²³³ TASIoulas, John, *op. cit.* [n. 181], p. 311.

²³⁴ TASIoulas, John, *op. cit.* [n. 181], *passim*.

²³⁵ VON HIRSCH, *op. cit.* [n. 171], p. 71-84.

comunicar a censura apropriada de uma maneira que induza o arrependimento, a reforma e a reconciliação, comunicando-se também à vítima e à comunidade a adequada reparação apologética²³⁶. De outro lado, tais indagações nos levam a refletir sobre a equidade, a igualdade horizontal nos termos de Faria Costa, pois é bastante complicado admitir penas demasiadamente distintas para crimes materialmente idênticos. O presente tópico pode ser detalhado ainda mais, porque, embora o arrependimento não sirva para mitigar a punição justificada, merecida em razão da gravidade do crime, poderia ser argumentado que o criminoso arrependido deveria ter sua pena diminuída nas bases do perdão ou da misericórdia.

Mas tais problemas adentram na proporcionalidade da sentença comunicativa, bem como no papel que o perdão e a misericórdia poderiam ter na justiça criminal, questões que não serão analisadas neste trabalho. Deve ser ressaltado, no ponto desenvolvido, que a punição como penitência secular é uma empreitada de comunicação moral, que é devida pela comunidade tanto à vítima quanto ao ofensor, mesmo que este já tenha se arrependido ou não vá se arrepender:

O fato de que alguém não irá escutar o que está sendo comunicado na punição não torna a punição inapropriada. Algumas vezes as coisas deveriam ser ditas ainda que pessoas sejam impenetráveis a elas. Que elas sejam ditas registra a importância que elas têm. Nem precisa a punição ser inapropriada caso o criminoso esteja completamente ciente que ele agiu mal. O ofensor não irá achar isso redundante; com efeito, ele pode muito bem procurar e aceitar na punição a confirmação adequada de sua culpa.²³⁷

Dito isso, pode-se agora enfrentar o segundo problema: não estaria o Estado liberal violando a privacidade das pessoas ao tentar induzir o arrependimento? Sobre certo aspecto, algumas respostas já foram dadas no capítulo em que foi retratada a comunidade segundo Duff. Lá foi desenvolvido que, por sermos relativos estranhos uns aos outros, a punição possui um limite vertical, não podendo penetrar em todo o ser moral do criminoso. Explicou-se também que podemos forçar o criminoso a escutar a mensagem, mas ele não precisa obedecer a ela e está livre para não ser persuadido por ela. Ademais, parte

²³⁶ DUFF, Antony R., *op. cit.* [n. 138], p. 134-135.

²³⁷ KLEINIG, John. Punishment and moral seriousness. *Israel Law Review*, v. 25, p. 401-421, 1991. p. 418.

dessa problemática foi analisada na crítica à teoria da punição de educação moral (ver tópico 2.2.1). Doravante, entretanto, serão traçados os problemas específicos da punição como penitência secular, de acordo com a análise de von Hirsch.

3.3.3 A penitência e o Estado

Pode-se melhor visualizar a problemática delimitando-se a diferença entre a teoria comunicativa de Duff e a de von Hirsch. Para ambos a censura é mensagem moral adequada a ser transmitida, capaz de suscitar um feixe de respostas morais no indivíduo punido. No entanto cada um dos autores toma um caminho diferente para justificar a característica onerosa da punição: o primeiro explica toda sua teoria baseada em um processo de comunicação moral, no qual a punição deve ser entendida como forma de penitência secular; o segundo apela para considerações preventivas, argumentando que a privação material se justifica como um suplemento prudencial às razões morais. Enquanto a formulação de Duff é mais ambiciosa, identificando não só a forma moral adequada de transmitir a mensagem, mas também a forma moral adequada de recebê-la, mediante o arrependimento, a reforma e a reconciliação, a teoria de Von Hirsch é mais comedida, *externa* segundo ele, pois a censura não é desenvolvida para suscitar quaisquer sentimentos *internos* no indivíduo, ou seja, em sua narrativa não há uma resposta moralmente apropriada para responder à mensagem de censura²³⁸.

E mais, argumenta ainda von Hirsch que o fato de punirmos criminosos já arrependidos ou aqueles que não vão se arrepender revela que não nos importamos tanto com a qualidade moral da resposta, preferindo, portanto, uma visão externa da censura²³⁹. Em razão disso, o autor indaga:

Imaginem que a sanção do Estado se impõe a esta pessoa como uma penitência. Uma penitência pretende um acesso mais interno que a mera censura penal: para originar uma atitude arrependimento o julgador precisa

²³⁸ VON HIRSCH, *op. cit.* [n. 171], p. 119.

²³⁹ VON HIRSCH, *op. cit.* [n. 171], p. 120.

indagar sobre os sentimentos da pessoa – ou ao menos adaptar a pena para que possa acessar esses sentimentos. Talvez isso não seja demasiadamente excessivo por parte do Estado? Com efeito, talvez não seja literalmente manipulador: a penitência de Duff está pensada unicamente para que a pessoa alcance seu arrependimento, não para que diga o que sente. Mas não poderia o indivíduo de qualquer forma objetar que a penitência é uma forma inapropriada de o Estado intrometer-se, de que na medida em que ele deve ser tratado como pessoa capaz de um juízo moral, a natureza de sua resposta comportamental à censura do Estado é coisa sua?²⁴⁰

Em verdade, a indagação sobre a compatibilidade entre uma teoria de Estado e uma teoria de punição suscita problemas teóricos infinitamente maiores, e as poucas considerações que aqui serão feitas não têm força para abarcar todos eles. Aliás, não importa se a teoria apresentada é preventiva, retributiva ou comunicativa, pois todas elas têm o dever de responder às mesmas perguntas: pode o Estado punir em razão deste ou daquele fundamento? Respeita-se o indivíduo como ser livre e autônomo? Até que o ponto o Estado pode invadir legitimamente a privacidade do criminoso? A dificuldade em dar respostas adequadas para tais perguntas reside mesmo na hercúlea tarefa de chegarmos a um consenso, por mínimo que seja, sobre os limites e as funções do Estado.

Mas isso não é impeditivo para a concessão de algumas respostas, ainda que parciais. Existe uma séria discussão sobre a compatibilidade das teorias retributivas (a teoria comunicativa de Duff é eminentemente retributiva) e o Estado liberal, porém os temas nela abordados não serão trazidos para o presente estudo. A razão é que em tal embate discute-se menos sobre punição e mais sobre o que se entende por Estado liberal²⁴¹. Não é esse o foco do trabalho. Logo, com o intuito de delinear e recortar o problema, a crítica de von Hirsch serve perfeitamente: pode o Estado ir tão longe na privacidade das pessoas, tentando nelas suscitar o arrependimento, a reforma e a reconciliação?

A resposta começa assim: é impossível decompor os atos humanos em um momento interno e outro externo; os atos são íntegros e unos, e sua exteriorização nos leva

²⁴⁰ VON HIRSCH, *op. cit.* [n. 171], p. 121.

²⁴¹ Cf.: MURPHY, Jeffrie G. The state's interest in retribution. *Journal of Contemporary Legal Issues*, v. 5, p. 283, 1994. METZ, Thaddeus. How to reconcile liberal politics with retributive punishment. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 27, n. 4, p. 683–705, 2007. HANA, Nathan. Liberalism and the general justifiability on punishment. *Philosophical Studies*, v. 145, n. 3, p. 325-349, 2009.

a perquirir sobre os motivos²⁴². Mas um jurista importa-se mais, e em primeiro lugar, com a exteriorização do que com a intenção, enquanto um moralista se interessa, sobretudo, com a intenção, servindo a exteriorização porque facilita a qualificação daquela²⁴³. É dizer, com Miguel Reale, “o moralista visa, de maneira final, à intenção, porque é em função dela que se caracteriza eticamente o *agente*; o jurista, ao contrário, procede de maneira quase inversa - vai da intenção para o *ato*, a fim de classificá-lo e, à luz dele, qualificar juridicamente o agente”²⁴⁴. E no Direito Penal a mesma coisa se passa, pois o ato não pode ser considerado crime sem referência a intenção: é a “intenção (...) que faz a maldade do ato injusto.”²⁴⁵

É a sutileza acima que von Hirsch parece não capturar²⁴⁶, pois Duff não é um moralista, e nem sua teoria pode ser considerada como *interna*, uma vez que é da natureza mesma do Direito analisar a relação de ato e intenção: há uma ordem entre esses elementos, não uma separação²⁴⁷.

Imaginemos, por exemplo, um estuprador. Seu ato não é puramente corporal, um assalto à vítima, nele também é manifestado o descaso com a dignidade sexual²⁴⁸. Seria muito estranho se esse criminoso dissesse: “eu estupro aquela moça, mas respeito demais sua dignidade sexual”. O ato criminoso possui um sentido rico, incluindo aí as intenções que diretamente ele torna real. Não se pode dizer que a intenção, uma vez tornada ato, permaneça na esfera privada do indivíduo, intocável, portanto, para a punição

²⁴² REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 665 *et seq.*

²⁴³ *Ibidem*, 678.

²⁴⁴ *Ibidem*, 679.

²⁴⁵ *Ibidem*, 667.

²⁴⁶ As preocupações de von Hirsch, contudo, chamam a atenção para uma constatação importante. Assim como o direito opera em direção oposta àquela perseguida pela moral, também a penitência secular opera em direção oposta à penitência religiosa. Esta importa-se menos com os frutos condignos do arrependimento do que com a íntima mudança do coração. Naquela, entretanto, a direção é inversa: o mais importante é a reparação apologética do que o arrependimento sincero. O que não se pode, e nem mesmo é possível, é “cortar” a esfera interna sob o frágil argumento de que o Estado sobre ela não pode intervir. Não só pode intervir, como nem poderia fazê-lo diferentemente, uma vez que os atos humanos, conforme exposto, são indecomponíveis. Mas essa incursão deve ser feita com todas as cautelas e limitações apontadas no corpo do texto.

²⁴⁷ Da relação entre direito e moral, no quanto tange à interioridade e à exterioridade, ver: RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997, p. 97-101.

²⁴⁸ DUFF, Antony R., *op. cit.* [n. 138], p. 125-129.

criminal²⁴⁹. Quando punimos, punimos, sobretudo, o ato, mas em certa medida também punimos algumas das características que, no agente, possibilitaram o ato.

Duff nos dá uma acertada explicação a respeito:

[A lei] não está preocupada meramente com “condutas” externamente concebidas em termos de suas atuais ou prováveis consequências, mas com ações dessa maneira ricamente concebidas. Sua resposta aos crimes deve ser também uma resposta a eles como “injustiças” (*wrongs*) de seu tipo: não meramente como conduta extrinsecamente “prejudicial” (*harmful*), mas como ações injustas. Ela deve tal resposta tanto às vítimas, como uma resposta que reconhece a característica do prejuízo que elas sofreram, e ao ofensor, como uma resposta centrada naquilo que em sua conduta fez ela (a conduta) e ele um apropriado objeto da atenção da lei. Igualmente, o que os ofensores devem às vítimas e aos companheiros cidadãos são apologias que reconhecem a injustiça que eles causaram. Compensação pode ajudar a reparar o prejuízo material causado, mas só uma apologia, uma expressão pública de arrependimento, pode começar a reparar o erro moral causado.²⁵⁰

Todavia, embora a punição criminal possa ir além do ato e inquirir sobre a intenção, ao fazê-lo não precisa abarcar as profundezas do ser moral do indivíduo: no ambiente secular, a comunicação penitencial não precisa ser tão ambiciosa²⁵¹. Deve-se salientar, ademais, que o arrependimento comporta graduações, não é assunto do tipo “ou tudo ou nada”²⁵². O arrependimento que aqui se busca não é religioso, portanto mesmo o preenchimento imperfeito de seu complexo processo moral possui relevância²⁵³. Se o criminoso completou sua penitência merecida, mas em seu âmago não se arrependeu, não devemos questionar insistentemente sobre sua sinceridade. Isso porque ele possui um núcleo de privacidade inacessível, e autonomia para escolher não ser persuadido pela mensagem moral. Nesses casos, tanto a vítima quanto a comunidade podem considerar que ele atravessou o ritual penitencial; o que o criminoso devia, a reparação apologética, de

²⁴⁹ DUFF, Antony R., *op. cit.* [n. 138], p. 129.

²⁵⁰ DUFF, Antony R., *op. cit.* [n. 138], p. 128.

²⁵¹ DUFF, Antony R., *op. cit.* [n. 151], p. 303.

²⁵² TASIOLAS, John. Repentance and the liberal state. *Ohio Journal of Criminal Law*, v. 4, p. 487-521, 2007. p. 489 *et seq.*

²⁵³ *Ibidem*, p. 491.

certa forma foi “extraído”. Sendo assim, devemos tratá-lo como se o “débito” tivesse sido pago²⁵⁴.

Por outro lado, pode-se até mesmo asseverar que seria paradoxal respeitar um indivíduo, no entanto não se importar com o que ele tem a dizer – como quer von Hirsch com sua teoria comunicativa *externa*. Voltemos àquele exemplo de João e Maria. Imaginemos que eu vou conversar com Maria, e ela confessa ter sido a autora da conduta que ofendeu João (ou seja, já passamos da parte de saber se ela é culpada, como se, no processo criminal, a sentença condenatória tivesse transitado em julgado). Após ela ter assumido a responsabilidade, eu a censuro, dizendo o quanto sua ação é errada. Mas, quando ela vai responder, eu simplesmente a ignoro, pouco me importando como ela irá receber a mensagem enviada. Agora, se eu levo a sério nossa amizade, então eu vou querer saber como Maria se sente, se ela está arrependida, se pretende mudar suas atitudes para não cometer o mesmo erro, se quer reconciliar-se com João. Para saber dessas coisas, é preciso considerar a dimensão *interna* dos sentimentos e das disposições. Consideremos agora que a ofensa dela é considerada crime. Como membros da comunidade política não somos amigos, daí porque não seria admissível uma tamanha intromissão em todo seu ser moral. Ocorre, entretanto, que também não somos totais estranhos, a ponto de eu censurá-la, sem conceder relevância devida para a maneira como ela recebe a mensagem. Logo, se efetivamente vou tratá-la como responsável, tenho o dever de escutar a parte dela na comunicação moral - ainda que seja para dizer que não foi persuadida.

Conclui-se, enfim, diante de todos esses argumentos, que a punição como penitência secular é compatível com um Estado que respeite seriamente a privacidade de seus cidadãos. Acrescenta-se, entretanto, que existem sérias considerações práticas a respeito do arrependimento. Nem mesmo podemos confiar no Estado, satiriza Murphy, para entregar cartas com eficiência, o que se dirá então sobre a capacidade de julgar uma característica tão nobre?²⁵⁵ Dar crédito ao arrependimento é um problema, pois as pessoas podem facilmente forjá-lo, ainda mais se houver alguma recompensa como o perdão ou a

²⁵⁴ DUFF, Antony R., *op. cit.* [n. 138], p. 123-124.

²⁵⁵ MURPHY, Jeffrie G. Remorse, apology and mercy. *Ohio Journal of Criminal Law*, v. 4, p. 423-453, 2007. p. 437.

redução na sentença²⁵⁶. Como foi dito para o autor certa vez: “sinceridade é a coisa mais preciosa do mundo. Quando você aprender a fingi-la, você está com tudo.”²⁵⁷

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 438 *et seq.*

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 440.

CONCLUSÃO

Em linhas gerais, são estas as considerações retiradas do trabalho:

Primeira: as teorias preventivas devem ser chamadas de consequencialistas. Este é o termo correto, utilizado em filosofia moral, para designar que a ação justa é aquela que, dentre todas as escolhas, produz as melhores consequências (prevenção de crimes).

Segunda: considerando que a punição de inocentes poderia, ao menos em tese, produzir as melhores consequências (prevenção de crimes), nada impediria a construção de um sistema de punição que, arbitrariamente, puniria pessoas que nem mesmo cometeram crimes. As teorias consequencialistas, em razão de permitirem essa injustiça, não podem justificar a punição criminal.

Terceira: ao importar conceitos não-consequencialistas, como o merecimento, as teorias consequencialistas se tornam artificiais e, portanto, não podem justificar a punição criminal. Tais teorias, chamadas de mistas, não concedem explicações suficientes para a combinação desses princípios, que, em regra, são irreduzíveis.

Quarta: no âmbito das teorias retributivas, deve-se atentar para dois equívocos comuns. Em primeiro lugar, anota-se que o termo retribuição é ambíguo e designa muitas teorias diferentes, mas não se confunde com vingança ou retaliação. Em segundo lugar, distinguem-se as teorias retributivas negativas das positivas. Naquela, os teóricos não explicam por que retribuir punição, ao invés de uma resposta puramente verbal ou simbólica. Nesta, os autores efetivamente tentam explicar a ligação entre crime e castigo, que o merecimento pretende capturar.

Quinta: o neorretribucionismo de fundamento onto-antropológico não explica porque é a punição que restaura os laços comunitários, a relação de cuidado-de-

perigo, ao invés de uma resposta puramente verbal ou simbólica (retribuição negativa). Sendo assim, a teoria é incompleta e, portanto, não pode justificar a punição criminal.

Sexta: a teoria de punição como equidade não pode justificar a punição criminal, uma vez que as explicações sobre a natureza do crime e das pessoas não é convincente. Não há sentido em afirmar, por exemplo, que um estuprador recebe alguma vantagem indevida em detrimento dos outros cidadãos. De outro lado, também não há sentido em afirmar que a maioria das pessoas ache a lei que proíbe o estupro um fardo.

Sétima: a teoria paternalística de punição e a teoria de punição como educação moral não podem justificar a punição criminal. Isso porque, na realidade, a maioria dos criminosos não precisa ser educada. Além disso, não resta claro se essas teorias são compatíveis com um Estado que realmente respeite a autonomia dos indivíduos.

Oitava: existem valores compartilhados, a liberdade e a autonomia, que definem e unem as comunidades. A lei criminal, portanto, ao determinar que certa conduta seja crime, apenas incorpora aqueles valores que já eram compartilhados pelos membros da comunidade. Consequência disso é que a ameaça de punição e a punição devem ocorrer pelas razões morais relevantes que fizeram a conduta, em primeiro lugar, ser considerada criminosa.

Nona: a punição criminal possui quatro funções específicas: o repúdio autoritário, a não-aquiescência simbólica, a vindicação da lei e a absolvição de terceiros. Não se pode esquecer, entretanto, que tais coisas constituem apenas uma análise do que é a punição criminal, portanto, nada dizem sobre sua justificação.

Décima: tudo o que é crime deveria ser considerado moralmente errado. O traço distintivo da lei criminal é justamente a correção moral. A punição comunica desaprovação ou reprovação de um comportamento, portanto, não faria sentido punir se o crime fosse um ato moralmente neutro ou louvável.

Décima primeira: a punição criminal é justificada, ao menos em teoria, se entendida como um processo de comunicação moral, que visa ao arrependimento, à autorreforma e à reconciliação. O arrependimento é a resposta moralmente adequada daquele que sente o peso da culpa. Aquele que reconhece o erro sente a necessidade de autorreforma e, em razão disso, reconhece também que precisa oferecer uma reparação apologética. Sendo assim, a característica onerosa da punição deve ser entendida como forma de penitência secular: por um lado, a punição mantém a atenção do criminoso focada no ilícito, por outro, possibilita que este dê uma forma material ao seu arrependimento. Ademais, não há incompatibilidade dessa teoria com um Estado que respeite a autonomia e a privacidade dos indivíduos, porque a comunicação moral, por sua natureza mesma, deixa aberta a possibilidade para que o culpado não seja persuadido.

REFERÊNCIAS

- BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa, fraternidade e direito. Disponível em: <<http://www.maritain.com.br/index2.php?p=productMore&iProduct=13>>. Acesso em: 06 dez. 2010.
- BENNETT, Christopher. The varieties of retributive experience. **The Philosophical Quarterly**, v. 52, n. 207, p. 145-163, Apr., 2002.
- BÍBLIA SAGRADA. João Ferreira de Almeida (trad.). Revista e atualizada. 2. ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.
- BICUDO, Tatiana Viggiani. **Porque punir? Teoria geral da pena**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- BROWNLEE, Kimberley. Retributive, restorative and ritualistic justice. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 30, n. 2, p. 385–397, 2010.
- BURGH Richard W. Do the guilty deserve punishment? **The Journal of Philosophy**, v. 79, n. 4, p. 193-210, Apr. 1982.
- CANE, Peter. Taking law seriously: starting points of the Hart/Devlin debate. **The Journal of Ethics**, n. 10, p. 21-51, 2006.
- CAMUS, Albert. **O homem revoltado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.
- CANTO-SPERBER, Monique (org.). **Dicionário de ética e filosofia moral**. Edição brasileira. São Leopoldo: Unisinos, 2003. v. 1 e 2.
- CARVALHO, Olavo de. **Aristóteles em nova perspectiva**: introdução à teoria dos quatro discursos. São Paulo: É realizações, 2006.
- _____. **O jardim das aflições**: de Epicuro à ressurreição de César: ensaio sobre o materialismo e a religião civil. São Paulo: É realizações, 2000.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação.** Coimbra: Coimbra, 2003.

CHIAVERINI, Tatiana. Apontamentos sobre a pena em Immanuel Kant. **Phrónesis**. v. 8, n. 2, jul. - dez., 2006.

CIOCCHETTI, Christopher. Emotions, retribution and punishment. **Journal of Applied Philosophy**, v. 26, n. 2, 2009.

_____. Punishment, reintegration and atypical victims. **Criminal Justice Ethics**, p. 29-49, winter/spring 2004.

C.S. Lewis. Humanitarian Theory of Punishment. Disponível em:<
<http://www.angelfire.com/pro/lewiscs/humanitarian.html>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN Mercedes García. **Derecho penal: parte general**. 4. ed. Valencia: Tirant to Blanch, 2000.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DAGGER, Richard. Playing fair with punishment. **Ethics**, v. 103, n. 3, p. 473-488, Apr. 1993.

_____. Punishment as fair play. **Res Publica**. n. 14, p. 259-275, Nov. 2008.

DALY, Kathleen; RUSS, Immarigeon. The past, present and future of restorative justice: some critical reflections. **Contemporary Justice Review**, v. 1, p. 21-45.

DALY, Kathleen. Revisiting the relation between retributive and restorative justice. Disponível em:< http://aegir-2.itc.griffith.edu.au/data/assets/pdf_file/0014/50342/kdpaper6.pdf>. Acesso em: 24 dez 2010.

D'AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, 2005.

_____. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DAVIS, Michael. Punishment theory's golden half century: a survey of developments from (about) 1957 to 2007. **The Journal Ethics**, v. 13, n. 1, p. 73-100, 2009.

DEIGH, John. On the right to be punished: some doubts. **Ethics**, v. 94, p. 191-211, jan 1984.

DOLINKO, David. Morris on paternalism and punishment. **Law and Philosophy**, n. 18, p. 345-361, 1999.

_____. Retributivism, consequentialism, and the intrinsic goodness of punishment. **Law and Philosophy**, n. 16, p. 507-528, 1997.

_____. Some thoughts about retributivism. **Ethics**, v. 101, n. 3 p. 537-559, Apr. 1991.

DUBBER, Markus Dirk. Theories of crime and punishment in german criminal law. **Buffalo Legal Studies Research Paper**, n. 2005-02.

DUFF, Antony R.; GARLAND, David (Comp.). **A reader on punishment**. New York: Oxford, 1994.

DUFF, Antony R.; MARSHALL, Sandra E. Communicative punishment and the role of the victim. **Criminal Justice Ethics**, p. 39-50, winter/spring 2004.

DUFF, Antony R (org.). **Punishment**. Dartmouth: Dartmouth, 1993.

DUFF, Antony R. Crime and citizenship. **Journal of Applied Philosophy**, v. 22, n. 3, p. 211-216, 2005.

_____. Crime, prohibition, and punishment. **Journal of Applied Philosophy**. v. 19, n. 2, p. 97-108, 2002.

_____. Inclusion, exclusion and the criminal law. **Policy Futures in Education**, v. 1, n. 4, p. 699-715, 2003.

_____. Law, language and community: some preconditions of criminal liability. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 18, n. 2, p. 189-206, 1998.

_____. Notes on punishment and terrorism. **American Behavioral Scientist**, n. 48, p. 758-763, 2005.

_____. Penance, punishment and the limits of the community. **Punishment and Society**, v. 5, n. 3, p. 295-312, 2003.

_____. Penal Communities. **Punishment and Society**, v. 1, n. 1, p. 27-43, 1999.

_____. Probation, punishment and restorative justice: should al turism be engaged in punishment? **The Howard Journal**, v. 42, n. 2, p. 181-197, may 2003.

_____. **Punishment, communication, and community**. Oxford: Oxford, 2001.

_____. Punishment, dignity and degradation. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 25, n. 1, p. 141-155, 2005.

_____. Responsibility, restoration and retribution. *In*: TONRY, M (org.). **Retribution has a past: does it have a future?** Oxford: Oxford. No prelo.

_____. Review: censure and sanctions. **Mind, New Series**, v. 104, n. 413, p. 211-214, jan 1995.

_____. The incompleteness of "punishment as fair play": a response to Dagger. **Res Publica**. n. 14, p. 277-281, Nov. 2008.

_____. **Trials and punishments**. New York: Cambridge, 1986.

FALCÓN Y TELLA, Maria José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Fundamento e finalidade da sanção**: existe um direito de castigar? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra, 2005.

_____. **Noções fundamentais de direito penal**: (fragmenta iuris poenalis), introdução. Coimbra: Coimbra, 2007. 169 p.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal**: parte geral, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

FINKELSTEIN, Claire. Comments on Antony Duff's 'Penance, punishment, and the limits of the community'. **Punishment and Society**, v. 6, n.1, p. 99-104, 2004.

FISH, Morris J. An eye for an eye: proportionality as moral principle of punishment. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 28, n. 1, p. 57-71, 2008.

FEINBERG, Joel. **The moral limits of the criminal law**. New York: Oxford, 1987. v.1: Harm to others.

_____. **The moral limits of the criminal law**. New York: Oxford, 1990. v.4: Harmless wrongdoing.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoria del garantismo penal. 3. ed. Madrid: Trotta: 1998.

GARDNER, John: Review: Punishment, communication and community. **Punishment and Society**, n. 4, p. 496-499. 2002.

GARVEY, Stephen P. Can shaming punishment educate? **University of Chicago Law Review**, n. 65, p. 733-794, 1998.

_____. Lifting the veil of punishment. **Buffalo Criminal Law Review**, v. 7, p. 443-464, 2004.

_____. Restorative justice, punishment and atonement. **Utah Law Review**, n. 1, p. 303-317, 2003.

_____. Two kinds of criminal wrongs. (...)

_____. Punishment as atonement. **UCLA Law Review**, n. 46, p. 1081-1858, 1999.

HAMPTON, Jean. The moral education theory of punishment. **Philosophy and Public Affairs**, v. 13, n. 03, p. 208-238, summer 1984.

HANA, Nathan. Liberalism and the general justifiability on punishment. **Philosophical Studies**, v. 145, n. 3, p. 325-349, 2009.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Punishment and responsibility**: essays in the philosophy of law. 2. ed. New York: Oxford, 2008.

HIRSCH, Andrew Von. **Censurar y castigar**. Madrid: Trotta, 1998.

_____. **Doing justice**: the choice of punishments. New York: Hill and Wang, 1976.

_____. **Past or future crimes**: deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals. Manchester: Manchester, 1985.

HEGEL, G. W. F. **Philosophy of Rights**. Batoche Books: Kitchener, 2001.

HIRSCH, Andrew Von et al (Org.). **Restorative justice & criminal justice**: competing or reconcilable paradigms? Portland: Hart, 2003.

HOLROYD, Jules. Punishment and justice. **Social Theory and Practice**, v. 36, n. 1, p. 78-111, jan 2010.

HONDERICH, Ted. **Punishment: the supposed justifications revisited**. Pluto: London, 2006.

HUDSON, Barbara. Punishment, justice and responsibility. **Punishment and Society**, v. 5, n. 2, p. 215-219, 2003.

HURD, Heidi M. Paternalism on pain of punishment. **Criminal Justice Ethics**, v. 28, n. 1, p. 49-73 may 2009.

HUSAK, Douglas. Why punish the deserving. **Noûs**, v. 26, n. 4, p. 447-464, dec 1992.

KAHAN, Dan M. What do alternative sanctions means. **University of Chicago Law Review**, v. 63, p. 591-653, 1996.

_____. What's really wrong with shaming sanctions? **Yale Law School**, Research Paper n. 125.

KANT, Immanuel. **Doutrina do direito**. São Paulo: Ícone, 2003.

KELLER, Livia B.; et al. A closer look at an eye for an eye: laypersons' punishment decisions are primarily driven by retributive motives. **Social Justice Research**, v. 23, n. 2-3, p. 99-116, 2010.

KIERKEGAARD, Sören. **Purity of heart is to will one thing**. Edição desconhecida.

KLEINIG, John. Punishment and moral seriousness. **Israel Law Review**, v. 25, p. 401-421, 1991.

LEVINE, Samuel J. Teshuva. A look at repentance, forgiveness and atonement in jewish law and philosophy and american legal thought. **Fordham Urban Law Journal**, v. 27, n. 5, p. 1677-1693, 2000.

LORENZO, Wambert Gomes. Pluralismo, cultura e reconhecimento. Disponível em: <http://www.maritain.com.br/index2.php?p=productMore&iProduct=78>>. Acesso em: 06 dez. 2010.

LUCAS, J. R. Or else. **Proceedings of the Aristotelian Society**, v. 69, p. 207-222, 1968-1969.

MABBOT. J. D. Punishment. **Mind, New Series**, v. 48, n. 190, p. 152-167, apr 1939.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MARSHALL, Christopher D. **Beyond retribution**: a testament vision for justice, crime, and punishment. Grand Rapid: Eerdmans; Lime Grove House: Parnell, 2001.

MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal**: parte general. Buenos Aires: Ástrea, 1994.

MCTAGGART, Ellis J. Hegel's theory of punishment. **International Journal of Ethics**, v. 6, n. 4, p. 479-502, jul 1896.

MERLE, Jean-Christophe. Uma alternativa kantiana para a prevenção geral e a retribuição. **Veritas**, v. 47, n. 2, p. 237-247, jun. 2002.

METZ, Thaddeus. How to reconcile liberal politics with retributive punishment. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 27, n. 4, p. 683-705, 2007.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Batoche Books: Kitchener, 2001.

MOORE, Michael S. A tale of two theories. **Criminal Justice Ethics**, v. 28, n. 1, p. 27-48, may 2009.

_____. Patrolling the borders of consequentialist justifications: the scope of agent-relative restrictions. **Law and Philosophy**, n. 27, p. 35-92, 2007.

MORRIS, Herbert. Some further reflections on guilty and punishment. **Law and Philosophy**, n. 18, p. 363-378, 1999.

_____. Persons and Punishment. Disponível (parcialmente) em:

<http://books.google.com.br/books?id=Jba2IFg3KOMC&pg=PA116&dq=Persons+and+Punishment+Morris&hl=pt->

[BR&ei=ncKnTPWwHIX7lweIkcWdBQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCgQ6AEwAA#v=onepage&q=Persons%20and%20Punishment%20Morris&f=false](#)>. Acesso em: 20 fev. 2010.

MURPHY, Jeffrie G. Christianity and criminal punishment. **Punishment and Society**, v. 5, n. 3, p. 261-277, 2003,

_____. Does Kant have a theory of punishment? **Columbia Law Review**, n. 87, p. 509-532, 1987.

_____. Legal moralism and retribution revisited. **Criminal Law and Philosophy**. v. 1, n. 5, p. 5-20, 2007.

_____. Marxism and retribution. **Philosophy & Public Affairs**, v. 2, p. 217-243, 1973.

_____. Shame creeps through guilty and feels like retribution. **Law & Philosophy**, v. 18, p. 327-344, 1999.

_____. Retributivism, moral education, and the liberal state. **Criminal Justice Ethics**, p. 3-11, winter/spring 1985.

_____. Remorse, apology and mercy. **Ohio State Journal of Criminal Law**, v. 4, p. 423-453, 2007.

_____. Repentance, punishment and mercy. Disponível em:<<http://homepages.law.asu.edu/~jeffriem/repentance.htm>>. Acesso em: 25 dez 2010.

_____. The state's interest in retribution. **Journal of Contemporary Legal Issues**, v. 5, p. 283, 1994.

_____. Two cheers for vindictiveness. **Punishment and Society**, v. 2, p. 131-143, 2000.

NARAYAN, Uma. Appropriate responses and preventive benefits: justifying censure and hard treatment in legal punishment. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 13, n. 2, p. 166-182, 1993.

QUINN, Warren. The right to threaten and the right to punish. **Philosophy and Public Affairs**, v. 14, n. 4, p. 327-373, out 1985.

SADLER, Gregory B. Saint Anselm on punishment, coercion and violence. **Cistercian Studies Quarterly**, v. 45, n. 1, p. 35-61, 2010.

SKILLEN, A. J. How to say things with walls. **Philosophy**, v. 55, p. 509-523, 1980.

STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PUNISHMENT. Legal Punishment. Disponível em:<
<http://plato.stanford.edu/entries/legal-punishment/>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

RECONCILIATIO ET PAENITENTIA. João Paulo II. Disponível em:
http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/apost_exhortations/documents/hf_jp-ii_exh_02121984_reconciliatio-et-paenitentia_po.html>. Acesso em: 10 dez. 2010.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997.

RAMÍREZ, Juan Bustos. et al. **Prevencion y teoria de la pena**. Santiago de Chile: Jurídica ConoSur, 1995.

RAWLS, John. **Collected Papers**. 3. ed. Massachusetts: Harvard, 1999.

_____. **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 306 p.

_____. **Uma teoria de justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Lições preliminares de direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

_____. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general, tomo I. Madrid: Civitas, 1997.

ODUDU, OKEOGHENE. Retributive justice in an unjust society. **Ratio Juris**, v. 1, n. 3, p. 416-431, Sept. 2003.

ORIGINAL CATHOLIC ENCYCLOPEDIA. Disponível em:
<<http://oce.catholic.com/index.php?title=Penance>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

ORTEGA Y GASSET. **Del Imperio Romano**. Edição desconhecida.

TASIOULAS, John. Punishment and repentence. **Philosophy**, n. 81, p. 279-322, 2006.

_____. Repentance and the liberal state. **Ohio Journal of Criminal Law**, v. 4, p. 487-521, 2007.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

VOEGELIN, Eric. **Hitler e os alemães**. São Paulo: É realizações, 2007.

XAVIER, Maria Leonor L. O (Coord.). **A questão de deus na história da filosofia**. Sintra: Zéfiro, 2008. 2 v.

WOOD, David. Retribution, crime reduction and the justification of punishment. **Oxford Journal of Legal Studies**, n. 2, v. 22, p. 301-321, 2002.

WOODS JUNIOR, Thomas E. **Como a igreja católica construiu a civilização ocidental**. São Paulo: Quadrante, 2008.

ZAFFARONI; Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2005.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.