

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA
NÍVEL MESTRADO**

LUÍS MIGUEL RECHIKI MEIRELLES

ADAM SMITH E O PROBLEMA DA PUNIÇÃO

São Leopoldo

2022

LUÍS MIGUEL RECHIKI MEIRELLES

ADAM SMITH E O PROBLEMA DA PUNIÇÃO

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Filosofia, pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Denis Coitinho Silveira

São Leopoldo

2022

M514a Meirelles, Luís Miguel Rechiki.
Adam Smith e o problema da punição / Luís Miguel
Rechiki Meirelles. – 2022.
79 f. : il. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio
dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, 2022.
“Orientador: Prof. Dr. Denis Coitinho Silveira.”

1. Smith, Adam, 1723-1790. 2. Punição. 3. Merecimento.
4. Desaprovação. 5. Reabilitação. I. Título.

CDU 17

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Bibliotecária: Amanda Schuster – CRB 10/2517)

AGRADECIMENTOS À CAPES

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

"Todos os membros da sociedade humana precisam da ajuda uns dos outros, e estão igualmente expostos a ofensas mútuas. Onde a ajuda necessária é reciprocamente provida pelo amor, gratidão, amizade e estima, a sociedade floresce e é feliz." (SMITH, 2015, p.106).

RESUMO

Este trabalho constitui uma investigação sobre a justificação da instituição da punição proposta por Adam Smith na *Teoria dos Sentimentos Morais*. Para tal finalidade analisar-se-á, para além da obra base, de forma secundária e complementar, as *Lições de Jurisprudência* e textos de comentadores como Staley, Haakonssen, Coitinho, Cerqueira, entre outros. De início, na introdução, será exposto o problema da punição que consiste em como podemos justificar a infligência de dano intencional por parte do Estado a um agente, tendo em vista que em situações normais consideramos o dano intencional como um erro moral. No segundo capítulo encontra-se uma breve contextualização histórica com o intuito de situar temporalmente o filósofo escocês e, também, a análise de sua teoria moral sentimentalista, considerando conceitos como empatia, gratidão, ressentimento e espectador imparcial que são base necessária para a compreensão de sua proposta de justificação da punição. Já no terceiro capítulo do presente estudo será abordada a questão da punição propriamente dita, apresentando os aspectos retributivistas da justificação smithiana além de dialogar com alguns comentadores que enquadram o filósofo como um retributivista puro. O objetivo é apresentar que por mais que a proposta contenha traços do retributivismo, enquadrá-lo como um é limitante. Visando justificar essa afirmação haverá a análise dos conceitos consequencialistas para traçar um paralelo com alguns pontos do pensamento de Adam Smith. É no terceiro capítulo, porém, que será analisada com mais detalhes a proposta de justificação da punição do pensador escocês. Para isso serão retomados conceitos das teorias expressivistas e reabilitacionistas de justificação da punição, traçando um paralelo com a proposta smithiana que engloba tais conceitos, para além dos já mencionados aspectos retributivistas e consequencialistas. Por fim, a título de conclusão, analisar-se-á os possíveis ganhos proporcionados por essa concepção de justificação da punição apresentada por Adam Smith.

Palavras-chave: Smith. Punição. Merecimento. Desaprovação. Reabilitação.

ABSTRACT

This work constitutes an investigation into the justification of the institution of punishment proposed by Adam Smith in *The Theory of Moral Sentiments*. For this purpose, it will be analyzed, in addition to the base work, in a secondary way and complementing the *Lectures of Jurisprudence* and texts by commentators such as Staley, Haakonssen, Coitinho, Cerqueira, among others. At first, in the introduction, the problem of punishment will be exposed, which consists of how we can justify the infliction of intentional harm by the State to an agent, given that, in ordinary situations, we deem intentional harm as a moral error. The second chapter presents a brief historical contextualization to temporally situate the Scottish philosopher and also, the analysis of his sentimental moral theory, considering concepts such as empathy, gratitude, resentment, and impartial spectator that are the necessary basis for the understanding of his proposal for the justification of punishment. The third chapter of this study will address the issue of punishment itself, presenting the retributivist aspects of Smith's justification, in addition to dialoguing with some commentators who frame the philosopher as a pure retributivist. The aim is to present that, even though the proposal contains traces of retributivism, framing it as one is limiting. To justify this statement, there will be an analysis of consequentialist concepts to draw a parallel with some points of Adam Smith's thought. It is in the third chapter that the proposal to justify the Scottish thinker's punishment will be analyzed in more detail. In order to do so, concepts of expressivist and rehabilitationist theories of justification of punishment will be resumed, drawing a parallel with the Smithian proposal that encompasses such ideas, in addition to the previously mentioned retributivist and consequentialist aspects. Finally, as a conclusion, the possible gains provided by this conception of justification of punishment presented by Adam Smith will be analyzed.

Keywords: Smith. Punishment. Worthiness. Disapproval. Rehabilitation.

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	7
2 ADAM SMITH E A MORAL SENTIMENTALISTA.....	15
2.1 Considerações sobre o iluminismo escocês.....	15
2.2 O papel dos sentimentos na moralidade.....	18
2.3 Espectador imparcial	23
2.4 Distinção entre virtudes positivas e negativas.....	28
3 SERIA ADAM SMITH UM RETRIBUTIVISTA?	35
3.1 O retributivismo.....	36
3.2 Adam Smith e o retributivismo	41
3.3 O preventivismo	46
3.4 Adam Smith e o preventivismo	48
4 A JUSTIFICAÇÃO HÍBRIDA DA PUNIÇÃO	53
4.1 O expressivismo penal	54
4.2 O reabilitacionismo	58
4.3 Smith e a justificação híbrida da punição	64
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	71
REFERÊNCIAS.....	76

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A presente dissertação tem por objetivo investigar a teoria de justificação da punição proposta por Adam Smith em sua obra *Teoria dos sentimentos morais*. Smith, sobretudo, é conhecido pelas suas contribuições no campo da economia e sua teoria moral é bastante desconhecida. Menos ainda é conhecida sua teoria de justificação da punição. Porém, parece importante trazer o filósofo para o campo da filosofia moral, política e do direito, dado que sua proposta moral é de cunho sentimentalista e apresenta conceitos que são de extrema importância para sua proposta de justificação da punição, a saber, empatia, ressentimento etc. Como complementar a esses conceitos e não menos importante, há ainda o espectador imparcial. O pensador escocês toma por base tais conceitos e, me parece, apresenta uma proposta híbrida de justificação da punição que considera aspectos do retributivismo, preventivismo e do que, atualmente, chamamos de expressivismo e reabilitacionismo. A mescla sutilmente realizada por Smith entre essas teorias parece resolver lacunas contemporâneas acerca do problema da punição. Contudo, em que consiste o problema da punição?

Os seres humanos ao longo de toda a sua história se organizaram em grupos chamados de famílias, clãs, comunidades, sociedades etc. Entre esses grupos sempre é possível notar regras de conduta que restringem as ações de seus membros, sejam elas regras morais ou legais que visam organizar as ações humanas em determinados padrões que sejam aceitáveis. Essas regras quando violadas sempre acarretam sanções para o indivíduo ou grupo que as transgridem. Nas sociedades bíblicas, por exemplo, havia muitas regras/tabus que quando violadas faziam com que a ira divina recaísse sobre o grupo. Frente a apreensão por uma punição divina, a comunidade se apressava em identificar os transgressores e os banir para fora da comunidade. Essa atitude faria com que as sanções sobre o grupo como um todo fossem evitadas, mas não isentaria os transgressores da pena, dado os enormes perigos que ficariam expostos estando fora das comunidades.

A punição em casos como esse era de caráter bastante arbitrário, uma vez que era baseada ou na vontade do grupo, ou na vontade de um líder, ou ainda na vontade divina. As arbitrariedades na punição abrangem boa parte da história

humana e nas mais variadas sociedades; geralmente empregada, a pena, com um aspecto vingativo.

Presentes nos livros bíblicos do Êxodo e Deuteronômio e datada de 1772 a.C. no código de Hamurabi, a Lei de Talião surge para determinar a proporcionalidade da pena que deve ser imposta a um transgressor. O famoso olho por olho dente por dente exprime certa preocupação com as questões da pena sobretudo com a arbitrariedade que era executada. Parece, porém, que tal método soluciona parte do problema, mas ainda mantém o caráter arbitrário do julgamento, baseado, por muito tempo, na vontade do imperador. Essa forma de julgamento perpassa boa parte do período antigo e, também, medieval, claro que tanto a pena quanto o julgamento sofrem mudanças, mas o problema da parcialidade e arbitrariedade continuam.

As questões de arbitrariedade e parcialidade são evocadas para mostrar que as penas e os aparatos punitivos não podem ser justificados por si mesmos. Daí surgem questões como: O que é a pena? Qual deve ser a pena aplicada? Quem deve aplicar a punição? Qual deve ser a função da punição? Como podemos justificar o aparato punitivo? Quem pode ser alvo de punições? Essas questões expõem a complexidade que existe para tratar sobre o tema da punição e denotam problemas contemporâneos, inclusive.

Para evidenciar o problema da punição creio que devemos partir de uma definição do conceito de punição. A punição pode ser interpretada como um dano intencional retributivo reprobatório infringido pelo Estado a um agente transgressor (COITINHO, 2016, p.12). Com essa definição, podemos notar que a punição é uma obrigação do Estado. Transferir essa responsabilidade para o Estado resolve algumas das questões expostas acima, a saber, o problema da parcialidade, dado que o Estado, por meio de seu poder legislativo e judiciário, não terá vínculo direto com o infrator. Essa medida resolve também o caráter de vingança da pena, pois passa a ser aplicada por um terceiro que não possui interesses direto com o dano a ser aplicado.

Com isso, porém, surge outra questão basilar e, penso, podemos dizer é nela que reside o problema da punição. A questão que faço referência é enfatizada por Boonin, apontando para o aspecto moral da prática punitiva. Em outras palavras, nas nossas vidas cotidianas consideramos um erro infringirmos dano de forma intencional a qualquer pessoa, assim, como pode o Estado estar

autorizado a tal prática? Essa questão se torna basilar para o problema da punição, aliada a questões relacionadas a quantidade e finalidade da pena (BOONIN, 2008, p. 1).

Uma resposta apresentada ao problema da punição que deve sempre ser considerada é a posição retributivista que tem Kant como seu principal representante. Os retributivistas justificam a instituição da punição com base no mérito dos agentes que são tomados como responsáveis pelas transgressões. Essa posição parece partir de um pressuposto libertista como, a título de exemplo, seguramente é o caso de Kant. Na proposta kantiana aquele que comete um crime renuncia a sua cidadania e se torna apto à punição por ter escolhido cometer o crime (KANT, 2013, pp. 133-134). Assim, o agente transgressor é inteiramente culpado pelo seu ato e, conseqüentemente, merecedor da punição. Kant ainda vai mais além e afirma que a pena a ser aplicada ao agente deve ser proporcional ao mal por ele cometido.

Os conceitos de culpa, mérito e proporcionalidade são centrais em uma justificção retributivista de punição. A instituição da punição, dito de outra maneira, se justifica pelo merecimento do agente culpado que agiu livremente e a punição deve ser proporcional ao mal causado, uma vez que a retribuição é a única medida capaz de saciar os anseios da justiça.

Como alternativa a proposta retributivista encontramos a justificção da instituição da punição preventivista, de base consequencialista. Essa proposta tem o nome de Bentham como seu principal representante. Na proposta benthamiana, existem dois senhores que regulam as ações humanas, a saber, a dor e o prazer. Para o filósofo, os seres humanos perseguem com todas as suas forças o prazer e evitam a dor. O Estado que se compromete com o princípio da utilidade adota esses dois senhores e tem por objetivo assegurar o maior bem-estar para o maior número possível de pessoas, punindo e recompensando seus membros (BENTHAM, 1974, pp. 25-26).

O modelo consequencialista visa o maior bem-estar possível e todas as ações realizadas em prol desse fim são consideradas corretas. A justificção da instituição da punição para essa proposta não poderia se dar de outra forma a não ser garantindo o maior bem-estar social ou, se preferirem, assegurando a estabilidade social, com o objetivo de prevenir futuros crimes. Esclareço, a punição se justifica se e somente se de sua aplicação resultar em um

considerável grau de bem-estar ou devolver a estabilidade social retirada pelo ato errado cometido.

As duas propostas clássicas de justificação da instituição da punição parecem ser insuficientes para dar conta da totalidade do problema, dado que deixam algumas lacunas. E como a justificação da punição é uma questão aberta, também, na contemporaneidade, precisamos encontrar alternativas que estejam à altura da complexidade da questão. A proposta de justificação da punição de Adam Smith, fruto de análise desta dissertação, parece conciliar as duas teorias, além de acrescentar aspectos reabilitacionistas e expressivistas da punição, resolvendo boa parte dessas lacunas contemporâneas.

O reabilitacionismo é uma proposta que se apresenta comumente como alternativa às propostas retributivistas e consequencialistas. A alternativa proposta pelos reabilitacionistas está centrada na ideia de que a punição é justificada se e somente se o criminoso for reabilitado. A punição, entendo, possui um caráter pedagógico e deve buscar a reformulação do caráter do agente infrator, fazendo com que, após sua reinserção na sociedade, desista de cometer crimes por escolha própria (BROOKS, 2012, p.51).

As propostas reabilitacionistas buscam a reformulação moral do agente por dois motivos (BROOKS, 2012, p.52), a saber, o deontológico, ou seja, por ser justo, uma vez que os indivíduos são vistos como agentes morais e possuem, assim, importância ou pelo viés consequencialista, defendendo que reabilitando o sujeito estaremos todos em melhor situação. A reabilitação é alcançada quando os criminosos entendem que suas ações foram erradas e se arrependem do que fizeram, desistindo, desse modo, de voltar a cometer os mesmos erros. Conceitos como reconhecimento e arrependimento são centrais nessa proposta.

Já as propostas expressivistas partem de um ponto bastante distinto e buscam uma espécie de compatibilização entre as teorias retributivistas, consequencialistas e reabilitacionistas (BROOKS, 2012, p. 102). Para os pensadores expressivistas, a punição deve ser entendida como a expressão de desaprovação pública da ação praticada, deixando evidente que a pena infringida é uma 'comunicação' de que a ação realizada é desaprovada e não tolerada pela sociedade e, conseqüentemente, pelo Estado. Podemos dizer que a punição é a expressão organizada do humor social ante ao ato errado praticado e a pena propriamente é a denúncia desse erro.

Adam Smith apresenta uma proposta de justificação da punição que parece conciliar essas teorias punitivas. Para o filósofo, o Estado está obrigado a garantir a paz pública e a prosperidade coibindo, mediante ao seu aparato legislativo, ações contrárias à justiça e que geram na comunidade o ressentimento e, conseqüentemente, a desaprovação do espectador imparcial. Para atingir esse fim, a virtude da justiça, autoriza o uso da força coercitiva. Quando transgredida uma norma jurídica, o ressentimento gerado nos membros da comunidade exige a retaliação do dano praticado, pois, o agente livremente escolhe as ações que pratica e, assim, a base da punição se dá pela culpa do agente transgressor. E isso basta para exigir a aplicação de dano proporcional ao infrator como castigo pelo ato errado praticado. Esse é o ponto central das teorias retributivistas da punição, a saber, centrar a justificação da instituição da punição no merecimento/culpabilidade do agente infrator.

A noção de justiça retributiva apresentada por Smith, parece, satisfazer por completo as exigências para enquadrá-la às teorias retributivistas de punição, como tem sido feito por inúmeros pensadores que dedicaram seu tempo a estudar o filósofo escocês. Entretanto, analisar apenas os conceitos de retribuição do dano, a culpa, merecimento e proporcionalidade para, com anseio, classificar sua teoria é, sob nossa ótica, demasiado restrito.

O ponto retributivista presente na obra de Smith é suficiente para justificar o ato particular punitivo, ou seja, porque punimos ao invés de perdoarmos e justifica parcialmente a quantidade da pena aplicada, uma vez que defende a aplicação da pena proporcional ao agente infrator por sua culpa ante ao ato errado. Os conceitos de culpa e proporcionalidade dizem respeito ao ato particular punitivo e a quantidade da pena aplicada¹. Com isso fica claro que apenas o conceito retributivista de justificação é insuficiente para a justificação da instituição da punição como um todo.

O direito positivo está a serviço do Estado para garantir sua estabilidade e prosperidade. Com isso, evidencia-se a finalidade preventivista da punição, pois, os erros públicos praticados ameaçam a paz pública e, na maioria das vezes, se

¹ A distinção aqui utilizada entre as três esferas de justificação da punição, a saber, como podemos justificar a instituição da punição, o ato particular punitivo e a pena propriamente dita é apresentada por COITINHO em: COITINHO, Denis. Contrato, virtudes e o problema da punição. *Dissertatio*. v. 43, 2016, pp 11-40.

colocam como empecilhos para a prosperidade da nação. O Estado, visando a paz e a prosperidade, está autorizado a aplicação de danos aos ofensores, sendo que não punir os atos errados seria expor toda a sociedade a desordens graves que são destrutivas à liberdade e justiça. Assim se justifica o aparato Estatal da punição que se dá pela eficácia das práticas punitivas em manter a paz pública.

Entretanto, a questão acerca de qual deve ser a pena aplicada ao agente que perturba a paz pública, descumprindo as normas legais, permanece em aberta. Essa questão está, parcialmente, respondida quando recorremos ao conceito de retribuição proporcional, uma vez que o dano decorrente da pena deve conter a mesma medida do dano praticado. Contudo, apenas a proporcionalidade me parece insuficiente para que a instituição da punição cumpra seu objetivo de assegurar a paz pública. Smith defende que a pena deve ser tal que, além de proporcional, faça com que o ofensor se arrependa da ação praticada e que sirva como exemplo para os outros, além, de expressar a desaprovação social da ação cometida, coibindo possíveis ações erradas mediante ao medo de semelhante punição. É somente assim, pelo arrependimento, que o agente transgressor pode ter seu caráter reformado e tornar-se, novamente, apto para o convívio em sociedade, além, também, de servir como exemplo aos demais membros da sociedade. O arrependimento é aliado ao remorso, passo primeiro para a reabilitação, pois, apenas dessa forma se reconhece a injustiça do ato praticado. Dessa forma, o agente que tenha transgredido a norma jurídica não tornará a fazê-lo novamente, ademais de, por meio do exemplo, ter coibido futuros crimes. Os conceitos de arrependimento e correção do caráter expõe aspectos expressivistas e reabilitacionistas da punição.

Pode-se dizer que todo o aparato punitivo estatal se justifica por meio da manutenção da estabilidade social que ocorre quando a punição do agente culpado é proporcional ao dano por ele praticado, possibilitando-o a reabilitação e a prevenção, por meio do exemplo, de futuros crimes.

Porém, para que possamos compreender a teoria de justificação da punição de Smith penso ser necessário retomarmos alguns pontos cruciais da teoria moral do filósofo apresentada na obra *Teoria dos Sentimentos Morais (The Theory of Moral Sentiments)*. Para tanto, ao longo do primeiro capítulo desta dissertação analisaremos certos conceitos como empatia, espectador imparcial e

o papel de sentimentos como gratidão e ressentimento para a moralidade, além de apresentar a distinção entre virtudes positivas e negativas.

Nesse capítulo também analisarei o papel que as virtudes desempenham nessa teoria. O filósofo propõe uma distinção entre virtudes positivas e virtudes negativas que o permite compatibilizar a virtude estoica do autodomínio (*Self-Command*), a virtude cristã da benevolência (*Benevolence*), a virtude aristotélica da prudência (*Prudence*) com uma concepção liberal de justiça (*Justice*).

Já no segundo capítulo do presente texto entrarei na questão da punição propriamente dita e tratarei dos aspectos retributivistas da justificação smithiana, traçando um paralelo e dialogando com alguns comentadores que enquadram o filósofo como um retributivista puro. O objetivo é apresentar que por mais que a proposta contenha traços do retributivismo, enquadrá-lo como um é, no mínimo, equivocado e, para tal fim, analisarei os traços do preventivismo que estão presentes na teoria smithiana.

Enquadrar a proposta de Adam Smith como retributivista, apenas, parece suprimir pontos importantes dessa teoria punitiva. Assim, no terceiro capítulo, trabalharei para afirmar a hipótese de que Smith apresenta uma proposta de justificação da instituição da punição híbrida que é capaz de conciliar não apenas aspectos retributivistas e preventivistas, mas também aspectos expressivistas e reabilitacionistas da punição.

Para esclarecer nosso ponto apresentaremos uma distinção que permite ver todas as partes que uma proposta de justificação da punição deve abarcar. A distinção consiste (i) justificar a instituição da punição, ou seja, por qual motivo punimos ao invés de perdoarmos. (ii) Justificar o ato particular punitivo, isto é, quem devemos punir e (iii) a pena propriamente dita, a saber, a quantidade e qualidade da pena a ser aplicada (COITINHO, 2016, p. 13)².

O objetivo do terceiro capítulo desse texto consiste em analisar essas conexões com a maior quantidade possível de detalhes, buscando justificar satisfatoriamente as três esferas da justificação da punição, mediante uma proposta híbrida. Analisar-se-á a obra já referida, *Teoria dos Sentimentos Morais*

² Essa distinção foi realizada por Coitinho, conforme nota acima, e se apresenta como chave para uma compreensão do que deve englobar uma teoria de justificação da punição e será de fundamental importância para esclarecer a proposta híbrida de justificação presente na obra *Teoria dos Sentimentos Morais*.

e, além dela, de forma secundária/complementar, a obra *Lições de Jurisprudência*.

Por fim, a título de conclusão, analisaremos os possíveis ganhos proporcionados por essa concepção de justificação da punição apresentada por Adam Smith na obra *Teoria dos Sentimentos Morais*.

2 ADAM SMITH E A MORAL SENTIMENTALISTA

Adam Smith é um dos grandes nomes da filosofia e que segue lembrado contemporaneamente. Contudo seu nome é fortemente referido na economia onde apresentou inúmeras contribuições com a obra *A Riqueza das Nações*, com a análise do funcionamento das sociedades comerciais, a divisão do trabalho etc. O filósofo, entretanto, possui importante colaboração no campo da filosofia moral e política, mesmo que ainda pouco trabalhado nessas áreas. A obra *Teoria dos Sentimentos Morais*, além das contribuições para o problema da punição que é o objetivo desta pesquisa, expõe uma compreensão naturalista e pragmática acerca do que é a moralidade.

Smith é filho de seu tempo e conhecer seu contexto é fundamental para a compreensão de seu pensamento. Seu desenvolvimento teórico ao longo da *Teoria dos Sentimentos Morais* utiliza o método newtoniano aplicado às ciências sociais/humanas, ou seja, sua análise parte da observação das relações sociais para uma descrição do fenômeno moral. O filósofo apresenta uma teoria moral sentimentalista que pode ser entendida como naturalista, uma vez que a fundamenta nos sentimentos de gratidão e ressentimento que são originados nas relações sociais humanas, relações estas que são naturais. Nessa teorização, conceitos extremamente importantes são expostos, a saber, o de empatia, espectador imparcial e até mesmo uma marcante distinção entre a moralidade pública e privada, com a diferenciação entre virtudes positivas e negativas.

Com o intuito de compreender a concepção de punição defendida por Adam Smith, penso ser de suma relevância revisitar sua teoria moral, buscando esclarecer esses conceitos basilares.

2.1 Considerações sobre o iluminismo escocês

Foram inúmeros os resquícios deixados pela idade média nas sociedades dos séculos XVII e XVIII, entre os quais podemos destacar a influência da religião no Estado, o poder centralizado nas mãos de um governante que, por sua vez, culmina em autoritarismos e arbitrariedades. O ponto, entretanto, não consiste em concordar com pensamentos que descrevem a idade média como 'a noite de mil anos', pois parece ser consenso que tal período foi responsável por vasta

produção intelectual nas mais diversas áreas do conhecimento. Entretanto, as necessidades sociais foram mudando à medida que a ciência fora avançando, fato esse que torna o modelo medieval insuficiente para o paradigma da vida moderna.

Ante aos problemas enfrentados em toda a Europa, surge o que pode ter sido um dos principais movimentos da história, a saber, o iluminismo (esclarecimento). O movimento tem por escopo superar os dogmas religiosos arraigados no período anterior e buscar o conhecimento por meio da razão. Suplantar a segregação mediante os ideais da tolerância e da liberdade (CERQUEIRA, 2006, p. 2). Os conceitos centrais do debate iluminista são autonomia, tolerância, liberdade, propriedade etc., tais conceitos acarretaram a superação do teocentrismo, dando lugar ao homem como garantidor do próprio destino e a ciência como expositora dos fenômenos naturais e sociais. Com maneiras diferentes de tratamento, o ideal iluminista se espalhou pela Europa, marcando principalmente os territórios da França, Alemanha, Inglaterra e Escócia - evidentemente, não se limitando apenas a estes países. Para o fim que nos cabe, porém, analisaremos as características essenciais do esclarecimento no território escocês.

O que ocorre, no iluminismo escocês, que exige a menção como uma corrente específica do esclarecimento? A ciência e seu progresso permitiram ao ser humano o conhecimento mais detalhado dos fenômenos naturais, conhecimentos estes que superaram os dogmas religiosos e exigiram a reorganização social, política, moral e educacional. Mas nem tudo são flores, sabemos disso; o avanço do conhecimento racional e o deslocamento do paradigma científico para o antropocentrismo fez com que membros da *Kirk* (RIBEIRO, 2009, p. 78) vissem o avanço do conhecimento como uma perda de poder da igreja e, conseqüentemente, uma ameaça a soberania religiosa que seria, posterior a revolução gloriosa, de fato enfraquecida, abrindo margem para o discurso mais intenso sobre a tolerância.

Em 1689 o parlamento inglês destituiu Jaime II do trono como uma das conseqüências da revolução gloriosa, passando o poder a Guilherme de Orange mantendo, entretanto, o poder legislativo nas mãos do parlamento. Existe, nesse ponto, uma mudança política importante para a sociedade, uma vez que o poder soberano do rei é, em partes, limitado pelo parlamento. Tal acontecimento,

contudo, gera algum desconforto no povo escocês que vê sua linhagem real ser freada e, embora governados pela mesma coroa, encontravam-se ainda mais distantes da coroa. Para garantir a manutenção do novo modelo organizacional, principalmente na Escócia, instituiu-se na Inglaterra em 1690 uma comissão parlamentar que tinha entre suas funções a de assegurar a lealdade dos docentes universitários escoceses. A comissão, sob este escopo, proporcionou importantes debates acerca das estruturas educacionais universitárias, dos métodos pedagógicos utilizados e nos próprios currículos dos cursos. Dentre as mudanças destacam-se cinco pontos centrais (CERQUEIRA, 2006, pp. 16-17) (i) o enfraquecimento do uso do *latim* em sala de aula, comumente utilizado para a formação do clérigo, que ocorre pela incorporação do desenvolvimento científico e das disciplinas de pesquisa nos currículos universitários; (ii) a substituição do sistema de ensino por *regents*¹ para o método dos '*scholars*' onde as responsabilidades pelo ensino de disciplinas específicas do curso ficam sob responsabilidade de especialistas da área; (iii) o desenvolvimento de novas cátedras de direito e medicina; (iv) a mudança nos valores gerais do ensino e da pesquisa pautados nos escritos de Bacon e (v) o ensino da matemática e da filosofia natural como promotores desses novos valores educacionais e científicos. Frente a essas alterações, o método científico passou a ganhar espaços no cenário acadêmico e a separação entre Estado e religião começa a ser mais visível.

A Escócia atravessava uma de suas piores crises políticas e econômicas, dado que a união das coroas, prosseguindo após a queda de Jaime II, a deixou sem parceiros comerciais diretos, além de sua infraestrutura interna ser bastante precária e o projeto de uma colônia no Panamá não ter tido sucesso, estava ainda sob os efeitos de uma crise agrícola que ocasionou a morte, por fome, de cerca de dez por cento de sua população. O cenário histórico exigiu rápidas respostas dos influentes e intelectuais escoceses e as reformas estruturais na universidade tiveram grande importância para que as necessidades fossem supridas. A mobilização dos intelectuais escoceses, buscando a resolução emergencial dos problemas enfrentados, proporcionou ao mundo um enorme legado intelectual para as mais variadas áreas do conhecimento.

¹ Sistema educacional pautado por um professor responsável pelo ensino de todo o conteúdo a ser estudado ao longo do curso.

No campo da filosofia surgem nomes importantes como o de Adam Smith, Hume, Hutcheson, Carmichael, Shaftesbury dentre outros. O pensamento filosófico da época consistia, em sua maior parte, em produções acerca da política, da moralidade e da economia, marcados pelo método científico. Em outras palavras, as ciências humanas incorporam em si o método empírico utilizado pelas ciências naturais na figura de Newton, por exemplo (CERQUEIRA, 2008, pp. 59-62). Esses pensadores buscavam, do modo que entendo, uma resposta e uma maior compreensão à crise vivida na análise das relações sociais humanas e nos conceitos científicos do período, baseados também na experiência e não puramente na razão.

Um dos mais antigos problemas da filosofia, e para os fins que nos cabe, é importante considerarmos, consiste em como podemos conhecer ou concluir qual é o modo correto de uma ação e de agir. Os *literati*² acreditavam que as bases para a moralidade deviam ser buscadas mediante a experiência e não por meio da razão como defende, *exempli gratia*, Kant. Para esses pensadores, a compreensão das ações humanas e os conceitos de certo e errado só podem ser conhecidos se recorrermos à análise empírica das relações sociais. A análise prática é o estopim para compreensão acerca da moralidade, da política e da economia.

2.2 O papel dos sentimentos na moralidade

Adam Smith, inserido neste contexto, compartilha dos anseios expressos em seu meio e busca apresentar alternativas aos problemas sociais escoceses com base no método da ciência. É fato que o filósofo é mundialmente conhecido e lembrado por sua obra *A Riqueza das Nações* e suas contribuições para a economia, porém Smith apresentou excelentes contribuições para o campo da filosofia moral e do direito. Objeto de análise ao longo dessa pesquisa, a obra intitulada *Teoria dos Sentimentos Morais*, publicada originalmente em 1759, apresenta uma pertinente contribuição acerca do problema da punição e, para compreender essa colaboração com clareza, é importante nos debruçarmos alguns instantes sobre as questões de moralidade. Dito em outros termos, como podemos conceber o que é certo e errado no tocante às relações sociais e as

² Termo utilizado para designar os iluministas escoceses.

ações humanas? De acordo com Smith, entretanto, antes de se ter asserções sobre essa questão, outros dois pontos devem ser considerados, a saber:

Primeiro, em que consiste a virtude - ou o tom do temperamento, e o teor da conduta que constitui o caráter excelente e louvável, caráter que seja objeto natural de estima, honra e aprovação? E, segundo, por que poder ou faculdade do espírito esse caráter, seja ele qual for, se recomenda a nós? Ou, em outras palavras, como, e por que meios, sucede ao espírito preferir um teor de conduta a outro, denominar um o correto e o outro, o errado, considerar um objeto de aprovação, honra e recompensa e, o outro, de vergonha, censura e castigo? (SMITH, 2015, p. 333).

O pensador, visando apresentar respostas para as questões formuladas, analisou a interação entre as pessoas que originam ou embasam as práticas morais, traçando os diferentes padrões que essas práticas assumiram em conformidade com as circunstâncias ou cenários (econômico, político etc.). Desta análise, esperava conhecer conceitos que seriam basilares para a moralidade, valores compartilhados de forma geral e valores que possuem variações de acordo com o contexto de determinada sociedade.

Para o filósofo, os sentimentos parecem ter um papel de destaque nas relações morais. Com isso, opõe-se a parte da tradição filosófica existente como, por exemplo, Hobbes, que concebe o ser humano como naturalmente egoísta, baseando, conseqüentemente, as relações morais no próprio egoísmo (HOBBS, 1979, pp. 74-77). Entretanto, nosso autor nos propõe uma noção distinta, uma vez que facilmente pode-se notar nos indivíduos alguns sentimentos que demonstram certa preocupação e empatia, ou seja, nem somente egoísta é o ser humano:

Por mais egoísta que se suponha o homem, evidentemente há alguns princípios em sua natureza que o fazem interessar-se pela sorte de outros, e considerar a felicidade deles necessária para si mesmo, embora nada extraia disso se não o prazer de assistir a ela. (SMITH, 2015, p.5).

E por ser uma característica intrínseca da natureza humana até mesmo os criminosos podem demonstrar interesse pela sorte alheia. Dentre esses princípios, destacam-se os sentimentos de piedade e compaixão, emoções que sentimos de forma viva ou imaginativa ao se colocar no lugar dos outros.

É comum sentirmos gratidão e ressentimento em nossas práticas diárias. Gratidão quando somos ajudados ou quando alguém é o motivo de nossa felicidade e ressentimento quando outro indivíduo é responsável por nosso

infortúnio ou desgraça. Quando há, na cena, uma terceira pessoa, não é diferente. As relações sociais naturalmente suscitam tais sentimentos, pois são “atributos” de aprovação e desaprovação de ações. Se alguém nos fere, ou fere a alguém próximo, naturalmente ficamos ressentidos para com o agressor e o censuramos como forma de comunicar que reprovamos a ação praticada. O mesmo ocorre quando somos, ou vemos alguém próximo, ser ajudado, contudo, a reação natural, nesse caso, é a gratidão que surge como modo de comunicar a aprovação do ato realizado. Nas palavras de Smith:

Quando as paixões da pessoa a quem principalmente concernem estão em perfeita consonância com as emoções solidárias do espectador, necessariamente parecem a este último justas e próprias, adequadas aos seus objetos; e, ao contrário, quando, colocando-se no lugar dele, descobre que não coincidem com o que sente, necessariamente lhe parecem injustas e impróprias, inadequadas às causas que as suscitam. (SMITH, 2015, p. 15).

Essa reação natural expressa pelo sentimento ante ações em que não somos o sujeito central, mas um espectador, ocorre em função de uma capacidade empática³ natural do ser humano que faz com que terceirizamos os sentimentos dos outros para nós mesmos por meio de nossa imaginação. A empatia aliada à gratidão e ao ressentimento tornam-se as bases da moralidade (COITINHO, 2019, p. 6). É através da gratidão e do ressentimento que julgamos uma ação como correta e outra como incorreta e, também, atribuímos recompensas ou censuras aos agentes.

A empatia é portadora do papel central, entretanto, ainda nos perguntamos qual é exatamente o papel da empatia na moralidade e qual sua função nessas relações pessoais/sociais? A medida em que se identifica os sentimentos de gratidão e ressentimento é que se avalia o mérito à recompensa ou castigo, como vimos. Para ele:

A nós parecerá, pois, merecedora de recompensa a ação que se ofereça como objeto próprio e aprovado da gratidão; assim como, de outro lado,

³ O termo utilizado originalmente por Adam Smith é *Sympathy* e foi, na obra em português utilizada para essa pesquisa, traduzido por simpatia. A tradução, porém, parece não dar conta da complexidade que o filósofo denota ao tema, uma vez que o significado da palavra ‘simpatia’ pode ser tomado como compaixão. Smith dirá “Simpatia, embora talvez originalmente sua significação fosse a mesma, pode agora ser usada, sem grande impropriedade, para denotar nossa solidariedade com qualquer paixão” (SMITH, 2015, p. 8). Com isso, na língua portuguesa, o termo que melhor se encaixa parece ser ‘empatia’, dado que é uma capacidade de se colocar no lugar dos outros.

parecerá merecedora de punição a ação que se ofereça como objeto próprio e aprovado do ressentimento. (SMITH, 2015, p.82).

Eis a importância que recai sobre o conceito de empatia que serve como regulador das ações morais. Os agentes de uma comunidade, sob a ótica empática, estariam em um ambiente de exigência mútua, dado que à medida em que sentissem gratidão ou ressentimento atribuiriam recompensas ou censuras aos demais e, da mesma forma, seriam exigidos, recompensados ou censurados. Em outras palavras, nas relações pessoais se somos ajudados sentimos gratidão e isso implica que a ação para nós praticada é aprovada. Nas relações em que somos espectadores não desenvolvemos sentimentos, propriamente, mas as aprovamos ou reprovamos, depende da ação, por nossa capacidade natural de empatia; nos colocamos no lugar do outro por meio dessa capacidade e imaginamos o que sentiríamos se o ato em questão fosse realizado contra nós mesmos.

Neste contexto, se o que sentiríamos está em consonância com o que a vítima real sentiu, aprovamos seu sentimento e concordamos com seu julgamento acerca da aprovação ou desaprovação da ação. É notável que os valores exigidos derivam desses sentimentos, gratidão e ressentimento, e, portanto, são intersubjetivamente definidos mediante as práticas sociais. Sendo assim, a sociedade se apresenta ao indivíduo como um espelho. Nas palavras do filósofo:

Tragam-no para a sociedade, e será imediatamente provido do espelho de que antes carecia. É colocado ante o semblante e comportamento daqueles com quem vive – que sempre registram quando compartilham ou desaprovam seus sentimentos –, é aí que pela primeira vez verá a conveniência ou inconveniência de suas próprias paixões, a beleza ou deformidade de seu espírito. (SMITH, 2015, p.140).

Veja, nesse trecho é possível perceber a importância que recai sobre o conceito de sociabilidade. A formação da moralidade se dá no meio social e não de outro modo. Com isso, entendo, fica descartada qualquer possibilidade de princípios *a priori* ou direitos naturais, sendo que é a sociabilidade a condição de possibilidade da moralidade. Desenvolvendo as noções de adequação e inadequação que são baseadas nos sentimentos de gratidão e ressentimento, é possível identificarmos aquilo que é esperado de cada agente em uma comunidade moral. Assim, não seria exagero algum afirmar que as exigências mútuas regulam as ações aos 'padrões' desejados e promove os valores socialmente compartilhados.

É evidente o papel desempenhado pelos sentimentos dentro da teoria moral de Adam Smith. São eles os responsáveis pela primeira resposta de um indivíduo que sofre ou presencia o sofrimento de uma ação por outrem. A gratidão e o ressentimento servem como uma espécie de termômetro que indica a conveniência ou inconveniência de uma ação. Esses aspectos são basilares para a compreensão do fenômeno moral, entretanto não são eles exclusivos. Em outros termos, a teoria moral do filósofo escocês não se realiza somente com uma visão sentimentalista acerca da moralidade, uma vez que os sentimentos, sozinhos, reconhece Smith, são insuficientes para descrever e compreender as relações morais humanas.

Para ilustrar tal asserção, o filósofo nos apresenta o exemplo de um estranho que passa por nós na rua, cabisbaixo, triste e, seguidamente, somos informados sobre a situação do estranho. Sua condição emocional devia-se ao falecimento de seu pai. Certamente, por experiências anteriores, aprovamos sua dor, contudo é comum ocorrer, sem sequer demonstrar insensibilidade de nossa parte, que sequer nos preocupamos com seu infortúnio:

Tanto ele quanto seu pai talvez nos sejam inteiramente desconhecidos, ou quem sabe estamos ocupados com outras coisas e não tenhamos tempo de representar em nossa imaginação as diferentes circunstâncias dolorosas por que necessariamente passa. (SMITH, 2015, p.17).

Percebe-se que, pelo simples fato da estranheza entre as partes, o sentimento gerado em nós pelo infortúnio daquele que acaba de perder seu pai é mínimo. Essa passagem nos apresenta um ponto de crucial importância para as teorias sentimentalistas, entre elas a de Smith, a saber, o de que nossos sentimentos e reações são parciais. Comumente sentimos mais quando determinada ação é contra nós praticada ou ainda contra alguém que nos é próximo. Essa parcialidade dos sentimentos também se evidencia quando se trata da avaliação de nossa própria conduta.

A parcialidade dos sentimentos é incompatível com a proposta de Smith, pois, como podem esses sentimentos servirem de base para aprovação e desaprovação de uma ação se formaríamos, a nível social, arbitrariedades de julgamento? A natureza, porém, não deixou essa falta grave sem remédio (SMITH, 2015, p. 191). Julgamos uma ação como conveniente e inconveniente à medida que surgem em nós sentimentos de gratidão e ressentimento.

Experimentamos esses sentimentos em ações de terceiros como se fossem nossos por meio da empatia que, de igual forma, nos permite conceber a ação em questão como correta ou incorreta. Embora, a empatia, como vimos, seja uma capacidade imaginativa de se colocar no lugar do outro, permitindo, em certa medida experimentar seus sentimentos, não é capaz de anular a parcialidade da observação. Mas a morte de um amigo dói mais que a morte de um japonês, francês ou italiano qualquer por mais que nos coloquemos, por meio da empatia, no lugar dos sofredores. Qual a origem dessa discrepância ou parcialidade se os acontecimentos são os mesmos? Sabemos que a natureza, de acordo com Smith, corrige essa falha, mas ainda devemos nos questionar acerca da maneira como ela é corrigida.

2.3 Espectador imparcial

A parcialidade, entendo, se origina da própria análise realizada por meio da empatia. Esclareço, essa capacidade imaginativa que nos permite vivenciar, experimentar os sentimentos dos outros é incapaz de anular a nossa própria ótica sobre esses sentimentos. Olhamos os outros com os nossos olhos, nossos estados mentais, nossas convicções e com base nisso emitimos nosso julgamento. Esse caráter pessoal da observação é o responsável pelo *gap empático*, uma vez que mantém na análise nossos preconceitos.

Frente ao problema ocasionado pelo *gap empático*, parece-nos óbvia a necessidade de um distanciamento de nós mesmos para a avaliação das ações de terceiros e de nossas próprias:

Jamais podemos inspecionar nossos próprios sentimentos e motivos, jamais podemos formar juízo algum sobre eles, a não ser abandonando, por assim dizer, nossa posição natural e procurando vê-los como se estivessem a certa distância de nós. (SMITH, 2015, p. 139).

O distanciamento em questão evoca para a teoria de Smith o aspecto racional, criando uma espécie de compatibilização entre emoções e razão. Entretanto, é importante ressaltar, que o uso da razão na proposta do filósofo escocês está longe de ser àquele dado por Kant. Nessa teorização o aspecto racional é

secundário e complementar ao aspecto sentimentalista que é a fonte primeira da moralidade. Para Smith:

Se não fosse pela Razão, os julgamentos morais realizados pelas pessoas seria por demais incertos, dependendo "inteiramente de sentimentos e emoções, que por sua vez, dados os diversos estados tanto de saúde quanto de humor pelos quais passam os indivíduos não deixam de ser muito volúveis. O princípio da aprovação ou desaprovação de uma ação como virtuosa ou não, para ele, possui uma certa conformidade com a análise racional. Mas, isto não significa que Smith concorde com a argumentação que defende o pressuposto de que as primeiras percepções de certo e errado possam ter sua origem no intelecto [...] (MARIN; SANTOS, 2014, p. 8).

A compreensão do fenômeno moral tem seu estopim a partir dos sentimentos de gratidão e ressentimento, a empatia é um atributo imaginativo, racional que tem por objetivo corrigir as disparidades que possam ocorrer do puro sentimentalismo. Vimos, contudo, que isso ainda não é suficiente para o devido afastamento. É necessário um maior esforço racional que fica evidenciado pela figura do espectador imparcial. Nas palavras de Smith:

Em todos esses casos, para que haja alguma correspondência de sentimentos entre o espectador e a pessoa atingida, o espectador deverá, antes de tudo, esforçar-se tanto quanto possível para colocar-se na situação do outro, e tornar sua cada pequena circunstância de aborrecimento que provavelmente ocorre ao sofredor. Deverá adotar todo o caso do seu companheiro com os mínimos incidentes; e empenhar-se por interpretar da maneira mais perfeita possível a mudança imaginária de situação sobre a qual se baseia sua simpatia. (SMITH, 2015, pp. 21-22).

Assim, o experimento mental do espectador imparcial, penso, pode ser visto como um atributo racional que busca aprimorar a capacidade empática do ser humano, dado que mediante ele se dá a suspensão de preconceitos com vistas a uma análise imparcial dos acontecimentos.

O procedimento do espectador imparcial pode ser explicado como o movimento originado por nossa capacidade empática aplicado de maneira igual/imparcial a todas as ações e casos, como uma via de mão dupla. Em outras palavras, com o distanciamento avaliativo proporcionado pelo experimento mental podemos avaliar as ações dos outros e, também, as nossas próprias como se estivéssemos sendo avaliados pelos demais membros da comunidade. Para Coitinho:

Esse experimento mental de se colocar no lugar do outro parece ter por base uma capacidade autorreflexiva do agente, de forma a avaliar a

própria situação por meio do julgamento dos outros, como um ato de imaginação para identificar como os outros avaliariam esses atos, de modo a poder ajustar o próprio comportamento. (COITINHO, 2019, p.8).

Quando avaliamos uma ação de outra pessoa ou a nossa própria o que se deseja é que tal avaliação contenha o mesmo grau de exigência, que ela seja avaliada da mesma forma. Imaginemos que ao presenciar uma cena em que alguém é, por um terceiro, empurrado, compartilhamos do ressentimento da vítima, nos colocando em seu lugar e reprovamos a ação. Entretanto, quanto mais distante de nós for a vítima, menor é o nosso ressentimento, ou ainda se o transgressor fosse nosso filho poderíamos, inclusive, entender como demasiado o ressentimento da vítima. Isso é fruto da arbitrariedade causada pela parcialidade da análise. Sobre este ponto, Marin e Santos afirmam:

A maneira de evitar incorrer nesta tendenciosidade pode ser via inspeção das próprias ações e condutas tomando como base não só o modo como provavelmente as outras pessoas as veriam, mas indo além, e as examinando conforme se imagina que um espectador incorruptível as julgaria. Sendo assim, o padrão ideal de moralidade só pode ser encontrado no julgamento proferido pelo espectador imparcial, que representa, de forma idealizada, a correspondência de sentimentos que é consequência da interação social. (MARIN; SANTOS, 2014, p. 13).

O experimento mental do espectador imparcial corrige essa parcialidade, tendo em vista que sua análise acerca da conveniência nos projeta para 'fora' de nós mesmos, nos colocando no lugar de um espectador ideal que se imagina no lugar da vítima e compartilha do seu sentimento. Quando somos nós que praticamos a ação ou nosso filho, como no exemplo, o procedimento é o mesmo. Analisamos a ação do ponto de vista em que o espectador analisa a ação e compartilha do sentimento da vítima; reconhece a conveniência do sentimento e a inconveniência da ação independente de quem a realiza.

Esse método demonstra o papel do aspecto racional na teoria sentimentalista de Smith e apresenta uma alternativa ao racionalismo Kantiano e, também, ao emotivismo humeano. A moralidade, as noções de certo e errado moral, são baseados nos sentimentos das vítimas e espectadores; quando ajudados o sentimento predominante é a gratidão, ou prejudicados é o ressentimento. Ações que culminam em sentimentos de gratidão são tomadas como corretas aos olhos dos espectadores e as ações que geram ressentimento são tomadas como incorretas. Experimentamos as noções de certo e errado com base nesses sentimentos e, de igual modo, pela capacidade humana natural de

empatia. Smith, como exposto, reconhece a existência de uma fragilidade nessa formulação, dado a parcialidade emotiva assumida pelos agentes e, então, traz o elemento racional do espectador imparcial para suprir essa lacuna.

Com isso, percebemos que o filósofo não concorda com uma posição moral de caráter puramente subjetivo e tão pouco com uma percepção moral puramente racional. A compreensão moral, a noção do que é certo, errado, justo, injusto etc., se dá no campo das relações interpessoais, como defende Coitinho:

[...] essas obrigações de ser justo, benevolente, prudente e ter autodomínio, por exemplo [...] só poderiam ser compreendidas em uma perspectiva de segunda pessoa, de forma que os membros de uma comunidade fariam certas exigências a partir dos sentimentos de ressentimento ou gratidão e seriam essas exigências a base normativa dos deveres. (COITINHO, 2019, p.9).

Dessa forma, podemos compreender que, para Smith, o caráter da moralidade é intersubjetivo, ou seja, os valores considerados pelas sociedades se dão com base nas próprias exigências entre os membros da mesma sociedade. Tal posição não é empecilho, também, para que se tenha normas gerais. Com o auxílio do espectador imparcial se pode observar casos que comumente geram determinados sentimentos e tomar como basilares para aquilo que é ou desejável ou indesejável. Para o autor:

Essa é a maneira como naturalmente estabelecemos a regra geral para nós, de acordo com a qual todas essas ações devem ser evitadas, porque tendem a nos tornar odiosos, desprezíveis ou passíveis de punição, e objeto de todos os sentimentos que nos inspiram o maior temor e aversão. Outras ações, ao contrário, provocam nossa aprovação, e de todos ao nosso redor ouvimos a mesma opinião favorável a respeito delas. Todos desejam honrá-las e recompensá-las. Suscitam todos os sentimentos que por natureza desejamos intensamente: o amor, a gratidão, a admiração dos homens. Surge em nós a ambição de imitá-los, e assim naturalmente estabelecemos para nós uma regra distinta: que devemos procurar cuidadosamente todas as ocasiões de agirmos dessa maneira. (SMITH, 2015, p.192).

Frente as exigências mútuas entre os membros da comunidade é que se torna possível, ao espectador imparcial, a identificação de constâncias em relação ao que é exigido de cada membro e os sentimentos correspondentes quando são essas 'obrigações' saciadas ou não.

De acordo com o exposto, nota-se que a proposta de Smith reconhece a moralidade como algo natural, não por haver na natureza as propriedades do que é certo e errado, justo e injusto, correto e incorreto, mas pelo fato do fenômeno

moral se desenvolver no interior das sociedades. Essa condição de sociabilidade é o fator natural, pois é uma característica intrínseca do ser humano (SMITH, 2015, p. 140), uma vez que sozinho a existência humana é inviável, para não definir como impossível. Assim como o ser humano naturalmente se organiza em sociedade, naturalmente, também, trabalha para a sua manutenção. A manutenção das relações sociais humanas é um dos papéis da moralidade e isso, entendo, se evidencia nas exigências mútuas entre os membros das sociedades, com base na aprovação e desaprovação de suas condutas. Sobre este ponto, Coitinho diz:

O ponto que gostaria de ressaltar é que esta teoria sentimentalista como proposta por Smith parece ter por base o estabelecimento de um processo de ajuste mútuo mediante uma busca empática para o estabelecimento de um ponto de vista moral comum. Isso já parece revelar que as obrigações morais dos agentes não poderiam ser tomadas como um critério normativo direto, como algo existente na natureza ou que poderia ser intuído pela razão humana. (COITINHO, 2019, p.9).

Dito de outro modo, a moralidade para Smith não é subjetiva, tão pouco é objetiva. Seu desenvolvimento e progresso se dá de maneira intersubjetiva, baseada nos valores compartilhados pelos próprios membros da comunidade.

Assim, para regular o comportamento dos indivíduos aos valores morais compartilhados pelas sociedades são desenvolvidas, do mesmo modo, práticas de elogio e censura que acompanham o julgamento das ações, respectivamente, como aprovadas ou desaprovadas. É comum vivenciar e praticar censura e elogio às pessoas e isso, dentre outros significados, assume um papel comunicativo/regulador; comunicar o agente de que a ação realizada foi ou conveniente ou inconveniente. Respondemos a essas práticas, pois, saber que nossas ações são convenientes e, portanto, passíveis de elogio nos provoca tranquilidade interior e satisfação e, de igual maneira, saber que nosso comportamento é inconveniente e merecedor de censura nos causaria insatisfação (SMITH, 2015, pp. 142-143).

É inegável a importância que as práticas de elogio/recompensa e censura/punição possuem para as relações morais em uma sociedade. Porém, ainda devemos esclarecer o que fundamenta a adequação dos sentimentos que embasam essas práticas. Vimos que quando alguém fere a outro ou a nós, nos ressentimos e censuramos o agente pela ação praticada. Mas, o que exatamente

nos impele a considerar o sentimento que acarreta a aprovação ou reprovação como adequado? Por quais motivos incentivamos algumas ações e desencorajamos outras? Por que tomamos algumas ações como corretas e outras como incorretas?

2.4 Distinção entre virtudes positivas e negativas

Os seres humanos naturalmente perseguem a felicidade, uma espécie de bem-estar, e comportam-se de tal forma a promover, por meio da capacidade empática, não apenas a sua, mas também a felicidade dos demais indivíduos que compartilham da mesma sociedade. Para buscar esse fim, cada cidadão é entregue ao seu próprio cuidado (SMITH, 2015, pp.102-103) e não há alguém mais recomendado para isso. As ações desempenhadas para assegurar sua liberdade e sua propriedade não são objetos do ressentimento e, por tanto, são socialmente permitidas tendo vista de que todos estão, da mesma forma, autorizados a desempenharem tais ações. Com isso:

Não pode haver nenhum motivo apropriado para ferir nosso próximo, nenhum incitamento para fazer o mal a outrem[...]. Perturbar sua felicidade tão somente porque está no caminho da nossa própria, tirar dele o que é de seu verdadeiro apenas porque pode ter igual ou maior uso para nós, ou permitir-nos, dessa maneira, à custa de outras pessoas, a preferência natural que todo homem tem por sua felicidade acima da dos outros, constitui algo ao qual nenhum espectador imparcial pode aceder. (SMITH, 2015, p.102).

Estando, assim, todos obrigados mutuamente a se comportar de forma socialmente desejada e, obrigados por uma força maior da natureza, a garantir sua própria liberdade e propriedade. Agir contrariamente a isso não é algo que pode ser aceito pelo observador imparcial e, na esfera da moralidade, seria passível de censura.

As práticas de censura e elogio possuem um caráter regulador devido justamente a essa necessidade natural humana de buscar a satisfação; bem-estar. É por essa necessidade que os seres humanos buscam levar uma vida virtuosa – outro conceito importante para a teoria smithiana e que também será fruto de análise dessa seção – para que possam ter a satisfação da aprovação de suas ações e o devido reconhecimento:

[...] esta busca pelo caráter virtuoso, assim como todas as demais paixões humanas, está ligada ao desejo individual por reconhecimento e

aprovação. Porém, esta aprovação repousa tranquila apenas quando não restam dúvidas de que o julgamento não sofreria mudanças mesmo quando analisado por qualquer observador indiferente a seu resultado. (MARIN; SANTOS, 2014, p.14).

Nesse ponto é possível notarmos a aproximação da proposta de Smith com as teorias estoicas, uma vez que, estando os seres humanos entregues aos seus próprios cuidados, esse desejo de aprovação e reconhecimento exige certo grau de autodomínio.

O autodomínio (*self-command*) é umas das virtudes que possui um papel central na teoria de Smith, dado o desejo natural que os agentes encerram dentro de si de reconhecimento e aprovação, considerando o esforço necessário para adequação de suas ações. Nos tópicos anteriores foi exposta a incapacidade de avaliarmos nossa própria conduta, porém, para adequarmos nossas ações ao exigido socialmente, é necessária tal avaliação que fica sob a incumbência da figura do espectador imparcial. Ao agirmos consideramos nossos desejos, impulsos, emoções etc., entretanto nem sempre as ações que são fruto dessas considerações estão em consonância com o que é o moralmente correto. Antes, evidentemente, de praticarmos determinada ação, mediante ao espectador imparcial, nos sujeitamos a análise dos outros com intuito de averiguar se nossa conduta será aprovada. Em caso negativo, refreamos nossos desejos e intenções e nos privamos de comportar-nos de determinado modo. A virtude do autodomínio é basilar as relações morais, quero dizer, a regulação das ações individuais de cada membro da sociedade só é possível por meio dela e, conseqüentemente, a regulação social. Para Cerqueira:

Este mesmo autodomínio está na base da possibilidade de manter a ordem social, prescindindo em larga medida de um controle direto do Estado, pois cada indivíduo tem em si um motivo para observar as normas de comportamento adequadas. Cada indivíduo deriva de sua relação com o espectador imparcial aquela virtude mínima a partir da qual a vida em sociedade se torna possível, o sentido de justiça. (CERQUEIRA, 2008, p.81).

Do modo que entendo, o sentido de justiça nada mais é que o exercício harmônico entre o autodomínio a o espectador imparcial, reconhecendo que aquilo que queremos, intencionamos, desejamos ou sentimos, nem sempre é aquilo que é conveniente e adequado, regulando, assim, nossas próprias condutas.

A sociedade, para Adam Smith, em sua forma ideal, é um modelo cooperativo. Os indivíduos precisam de auxílio mútuo, bem como estão mutuamente sujeitos aos danos e a sociedade só pode prosperar quando esse auxílio é fornecido pelo amor, gratidão, estima e amizade de forma recíproca (SMITH, 2015, pp.106-107). Há nessa necessidade de auxílio mútuo algumas outras virtudes que parecem ser importantes para a vida em comunidade como, *exemplé gratia*, a benevolência (*benevolence*) e até mesmo a prudência (*prudence*). A concepção de virtudes de Smith abarca, de maneira a compatibilizar, uma série de propostas anteriores acerca do que é a virtude (COITINHO, 2019, p.12). A compatibilização entre as teorias anteriores é possível, pois o filósofo reconhece a importância das diferentes virtudes para se alcançar a vida boa, ou a felicidade:

O principal problema das teorias tradicionais foi não ter percebido que é necessário exercitar um conjunto de virtudes diferentes para se alcançar a felicidade tanto pessoal como social. Por exemplo, no domínio econômico, a virtude da prudência se mostra como essencial para possibilitar a identificação dos meios necessários ao fim da subsistência. Já no domínio moral, será a virtude da benevolência que terá um papel central por visar o bem dos outros de forma desinteressada ou superrogatória. (COITINHO, 2019, p.13).

Essas virtudes desempenham um papel importante para o florescimento/desenvolvimento de um indivíduo e uma sociedade e são encorajadas quando praticadas, sendo respondidas com a gratidão e, conseqüentemente, o elogio. Desse modo, podemos perceber o pano de fundo do autodomínio. Explico, a prudência, a benevolência etc., são as chamadas virtudes positivas, uma vez que não podem ser socialmente exigidas, ao menos não mediante o uso da força, isto é, através da punição. Os agentes que a praticam fazem pelo reconhecimento e aprovação de sua ação, mesmo que não retirem, do ato propriamente, benefício algum. Aquele que bem delibera – exerce com louvor seu autodomínio – tende a praticar ações benevolentes, porém seria ingenuidade pensar que todos os membros da sociedade praticam ações benevolentes ou prudentes simplesmente por serem louváveis.

Comumente percebemos em nossa sociedade, inclusive, pessoas agindo de forma egoísta, pensando unicamente em si mesmo e naqueles que lhes são próximos. O que pretendo mostrar é que mal/dano algum decorre da falta de

benevolência, por exemplo. A ausência dessas virtudes não impele a dissolução de uma sociedade, por mais que sua existência não atinge sua melhor forma.

Por outro lado, a existência de uma sociedade estaria em xeque se instaurado a violência e a ofensa entre seus membros. Não há sociedade que se mantenha sob um estado de guerra e insegurança mútua constante:

A sociedade, entretanto, não pode subsistir entre os que estão sempre prontos a se ferir e ofender mutuamente. No momento em que tem início a ofensa, no momento em que se instalam ressentimento e animosidade mútuos, rompem-se todos os elos da sociedade, e os diferentes membros de que ela consistia ficam como se dissipados e espalhados pela violência e oposição de seus afetos discordantes. (SMITH, 2015, p.107).

Além de inserção de outra virtude – da qual trataremos em seguida – se torna clara a oposição de Smith às noções de estado de natureza formulada, a título de exemplo, por Hobbes. Para o filósofo a sociedade, já expomos, é condição natural do ser humano, sendo impossível garantir sua existência fora dela.

A outra virtude sobre a qual mencionamos é a virtude da justiça (*justice*). Ela garante a existência e manutenção de uma sociedade bem estruturada. É a justiça a garantidora da paz e da ordem pública e, contrária as demais, o comportamento justo pode ser publicamente exigido mediante o uso da força, isto é, por meio da punição. Mas em que exatamente consiste a justiça? A justiça, aponta Coitinho, é uma virtude negativa, dado que para ser justo, basta que fiquemos parados, ou como dito por Smith, basta que fiquemos sentados sem fazer nada (COITINHO, 2019, p.16). Esclareço, essa virtude é que impede o dano, a agressão, a violação do próximo em seu direito à propriedade, dignidade e à vida, por exemplo. Em outras palavras, para que sejamos injustos é necessária uma ação que incorre na transgressão dos direitos do outro e que, quando realizada, acarreta necessariamente uma punição⁴.

⁴ Logo no início das *Lições de Jurisprudência*, o filósofo define justiça como mantenedora dos deveres perfeitos dos membros da sociedade; entendo como sendo a responsável por assegurar os direitos de propriedade e de integridade. Nas palavras de Smith: “O primeiro e principal desígnio de todo sistema de governo é manter a justiça; impedir que os membros de uma sociedade invadam a propriedade uns dos outros, ou apoderem-se do que não é seu. O objetivo aqui é dar a cada um a segurança e posse pacífica de sua propriedade (o fim proposto pela justiça é manter os homens no que se chama de seus direitos perfeitos.)” (SMITH, 1978, p.5). No texto original: “The first and chief design of every system of government is to maintain justice; to prevent the members of a society from incroaching on one anothers property, or siezing what is not their own. The design here is to give each one the secure and peacable possession of his own property. (The end proposed by justice is the maintaining men in what are called their perfect rights.)” (SMITH, 1978, p.5).

Com isso, é possível perceber uma sutil distinção que se apresenta de extrema importância para o restante deste texto, a saber, entre as virtudes positivas e negativas. A benevolência é motivadora da boa conduta humana em relação aos seus semelhantes e o impulsiona à ajuda mútua, contudo, não há como obrigarmos os membros das comunidades a se portarem de modo benevolente, isso retiraria sua liberdade, valor que é central para Smith. Da ausência dessa virtude não transcorre punição alguma, pode que recaia sobre uma certa censura, mas não é um comportamento que se possa exigir por medidas coercitivas, dado que de sua falta não gera dano para a sociedade. Por outro lado, a justiça não pode ser violada, pois, se transgredida o mal gerado é evidente, em função da violação dos direitos dos membros de determinada sociedade e, por isso, é passível de punição.

A distinção mencionada nos permite apontar para duas esferas distintas; uma delas diz respeito à escolha pessoal dos indivíduos em ser caridoso, benevolente, prudente, já a outra anula qualquer possibilidade de escolha individual e impede o atentado contra os demais. Essa formulação de justiça parece semelhante a concepção do direito natural de dar a cada um o que lhe é devido, como aponta Cerqueira:

Sem a justiça – aqui concebida de modo semelhante à tradição do direito natural, como o direito de cada um ao que é seu – a sociedade não pode existir. É com base nisso que o Estado deve fazer cumprir o direito de cada indivíduo a sua vida e propriedade, punindo aqueles que violam esta regra (CERQUEIRA, 2008, p. 82).

É importante frisar, então, que apenas o comportamento justo pode ser exigido à força, por ser a justiça a mantenedora dos direitos individuais e a responsável pela existência e manutenção de uma sociedade.

Desrespeitados os direitos naturais de liberdade, integridade e propriedade⁵, direitos estes que conduzem o ser humano na perseguição do seu fim último, gera o ressentimento e nele estará fundamentada a censura aplicada ao agente infrator. O ressentimento merece especial atenção, pois nos foi dado pela natureza para a defesa, e apenas para defesa. É a salvaguarda da justiça e a segurança da inocência (SMITH, 2015, p.98). Em outras palavras, o

⁵ Quero frisar que o emprego do termo direito naturais não remete a uma fundamentação divina ou metafísica; o que quero denotar é que esses direitos são naturais, uma vez que são desenvolvidos e valorados no âmago da sociedade, formada por uma disposição natural humana à sociabilidade.

ressentimento nos incita a repelir o mal que tentam cometer contra nós e a retaliar o que já nos foi feito. Esse sentimento é o objeto do legislador, uma vez que sua função, mediante criação de leis, é assegurar a paz pública, garantindo a justiça e a prosperidade do Estado.

A legislação, com vistas à paz pública, tem, evidentemente, como seu objeto a justiça e o ressentimento que é gerado quando este objeto é ferido. Contudo, qual é exatamente a concepção de justiça defendida por Smith? O autor parte de uma concepção negativa de justiça, pois seguir as regras estipuladas não nos deixa apto a recompensas, ou seja, essas regras apenas nos coagem, por intermédio da força, a não violarmos a pessoa/liberdade, propriedade e reputação de nossos vizinhos, mantendo certa estabilidade social. O legislador, no exercício de sua função, tem o dever de identificar os valores intersubjetivamente compartilhados e incorporá-los no direito positivo com o intuito de evitar esses infortúnios e assegurar a justiça. Os direitos naturais do ser humano estão, desse modo, assegurados, também pela justiça, uma vez que as ações que são contrárias a ele, passam antes pelo filtro empático dos sentimentos do observador imparcial.

Essa transição que sutilmente ocorre entre os valores morais intersubjetivamente compartilhados e expostos por meio dos sentimentos dos agentes e a legislação que visa assegurar esses valores e positivar, também, os direitos naturais, acarreta uma distinção entre a moralidade pública e privada. Tal distinção é um dos maiores ganhos das teorias liberais e, obviamente, da teoria smithiana. Para evidenciar, a moralidade privada diz respeito a vida individual de cada cidadão e seu comportamento perante si mesmo, podendo fazer o que for necessário para atingir seu fim, a felicidade. Smith é explícito sobre isto:

A um pai falta o grau comum de afeto paternal em relação a um filho; um filho parece desprovido da filial reverência que seria de esperar para com seu pai; irmãos carecem do grau usual de afeto fraterno; um homem fecha seu peito para a compaixão, recusando-se a suavizar a desgraça de seus semelhantes, embora o pudesse fazer com grande facilidade: em todos esses casos, ainda que todos censurem a conduta, ninguém imagina que os homens que talvez tivessem razão de esperar mais bondade possuam qualquer direito de a extorquir pela força (SMITH, 2015, p. 100).

Com isso podemos perceber que são objetos da moralidade privada aqueles sentimentos que passíveis de recompensas se praticados, mas não são objetos

de punição quando deixados de praticar, *exemple gratia*, a solidariedade, caridade, fidelidade e amizade.

Podemos apresentar, ainda, como objetos da moralidade privada as virtudes da benevolência, autodomínio e prudência. Quando não somos caridosos para com o próximo na medida em que esperam que sejamos, podem os outros desaprovar nossas atitudes, mas não podem coagir-nos, pela força, a sermos caridosos. Nenhum mal decorre de uma ação em que falta a caridade, ao menos, nenhum dano é causado contra uma pessoa e tão pouco contra seus direitos naturais à liberdade e propriedade.

Por outro lado, os objetos da moralidade pública corresponderiam a virtude da justiça e, conseqüentemente, ao que é assegurado pelas normas jurídicas fundamentadas nos valores intersubjetivamente compartilhados e aprovados quando expostos ao sentimento de empatia do observador imparcial. O agente pode empregar todas as suas capacidades para perseguir a felicidade e a prosperidade, assim, como farão seus concidadãos, “[...] mas se empurra ou derruba qualquer um destes, a tolerância dos espectadores acaba de todo. É uma violação da equidade, que não podem aceitar” (SMITH, 2015, p.104). No campo público, os agentes possuem deveres para com seus próximos e não os cumprir gera o ressentimento coletivo que obriga a aplicação de uma sanção, uma vez que fere os valores publicamente compartilhados e, também, positivados.

Essa distinção impõe certa limitação no que tange a interferência de uma esfera em outra, ou seja, o poder do Estado é reduzido, podendo ele intervir apenas nas questões de moralidade pública, regulando ações por meio de seu poder legislativo que deve ser baseado nos anseios da moralidade privada e no direito natural das pessoas com vistas a assegurar o desenvolvimento de cada indivíduo. Dito de outro modo, o conceito de justiça defendido por Smith, não seria equivocado afirmar, é uma concepção liberal, assim como é afirmado por Coitinho: “Isso parece implicar uma concepção liberal de justiça, de forma a estipular a neutralidade ética do Estado, uma vez que os atos de generosidade, amizade ou caridade serão uma questão de escolha pessoal” (COITINHO, 2019, p. 17). Dessa forma, o Estado não dispõe de autorização para interferência na vida privada dos cidadãos e estipular como cada indivíduo deve conduzir ou que meios deve tomar para atingir os seus objetivos.

3 SERIA ADAM SMITH UM RETRIBUTIVISTA?

Os atos que são passíveis de punição são aqueles que, desaprovados pelo espectador imparcial, dizem respeito à esfera pública. Em outros termos, são atos de injustiça. A questão aberta, porém, consiste em saber como, embasado em sua teoria moral, o filósofo escocês justifica a aplicação de punição por parte do Estado a um agente. Alguns especialistas apresentam Adam Smith como retributivista em termos de punição, posição que, entendo, é bastante questionável e será fruto de análise deste capítulo. Entretanto, buscando maior compreensão do debate sugiro revisitarmos o conceito de retributivismo.

Penso ser importante retomarmos, ao longo do capítulo, a concepção retributivista clássica, de forma breve, a saber, a relação entre mérito e proporcionalidade com vistas a postular as bases do chamado retributivismo negativo. Essa posição contemporânea vê em Hart e Rawls seus principais representantes e busca suavizar a concepção retributivista clássica, expondo uma necessária preocupação com os efeitos da punição, incorporando alguns aspectos da teoria de justificação consequencialista. A revisitação ao modelo proposto por Hart e Rawls será o ponto de análise inicial deste capítulo, tendo em vista que auxilia o entendimento acerca dos motivos pelos quais Adam Smith pode ser tomado como um filósofo retributivista.

Alguns especialistas apresentam Smith como um retributivista, é o caso de Knud Haakonssen. O objetivo central deste capítulo consiste em compreender as razões pelas quais o filósofo escocês é considerado um retributivista e avaliar se essas razões são, ou não, satisfatórias. Por fim, opto por retomar o modelo consequencialista, buscando fundamentar a posição de que é parcialmente equivocado apresentar Adam Smith como um filósofo retributivista. A proposta do filósofo parece considerar conceitos do retributivismo, mas, da mesma forma, é inegável que abarca conceitos que são centrais ao modelo consequencialista e, desse modo, sua proposta de justificação da punição se mostra mais complexa do que, *prima facie*, pode se pensar. Ao vincular, do modo que entendo, conceitos retributivistas e consequencialistas, Smith, no máximo, pode ser tomado como um filósofo simpático ao atualmente chamado de retributivismo negativo.

3.1 O retributivismo

O retributivismo é um modelo de justificação da punição que tem como seu clássico representante a figura de Immanuel Kant, porém, conceitos fundamentais a essa posição, podem ser vistos desde a lei de talião¹ até a contemporaneidade. O modelo desenvolvido por Kant, embora apresente algumas falhas que merecem atenção, conforme mencionado nas considerações iniciais deste texto, apresenta e organiza conceitos que postulam o debate que se estende até os dias de hoje, a saber, o mérito e a proporcionalidade. Que esses conceitos embasam as teorias retributivistas é consenso, o que não é consenso são os papéis que tais conceitos desempenham nas teorias retributivistas contemporâneas o que dá origem a várias ramificações da posição.

As teorias retributivistas partem de uma posição comum acerca da responsabilidade moral que, penso, dá origem ao conceito de merecimento. As pessoas são moralmente responsáveis pelo fato de que agem livremente e essa possibilidade de escolha, imbuída na noção de liberdade, é o que possibilita a atribuição de elogios e censuras, ou seja, torna os agentes merecedores. O agente cuja ação é acertada a fez por escolha e por esse motivo é merecedor de elogio, o mesmo ocorre com a censura e com a punição em casos legais. O mérito está totalmente atrelado a alguma concepção de liberdade e é central ao justificar a punição, pois define o agente que será punido. Esse é um ponto de oposição a outras teorias de justificação da punição, como o consequencialismo,

¹ Os postulados iniciais da lei de talião (*ius talionis*), podem ser vistos como um grande avanço na história da punição, uma vez que, nos sistemas penais primitivos a pena era imposta com base em tabus e recaia não sobre o agente transgressor apenas, mas a comunidade como um todo. Me parece não existir a noção de merecimento nas concepções primitivas, pois, indiscutivelmente a pena não considerava o conceito de personalidade e era aplicada pelo próprio líder do grupo ou por ordem divina. Frente a isso é que considero evolução o que foi trazido pela lei de talião que, entendo, pressupõe, além do caráter de personalidade da pena, a proporcionalidade entre o dano causado pela transgressão e o dano que deverá a punição causar: “[...] da vingança instintiva e ilimitada que podia atingir inclusive o grupo, visto inexistir a noção de personalidade da pena, passou-se ao império da Lei de Talião, que assegurava à vítima o direito a uma vingança proporcional” (SCARIOT, 2014, p.735). A Lei de Talião, porém, não anula ou impede o ideal de vingança na relação vítima-agressor e, assim, mesmo com um caráter retributivo/proporcional a punição estaria intrinsecamente ligada a injustiça. Kant adota a proporcionalidade como crucial para a punição dado que somente assim se pode chegar à justiça, cito, “somente o direito de retaliação (*ius talionis*) pode oferecer com segurança - nos limites do tribunal, é evidente (não em seu juízo privado) – a qualidade e quantidade da punição” (KANT, 2013, p. 133-134). É de extrema importância destacar a ressalva apresentada pelo filósofo que retira o aspecto vingativo da retribuição, a saber, a determinação da culpa do agente infrator por meio de um tribunal e não mais em juízo particular da vítima ou de um soberano.

por exemplo, uma vez que impede a punição de alguém que não seja merecedor. O modelo retributivista de justificação possui um olhar para trás (*backward-looking*) (BROOKS, 2012, p. 16), dado que considera para os fins da aplicação da punição apenas o que já aconteceu, se mantendo absolutamente indiferente as consequências que podem decorrer do ato punitivo. Nas palavras de Brooks:

Não punimos as pessoas simplesmente pela virtude ou pelo fato de terem cometido um ato ilícito. O retributivismo pune os criminosos pelos atos ilícitos que cometeram: o retributivismo é *backward-looking*. Não punimos um criminoso pelo que achamos que ele pode fazer amanhã, mas pelo que ele fez. Nós olhamos para trás no tempo para uma ação passada. É o que aconteceu no passado que pode justificar a punição e não o que pode acontecer no futuro (BROOKS, 2012, p. 16)².

É esse ‘olhar para trás’ que evoca o conceito central das posições retributivistas, a saber, o mérito. Um agente se torna responsável por ter escolhido e agido livremente; por uma ação realizada, passada. Nesse ponto, entendo, é ainda mais perceptível a concepção de liberdade³ presente nas propostas retributivistas, concepção essa que é necessária para designar um agente como responsável por suas ações.

Junto ao conceito de mérito há o conceito de proporcionalidade que, também, é de crucial importância para as teorias retributivistas de justificação da punição, dado que será ele o determinante da quantidade de pena a ser aplicada ao agente transgressor:

Os retributivistas endossam uma concepção de proporcionalidade além de merecimento. Os dois conceitos estão interligados. Nós punimos os criminosos não apenas porque eles merecem punição, mas nós os punimos na proporção do que eles merecem (BROOKS, 2012, p.16)⁴.

² Texto original: “We do not punish people simply by virtue of the fact they have committed a wrongful act. Retributivism punishes criminals for the wrongful acts they performed: retributivism is *backward-looking*. We do not punish a criminal for what we think she might do tomorrow, but what she has done. We look backwards in time to a past action. It is what happened in the past that might justify punishment and not what might happen sometime in the future. (BROOKS, 2012, p. 16).

³ O conceito de liberdade presente nas teorias de justificação retributivistas, principalmente na proposta de Kant, define a liberdade prática relacionada a um conceito transcendental de liberdade, ou seja, a liberdade é uma propriedade capaz de iniciar uma nova cadeia causal sem que esteja, necessariamente, determinada por algum evento\ação anterior. Dito de outra forma, é um pressuposto metafísico, uma vez que se conceitua baseado na hipótese de que o agente que fez algo poderia ter escolhido por não fazer, ou mesmo, por de outra forma, por agir diferentemente. Por isso, somente por isso, é que um agente deve ser responsabilizado moral e legalmente.

⁴ No texto original: “Retributivists endorse a conception of proportionality in addition to desert. The two concepts are interlinked. We punish criminals not only because they are deserving of punishment, but we punish them in proportion to what they deserve.” (BROOKS, 2012, p.16).

Alguns teóricos dessa vertente defendem a proporcionalidade entre o dano cometido pelo ato incorreto praticado e a pena a ser aplicada, a exemplo de Kant. A ligação entre os conceitos de mérito e proporcionalidade garante que o agente culpado, sendo merecedor da punição, estaria assegurado de que a punição a ser aplicada não seria exagerada e, também, que não seria menor do que a devida. Por outro lado, há teóricos que defendem a proporcionalidade entre a pena a ser aplicada e o merecimento do agente transgressor, dito de outra forma, quanto maior se julga o demérito, maior é a quantidade de pena a ser aplicada. Esses pensadores argumentam que o conceito de proporcionalidade aplicado sobre o dano decorrente da ação desconsidera a percepção de níveis de responsabilidade do agente⁵. De modo geral, em todas as variações das posições retributivistas, a vinculação do conceito de mérito com o conceito de proporcionalidade anula o problema da arbitrariedade da punição.

Há, porém, uma série de problemas que permeiam essa relação entre mérito e proporcionalidade, a saber, como julgar a maldade das ações? Com base em que padrões é que devemos julgar a maldade? E em crimes que não decorrem mal, como punir? Por qual motivo a culpa implica sofrimento? (BROOKS, 2012, pp. 20-25)⁶. Essas distinções quanto a interpretação sobre a relação do mérito com a proporcionalidade dá origem as ramificações que buscam corrigir e responder a essas críticas pontuais. Àqueles que seguem defendendo essa conexão entre mérito e proporção são chamados de retributivistas positivos ou morais (BROOKS, 2012, p. 33). Surge, também, uma outra vertente do retributivismo que abandona a noção de proporcionalidade, mantendo o ideal do (de)mérito. Essa posição busca outros meios, comumente consequencialistas, para determinar a quantidade de punição a ser aplicada aos criminosos. Os pensadores simpáticos a esse modelo são chamados de retributivistas negativos:

Os retributivistas negativos defendem uma visão da punição em que o mérito desempenha um papel importante, mas menos central. Eles argumentam que devemos distribuir punição aos merecedores, mas a

⁵ Utilizo o termo 'nível' no sentido de que essa posição parece considerar a possibilidade de alguns limitadores no que tange a responsabilidade moral do agente, partindo de uma ideia de liberdade restrita, diferente, *verbi gratia*, da posição kantiana.

⁶ Esses problemas e o debate existente em torno deles não será objeto de análise deste estudo, para maiores detalhes ver BROOKS, 2012, pp. 20-25.

severidade da punição está ligada a considerações consequencialistas. (BROOKS, 2012, p. 96)⁷.

Hart e Rawls são dois expoentes dessa vertente e consolidaram-se como tal ao apresentarem suas teorias híbridas sobre a justificação da punição em *Prolegomenon to the principles of punishment* e *Two concept of rules*, respectivamente.

Visando detalhar um pouco mais o retributivismo negativo, opto por apresentar de forma breve a proposta de Rawls, que utiliza o conceito de merecimento aliado ao conceito consequencialista de estabilidade social. Para justificar a instituição da punição como um todo é necessário pensarmos, de acordo com Rawls, em como responder duas questões; são elas: (i) por qual motivo devemos punir um cidadão? E (ii) porque punir 'A' ao invés de punir 'B'? (RAWLS, 1955, p. 8-9). A resposta para a primeira questão é, sem dúvida, de cunho consequencialista, tendo em vista a teorização de sociedade proposta pelo filósofo norte americano⁸, uma vez que, se os atos de transgressão não fossem punidos, abriria margem para que outros também praticassem tais atos, buscando obter vantagens em relação aos demais. Desse modo, a punição só pode ser justificada se assegurar certa estabilidade social à medida que evita futuros crimes e devolve a estabilidade retirada pelo ato errado praticado.

Essa resposta, porém, não é suficiente para justificar a instituição da punição como um todo, embora sirva parcialmente. Há ainda a clássica crítica ao consequencialismo para responder. Para ilustrar uma situação em que a instituição da punição fosse justificada somente pelo viés consequencialista, Rawls nos apresenta o *Telishment*⁹:

⁷ Texto original: "Negative retributivists argue for a view of punishment where desert plays an important, but less central role. They argue that we should distribute punishment to the deserving, but the severity of punishment is linked with consequentialist considerations. The view is attractive because it appears to avoid specific problems. One problem it avoids is the problem of punishing the innocent. Negative retributivists argue that we punish only the deserving" (BROOKS, 2012, p. 96).

⁸ Rawls apresenta uma concepção de sociedade onde os membros escolhem, em posição original e sob o véu da ignorância, os princípios de justiça que nortearão as instituições básicas dessa sociedade. Assim, os membros agem de acordo com esses princípios, pois os aceitam e sabem que os outros também os aceitam, é vantajoso para todos que ajam de acordo. A sociedade é vista como um modelo de cooperação mútua. Os agentes dessa sociedade tendem a desenvolver o senso de justiça correspondente aos princípios de justiça, porém, mesmo em uma sociedade bem ordenada é impossível evitar que aconteça desvios em relação a justiça por parte dos próprios agentes, com isso é necessário pensar um sistema punitivo. Para mais detalhes, ver RAWLS, 2000.

⁹ Junção de duas palavras, a saber, *Télos*, do grego, que significa fim e *Punishment*, que se traduz punição, ou seja, "*Teli-shment*" – 'Punição visando o fim'.

Experimente imaginar, então, uma instituição (que nós podemos chamar de “*telishment*”) que é tal como os oficiais nomeados possuem autoridade para condenar um inocente sempre que considerarem que tal prática ocasiona um maior bem a sociedade. O poder discricional dos oficiais é limitado, por tanto, pela lei que proíbe a condenação de um inocente a sofrer a pena, a menos que esteja ocorrendo uma onda de crimes semelhantes ao que o estão acusando. Podemos imaginar que os oficiais portadores do poder discricional são os Juizes da suprema corte em consulta com o chefe de polícia, com o ministro da justiça e o comitê de legislação (RAWLS, 1955, p.11)¹⁰.

Tal instituição exprime claramente um caráter arbitrário, dado que o critério para determinar o culpado não é claro, ou mesmo inexistente. Essa falta de critério pode causar uma instabilidade social ainda maior do que os próprios atos criminosos, tendo em vista que as ações de uma instituição como o *telishment* podem ser completamente imprevisíveis e arbitrárias.

Ante ao problema da arbitrariedade/imprevisibilidade é que Rawls apresenta a resposta para a segunda questão levantada anteriormente, a saber, por qual motivo punimos ‘A’ ao invés de ‘B’? É nesse ponto que o conceito de mérito retributivista se torna crucial, pois será ele o critério para a determinação do agente passível de punição. Em outras palavras, punimos ‘A’ por ele ser culpado pelo ato errado praticado e, portanto, ser merecedor da punição. Isto é, ‘A’ é responsável pelo que fez, portanto é considerado culpado e merecedor da punição.

A posição híbrida proposta por Rawls assim como a posição de Hart são apenas amostragens do retributivismo negativo, mas podemos tirar delas conceitos centrais para esse pensamento, por exemplo, o mérito – resgatado das teorias retributivistas positivas – e o conceito de bem-estar/estabilidade social – oriundo de posições consequencialistas. Ambos conceitos, conciliados, superam dois problemas que são centrais para suas teorias em separado; (i) o problema de punir um inocente, evocando o conceito de merecimento, que é a principal crítica direcionada ao consequencialismo e (ii) o problema da reincidência, trazendo o

¹⁰ No original: “Try to imagine, then, an institution (which we may call “*telishment*”) which is such that the officials set up by it have authority to arrange a trial for the condemnation of an innocent man whenever they are of the opinion that doing so would be in the best interests of society. The discretion of officials is limited, however, by the rule that they may not condemn an innocent man to undergo such an ordeal unless there is, at the time, a wave of offenses similar to that with which they charge him and relish him for. We may imagine that the officials having the discretionary authority are the judges of the higher courts in consultation with the chief of police, the minister of justice, and a committee of the legislature” (RAWLS, 1955, p.11)

conceito de estabilidade social/prevenção, que é uma das mais relevantes reprimendas para as posições retributivistas.

3.2 Adam Smith e o retributivismo

Na teoria de justificação da punição desenvolvida por Adam Smith o conceito de mérito, de fato, desempenha um papel central. Para o filósofo são o mérito e o demérito os determinantes de recompensa e punição, respectivamente (SMITH, 2015, p. 81). O julgamento do mérito, evidentemente, passa pela análise empática do espectador imparcial e se dá em dois estágios, posso dizer, a saber, (i) a simpatia/antipatia pelos sentimentos ou motivações que levam a ação e (ii) a simpatia com a gratidão ou ressentimento de quem é vítima do ato em questão. Aquelas atitudes que são objetos plenos do ressentimento merecem punição e o alvo da punição é o ato incorreto e o indivíduo merecedor. Evidentemente essas são características retributivistas da punição, uma vez que o ressentimento exige a punição de uma pessoa específica, a culpada, por um crime específico. Nas palavras de Smith:

“[...] se a pessoa que nos infligiu uma grande ofensa, porque, por exemplo, assassinou nosso pai ou nosso irmão, pouco depois morresse de febre, ou fosse levado ao cadafalso por algum outro crime, ainda que isso pudesse abrandar nosso ódio, não satisfaria inteiramente nosso ressentimento.” (SMITH, 2015, p. 83).

Além da personalidade exigida pela punição é necessário que se puna, também, o ato específico para satisfazer por inteiro o ressentimento da vítima.

Entendo que essa noção de mérito seja basilar para a proposta do filósofo escocês, e, tendo a base, ainda fica em aberta a questão de qual deve ser a quantidade de pena a ser aplicada ao agente culpado. Para esse ponto é evocada a noção de proporcionalidade para determinar a quantidade de pena. O conceito de proporcionalidade, porém, é definido de forma diferente da comumente dada ao termo, não me refiro ao significado, mas sim aquilo que a determina. Essa definição também passa pela observação cautelosa do espectador imparcial. A pena a ser aplicada deve ser proporcional ao mérito do agente, contudo, isso não é tão simples o quanto parece, haja vista os dois estágios de observação do espectador imparcial para julgar o mérito, a proporcionalidade da pena é influenciada.

Explico, se houver alguma dificuldade para identificar as paixões e/ou motivações que embasam a ação, a empatia para com a vítima é prejudicada e, por consequência, também, o ressentimento é prejudicado. Ante essas dificuldades, a quantidade de pena diminui e ela irá variar a medida em que aumenta ou diminui a identificação do espectador imparcial com as motivações que levam a ação e com o ressentimento da vítima (STALLEY, 2012, p. 70). Em outros termos, um crime em que houve a premeditação e a execução obteve sucesso, implica em uma reprovação, por parte do espectador, dos elementos que motivam a ação, o que leva tal espectador a se solidarizar por inteiro com o ressentimento do sofredor e, tendo isso em conta, a punição será maior do que em casos cuja motivação não está clara ou seus efeitos não são os planejados.

Para esclarecer melhor o ponto que quero chamar a atenção pensemos em um ato de roubo em dois casos distintos. No primeiro caso, há um ladrão que rouba o celular da vítima e ainda a mata lhe dando um tiro, de forma intencional/premeditada. No segundo caso, a cena do roubo se repete, mas a vítima reage e o disparo que a mata é acidental. O ladrão do primeiro caso deve ser punido com maior severidade do que o ladrão do segundo caso. Isso ocorre pelo motivo de que, ao analisar os casos, o espectador imparcial terá duas situações de roubo e duas situações de morte, contudo, apenas no primeiro caso o assassinato é intencional. Sendo assim, sua solidariedade seria maior com o ressentimento das pessoas sobre o primeiro caso e, por óbvio, a punição a ser aplicada seria maior. A sorte, o elemento fora do controle do indivíduo no segundo caso, serve como um atenuante no que tange ao ressentimento do espectador e a punição.

Outro ponto importante para considerarmos é que não há, necessariamente, uma congruência ou correspondência entre os sentimentos do espectador imparcial com as pessoas reais da sociedade, podendo, por vezes, serem até mesmo opostos. Para Stalley:

A punição pode satisfazer as vítimas proporcionando-lhes prazer ou diminuindo sua dor, mas são os sentimentos do espectador imparcial que determinam se a punição é justificada. Eles podem não corresponder aos de nenhum indivíduo real (STALLEY, 2012, p. 72).¹¹

¹¹ No texto original: Punishment may satisfy the victims by affording them pleasure or diminishing their grief, but it is the feelings of the impartial spectator that determine whether punishment is justified. These may not correspond to those of any actual individuals (STALLEY, 2012, p. 72).

Nos exemplos trazidos acima é possível que as pessoas reais da sociedade exigissem a mesma punição para ambos os casos, mas a análise imparcial do espectador permite que o ressentimento seja refinado, livre de qualquer emoção danosa como o ódio e livre de todo e qualquer preconceito, *exemple gratia*.

Três podem ser as origens do louvor ou censura devida as ações, a saber, (i) a intenção, (ii) o movimento do corpo e (iii) as consequências (SMITH, 2015, p. 115). O movimento do corpo e as consequências não podem ser tomadas como base para a aprovação ou desaprovação de determinada ação, dado que a segunda não pode ser fruto de observação moral e a terceira não depende do agente, desse modo não poderia ser responsabilizado por aquilo que está fora de seu controle, tão pouco objeto digno de aprovação ou desaprovação. A ação do corpo e as consequências são as mesmas tanto para o tiro que mata por maldade quanto para o tiro que mata por defesa. Essas considerações implicam fortemente na concepção de punição de Smith, pois:

[...] isso implica que as consequências reais de um ato são irrelevantes para punição. Aquele feito por malícia merece punição, mesmo que na verdade, não incorra em um mal. Por outro lado, aquele que causa grande dano não deve incidir punição se não houve má intenção (STALLEY, 2012, p. 73).¹²

Stalley pondera que claramente o escopo da análise do espectador imparcial deve estar concentrado no que tange às intenções e sentimentos que embasam as ações. Com isso em mente, *prima facie*, as consequências não possuem relevância para o julgamento do espectador imparcial, pois somente a ação feita por malícia, ou seja, com más intenções, é que será objeto pleno e aprovado de ressentimento e, conseqüentemente, de punição. Esse é um ponto que merece bastante atenção, dado que a análise do espectador imparcial parece estar voltada apenas para o passado, para as intenções e paixões do agente. Claramente se aproxima de uma percepção retributivista ao focar no passado, deixando de lado as consequências do ato.

Esse foco de análise nas intenções nos permite, entendo, pensar em níveis e pesos diferentes para as punições, mantendo os pressupostos retributivistas

¹² No texto original: [...] this implies that the actual consequences of an act are irrelevant to punishment. One done out of malice deserves punishment even if it in fact does no harm. Conversely one which does great harm should escape punishment if there was no evil intent (STALLEY, 2012, p. 73).

presentes na concepção smithiana de justificação da punição. Como no exemplo anterior dos ladrões que roubam e matam, um de maneira intencional e o outro por acidente, o ressentimento gerado no espectador imparcial seria diferente e diferente também seria a punição aplicada. Ao considerar a intenção que havia em um caso e a falta dela em outro se torna possível essa variação entre as punições sem recorrer a conceitos consequentialistas.

O ressentimento é o sentimento que denuncia o erro e “[...] parece nos ter sido dado pela natureza para defesa, e apenas para defesa. É a salvaguarda da justiça e a segurança da inocência” (SMITH, 2015, p. 98), é gerado pelo dano decorrente de uma ação e “Incita-nos a repelir o mal que nos tentam fazer, e retaliar o que já nos fizeram [...]” (SMITH, 2015, p. 98). O conceito de retaliação consiste em revidar o mal cometido e, como mencionado anteriormente, é exigido para a inteira satisfação do ressentimento. A noção de imparcialidade trazida pelo espectador é essencial para anular as irregularidades e arbitrariedades que resultam de uma análise parcial desse sentimento, garantindo que a pena aplicada a determinada ação seja justa.

Conforme exposto até o momento, os conceitos de culpa¹³, mérito¹⁴ e proporcionalidade¹⁵ são centrais para a teoria sentimentalista de Adam Smith. Por esse motivo, penso, alguns comentadores interpretam Smith como um retributivista, como é o caso de Haakonssen, ao apontar que é o dano que origina a punição. Para ele: “Em termos modernos, provavelmente seria descrito como retributivista, e isso se justifica na medida em que é obviamente o dano que dá ocasião à punição” (HAAKONSEN, 1989, p.116)¹⁶. A ação danosa dá origem ao ressentimento que por sua vez conduzirá o agente à punição, se for considerado pelo espectador imparcial objeto digno e aprovado de tal ressentimento. Devo concordar que essa é claramente uma característica retributivista. Porém, essa visão parece considerar apenas uma parte da proposta de justificação da punição

¹³ Aquele agente que age com má intenção é figura digna de punição para o espectador imparcial, dito de outro modo, é culpado pelo ato errado cometido.

¹⁴ O conceito de merecimento está intimamente ligado ao conceito de culpa nas concepções retributivistas, ver BROOKS, 2012, pp. 15-16. Na proposta de Smith, o mérito parece ser definido pelo ressentimento do espectador imparcial.

¹⁵ A proporcionalidade não está, do modo que entendo, relacionada ao mal cometido, mas sim ao ressentimento do espectador.

¹⁶ No texto original: “In modern terms it would probably be described as retributive, and that is justified in as far as it is obviously the injury which gives occasion to the punishment” (HAAKONSEN, 1989, p.116).

de Smith. O pensador escocês apresenta aparatos que exigem mais da punição e transformam-na em algo que perpassa a mera retribuição. O próprio Haakonssen nos diz que com a complexidade da teoria do espectador imparcial se torna necessário que tal espectador saiba mais sobre os agentes isolados, como contextos sociais e políticos, com vistas a evitar punições exageradas e indevidas (HAAKONSSSEN, 1989, pp. 116-117). Considerar esses contextos é admitir que há limitações na liberdade dos agentes e, conseqüentemente, em suas responsabilidades e isso enfraquece a identificação de Smith com o retributivismo clássico.

Em termos de punição, considerar contextos sociais e políticos é, do modo que entendo, aceitar atenuantes para as penas. No momento em que o olhar do espectador imparcial não está voltado apenas ao dano para definir a quantidade de pena ocorre claramente um enfraquecimento do conceito de retributivismo. Desse modo, defendo, o mais próximo que a proposta de Smith pode chegar de um retributivismo é, em termos, um retributivismo negativo. De acordo com Haakonssen, “Independentemente do rótulo que possamos querer colocar na teoria da punição de Smith, no entanto, ela é explicitamente antiutilitarista - em todos os sentidos do termo (HAAKONSSSEN, 1989, p.117)¹⁷¹⁸. A posição defendida por Haakonssen é bastante limitadora e, do modo como entendo, suprime a complexidade do pensamento do filósofo escocês. Smith, entretanto, parece considerar conceitos utilitaristas em sua proposta de justificação da punição, o que torna essa a percepção de Haakonssen parcialmente insuficiente.

Essas insuficiências deixadas pela interpretação de Haakonssen merecem atenção, dado que desempenham um papel importante para a compreensão do pensamento de Smith. Para que possamos dar a devida atenção a esses pontos,

¹⁷ No texto original: “Irrespective of what label we might want to put on Smith's theory of punishment, however, it is explicitly anti-utilitarian in all senses of that term” (HAAKONSSSEN, 1989, p.117).

¹⁸ Há, nas *Lições de Jurisprudência*, algumas passagens que compactuam com a visão de que Smith possa ser um retributivista, como aponta Francisco Serra: “A vingança do lesado, que o move a retaliar o ofensor pelo dano, é a verdadeira base para a punição dos crimes. Adam Smith refuta a teoria de Grocio de que a consideração do bem público é a medida original da punição. Não é a utilidade pública em si, mas a vingança do lesado que serve para regular a punição” (SERRA, 2001, pp. 84-85). No texto original: “La venganza del perjudicado, que lo mueve a tomar represalias contra el ofensor por el daño, es la base real del castigo de los crímenes. Adam Smith rebate la teoría de Grocio de que sea la consideración del bien público la medida original de los castigos. No es la utilidad pública propiamente, sino la venganza del perjudicado la que se utiliza para regular el castigo” (SERRA, 2001, pp. 84-85).

proponho, antes, revisitarmos e aprofundarmos os conceitos preventivistas de justificação da punição.

3.3 O preventivismo

Como já vimos brevemente, o debate sobre a justificação da punição foi historicamente pautado por duas tradições filosóficas, a saber o retributivismo e o preventivismo. Esse último é uma alternativa absolutamente oposta ao primeiro e possui o nome de Bentham como o seu clássico representante. Para as posições preventivistas, a justificação da punição se dá pelos efeitos decorrentes da pena aplicada. Se a punição for capaz de proporcionar um maior bem-estar social e/ou prevenir futuros crimes ela está justificada.

Esclareço, o modelo preventivista, principalmente no modelo utilitarista de Bentham, vê os seres humanos como seres sencientes, em outros termos, respondem ao prazer e a dor, buscando o primeiro e evitando o segundo. O escopo dessas posições é o maior bem-estar da sociedade, acreditando que essa é uma das fontes de prazer e, sendo assim, a ação considerada correta é aquela capaz de maximizar o bem-estar social ou ao menos de evitar o mal, a dor, para o maior número de pessoas possíveis. Parece evidente que o poder legislativo que compartilha desse princípio o incorpora em seu código legal/jurídico, dado que o bem-estar social deve ser assegurado e para isso estipula práticas de recompensa e punição (BENTHAM, 1974, pp. 25-26). Isto posto, o ato merecedor de recompensa é aquele que atende aos princípios e o ato merecedor de punição é aquele contrário a tais princípios.

A justificação da instituição da punição se dá em nome do bem-estar social ou assegurando a estabilidade. A ideia é que um crime quando cometido causa instabilidade, insegurança, e isso afeta diretamente o bem-estar da sociedade. O Estado, então, tem o dever de punir e, mediante a prática punitiva, reestabelecer a estabilidade e a segurança. Destarte, a pena tem função exemplificadora e necessita, além de devolver a estabilidade, evitar futuros crimes; possui um caráter pedagógico/exemplificativo.

Para que seja possível atender esse fim, alguns pontos em relação a pena devem ser observados. Bentham lista seis tópicos cruciais (BENTHAM, 1974, pp. 25-26): (i) Diz respeito a severidade da punição. Ela nunca deve ser menor do que a vantagem obtida por meio do crime cometido e (ii) estar de acordo com

esse crime analisado de forma particular. (iii) Como um dos objetivos da pena é coibir futuros crimes, quando isso não for possível, deve, ao menos, garantir que a punição para os crimes maiores seja suficiente para induzir o indivíduo a optar pelo crime menor. Dito de outra forma, deve ter a capacidade de influenciar na decisão do criminoso. No que tange a onerosidade (iv) ela deve ser tal que seja proporcional entre o quanto se deseja evitar o crime e o valor necessário para evitá-lo¹⁹. As duas últimas normas são relacionadas as anteriores, garantindo sua aplicabilidade, portanto (v) a punição não pode ser menor do que a necessária para cumprir as normas anteriores e, por fim, (vi) a punição deve considerar as várias circunstâncias que influenciam a sensibilidade de cada um, visando aplicar a um criminoso a quantidade de punição que se aplicaria a criminosos em geral.

Justificar a instituição da punição com vistas aos fins a que a pena se propõe alcançar traz consigo implicações importantes, *verbi gratia*, a preocupação com a ressocialização do criminoso, dado que os custos da detenção podem ser prejudiciais ao bem-estar social, além do aspecto exemplificador que busca evitar crimes futuros. Outro quesito importante a se considerar é que a proposta preventivista não dispõe de preocupação com a questão de o agente estar ou não no controle de suas ações, uma vez que o relevante para as práticas punitivas são os efeitos que estas possuem no que diz respeito a regular ações aos padrões exigidos pela sociedade (NOWELL SMITH, 1948, p. 60), e isso é o suficiente para a justificação da punição.

A proposta de Bentham, entendo, embasou boa parte do debate teórico-penal do final do século XIX, onde os modelos de justificação da punição passaram a ser baseadas em premissas biológicas e sociológicas, tais como a correção do ofensor, o seu melhoramento e a própria dissuasão de futuros crimes mediante o exemplo. Entretanto, as justificações de cunho preventivistas também apresentam alguns problemas que merecem destaque especial.

A clássica crítica feita às propostas de justificação preventivista pretende atingir diretamente o seu escopo, consistindo na ideia de não considerar a culpa um fator necessário para a aplicação da punição. Em outras palavras, quando o objetivo das penas são seus efeitos, a preocupação que surge consiste em

¹⁹ Jeremy Bentham, inclusive, propõe um modelo de sistema penal de baixo custo e atendendo a esses fatores intitulado por "Panóptico". Para mais detalhes ver: BENTHAM, Jeremy. *O Panóptico*. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

pensar que se poderia punir um inocente como exemplo contanto que a prática em questão dissuadisse futuros crimes e/ou devolvesse a estabilidade social²⁰. Um outro problema comumente apontado concentra-se na noção de seres sencientes. Considerar os seres humanos como meramente responsivos ao prazer a dor pode abrir margem para punições completamente arbitrárias, submetendo-os a penas demasiadamente severas ou brandas demais. Essa questão aponta para uma irrelevância completa de alguns direitos considerados inalienáveis, ou ao menos invioláveis, *exemple gratia*, a dignidade.

Os principais conceitos do preventivismo/utilitarismo clássico podem ser percebidos em muitas propostas dos anos de 1960 e 1980 (NETO, 2018, pp. 31-38), onde as penas passam a ser embasadas em noções socio-pedagógicas como a reabilitação e a ressocialização, além do próprio elemento preventivo de dissuadir e evitar futuros crimes.

3.4 Adam Smith e o preventivismo

Na proposta de justificação da punição apresentada por Smith, me parece, há elementos claramente preventivistas. Assim, passamos a análise dessas características.

Para o pensador escocês, como vimos, a sociedade é formada por uma disposição humana natural à sociabilidade e os direitos dos indivíduos são desenvolvidos no interior dessa sociedade com base nos valores intersubjetivamente compartilhados. É missão do legislador, ou poder legislativo – penso que é possível alargar – abarcar esses valores no código jurídico²¹. Na compreensão de Smith:

²⁰ Como exemplo, podemos imaginar uma instituição como o *Telishment* proposta por Rawls e apresentada acima, no tópico sobre o retributivismo.

²¹ No tópico 2.4 deste texto vimos que é impossível, segundo Smith, a existência de uma sociedade entre aqueles que estão dispostos a se atacar e se ferir. O autor nos apresenta que mesmo entre os ladrões, para que possa haver uma comunidade, é necessário que se abstenham de roubar uns dos outros. Para mais detalhes ver: SMITH, 2015, pp. 106-107. É, mesmo em níveis menores, exigido um mínimo de organização. Na proporção da sociedade civil, o pilar sustentador é a justiça e as demais virtudes são os acabamentos. Com isso, quero chamar a atenção para o ponto mencionado ainda no tópico 2.4 de que a sociedade pode existir sem as virtudes da prudência, da benevolência etc., mas jamais sem a virtude da justiça. É necessária a toda a sociedade civil um código jurídico.

Ao magistrado civil é confiado o poder não apenas de conservar a paz pública, contendo a injustiça, mas de promover a prosperidade da República (*commonwealth*), estabelecendo boa disciplina e desencorajando toda sorte de vício e de inconveniência; pode, portanto, prescrever regras, proibindo não apenas as mútuas ofensas entre os concidadãos, mas ordenando, em certo grau, ajudas recíprocas (SMITH, 2015, pp. 100-101).

Há, nessa proposta, certa limitação do poder de intervenção do Estado, por se tratar de uma proposta de cunho liberal, entretanto, é função do Estado assegurar e conservar a paz pública, punindo e recompensando. O olhar do legislador está voltado à frente, ao futuro, para a manutenção da justiça e da harmonia social. Dessa forma, a punição é um aparato de manutenção e está justificada no ressentimento gerado na vítima e compartilhado pelo espectador imparcial.

Embora o espectador imparcial analise a intenção da ação junto ao ressentimento da vítima para determinar o mérito da punição, Smith reconhece que existem limitações nessa concepção e chama a atenção para o campo prático. Pensando puramente no campo teórico, é consensual o olhar para as intenções, contudo, ao olharmos para a prática, é notado que os efeitos das ações interferem nas avaliações das pessoas. Para ele:

[...] ao alcançarmos os casos particulares, as reais consequências que eventualmente procedem de qualquer ação têm um enorme efeito sobre nossos sentimentos a respeito de seu mérito ou demérito, e quase sempre tanto intensificam quanto reduzem nosso senso de ambos (SMITH, 2015, p. 116).

Parece que na avaliação prática as coisas mudam e os efeitos das ações passam a ser considerados. Se pensarmos no clássico exemplo de Nagel sobre os motoristas bêbados (NAGEL, 1993, p. 61), temos uma boa base para perceber como as consequências interferem em nossas avaliações. De maneira resumida, dois motoristas bebem e voltam para casa dirigindo, um deles chega em casa sem atropelar ninguém e o outro acaba atropelando uma criança que foi atrás de sua bola que escapara para a rua²². Sem dúvida, censuramos mais o motorista que atropelou a criança e o mesmo ocorre com a punição. Ambos beberam e dirigiram, portanto, cometeram o mesmo ato culpável (imprudente), porém um deles ainda atropelou, mesmo que de maneira acidental, uma criança. O ressentimento das pessoas será maior perante o caso em que ocorre o

²² Para maiores detalhes sobre o exemplo de sorte moral, ver: NAGEL, 1993, p. 61.

atropelamento e o espectador imparcial se solidarizará completamente com tal ressentimento.

O exemplo utilizado por Nagel tem por objetivo ilustrar um dos tipos de sorte moral, a resultante ou consequencial. Considerar a sorte moral na avaliação de uma ação é claramente um aspecto consequencialista, haja vista que as situações de sorte ou fortuna²³ não estão no controle do agente e tão pouco são efeitos de suas intenções. Smith apresenta uma série de situações para demonstrar como as consequências das ações interferem em nossos julgamentos e, por conseguinte, nos julgamentos do espectador imparcial. Imagine “[...] uma sentinela que adormece em sua vigília é condenada à morte, segundo as leis da guerra, porque esse descuido poderia pôr em perigo o exército inteiro” (SMITH, 2015, p. 112). Nesse caso, o efeito das consequências é ainda maior, uma vez que nenhum dano decorre do fato da sentinela ter adormecido, mas, mesmo assim, é punido com a morte. A justificção para a punição nesse caso é, evidentemente, de caráter consequencialista, sendo que o ato colocou em risco todos os soldados, mesmo que não tenha se efetivado mal algum: “Quando a conservação de um indivíduo é inconsistente com a segurança de uma multidão, nada pode ser mais justo do que preferir os muitos a um só” (SMITH, 2015, p.113). Assim, se torna claro que também aprovamos as punições com vistas ao interesse comum e a preservação da sociedade.

Outros casos que servem como exemplo para os aspectos consequencialistas presentes na proposta de justificção da punição de Smith são as punições aplicadas aos casos de negligência. Imagine alguém que atira uma pedra sobre um muro. O agente pode não ter a intenção de acertar alguém, mas não está tomando os devidos cuidados para que isso não ocorra, sendo que por um infortúnio ou má sorte, alguém pode estar passando pelo local e acabar atingido (SMITH, 2015, p. 128). O negligente, nesse caso, merece punição por apresentar completo desprezo pela segurança e felicidade dos outros. Novamente, a justificção da punição está olhando para as consequências do ato.

Essa interferência da sorte nos sentimentos e, por consequência, nos julgamentos das pessoas e do espectador imparcial é necessária para que se evite que danos não intencionais escapem a punição, bem como para evitar que

²³ Fortuna é o termo utilizado por Smith ao longo da *Teoria dos sentimentos morais*.

sentimentos e intenções não realizados se tornassem objetos diretos de punições. É preciso considerar, ainda, a dificuldade existente no julgamento de intenções e sentimentos. Nas palavras de Smith:

Sentimentos, pensamentos, propósitos, tornar-se-iam objetos de castigo; e [...] todos os tribunais de magistratura se transformariam numa verdadeira inquisição. Não haveria segurança para a mais inocente e circumspecta das condutas. Maus desejos, maus olhares, más intenções, poderiam se tornar suspeitas; e quando estas suscitassem a mesma indignação que a má conduta, quando se ressentisse tanto das más intenções como das más ações, a pessoa estaria exposta a igual punição e ressentimento (SMITH, 2015, p. 131).

Definir o merecimento com base unicamente nas intenções e sentimentos que suscitam as ações se apresenta a nós como uma arbitrariedade grandiosa, capaz de gerar insegurança e instabilidade social o que, de fato, iria contra a função do próprio legislador de garantir a paz pública e a prosperidade da sociedade.

Diante disso, entendo, fica claro o aspecto preventivista da punição que se justifica mediante a necessidade do Estado em manter a organização, a ordem, a estabilidade da sociedade civil e a justiça. A comunidade aceita as normas da justiça, tanto que tais normas surgem dos próprios interesses compartilhados intersubjetivamente, como é o caso da liberdade, da dignidade, da propriedade etc. Os objetos do ressentimento são ações que atentam contra essas normas, fazendo com que a sociedade como um todo exija não apenas a retaliação do mal cometido, mas que também venha a coibir e dissuadir, por meio do seu sistema jurídico-penal, futuros crimes.

Essa é uma das atividades do legislador que mais exige cuidado pelo fato de ter que considerar os anseios sociais e assegurar os direitos básicos de todos os membros da sociedade civil. Para Smith:

De todos os deveres do legislador, este, porém, talvez seja aquele cuja execução apropriada e judiciousa exija maior delicadeza e reserva. Negligenciá-lo expõe toda a República a muitas graves desordens e ofensivas enormidades, e levar isso muito adiante é destrutivo para toda a liberdade, segurança e justiça (SMITH, 2015, p. 101).

É evidente que se a justiça não for assegurada para todos, a instabilidade e o descrédito nas instituições se sobressaem e tornam o convívio social conflituoso e, por vezes, bélico.

A tendência natural humana à sociabilidade é o que o faz formar a sociedade civil, porém, a permanência nela se dá pelo sentimento de segurança e

de liberdade para poder perseguir aquilo que se almeja. Esses são os motivos pelos quais o legislador possui legitimidade para organizar a sociedade e mantê-la estável punindo e recompensando.

Em momento algum, ao tratar dos aspectos preventivistas da punição, Smith deixa margem para a famosa crítica da punição de um inocente. Sempre no centro de sua proposta encontramos o erro, a diferença, contudo, consiste no fato de que nem sempre decorrerá do erro algum dano. É importante destacar esse ponto, em função de que a análise do merecimento da punição não se dá necessariamente pelo dano, que também é considerado, mas leva-se em conta o desprezo ou a falta de cuidado com o outro, tendo em vista que isso pode incorrer em um mal social²⁴. O espectador, então, ao ponderar sobre o mérito do agente deve olhar para o passado e, de igual modo, para o futuro, a fim de poder considerar toda essa gama de possibilidades que envolve uma ação.

Os conceitos expostos até aqui, creio, são suficientes para justificar que tomar Smith como um retributivista é um equívoco, assim como também o é tomá-lo como antiutilitarista. Há a conciliação na proposta de justificação da punição de Adam Smith e isso é inegável. A conciliação entre o retributivismo e o preventivismo será esclarecida no capítulo posterior, onde tratarei da concepção smithiana de justificação da punição.

²⁴ Serra (2001, p. 84) chama a atenção para uma outra passagem das *Lições de Jurisprudência* que, penso, está de acordo com o que quero chamar a atenção. A punição pode ser originada por ações de dois tipos, a saber: “[...] dano intencional ou negligência criminosa ou culposa. Mas o que é realmente significativo é que a medida de punição que, para Smith, deve ser infligida ao infrator é a ‘concordância do espectador imparcial com o ressentimento do ofendido’... Em todos os casos um castigo parece proporcional aos olhos do resto da humanidade quando é tal que o espectador concorda com o ofendido ao exigí-lo” (SERRA, 2001, p. 84). No texto original: “[...] de un daño intencionado o de una negligencia criminal o culposa. Pero lo realmente significativo es que la medida del castigo que, para Smith, debe infligirse al delincuente es la «conurrencia del espectador imparcial con el resentimiento del perjudicado... En todos los casos un castigo parece equitativo a los ojos del resto de la humanidad cuando es tal que el espectador concurre con la persona ofendida al exigirlo” (SERRA, 2001, p. 84). Nesse trecho é nítido a congruência entre os aspectos retributivistas e consequencialistas da justificação da punição na proposta de Smith.

4 A JUSTIFICAÇÃO HÍBRIDA DA PUNIÇÃO

Parece nítido que Smith desenvolve uma posição conciliadora entre o retributivismo e o preventivismo, adotando aspectos de ambas as posições para estruturar sua proposta de justificação da punição. Smith, entretanto, desenvolve sua justificação da punição para além desses aspectos, considerando, junto a eles, conceitos fundamentais às propostas de cunho expressivista e reabilitacionista.

A proposta é bastante complexa, uma vez que comporta essa série de conceitos, considerados por muitos, como antitéticos. Para melhor compreender a justificação da punição smithiana e a maneira que o filósofo engloba os conceitos em questão, proponho retomarmos o que de fato significa justificar a punição. Em um artigo publicado em 2016, Coitinho²⁵ defende que justificar a punição legal consiste em tratar de três problemas estritamente conectados, a saber, (i) a justificação da instituição da punição (J1), isto é, porque punimos ao invés de perdoarmos, (ii) a justificação dos atos particulares punitivos (J2), dito de outro modo, porque punir 'A' e não 'B' e (iii) a justificação da penalidade (J3), ou seja, o quanto devemos punir (COITINHO, 2016, pp. 13-14). Essa distinção é muito pertinente e nos auxilia na compreensão da complexidade do problema da justificação da punição, além, de ajudar a organizar os conceitos trazidos por Smith.

Sob essa ótica, entendo que os aspectos preventivistas expostos na proposta de justificação do filósofo dão conta de J1, tendo em vista que autoriza o Estado a punir, buscando a manutenção da estabilidade social e da paz pública, além de parcialmente responder a J3, ao exigir que a pena tenha um caráter exemplificativo/pedagógico. Por outro lado, os aspectos retributivistas são suficientes para responder a J2, pois limita a aplicação de punição unicamente ao agente transgressor julgado como culpado por sua ação, portanto merecedor da punição, e parcialmente J3, dado que assegura a proporcionalidade entre o merecimento do agente transgressor e a quantidade da pena a ser aplicada. A

²⁵ COITINHO, Denis Silveira. "Contrato, virtudes e o problema da punição". *Dissertatio*. v. 43, 2016, pp 11-40.

conciliação entre o preventivismo e o retributivismo para responder a J3, por mais que possa parecer satisfatório, é apenas uma parte da proposta smithiana, sendo assim, insuficiente para atender J3 totalmente.

Para satisfazer J3 por inteiro é necessário, dentro do que propõe Adam Smith, considerarmos alguns conceitos além dos retributivistas e preventivistas. O filósofo parece considerar aspectos do que contemporaneamente atribuímos o rótulo de expressivismo e reabilitacionismo. Desse modo, antes de prosseguirmos, quero retomar e aprofundar as posições expressivista e reabilitacionista.

4.1 O expressivismo penal

O expressivismo é bastante recente no debate sobre a justificação da punição e ganha força, sobretudo, a partir de 1950, sendo uma corrente filosófica que cresceu rapidamente, tanto é que alguns críticos a apontam como a última moda na filosofia (BROOKS, 2012, p. 101). Os pensadores de uma posição expressivista de justificação da punição defendem, do modo como entendo, uma forte ligação entre a moralidade e a punição, uma vez que a última tem a função de expressar a desaprovação pública do ato praticado pelo agente. A base para a justificação da punição seria o ressentimento²⁶ gerado na comunidade pelo ato praticado que é publicamente desaprovado, assim, a sociedade exige que seu sentimento de vingança seja satisfeito mediante a pena: “O ato punitivo seria a forma de o direito penal expressar e confirmar o sentimento de ódio que o autor instigou ao cometer o crime” (NETO, 2018, pp.47-48). Creio estar nítido que a base da posição expressivista é expressar a desaprovação pública do ato praticado, evocando a moralidade para integrar o direito.

É importante ressaltar, porém, que a pena é vista com diferentes funções dentro das posições expressivistas, essas funções podem, por exemplo, ser linguística e denunciativa. Na primeira, a pena deve expressar um juízo de reprovação moral da conduta, enquanto na segunda, sua função é denunciar um erro público, em outras palavras, os crimes são atividades denunciadas pelo

²⁶ Comumente nos textos sobre o expressivismo vemos que é o ódio que dá base para a punição, opto, porém, por trocar o termo, considerando que Smith aponta o ódio como uma resposta imediata e, muitas vezes, não refletida.

público e a pena é a declaração formal dessa denúncia (BROOKS, 2012, p.102). O que é comum é a vinculação da moralidade ao direito, não apenas no que tange as bases da desaprovação, mas também nas funções da pena. O fato de expressar uma reprovação ou denunciar um erro público significa comunicar ao agente infrator que valores morais e legais foram violados, isso é básico. Contudo, segundo os defensores de uma teoria expressivista comunicativa, esse ato proporciona ao indivíduo vítima da pena a possibilidade de reconhecer o erro e reformular seu caráter, expressando isso para a sociedade mediante seu remorso, além de servir como exemplo aos demais membros da comunidade de que os valores morais assegurados na legislação não podem ser violados. Nas palavras de Brooks:

Essa abordagem argumenta que a expressão é comunicada em duas direções, uma declaratória e outra comunicativa/responsiva. Primeiro, expressamos nossa desaprovação pública aos infratores por meio de punição. Este é o nosso apelo declaratório onde se expressa a nossa denúncia. Em segundo lugar, os infratores comunicam ao público alguma expressão de seu remorso. Esta é a resposta comunicativa deles à nossa declaração de desaprovação. Os teóricos comunicativos argumentam que a punição não é apenas nossa expressão de desaprovação, mas um diálogo comunicativo entre o público e o ofensor. Comunicamos nossa desaprovação; francamente, eles comunicam seu remorso. [...] A punição comunicativa visa a reforma dos infratores. (BROOKS, 2012, pp.103-104)²⁷.

Fica claro que essa posição expressivista não apenas assegura que a desaprovação social seja expressa por meio da punição, mas também garante que aquele que sofre a punição responda a essa expressão, por intermédio de seu arrependimento ou remorso.

Um dos principais representantes da posição expressivista, Joel Feinberg, argumenta que a justificação da punição só pode se dar por este caráter expressivo da desaprovação social. O filósofo chama a atenção para uma distinção entre penalidade e punição, onde a primeira, normalmente, possui um caráter administrativo e a segunda faz uma denúncia de descumprimento

²⁷ No texto original: "This approach argues that expression is communicated in two directions in a call and response. First, we express our public disapproval to offenders through punishment. This is our declaratory call where our denunciation is expressed. Second, offenders then communicate to the public some expression of their remorse. This is their communicative response to our declaration of disapproval. Communicative theorists argue that punishment is not merely our expression of disapproval, but a communicative dialogue between the public and offender. We communicate our disapproval; offenders communicate their remorse. [...] Communicative punishment aims at the reformation of offenders" (BROOKS, 2012, pp. 103-104).

moral/legal que é desaprovado pela sociedade (FEINBERG, 1970, pp. 96-97). Se imaginarmos que alguém seja multado por ficar tempo demais parado em uma vaga pública de estacionamento, ou por acelerar acima do limite de velocidade em uma autoestrada completamente sem movimento, essa multa não proíbe que a ação seja praticada. No máximo mostra um esforço do Estado para moldar o comportamento dos agentes, mas não expressa necessariamente uma desaprovação pública. As punições, por outro lado, possuem atributos distintos. Além do dano que ela causa – as multas parecem causar algum dano, ao menos de forma restritiva – é necessário que também expresse a desaprovação da sociedade, o ressentimento que essa nutre pelo malfeitor. Para Feinberg:

Na melhor das hipóteses, em países civilizados e democráticos, a punição certamente expressa a forte desaprovação da comunidade ao que o criminoso fez. De fato, pode-se dizer que a punição expressa o julgamento (diferente de qualquer emoção) da comunidade de que o que o criminoso fez foi errado. Acho justo dizer de nossa comunidade, entretanto, que a punição geralmente expressa mais do que julgamentos de desaprovação; é também uma forma simbólica de se vingar do criminoso, de expressar uma espécie de ressentimento vingativo (FEINBERG, 1970, p.100)²⁸.

Ante ao exposto, as punições devem ter um atributo simbólico de comunicar o erro e a reprovação da sociedade, por um lado, mas, por outro, tem a função de trazer algum nível de sofrimento. É como se, mediante o Estado, a comunidade obtivesse uma “espécie” de vingança. Há um sentimento de insuficiência caso não ocorra o sofrimento em algum nível; a sociedade não se sente representada de forma suficiente. Se imaginarmos casos em que, suponha, um criminoso não seja punido ou o seja de modo demasiado brando, o Estado pode ser tomado como ‘cúmplice da ação’, pois ele não a reprova, ou ao menos não da forma que deveria. Isso nos aproxima da famosa passagem de Kant, onde o filósofo prussiano defende que em caso de dissolução de uma sociedade os membros teriam o dever de executar o último assassino (KANT, 2011, p. 213). Esse trecho, de certo modo, é convergente com a posição expressivista, tendo em mente que o dever de executar o último assassino estaria posto pelo fato de a sociedade, mesmo dissolvida, não ser conivente com o ato de assassinar.

²⁸ No texto original: “At its best, in civilized and democratic countries, punishment surely expresses the community's strong disapproval of what the criminal did. Indeed, it can be said that punishment expresses the judgment (as distinct from any emotion) of the community that what the criminal did was wrong. I think it is fair to say of our community, however, that punishment generally expresses more than judgments of disapproval; it is also a symbolic way of getting back at the criminal, of expressing a kind of vindictive resentment” (FEINBERG, 1970, p.100).

Acredito estar claro que a punição possui, para o modelo expressivista como o proposto por Feinberg, duas funções basilares, a saber, expressar a reprovação social do ato errado praticado e 'vingar' a sociedade como um todo. Caso se abstenha, o sistema penal de uma dessas funções da punição, entendo, traria desconforto e insegurança para a comunidade, sendo que o Estado demonstraria não desaprovar as ações em questão e, em determinados casos, ser conivente com essas ações. Feinberg (1970, pp. 101-102) propõe imaginar um caso em que um avião pertencente a nação A, abate, sem motivos aparentes, um avião da nação B. É evidente que a nação B irá cobrar providências da nação A, pois espera que a nação em questão não seja compactuante com o ato praticado pelo piloto. Nas palavras de Feinberg:

Punir o piloto é uma forma enfática, dramática e bem compreendida de condenar e, assim, repudiar seu ato. Diz ao mundo que o piloto não tinha o direito de fazer o que fez, que ele estava sozinho ao fazê-lo, que seu governo não tolera esse tipo de coisa. Assim, atesta o reconhecimento do governo A dos direitos violados do governo B na área afetada e, portanto, a ilicitude do ato do piloto. A falha em punir o piloto diz ao mundo que o governo A não o considera pessoalmente culpado. Isso, por sua vez, é reivindicar a responsabilidade pelo ato, que na verdade rotula o ato como um "instrumento de política nacional deliberada" e, portanto, um ato de guerra. Nesse caso, hostilidades formais ou humilhante perda de prestígio de um lado ou de outro quase certamente se seguirão. Nada desse cenário faz sentido sem o simbolismo reprovativo da punição claramente entendido (FEINBERG, 1970, pp. 101-102)²⁹.

O exposto evidencia o que significa a função expressiva da punição. Punir um agente transgressor não apenas expressa a desaprovação social do ato, como também exprime o reconhecimento dos direitos violados, direitos esses que são caros para a sociedade. O contrário é igualmente verdadeiro, quero dizer, não punir uma ação realizada expressa a concordância da sociedade com tal ação e que esta não reconhece violação de direitos no ato.

²⁹ No texto original: "Punishing the pilot is an emphatic, dramatic, and well-understood way of condemning and thereby disavowing his act. It tells the world that the pilot had no right to do what he did, that he was on his own in doing it, that his government does not condone that sort of thing. It testifies thereby to government A's recognition of the violated rights of government B in the affected area and, therefore, to the wrongfulness of the pilot's act. Failure to punish the pilot tells the world that government A does not consider him to have been personally at fault. That in turn is to claim responsibility for the act, which in effect labels that act as an "instrument of deliberate national policy" and hence an act of war. In that case either formal hostilities or humiliating loss of face by one side or the other almost certainly will follow. None of this scenario makes any sense without the clearly understood reprobative symbolism of punishment" (FEINBERG, 1970, pp. 101-102).

É importante ressaltar que a justificação expressivista, embora possa se assemelhar em alguns momentos, é diferente substancialmente da justificação retributivista. Esse ponto se esclarece ao considerarmos que a quantidade de punição é definida de acordo com o grau de desaprovação social da ação e não com o quanto o agente merece ou com o quanto de dano ele causou. Podemos imaginar, com intuito ilustrativo, que um caso de assassinato incorre em maior censura social do que um caso de desacato, roubo ou estelionato. É nítido que desaprovamos muito mais o primeiro caso do que os demais, com isso, a sanção deve ser muito maior para o assassinato do que para o estelionato, por exemplo (BROOKS, 2012, p. 103). Outro ponto que julgo de extrema importância chamar a atenção consiste na ideia de que a punição expressa a desaprovação de crimes e não de pessoas; em outras palavras, o agente transgressor é punido não por ser merecedor, mas sim pelo fato de sua ação ser fruto de desaprovação social (BROOKS, 2012, p. 103). A ação praticada é fruto de desaprovação e não o agente que a pratica. E isso é importante quando pensamos no aspecto de reinserção social do transgressor.

4.2 O reabilitacionismo

Por outro lado, há a posição reabilitacionista, tomada por muitos, como uma das principais alternativas para a justificação da punição ao longo da década de 60 (BROOKS, 2012, p. 51). Pensadores reabilitacionistas defendem a punição como um aparato pedagógico individual, a pena deve ter escopo reformador. Dito de outro modo, a pena deve corrigir o caráter dos indivíduos e fazer com que desistam de cometerem crimes por vontade própria, por 'escolha'. A reabilitação visada pela pena só pode ser considerada bem-sucedida quando os criminosos passam a agir com observância à lei por escolha e não apenas pelo medo da punição estatal. Há uma mudança real de caráter.

Para que seja possível o sistema penal buscar a reabilitação do agente infrator, entendo, é necessário que Estado considere penas alternativas àquelas que causam sofrimento unicamente, dado a necessidade de englobar o aspecto pedagógico necessário. Alguns teóricos dessa vertente filosófica defendem, inclusive, penas puramente alternativas que descartem, por completo, o sofrimento daquele a quem se aplica a punição. É por considerar punições

alternativas para buscar a reformulação do caráter do agente que as posições reabilitacionistas perderam força, especialmente por parecer algo brando demais (BROOKS, 2012, pp.51-52), o que poderia gerar desconforto e até mesmo insegurança na sociedade como um todo.

A preocupação basilar das teses reabilitacionistas consiste em qual será o caminho dos criminosos que voltam a integrar o convívio social e como garantir que eles não se tornarão reincidentes. O escopo desse pensamento é sempre o futuro, abarcando uma concepção de bem-estar social e ressocialização do indivíduo. Isso se torna claro se considerarmos os motivos pelos quais devemos buscar a reabilitação do agente infrator. Tais motivos podem ser de matriz deontológica, ou seja, aqueles que apelam para a importância moral que todos os indivíduos possuem e reabilitá-los é algo justo; ou de matriz consequencialista, defendendo que ao reabilitar criminosos todos estaremos em uma situação de maior estabilidade, uma vez que a tendência é que haja a redução dos índices de criminalidade (BROOKS, 2012, pp.52-53). Com isso, penso, há no mínimo dois conceitos que embasam e permitem a reabilitação dos sujeitos transgressores, a saber o reconhecimento do erro e o arrependimento. Reconhecer o erro significa entender que ações praticadas são ilegais e desaprovadas e esse é o passo crucial para o arrependimento. Não há arrependimento se não se reconhece o erro, uma vez que não há remorso em que age ou acredita que agiu corretamente. Esses são os conceitos básicos para a reformulação moral do agente que a pena deve propiciar. A reabilitação requer uma mudança de mentalidade, assim, a reabilitação só pode ser considerada bem-sucedida quando faz com que os infratores deixem de cometer novos crimes. Para Brooks:

A reabilitação é alcançada quando os criminosos entendem o erro de suas ações passadas e optam por não mais praticar atividades criminosas. Parte dessa reabilitação incluirá a presença de algum arrependimento. É difícil conceber a reabilitação criminal sem incluir alguma medida de arrependimento. Isso ocorre porque um criminoso que continuou a aprovar sua atividade criminosa passada não pode ser considerado reabilitado para ver o erro de seus atos. Um criminoso deve se arrepender de seu crime para conseguir a reabilitação: a reabilitação requer uma mudança de mentalidade, uma mudança de coração (BROOKS, 2012, p.52)³⁰.

³⁰ No texto original: "Reformation is achieved where criminals understand the wrongness of their past actions and choose against further criminal activity. Part of this reformation will include some acknowledgement of regret. It is difficult to conceive criminal reformation without including some measure of regret. This is because a criminal who continued to approve of his past criminal activity

A reabilitação do infrator/criminoso só é possível com a presença do remorso ou arrependimento, dado que o sucesso da reabilitação pode ser avaliado somente mediante a real intenção do agente não mais cometer crimes. Se abster de cometer crimes por escolha própria. Para haver essa mudança de caráter é necessário o reconhecimento do erro que é a condição de possibilidade do arrependimento.

Para que o reconhecimento do erro, o arrependimento, e a reabilitação propriamente dita possam ser propiciados é necessário que ao pensar a pena se considere não apenas o crime, mas também as causas que os suscitam (BROOKS, 2012, p. 53), visando adequar a punição a cada crime em específico. Um crime que é, *exemple gratia*, suscitado/relacionado a drogas ou álcool, comumente o agente transgressor seria encaminhado a terapias cognitivas comportamentais, terapias recreativas ou mesmo a grupos de apoio (BROOKS, 2012, p. 54). Entender as influências que suscitam a ação pode ser fator determinante para a pena a ser aplicada.

A busca pela reabilitação abre uma ampla gama de penas alternativas que, além daquelas que acarretam terapias, proporcionam o aprimoramento educacional e, também as que organizam esquemas de tutorias, buscando suavizar o retorno do infrator à sociedade. Isso nos permite pensar em modelos de educação aplicados ao sistema carcerário que forneçam condições suficientes para que o agente desenvolva suas habilidades técnicas para retornar ao mercado de trabalho. Podemos ainda considerar serviços comunitários etc. Os modelos de tutoria, por sua vez, tendem a suavizar o retorno do criminoso para a sociedade dentro daquilo que é necessário a cada caso. A respeito dos tipos de penas propostos pelos reabilitacionismo, Brooks pondera que:

As abordagens de reabilitação são frequentemente usadas em combinação. Muitos criminosos compartilham um perfil amplamente semelhante, consistindo em falta de educação, desemprego, dificuldades financeiras e dívidas, abuso de drogas e álcool, problemas de saúde mental, falta de moradia adequada, habilidades de vida precárias e redes familiares fracas. Essas dificuldades não desaparecem sozinhas e a punição pode exacerbar a triste situação de um ofensor. A prisão pode servir como um desastre pessoal ao garantir que as habilidades e perspectivas de vida de um delinquente fiquem ainda mais para trás. Os problemas que os infratores enfrentam nem sempre são isolados e

cannot be said to have become reformed into seeing the error of his ways. A criminal must regret her crime in order to achieve rehabilitation: rehabilitation requires a changed mindset, a new change of heart” (BROOKS, 2012, p.52).

podem ser tratados em conjunto, como desemprego e dificuldades financeiras. Os proponentes da reabilitação parecem estar certos de que a punição deve ser sensível ao fato de que pode contribuir para a reincidência de um ofensor se não abordarmos causas contributivas específicas. (BROOKS, 2012, p. 55)³¹.

O modelo reabilitacionista, sobretudo, defende que as punições devem considerar as circunstâncias que levam ao crime. Englobar as questões sociais e reconhecer essas influências sobre o agente é parte crucial desse modelo. As penas alternativas propostas por esses teóricos buscam tratar, ou amenizar, esses problemas. Entendo que o objetivo é proporcionar condições para que o infrator busque melhorar sua qualidade de vida após o seu retorno à sociedade, além, claro, de renunciar o cometimento de novos crimes.

Esses modelos alternativos são alvos de críticas que contribuíram para a recessão dos modelos reabilitacionistas, dado que essas penas, *prima facie*, são brandas demais se comparado ao que se pode pensar como pena em outros modelos de justificação da punição. Os teóricos reabilitacionistas argumentam que as teorias punitivas são formas de responder aos crimes existentes nas sociedades e a reabilitação é uma delas, tanto que, assim como em qualquer outra teoria, há a restrição da liberdade do agente transgressor (BROOKS, 2012, p. 56). A grande diferença da teoria reabilitacionista para as demais está centrada na ideia de que os comportamentos dos agentes devem ser moldados por meio da reeducação moral e não mediante ao medo do sofrimento.

Essa proposta de reeducação moral do agente tem como sua principal representante a filósofa americana Jean Elizabeth Hampton. A filósofa parece concordar de forma parcial com as justificações da punição de cunho consequencialista, ao dizer que o Estado tem o objetivo de garantir a paz pública prevenindo futuros crimes mediante suas práticas penais. Defende que as leis de uma sociedade são tomadas como parâmetros para regular comportamentos aos

³¹ No texto original: "Rehabilitation approaches are often used in combination. Many criminals share a broadly similar profile consisting of a lack of education, unemployment, financial hardship and debt, drug and alcohol abuse, mental health problems, a lack of adequate housing, poor life skills, and weak family networks. These difficulties will not go away on their own and punishment may exacerbate an offender's sorry plight. Imprisonment may serve as a personal disaster in ensuring that an offender's skills and life prospects fall further behind others. The problems that offenders face are not always isolated and may be treated in tandem, such as unemployment and financial hardship. Rehabilitation proponents seem to get right that punishment must be sensitive to the fact that it may contribute to an offender's reoffending if we fail to address specific contributory causes. Our failure to rehabili offenders through punishment may lead to further reoffending. Is this a price worth paying?" (BROOKS, 2012, p. 55).

padrões desejados e gerenciar os conflitos que possam existir. Para que essa função da lei seja amplamente atendida é, entendo, necessária que haja uma ameaça, uma punição.

Nessa percepção do consequencialismo, a ameaça apresentada pelo código penal tem um papel dissuasivo, ou seja, fazer com que as pessoas se abstenham de cometer as ações que são tomadas como ilícitas para evitar a dor que as sanções podem causar. Estabelecer punições para determinadas ações implica que essas ações não são opções exequíveis para os agentes da sociedade. Contudo, para Hampton, não há nada de moral nesse papel das ameaças ou das punições e há, sim, apenas respostas à estímulos; evitar a dor. A pensadora ainda nos propõe imaginar um cercado de animais onde, ao tentar escapar, são eletrocutados pela cerca. Eles vão entender que não podem passar daquele limite (HAMPTON, 1984, pp. 211-212). Não há moralidade nisso, e assim também é com o ser humano que é dissuadido apenas pelo medo da punição. Para Hampton:

[...] se quiséssemos evitar o delito apenas desencorajando sua prática, estaríamos tratando os seres humanos da mesma maneira que tratamos os cães. Considere o tipo de lição que um animal aprende quando, em um esforço para deixar o pasto, se depara com uma cerca eletrificada. Ele experimenta a dor e é condicionado, após uma série de encontros com a cerca, a se afastar dela e assim permanecer no pasto. Um ser humano no mesmo pasto receberá a mesma mensagem e aprenderá a mesma lição - "se você quer evitar a dor, não tente transgredir o limite marcado por esta cerca". Mas, diferentemente do animal no pasto, o ser humano também poderá refletir sobre os motivos da existência daquela cerca, teorizar sobre o porquê dessa barreira à sua liberdade (HAMPTON, 1984, pp. 211-212)³².

Parece que buscar a dissuasão de crimes mediante o medo imposto pela punição é limitar a capacidade humana da reflexão e ignorar os aspectos morais. É evidente a diferença entre os animais e os seres humanos. Os animais evitam a cerca por medo do choque elétrico, mas os seres humanos podem se questionar sobre o motivo pelo qual é dado o choque ou pelo qual há uma cerca delimitando

³² No texto original: "[...] if we aimed to prevent wrongdoing only by deterring its commission, we would be treating human beings in the same way that we treat dogs. Consider the kind of lesson an animal learns when, in an effort to leave a pasture, it runs up against an electrified fence. It experiences pain and is conditioned, after a series of encounters with the fence, to stay away from it and thus remain in the pasture. A human being in the same pasture will get the same message and learn the same lesson-"if you want to avoid pain, don't try to transgress the boundary marked by this fence." But, unlike the animal in the pasture, a human being will also be able to reflect on the reasons for that fence's being there, to theorize about why there is this barrier to his freedom" (HAMPTON, 1984, pp. 211-212).

o espaço, a liberdade etc. (HAMPTON, 1984, p.212). Apenas os humanos podem fazer a reflexão e esse é o aspecto moral que deve ser considerado pelas punições. Quero dizer que, a punição, mediante a dor, evidencia que há uma barreira para aquelas ações específicas. A dor, entretanto, que as punições causam ou ameaçam causar devem transmitir uma mensagem mais profunda, esclarecendo que essas ações são moralmente erradas e que isso é motivo suficiente para não as praticar.

Nesse ponto está a principal diferença da teoria da educação moral proposta por Hampton. O modelo consequencialista tradicional parece moldar o comportamento dos agentes para os padrões socialmente desejáveis exatamente como os pastores fazem com o rebanho, como um animal que reage apenas a dor. Isso ocorre ao tomar os seres humanos unicamente como seres sencientes, movidos apenas pelo prazer e pela dor. A proposta da educação moral visa fazer com que o agente entenda que ações limitadas são moralmente erradas e que isso se torne motivo suficiente para que os agentes renunciem a praticar tais ações. Aqui a humanidade da pessoa é respeitada e sua capacidade reflexiva considerada. A punição deve evidenciar, assim como as cercas no exemplo dos animais no pasto, um limite para as ações permitidas, deve deixar claro que ações que ultrapassam esse limite são imorais e socialmente reprovadas. Essa capacidade 'educativa', ou função educativa da punição, é necessária para o agente transgressor e, também, para a sociedade como um todo. É necessário que aqueles capazes de refletir e pesar razões para ações sejam dissuadidos não por medo da dor, mas por saber que aquelas ações são moralmente erradas. Nas palavras de Hampton:

Assim, de acordo com a teoria da educação moral, a punição não é uma forma de condicionar um ser humano a fazer o que a Sociedade quer que ele faça (da mesma forma que um animal é condicionado por uma cerca eletrificada a ficar dentro de um pasto); em vez disso, a teoria sustenta que a punição é uma forma de ensinar ao transgressor que a ação que ele fez (ou quer fazer) é proibida porque é moralmente errada e não deve ser feita por esse motivo. A teoria também considera essa lição como pública e, portanto, direcionada ao resto da sociedade. Quando o Estado divulga seu direito penal e suas práticas de aplicação, ele transmite uma mensagem educativa não apenas ao criminoso condenado, mas também a qualquer outra pessoa na sociedade que possa ser tentada a fazer o que ele fez (HAMPTON, 1984, p.212)³³.

³³ No texto original: "Thus, according to the moral education theory, punishment is not intended as a way of conditioning a human being to do what Society wants her to do (in the way that an animal

Mesmo que de modo diferente, os anseios consequencialistas são alcançados na teoria reabilitacionista ou teoria da educação moral. Ao contrário do que se pode, talvez, pensar inicialmente, a educação moral não pensa unicamente no agente transgressor, mas na sociedade como um todo. A punição deve recuperar o criminoso e mostrar a ele os limites para suas ações, contudo, esses limites também devem ficar evidentes para a todos os membros da comunidade.

Para essa posição, o Estado não busca causar dor como fim último, mas sim objetiva a educação de seus cidadãos. A punição passa a ser entendida como uma forma de auxiliar o agente transgressor a obter conhecimento moral para reconhecer o erro, para poder se arrepender e para entender a imoralidade contida no ato praticado. A punição precisa proporcionar essa mudança interna, pois aqui o indivíduo não é tomado como meio para a obtenção de um fim; a reforma ocorre dentro dele e ele a leva adiante.

4.3 Smith e a justificação híbrida da punição

De posse de uma melhor compreensão das posições expressivista e reabilitacionista, vejamos agora como a concepção de punição de Smith parece ter semelhança com essas concepções. Como exposto anteriormente, o legislador tem a função de garantir a estabilidade e o desenvolvimento social recompensando e punindo aqueles que merecem. Para isso, toma por base, ao legislar, os valores intersubjetivamente compartilhados. A aplicação da merecida recompensa ou da merecida punição depende da empatia do espectador imparcial frente aos atos praticados. A punição é merecida quando o ressentimento sentido pela vítima de uma ação danosa é plenamente aprovado e acolhido pela empatia do espectador imparcial (SMITH, 2015, pp. 84-86). Quero chamar atenção para esse ponto, pois, o sentimento de ressentimento é crucial para compreendermos o aspecto expressivista da proposta de Smith.

is conditioned by an electrified fence to stay within a pasture); rather, the theory maintains that punishment is intended as a way of teaching the wrongdoer that the action she did (or wants to do) is forbidden because it is morally wrong and should not be done for that reason. The theory also regards that lesson as public, and thus as directed to the rest of society. When the state makes its criminal law and its enforcement practices known, it conveys an educative message not only to the convicted criminal but also to anyone else in the society who might be tempted to do what she did" (HAMPTON, 1984, p.212).

A sociedade pensada pelo filósofo é um empreendimento cooperativo, onde todos são mutuamente exigidos, recompensados e censurados por suas ações. A gratidão e o ressentimento são os sentimentos basilares para a avaliação da licitude das ações, como vimos, a ação que causa o ressentimento é aquela desaprovada pelo espectador imparcial. No campo penal, a desaprovação da ação pelo espectador imparcial é expressa por meio da punição. Citando o caso em que um homem mata outro (assassinato, briga etc.), Smith diz que a natureza, antecipando as reflexões sobre a punição, marcou no coração humano a aprovação imediata e instintiva da “sagrada e necessária lei da retaliação” (SMITH, 2015, p. 86). Para além do aspecto retributivista dessa passagem, a saber, o conceito de retaliação, é possível extrair a noção expressivista.

Em outras palavras, o ressentimento denuncia o ato incorreto e o habilita como objeto digno de punição. A punição expressa a desaprovação social do ato praticado. Violar a justiça, praticar um mal a alguém, “[...] constitui ofensa, pois assim se fere real e claramente algumas pessoas determinadas, por motivos naturalmente desaprovados. É, portanto, objeto apropriado de ressentimento e punição [...]” (SMITH, 2015, pp. 98-99). O ressentimento parece exigir que a punição seja a retaliação do mal causado, contudo, novamente, a retaliação tem um papel secundário, dado que o ressentimento, antes de exigir o sofrimento do agente infrator, exige que ele saiba que tal sofrimento é decorrente de sua ação passada. Nas palavras do autor:

“Ao contrário, o propósito mais almejado pelo ressentimento não é tanto fazer que nosso inimigo, por sua vez, também sinta dor, mas fazê-lo saber que a sente por causa de sua conduta passada, fazê-lo arrepender-se dessa conduta e perceber que a pessoa a quem ofendeu não merece ser tratada daquela maneira” (SMITH, 2015, p.119).

Dessa forma, o aspecto retributivista da pena é fato, como exposto e defendido anteriormente, mas é igualmente evidente que o aspecto expressivista existe e se apresenta como fator primordial para a justificação da punição, sobretudo ao se tratar da pena propriamente dita (J3), isto é, ao se tratar da quantidade da penalidade e o seu tipo.

É crucial que a pena, antes de qualquer outra coisa, seja capaz de evidenciar ao indivíduo o seu erro, de comunicar que a sociedade, como um todo, desaprova sua ação. A desaprovação social de sua ação deve estar nítida. Isso, entendo, é condição de possibilidade para que os demais objetivos da pena sejam

saciados³⁴. Smith diz que “[...] fazê-lo perceber o que nos deve e o mal que nos fez, é frequentemente a principal finalidade a que se propõe nossa vingança, a qual é sempre imperfeita quando isso não sucede” (SMITH, 2015, p. 120). Com isso, penso que se o agente, que é objeto da punição, não reconhece o erro que cometeu, se por algum motivo para ele não está claro a desaprovação social de sua ação, qualquer sofrimento e/ou dano que for imputado a ele será completamente irrelevante. Nas palavras de Smith:

Porém, se não fosse culpado meramente de uma dessas inconveniências que constituem objeto de simples desaprovação, mas de um desses crimes enormes, que suscitam horror e ressentimento, enquanto lhe restasse alguma sensibilidade, jamais pensaria em seus atos, sem sentir toda a agonia do horror e do remorso; e, embora estivesse seguro de que nenhum homem jamais viria a saber de nada, e até pudesse acreditar que não existe Deus para se vingar sobre ele, ainda assim, o que experimentaria desses dois sentimentos bastaria para amargurar toda sua vida. (SMITH, 2015, p.148).

O horror e o remorso são sentimentos humanos suscitados pela desaprovação merecida da ação, uma vez que o ser humano naturalmente teme ser objeto próprio e aprovado do ódio, bem como teme ser alguém odioso. (SMITH, 2015, p.143) Essa desaprovação da ação deve ser expressa pela punição. Continua Smith:

Ademais, considerar-se-ia objeto natural de ódio e indignação de todos os seus semelhantes e, se seu coração já não estivesse calejado pelo hábito de cometer crimes, não poderia conceber sem terror e perplexidade até mesmo a maneira como os outros o olhariam, a expressão de seus rostos e olhos, se a terrível verdade um dia viesse a ser conhecida. Essas agonias naturais de uma consciência atemorizada são os demônios, as fúrias vingativas que assombram os culpados nesta vida, que não lhes permitem nem calma nem repouso, que frequentemente os levam ao desses pero e loucura, de que nenhuma certeza de sigilo os protege [...] (SMITH, 2015, p.148).

Assim, estaria posto o estopim para o arrependimento, visto que não apenas é dolorosa a punição, como também é horroroso o peso da vergonha de não ter

³⁴ Para ilustrar a situação, gostaria de fazer alusão a um trecho do filme intitulado como “The Shawshank Redemption”, em português “Um sonho de liberdade”, onde uma das personagens pergunta a outra o motivo de estar ali, na prisão. A resposta foi a de que todos ali eram inocentes. Para mais detalhes, ver: *The shawshank redemption*. Direção: Frank Darabont. Produção de Niki Marvin. Estados Unidos da América: Warner Bros, 1994, (80-90 min). Embora no filme a passagem tenha conotação cômica, nos permite refletir sobre o sistema penal e, mais especificamente, sobre as penas praticadas. Se o agente que é objeto de punição se considera, se reconhece como inocente, a crítica feita ao modelo consequencialista de punição parece ter a mesma validade. Quero dizer que a pena será nula, pois, como é que se corrige aquilo ou aquele que não está errado?

tratado o outro, ou os outros, da forma devida e de ser objeto digno e apropriado da desaprovação social, do ódio coletivo.

O indivíduo que é objeto da desaprovação social, portanto objeto digno do ódio coletivo expresso pela punição, sente horror e remorso por isso. Dado o temor natural do ser humano de ser objeto de ódio, conviver com esses sentimentos é algo terrível que faz com que o agente, com vistas a expiar o horror e o remorso que sente, aceita e entrega-se de bom grado à repreensão e ao castigo (SMITH, 2015, p.149). Entendo, porém, que os sentimentos de horror e remorso só podem ser suscitados se a punição cumprir seu papel expressivo, ou seja, for capaz de expressar a desaprovação social do ato praticado, uma vez que não seria possível o indivíduo sentir remorso por algo que fez, mas não reconhece como errado, ou entende que a sociedade – que é seu espelho moral – não desaprova o ato em questão. Se a punição não for capaz de expressar a desaprovação social, parece que sua aplicação não teria razão de ser.

O aspecto expressivista da pena é transcendental a todos os outros, e comporta a condição natural do ser humano à sociabilidade, uma vez que reconhece a necessidade de o agente transgressor, após a pena, voltar a integrar a sociedade. É impossível que alguém consiga viver fora de uma comunidade humana e para isso o legislador deve ter em mente algo que possibilite essa reinserção dos agentes e que propicie para a sociedade a confiança e segurança de que esses indivíduos não cometam novos crimes. Novamente o viés comunicativo da pena é evidenciado, haja visto que “o violador das mais sagradas leis da justiça jamais poderá refletir sobre os sentimentos que a humanidade deve nutrir por ele, sem sentir todas as agonias de vergonha, horror e consternação” (SMITH, 2015, p. 105), sentimentos que somente são possíveis se o erro é reconhecido pelo agente transgressor. Isso fica ainda mais claro se nos questionarmos sobre como alguém pode se arrepender de algo se acredita que agiu corretamente.

A função de expressar a desaprovação social que a pena possui dá conta de forma suficiente a essa questão e possibilita trazer luz às características reabilitacionistas presentes nessa proposta de justificação da punição. Saber que a sociedade desaprova a ação praticada vai possibilitar aos transgressores que reflitam sobre suas ações e, assim, sintam remorso ou arrependimento por terem desempenhado os atos ilícitos. Smith nos apresenta o remorso como:

[...] o mais terrível de todos os sentimentos que podem introduzir-se no peito humano. É composto de vergonha pelo senso de inconveniência da minha conduta passada; da dor, pelos efeitos dessa ação; de piedade, pelos que por causa dela sofrem; e de pavor, terror da punição, pela consciência do justo ressentimento de todas as criaturas racionais. (SMITH, 2015, pp. 105-106).

O sentimento do remorso está inteiramente condicionado ao reconhecimento da desaprovação e se apresenta como crucial para a reformulação do caráter do agente, que é um atributo puramente reabilitacionista. Desse modo, além de expressar a desaprovação social da ação, a pena também objetiva reabilitar o agente transgressor para a vida em sociedade, em uma clara perspectiva de reintegração do ofensor à sociedade.

A função reabilitadora da punição abre margem para penas alternativas para além das tradicionais, além de auxiliar e complementar sua incumbência expressivista. Quando a pena desempenha plenamente seus objetivos, o agente reconhece o erro e se arrepende de tê-lo praticado, desistindo de cometer, por sua própria vontade, novos crimes. Após cumprir sentença, o agente é forçado, por sua condição natural de sociabilidade, a retornar para comunidade:

O horror da solidão empurra-o de volta para a sociedade, e retorna à presença dos homens, surpreso por se mostrar diante deles carregado de vergonha e transtornado pelo medo, para suplicar um pouco de proteção à autoridade dos mesmos juizes que, ele sabe, já o condenaram unanimemente (SMITH, 2015, p. 105).

Com medo de sofrer novamente sanções semelhantes e com vergonha por ter praticado dano aos outros, o agente tem seu caráter reformulado, considerando que renuncia a prática novos crimes por desejo próprio e pela ciência de que a sociedade desaprova essas ações.

Quero chamar a atenção para a sutileza com a qual Smith amarra os conceitos em sua proposta de justificação da punição. É notável que a pena possui atributos expressivistas, pois é necessário que a desaprovação social seja comunicada ao agente transgressor. Conforme exposto, esse ponto abre margem para conceitos reabilitacionistas, como a reformulação do caráter do agente para que ele possa voltar a viver em sociedade, dado que a sociabilidade, não esqueçamos, é uma condição natural do ser humano. Todo o processo penal parece levar a reabilitação do sujeito para evitar a reincidência e, também, mediante ao exemplo, prevenir futuros crimes.

Entretanto, há algo que deve ser considerado ao se tratar da reformulação do caráter, a saber, aquilo que permite que o arrependimento seja possível. Veja bem, ser objeto de dano pelo crime cometido, ter o exemplo de outro que fora punido e saber que a comunidade desaprova sua ação pode não ser suficiente para que o agente se arrependa e, tão pouco, para que seu caráter seja reformulado. O filósofo apresenta, então, um desejo natural do ser humano em ser amado e amável, ou seja, ser objeto apropriado do amor, bem como tem horror em ser odiado e odiável: “Tem horror não apenas à censura, mas ao que é digno de censura; ou, embora ninguém o censure, ser, contudo, objeto natural e apropriado de censura” (SMITH, 2015, p. 143). Com esse sentimento no peito ao sofrer a pena que comunica a desaprovação de sua ação, o agente reconhece seu erro e se abre, por meio do arrependimento ou remorso, para a reformulação de seu caráter. Esse efeito ou essa abertura, tende a ocorrer com aqueles que presenciam a aplicação das penas, identificando o agente punido como objeto aprovado de ódio.

Apresentado os aspectos expressivistas e reabilitacionistas, para além dos conceitos preventivistas e retributivistas, da proposta de justificação da punição de Adam Smith, entendo, como saciado por inteiro em J3. A justificação da punição pensada por Smith, para esclarecer, abarca uma série de aspectos das mais variadas teorias de justificação. Esses aspectos são, como já exposto, amarrados de maneira bastante cuidadosa. J1 é conseguido ao utilizar aspectos preventivistas, sabendo que o Estado está autorizado a punir visando a paz pública e a estabilidade social, podendo, também, recompensar ações aprovadas. Então, há uma instituição da punição pelo fato de ser necessário para a justiça um gestor da manutenção da estabilidade e do bem-estar social.

J2 por sua vez é atingido pelos conceitos retributivistas, como o mérito e a culpa. Punimos um agente por ele ser responsável, portanto, culpado da ação incorreta. Por fim, a quantidade e qualidade da pena, J3 se justifica mediante a conciliação entre conceitos de teorias distintas. Podemos, entendo, apontar o aspecto expressivista como primordial, antes de qualquer outra coisa, é função da pena expressar ao agente transgressor o descontentamento da sociedade frente a sua ação. O conceito retributivista de proporcionalidade é incluído com objetivo de assegurar que a punição sofrida pelo agente não seja injusta, mas proporcional ao ressentimento causado no espectador imparcial; retoma, creio, o

conceito de retaliação. É evocado, inclusive, atributos reabilitacionistas³⁵, como a necessidade de reformular o caráter do indivíduo que sofre a punição, bem como a reintegração deste à vida em sociedade. Além disso tudo, ainda é fundamental que a pena aplicada ao criminoso sirva como exemplo aos demais membros da sociedade, com o intuito de coibir e prevenir futuros crimes, seja pelo reconhecimento do erro cometido pelo outro, seja por horror a igual punição; esses são, claramente, conceitos consequencialistas.

Por fim, J3, a quantidade e qualidade da pena, para resumir, se justifica por cumprir suas funções de expressar a desaprovação pública, retaliar o dano cometido, reconhecendo o agente como culpado, reabilitar o indivíduo e, ainda, prevenir crimes futuros.

³⁵ É importante frisar que os termos reabilitacionismo e expressivismo vieram a ser utilizados para se referir a teorias de justificação da punição somente no século XX.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a investigação realizada nessa dissertação se conclui que a teoria de justificação da punição apresentada por Adam Smith não é inteiramente retributivista. Perceber a teoria do filósofo escocês como retributivista é limitá-la e, também, é uma percepção equivocada. Equívoco esse que é cometido por Haakonssen, por exemplo, que enquadra Smith como um retributivista, considerando apenas os conceitos de mérito, culpa, e proporcionalidade para justificar a punição. Esses conceitos são, sim, centrais para a teoria sentimentalista de Adam Smith, contudo, não são únicos. É possível perceber claramente conceitos das teorias preventivistas, expressivistas e reabilitacionistas.

A justificação da instituição da punição se dá mediante a eficácia do aparato punitivo estatal em assegurar a paz e a estabilidade social, conceitos que são preventivistas, indiscutivelmente. Para além disso, ao justificar quem deve ser punido, o filósofo considera o acaso, a sorte e permite que casos de negligência sejam punidos. Esses conceitos buscam um olhar a frente, um olhar para o que poderia ter acontecido. O olhar adiante, bem como a sorte/acaso, são elementos considerados por teorias preventivistas. Ainda, se considerarmos qual deve ser a qualidade da pena aplicada, percebemos claramente os aspectos reabilitacionistas, ao defender que a pena deve reformular o caráter do agente e, também, elementos expressivistas ao afirmar a função expressiva/comunicativa da punição.

Do modo como entendo a teoria de justificação prosta pelo filósofo escocês, não há margem para uma interpretação que o considere como puramente retributivista, tão pouco para considera-lo como anti-utilitarista.

Após analisar a teoria moral sentimentalista para auxiliar na compreensão da proposta de justificação da punição de Adam Smith, penso ser importante considerarmos alguns conceitos para o debate atual. O conceito de empatia, vinculado estritamente ao conceito de espectador imparcial postulam as bases das relações, uma vez que nos permitem avaliar as ações como aprovadas ou desaprovadas, corretas e incorretas. No cenário social a empatia e a concepção de observador imparcial são condições de possibilidade para uma moralidade

intersubjetiva, considerando valores que são caros para a comunidade como um todo.

A figura do espectador imparcial se destaca ainda mais, pois exige, como o nome sugere, a análise imparcial das situações, suspendendo todo e qualquer preconceito do indivíduo ou instituição julgadora. Assim também ocorre no campo político, quero dizer, no campo da justiça. Do modo como entendo a proposta moral de Adam Smith, os valores morais intersubjetivamente compartilhados integram, ao menos parcialmente, o código jurídico dessa sociedade, garantindo aqueles valores que lhes são basilares. Essa garantia dos valores básicos assegurados em código jurídico nos leva a outro conceito crucial na proposta de Smith, a saber, o conceito de justiça. É a justiça a garantidora da existência e da manutenção de uma sociedade estruturada e próspera, haja vista que a paz, a ordem pública e os direitos básicos dependem dela. As normas da justiça, quando violadas, incorrem em punição. Em outras palavras, o comportamento justo pode ser exigido pela força. Esses são pontos interessantes, pois a justiça como percebida pelo filósofo escocês é uma virtude negativa, ou seja, para o comportamento justo não é necessária ação, porém, para violá-la, sim. Para violar as normas da justiça é necessária uma ação e essa ação deve implicar em algum dano.

A concepção de justiça de Smith é um dos ganhos dessa proposta, dado que incorre em uma distinção entre esfera pública e privada. Para a esfera privada ficam questões da vida individual de cada cidadão e o modo como se comporta diante de si mesmo. Nessa esfera ficam as ações que são frutos da solidariedade, caridade, amizade, fidelidade etc. Essas ações não podem ser exigidas a força pelo Estado e não são objetos da justiça haja vista que nenhum dano decorre das ausências dessas ações. Para a esfera pública, porém, fica a virtude da justiça e o que é assegurado pelas normas jurídicas que abarcam os valores intersubjetivamente compartilhados e aprovados pelo sentimento de empatia do observador imparcial. O ganho ao qual me refiro consiste na limitação da interferência de uma esfera em outra; há uma redução do poder do Estado, ficando sob sua incumbência as questões da esfera pública. A limitação do poder estatal busca uma neutralidade ética do Estado e é marca das concepções liberais de justiça.

Com isso, Smith parece nos oportunizar uma teoria liberal da punição, pois respeita a liberdade dos agentes, os tomando como autônomos; entretanto, considera que o papel do Estado seja o de incentivar um comportamento virtuoso. Mas, como o agente só será punido quando transgredir as regras de justiça, a punição está restrita à esfera pública, não invadindo a esfera privada, o que parece promissor em um mundo caracterizado pelo pluralismo moral.

Entrando propriamente no campo da punição, a concepção de justiça defendida por Smith assegura que apenas ações que sejam contrárias a justiça é que podem incorrer em punição. É no campo da punição que estão os outros grandes ganhos da proposta smithiana que gostaria de destacar. O filósofo apresenta uma complexa teoria de justificação da punição, englobando aspectos retributivistas, consequencialistas, expressivistas e reabilitacionistas, como vimos, e resgatar a forma como essa conciliação é feita parece ser extremamente importante para o debate atual.

É um ganho, nitidamente, justificar a instituição da punição recorrendo a aspectos das justificações consequencialistas, dado que um Estado não pode subsistir sem a estabilidade social. Então o aparato estatal da punição busca garantir a subsistência do corpo coletivo, mantendo a estabilidade e a paz pública. Os aspectos da justificação da punição consequencialistas estariam restritos à instituição da punição apenas e, com isso não precisaríamos nos preocupar com as falhas que existem nas teorias consequencialistas ao justificar o ato particular punitivo e a quantidade de pena a ser aplicada. A restrição proposta por Smith é bastante vantajosa.

No que tange a justificação do ato particular punitivo, o filósofo recorre ao aspecto retributivista de merecimento e, também, ao aspecto consequencialista do olhar para o futuro. Ou seja, o agente que deve ser punido é aquele que é responsável pelo ato danoso praticado. Aqui, contudo, é importante fazer uma consideração importante, a saber, nem todo o ato passível de punição é aquele que causa dano, considerando aqueles atos que de certo modo são negligentes com a segurança, a vida e a propriedade de outros. Punir por merecimento evoca o aspecto do merecimento mediante a responsabilidade do agente pelo dano cometido, um aspecto retributivista, e punir alguém por sua negligência, para além do mérito, considera as possíveis consequências que poderiam resultar da ação, ou seja, um aspecto consequencialista. Ao conciliar as duas propostas de

justificação para justificar o ato particular punitivo se anula a insuficiência que existe nas duas teorias se aplicadas separadas.

A maior complexidade da proposta de Adam Smith consiste em justificar a quantidade da pena a ser aplicada. Entretanto, é nesse ponto também que estão os grandes ganhos dessa concepção de justificação da punição, ainda mais quando se tem claro a época em que o texto do filósofo foi escrito. Para justificar a quantidade e qualidade da pena a ser aplicada o filósofo recorre a inúmeros aspectos. (i) O aspecto retributivista de proporcionalidade, dado que a pena a ser aplicada deve ser proporcional ao demérito e ao ressentimento do espectador imparcial. (ii) O aspecto expressivista da punição se apresenta com a necessidade que a pena possui de exprimir que a sociedade reprova o ato praticado e, portanto, que o agente entenda que sua ação foi errada. Esse ponto, de certo modo, evoca (iii) o conceito reabilitacionista da punição, pois a pena deve propiciar o arrependimento do ofensor e, conseqüentemente, sua reabilitação. Por fim (iv) o aspecto consequencialista de que a pena deve evitar futuros crimes.

Trazer a proposta de justificação da punição de Adam Smith para o debate atual é imperativo, pois, dada a complexidade de sua teoria, sobretudo na questão da justificação da quantidade e qualidade da pena, abre margem para pensar uma série de penas alternativas e enriquece a reflexão de questões acerca da responsabilidade moral e de qual deve ser o tamanho do poder do Estado.

Se tratando das penas, ainda, a proposta do filósofo escocês pode embasar sistemas penais mais humanizados e que focam em uma redução efetiva da criminalidade, pensando a título de exemplo em sistemas de mediação e penas que considerem o contexto social, econômico e cultural dos agentes envolvidos. Permite, também, pensar em sistemas penais que praticam medidas de reeducação e qualificação pessoal/profissional, sistemas de tutorias etc.

Para além das medidas alternativas ou complementares que essa proposta de justificação da punição permite pensar, é importante ressaltar que conceitos como o merecimento, proporcionalidade, prevenção e expressão estão presentes e resolvem uma série de lacunas deixadas por algumas teorias contemporâneas. O mais importante é a percepção de que é totalmente possível conciliar todas essas teorias em uma proposta de justificação da punição que seja capaz de superar as lacunas que existem até o momento e, também, humanizar o

sistema penal, se preocupando com a reabilitação, reinserção e com a prevenção de novos crimes.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *A Política*. 15ª ed. São Paulo: Escala, 2000.

BENTHAM, Jeremy. *O Panóptico*. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

BIANCHI, Ana Maria; SANTOS, Antonio Tiago Loureiro Araújo dos. “Além do cânon: Mão invisível, Ordem Natural e Instituições”. *Estudos econômicos*, v. 37, nº 3. 2007, pp. 635-662.

BOONIN, David. *The problem of punishment*. New York: Cambridge University Press. 2008.

BROOKS, Thom. *Punishment*. Abingdon: Routledge, 2012.

CARRASCO, Maria A. “Reiterpretacion del espectador imparcial: Impersonalidad utilitarista o respeto a la dignidade”. *Crítica*, v. 46. nº. 137, 2014, pp 61-84.

CASANOVA, Carlos A. “La concepción de la justicia en la obra Teoría de los sentimientos morales, de Adam Smith”. *Revista chilena de derecho*, v. 34, nº 34. 2007, pp. 421.438.

CERQUEIRA, Hugo E. A. da Gama. “Adam Smith e o surgimento do discurso econômico”. *Revista de economia política*, v. 24, nº 3. 2004, pp. 433-453.

CERQUEIRA, Hugo E. A. da Gama. “Adam Smith e o seu contexto: O iluminismo escocês”. *Economia e sociedade*, v. 15, nº 1. 2006, pp. 1-28.

CERQUEIRA, Hugo E. A. da Gama. “Sobre a filosofia moral de Adam Smith”. *Síntese*, v. 35, nº 111. 2008, pp. 57-86.

COITINHO, Denis. “Adam Smith e a virtude da justiça”. *Veritas*, v.64, n.1, 2019, pp.1-36.

COITINHO, Denis Silveira. “Contrato, virtudes e o problema da punição”. *Dissertatio*. v. 43, 2016, pp 11-40.

FACHIN, Patrícia. “Uma resposta incompatibilista ao problema do determinismo e da responsabilidade moral”. *Kínesis*, V. 11, nº 28, 2019, pp. 242-262.

FEINBERG, Joel. *Doing and Deserving: essays in the Theory of Responsibility*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1970.

HAAKONSSSEN, Knud. “Introduction: The coherence of Smith’s thought”. In: *The Cambridge Companion to Adam Smith*. New York: Cambridge University Press. 2006, pp. 1-21.

HAAKONSSSEN, Knud. *The Science of a Legislator: The Natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

HAMPTON, Jean. The Moral Education Theory of Punishment. *Philosophy and Public Affairs*, Hanover, PA, v. 13, p. 208-238, 1984.

HART, H. L. A. “Positivism and the separation of law and morals”. *Harvard law review*. v. 71, nº 4, 1958, pp. 593-629.

HART, H. L. A. “Prolegomenon to the principles of punishment”. *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, v. 60, 1959-1960, pp 1-26.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 2. ed. São Paulo. Abril Cultural, 1979.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Petrópolis, RJ: Vozes; 2013.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Porto Alegre, L&PM, 2015.

MARIN, Solange Regina; SANTOS, Cezar Augusto. “A simpatia e o espectador imparcial na obra de Adam Smith: O ‘homem prudente’ como resultado dos hábitos e costumes sociais”. *Filosofia da economia*, v. 3, 2014, pp. 5-24.

NAGEL, Thomas. Moral Luck. In: STATMAN, Daniel. *Moral Luck*. Albany: State University of New York Press, 1993. p. 57-71.

NETO, Silvio Leite Guimarães. *Uma teoria da pena baseada na vítima: A busca da satisfação do indivíduo vitimado como finalidade da pena*. Lisboa, Universidade de Lisboa, 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018.

NOWELL-SMITH, Patrick Horace. "Freewill and moral responsibility". *Mind*, vol. 225, janeiro, 1948, p. 45-61.

PAGANELLI, Maria Pia. "The moralizing role of distance in Adam Smith: The theory of morals sentiments as possible praise of commerce". *History of political economy*, v. 42, nº 3. 2010, pp. 425-441.

RAWLS, John. "Two concepts of rules". *The Philosophical review*. v. 64, nº 1, 1955, pp 3-32.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. SP: Martins Fontes, 2000.

RIBEIRO, Flávio da Silva. "A compreensão da ordem social no iluminismo escocês". *Diálogos*. nº 3. 2009, pp. 77-95.

SCARIOT, Juliane. *A punição no sistema moral kantiano*. Caxias do Sul, Universidade de Caxias do Sul, 119 f, Dissertação (Mestrado em Filosofia). Programa de pós-graduação em filosofia. Faculdade de Filosofia, Universidade de Caixas do Sul, Caxias do Sul, 2013.

SCARIOT, Juliane. "Fundamentos éticos do direito de punir". In: *Manual de ética: questões de ética teórica e aplicada*. Petrópolis, RJ: Vozes; Caxias do Sul, RS. 2014, pp. 733-753.

SERRA, Francisco. "Adam Smith y la jurisprudencia". *Política y Sociedad*. v. 37 Universidad Complutense de Madrid, 2001, pp. 81-90.

SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais*. São Paulo, SP: Martins Fontes. 2ª ed. 2015.

SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Volume I and II. Edited by R. H. Campbell and A. S. Skinner; textual editor W. B.

Todd. The Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith, Vol. 2. Oxford: Oxford University Press, 1976.

SMITH, Adam. *Lectures on Jurisprudence*. Edited by R. L. Meek, D. D. Raphael, and P. G. Stein. The Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith, Vol. 5. Oxford: Oxford University Press, 1978.

SMITH, Adam. *The Theory of Moral Sentiments*. Edited by D. D. Raphael and A. L. Macfie. The Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith, Vol. 1. Oxford: Oxford University Press, 1976.

STALLEY, R. Adam Smith and the theory of punishment. *Journal of Scottish Philosophy*, vol. 10, n.1, 2012, pp. 69-89.

THE SHAWSHANK REDEMPTION. Direção: Frank Darabont. Produção de Niki Marvin. Estados Unidos da América: Warner Bros, 1994. (140 min.).