

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

RAZÕES DE PUNIR E AS LACUNAS NO RETRIBUTIVISMO

PAULO VINÍCIUS BORGES SANTOS

SÃO LEOPOLDO

2023

Paulo Vinícius Borges Santos

RAZÕES DE PUNIR E AS LACUNAS NO RETRIBUTIVISMO

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

Orientador: Professor Dr. Denis Coitinho

SÃO LEOPOLDO

2023

S237r Santos, Paulo Vinícius Borges.
Razões de punir e as lacunas no retributivismo / Paulo
Vinícius Borges Santos. – 2023.
130 f. : il. ; 30 cm.

Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos
Sinos, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, 2023.
“Orientador: Professor Dr. Denis Coitinho.”

1. Crime. 2. Punição. 3. Kant, Immanuel, 1724-1804.
4. Moore, Michael. 5. Kershnar, Stephen. 6. Boonin, David.
7. Hart, H. L. A. (Herbert Lionel Adolphus), 1907-1992.
I. Título.

CDU 1

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

Ao meu amado e saudoso pai,
Dedico este trabalho ao senhor, papai, meu herói.
Saudade eterna. Amor eterno.

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, meu grande herói, que sempre se faz presente em minha vida.

A minha mãe e aos meus avós, pelo amor e carinho.

Aos meus irmãos e sobrinhos, pela amizade.

Ao meu orientador, por sua amizade e sabedoria.

Aos colegas, professores e funcionários da Universidade do Vale do Rio Dos Sinos – UNISINOS, que sempre apoiaram este projeto.

Meus mais sinceros agradecimentos a todos vocês que sonharam comigo. Um sonho não se sonha sozinho.

RESUMO

Pretende-se analisar, nesta tese, as razões de punir sob o prisma do retributivismo, destacando suas características centrais e, sobretudo, as suas lacunas, como apontadas pelo utilitarismo (preventivismo), pelo retributivismo negativo e pelo restitutivo. Estudaremos, especialmente, o pensamento de Kant, Moore e Kershnar acerca da teoria da punição, como representantes do retributivismo e Bentham, Hart e Boonin, como representantes do utilitarismo, retributivismo negativo e restitutivo, respectivamente. Para tanto, observa-se o pensamento filosófico na conceituação da finalidade da punição e nas razões pelas quais se deve punir. Objetiva-se, com isso, examinar as teorias da pena com o intuito de encontrar respostas às questões: o que justifica a prática geral da punição? A quem pode a punição ser aplicada? Como nós podemos punir? Quais são as lacunas do retributivismo? A pesquisa é eminentemente bibliográfica, desenvolvida a partir da identificação, leitura, análise e interpretação dos escritos de consagrados estudiosos da teoria da punição. O utilitarismo projeta a função da pena para o futuro (*forward-looking*), objetivando a prevenção de novos delitos. Sob outra perspectiva, o retributivismo, ao enxergar a pena como consequência do delito, volta sua visão para o passado (*backward-looking*), apontando como seu fundamento o merecimento e o castigo do infrator. E o restitutivo, em que o Estado deve obrigar as pessoas que descumpriram a lei a compensarem suas vítimas pelo dano que elas erroneamente causaram. Defenderemos que tais teorias devem complementar o retributivismo, diante da complexidade do instituto da punição e, assim, a razão de punir deve se constituir num sistema misto e equilibrado, que abrange a retribuição ao infrator pelo mal cometido, a prevenção de novos delitos e a restituição pelo mal causado, levando-se em consideração o bem jurídico tutelado no caso em concreto.

Palavras-chave: Crime. Punição. Kant. Moore. Kershnar. Boonin. Hart.

ABSTRACT

It is intended to analyze, in this thesis, the reasons for punishing under the prism of retributivism, highlighting its central characteristics and, above all, its gaps, as pointed out by utilitarianism (preventivist), by negative retributivism and by restitutivism. We will study, especially, the thought of Kant, Moore and Kershnar about the theory of punishment, as representatives of retributivism and Bentham, Hart and Boonin, as representatives of utilitarianism, negative retributivism and restitutivism, respectively. To do so, observe the philosophical thinking in the conceptualization of the purpose of punishment and the reasons why it should be punished. The objective is, therefore, to examine the theories of punishment in order to find answers to the questions: what justifies the general practice of punishment? Who can be punished? How can we punish? What are the shortcomings of retributivism? The research is eminently bibliographical, developed from the identification, reading, analysis and interpretation of the writings of consecrated scholars of the theory of punishment. Utilitarianism projects the function of punishment into the future, aiming at preventing new crimes. From another perspective, retributivism, when seeing the penalty as a consequence of the crime, turns its vision to the past, pointing out as its foundation the merit and punishment of the offender. And restitutivism, in which the State must force people who break the law to compensate their victims for the damage they wrongly caused. We will argue that such theories should complement retributivism, given the complexity of the institute of punishment and, thus, the reason for punishing should be constituted in a mixed and balanced system, which includes retribution to the offender for the evil committed, the prevention of new crimes and the restitution for harm caused, taking into account the legal asset protected in the specific case.

Keywords: Crime. Punishment. Kant. Moore. Kershnar. Boonin. Hart.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 O CRIME E A PUNIÇÃO NO RETRIBUTIVISMO.....	13
2.1 Retributivismo: origem e conceito.....	13
2.2 O merecimento e a punição.....	15
2.3 A finalidade da pena.....	17
2.4 O retributivismo e as demais finalidades da pena.....	22
2.5 A reincidência, a colaboração premiada e a isenção de pena sob o prisma do retributivismo	23
2.6 O retributivismo de Kant.....	25
2.7 O princípio da proporcionalidade e a lei de Talião.....	31
2.8 O retributivismo contemporâneo.....	34
2.9 Considerações finais.....	41
3 O CRIME E A PUNIÇÃO NA TEORIA PREVENTIVA	43
3.1 Preventivismo: origem e conceito.....	43
3.2 O utilitarismo de Bentham.....	44
3.3 O panóptico.....	60
3.4 Considerações finais.....	63
4 O CRIME E A PUNIÇÃO NA TEORIA MISTA DE HART.....	71
4.1 Introdução ao pensamento de Hart acerca da punição.....	71
4.2 O conceito e o objetivo da punição.....	73
4.3 O objetivo geral justificador e os princípios da distribuição.....	75
4.4 As excludentes de criminalidade como princípio de justiça.....	77
4.5 A responsabilidade objetiva.....	86
4.6 O grau de severidade das penas.....	82
4.7 As críticas à teoria reformadora.....	87
4.8 A teoria retributiva na visão de Hart.....	90
4.9 A teoria mista de Hart.....	92
5 RESTITUTIVISMO.....	96
5.1 Teses centrais do restitutivismo.....	96

5.2	Objecção de danos às vítimas secundárias.....	97
5.3	Formas de compensação.....	102
5.4	Efeito do crime na objecção do Estado.....	103
5.5	Objecção de danos irreparáveis.....	105
5.6	Objecção em relação a crimes tentados.....	108
5.7	Objecção de perigo não prejudicial.....	109
5.8	Objecção do ofensor rico.....	110
5.9	Objecção do ofensor pobre.....	112
5.10	Objecção de dissuasão insuficiente.....	113
	CONCLUSÃO.....	117
	REFERÊNCIAS.....	122

1 INTRODUÇÃO

O grande questionamento deste trabalho reside no âmbito da finalidade da pena, ou ainda, na definição de quais são as razões necessárias para justificar que o Estado imponha um dano a determinados cidadãos. Tanto no campo filosófico quanto no campo do direito penal, discute-se qual seria o objetivo da punição, isto é, o que seria o certo a se fazer com a pessoa que age ilicitamente, transgredindo as regras estatais e quais as razões de fazê-lo. Este é o tema da presente tese: entender qual é a finalidade da punição e por que a sociedade inflige danos deliberados a seus cidadãos, excluindo-os do processo político e restringindo sua liberdade de ir e vir. E, mais especificamente, pretende-se investigar a pertinência da teoria retributivista, analisando suas características e, especialmente, suas lacunas.

A escolha deste tema não se justifica por sua polêmica, mas sim por sua suma importância e extrema atualidade. É imprescindível, para a vida em sociedade, que tenhamos uma análise esmerada da medida adequada da pena, para que a legislação penal e sua aplicabilidade estejam de acordo com seu fim.

Nucci destaca exatamente esse caráter polêmico da finalidade da pena:

Nada é mais controverso, no Direito Penal, do que o conceito e as finalidades da pena. Como expusemos acima, acreditamos na finalidade multifacetada da pena, sem que se possa excluir qualquer aspecto, desde a retribuição até os diversos prismas da prevenção (NUCCI, 2017, p. 358).

A dificuldade em se justificar a prática da punição reside na indivisibilidade entre dor e punição, pois nada atinge mais a liberdade, a segurança e a dignidade humana do que a imposição de pena, como bem ressaltou Anabela Miranda Rodrigues:

A pena é, sem dúvida, quer do ponto de vista moral quer social, a mais relevante das reações jurídicas. Trata-se do meio mais enérgico ao dispor do poder instituído para assegurar a convivência pacífica dos cidadãos em sociedade, mas é simultaneamente o que toca mais de perto a sua liberdade, segurança e dignidade. Exactamente (sic) aquele crédito e este peculiar significado explicam a razão pela qual a pena tem sido objeto de aprofundada investigação mesmo no domínio das reflexões filosóficas, quer quanto aos seus fundamentos, quer quanto aos fins que mediante ela se visam atingir (RODRIGUES, 1995, p. 152).

Diante do questionamento sobre quais motivos justificam a imposição de uma pena restritiva dos direitos fundamentais dos cidadãos, as escolas filosóficas buscam

construir uma linha de pensamento delimitando a finalidade da punição. Destacam-se entre elas não apenas o utilitarismo e o retributivismo, como também as teorias denominadas mistas, por mesclarem os fundamentos da prevenção utilitarista com os da retribuição, a exemplo da teoria de H. L. A. Hart, bem como a teoria da restituição.

Ferrajoli, citando Sêneca, esclarece os pontos de divergências entre estas teorias da pena:

A diferença entre justificações absolutas ou retributivistas e justificações relativas ou utilitaristas encontra-se expressa de forma límpida em um conhecido trecho de Sêneca: as justificações do primeiro tipo são *quia peccatum*, ou seja, dizem respeito ao passado; aquelas do segundo, ao contrário, são *ne peccetur*, ou seja, referem-se ao futuro. Enquanto para as primeiras a legitimidade externa da pena é apriorística, no sentido de que não é condicionada por finalidades extrapunitivas, para as segundas, diferentemente, referida legitimidade é condicionada pela sua adequação ou não ao fim perseguido, externo ao próprio direito, e, portanto, exigindo um balanceamento concreto entre os valores do fim que justifica o "quando" da pena e o custo do meio do qual se deve justificar o "como" (FERRAJOLI, 2002, p. 205).

Nucci destaca que o conceito de pena não se confunde com sua função e que a retribuição e a prevenção utilitarista são formas de legitimação da pena:

Ninguém pode negar que a pena é um mal que se impõe como consequência de um delito. A pena é, sem dúvida, um castigo. Aqui não valem eufemismos, e também a teoria preventiva deve começar a reconhecer o caráter de castigo da pena. Entretanto, uma coisa é o que seja a pena e outra, distinta, qual seja a sua função e o que legitima o seu exercício. Noutra aspecto, contrapõem-se as concepções retributiva e preventiva. Os retributivistas crêem que a pena serve à realização da Justiça e que se legitima suficientemente como exigência de pagar o mal com outro mal. Os prevencionistas estimam, noutra prisma, que o castigo da pena se impõe para evitar a delinquência na medida do possível e que somente está justificado o castigo quando resulta necessário para combater o delito. Retribuição e prevenção supõem, pois, duas formas distintas de legitimação da pena. Rechaço a legitimação que oferece a retribuição. Inclino-me pela prevenção (MIR PUIG, 2012, p. 41; NUCCI, 2017, p. 357-358).

Entendemos que a punição não pode ser aplicada sem um objetivo justificador, não sendo admissível punir simplesmente por punir. É primordial que haja um fundamento tanto na elaboração das leis penais como na aplicabilidade da punição. Esse fundamento ou objetivo intrínseco de se punir será detectado ao respondermos à indagação: o que se busca com a punição? Com isso em mente, o objetivo deste estudo é analisar a teoria da punição retributivista, com o fim de entender as razões pelas quais se deve punir, e identificar as lacunas desta teoria que se centra na culpa do agente. Desta forma, o trabalho foi dividido em quatro partes: na primeira, abordaremos a visão

retributivista acerca da punição, com destaque para a concepção clássica de Kant e para a concepção contemporânea de Moore e Kershnar; na segunda, abordaremos a teoria utilitarista de Bentham; na terceira, as teorias mistas, a exemplo da teoria de Hart; e na quarta, trataremos do restitutivismo, proposto por Boonin.

Importante fazer referência ainda nessa parte introdutória do trabalho sobre uma distinção relevante sobre a justificação da punição. Quanto à importância da justificação da punição, tanto na visão do juiz como do legislador, Rawls afirma que:

Pode-se dizer, então, que o juiz e o legislador estão em posições diferentes e olham em direções diferentes: um olha para o passado e o outro olha para o futuro. A justificativa do que o juiz faz, enquanto julga, soa como a visão retributiva; a justificativa do que o legislador (ideal) faz, enquanto legislador, soa como a visão utilitarista. Assim, ambas as visões têm um ponto (é assim que deve ser, já que pessoas inteligentes e sensíveis têm estado em ambos os lados do argumento); e a confusão inicial desaparece quando se vê que esses pontos de vista se aplicam a pessoas que ocupam cargos diferentes com deveres diferentes e se situam diferentemente no que diz respeito ao sistema de regras que compõe o direito penal (RAWLS, 1995, p. 6).

Alguns institutos jurídicos só devem ser aplicados quando a justificação da punição se baseia no retributivismo, já outros se aplicam harmoniosamente apenas ao utilitarismo. O legislador ao elaborar a lei penal precisa fazê-lo com o intuito de atingir a finalidade da punição. Um estado retributivista muito provavelmente consagrará, por exemplo, o perdão judicial, instituto jurídico previsto no § 5º do art. 121 do Código Penal Brasileiro, onde, nos homicídios culposos, o julgador tem a faculdade de não aplicar a pena se considerar que as consequências da infração atingiram tão gravemente o agente que a sanção penal se tornou desnecessária. Assim, o sofrimento causado pelas consequências do crime já constitui retribuição suficiente ao mal cometido. Imputar pena nesses casos seria, em verdade, uma dupla punição.

Essa forma de clemência do Estado é aplicável quando as consequências do crime por si só já penalizam o infrator, como no caso de uma mãe que mata o filho em acidente de trânsito. O julgador ao medir o sofrimento da perda do descendente somado ao sentimento de culpa que a acompanharão pelo restante da vida, concluirá, baseado na justificação da punição, se já é dor suficiente para retribuir o crime cometido, neste caso uma punição judicial iria tornar a pena desproporcionalmente grande.

Outro instituto jurídico que para sua aplicação depende da justificação da punição é a delação premiada. O pensamento retributivista baseado na necessidade de impor

sofrimento àqueles que ofendem a ordem moral, na culpa do agente e na proporcionalidade destoa do instituto da delação premiada, que nada mais é do que um acordo celebrado entre o Delegado ou Ministério Público e o réu ou investigado e seu defensor, segundo o qual, além de admitir sua culpa, o infrator beneficiará a justiça delatando outros envolvidos na atividade criminosa, em troca de uma diminuição da pena ou até mesmo do perdão judicial. Este instituto é compatível com a visão utilitarista da punição. Já o fato da colaboração premiada não considerar a culpa do infrator, retirando a punição ou reduzindo a pena fere o princípio da proporcionalidade consagrado pelo retributivismo. Assim, a compensação realizada pela delação premiada infringe o dever de punir, aplicando meios diversos da punição.

O convívio pacífico entre os seres humanos é um dos objetivos da sociedade, pois sua ausência anularia, em todo ou em parte, os grupos sociais, conservando apenas os mais fortes. Contudo, desde os primórdios da humanidade, o homem pratica ações que tumultuam a convivência social e violam tanto os ideais do Estado Democrático de Direito como os valores éticos, surgindo assim a necessidade de se punir. Dessa forma, o Estado passou a elaborar normas disciplinadoras da conduta humana para extinguir a vingança privada e manter a harmonia da vida em sociedade, estabelecendo punições para os casos de descumprimento legal. A sanção é, assim, o método no qual o Estado repreende todo aquele que descumprir suas regras.

Sabemos que a convivência social serena entre seus cidadãos é o objetivo, em tese, de qualquer sociedade. Ocorre que os conflitos sempre existiram e a história sempre destacou a existência dos mais variados crimes. A busca desta pacificação encontrou resposta na criminalização de condutas, impondo-se penas para quem as descumprir. A sanção passa a ser a forma do Estado repreender todo aquele que infringir suas normas. A penalidade, assim, deve possuir uma finalidade específica entre retribuir o mal cometido e evitar a prática de novos delitos. Além disso, cumpre destacar a função restitutiva da pena, trazida por Boonin, no sentido de trazer um sistema de restituição compulsória para a vítima, ou seja, o Estado deve obrigar as pessoas que descumpriram a lei a compensar suas vítimas pelo dano que elas erroneamente causaram. No caso, seria moralmente permitido para o Estado exigir a compensação da vítima, mas não seria moralmente permitido punir o ofensor.

Todo o processo punitivo, desde a elaboração da legislação até a execução da pena deve estar em consonância com a sua função. Assim, é imprescindível que tenhamos uma

análise correta da medida adequada da pena e da sua justificação. Uma análise escoreita da finalidade da pena do ponto de vista retributivista é o objetivo deste trabalho, com destaque para os limites deste modelo como apontados pelo preventivismo, retributivismo negativo e restitutivismo. O que justificaria o Estado impor um mal a cidadãos específicos, excluindo-os do processo político e restringindo seu patrimônio e a sua liberdade de ir e vir. Qual o objetivo da punição, ou mesmo, qual o certo a fazer com quem quebra uma regra estatal e o porquê fazê-lo. As tentativas de respostas a este questionamento unem duas importantes áreas do conhecimento: a filosofia e o direito penal.

Como muito bem salientou Denis Coitinho, a problemática da justificação da punição envolve a filosofia política e o direito:

A questão de como podemos justificar a instituição da punição e suas práticas punitivas é um dos problemas centrais da filosofia política e da filosofia do direito. Se olharmos a história da filosofia, veremos que os mais importantes filósofos, tais como Aristóteles, Kant, Hegel, Bentham e Mill, se preocuparam com esse problema, a saber, o de como é possível justificar uma instituição estatal, em fazendo uso do seu aparato legal para infligir sanções que causam dano intencional a uma parte significativa de seus cidadãos? A dificuldade da questão está em justificar o dano intencional, uma vez que causar dano intencional a alguém é algo errado, em situações normais. (COITINHO, 2017, p. 1).

O presente tema além de atual tem fundamental importância para a harmonia da vida em sociedade. Conhecer a finalidade da pena é indispensável para que a legislação e a sua aplicabilidade possam estar em consonância com o seu fim. Assim, a presente tese pretende encontrar respostas às seguintes questões: o que justifica a prática geral da punição? A quem pode a punição ser aplicada? Como nós podemos punir? E, em especial, quais são as lacunas do retributivismo?

2 O CRIME E A PUNIÇÃO NO RETRIBUTIVISMO

Neste capítulo analisaremos a fundo a teoria retributiva da pena, que justifica a punição pela livre escolha do agente em agir mal ou causar dano. Trata-se de um olhar para trás (*backward-looking*). A teoria retributivista entende que o criminoso merece a punição, mesmo que não se alcance nenhuma outra finalidade como a dissuasão ou a incapacidade. Veremos que o retributivismo aponta como fundamento para a punição o merecimento e o castigo do infrator.

2.1 O RETRIBUTIVISMO: ORIGEM E CONCEITO

Durante o absolutismo, a justiça e o poder eram centralizados nas mãos do monarca. Quem praticava um crime, agia, em verdade contra a pessoa do rei e do próprio Deus, e por isso merecia ser castigado, pagando o mal cometido.

Com o declínio do absolutismo e início do mercantilismo, modificou-se não apenas o conceito de Estado como o de pena. Segundo Jescheck (1981, p. 96): “a pena não podia ter senão as mesmas características e constituir um meio a mais para realizar o objetivo capitalista”.

O Estado liberal exige que a fundamentação da pena deixe de se basear em Deus, no soberano, na religião e no próprio Estado, e passe a ser entendida como:

[...] a retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena é fruto da necessidade de se restaurar a ordem jurídica interrompida. À expiação sucede a retribuição, a razão divina é substituída pela razão de Estado, a lei divina pela lei dos homens (RAMIREZ; MALARÉE, 1982, p. 120).

O nascimento da teoria retributiva inovou o Direito Penal, ao dar origem ao princípio da culpabilidade – *nullum crimen sine culpa*, ou melhor, a ninguém será imputado um delito ou receberá uma punição sem que sua ação criminosa seja reprovada em um tribunal. Em defesa do princípio da culpabilidade, Damásio de Jesus diz:

A pena só pode ser imposta a quem, agindo com dolo ou culpa, e merecendo juízo de reprovação, cometeu um fato típico e antijurídico. É um fenômeno individual: o juízo de reprovabilidade (culpabilidade), elaborado pelo juiz, recai sobre o sujeito imputável que, podendo agir de maneira diversa, tinha condições de alcançar o conhecimento da ilicitude do fato (potencial consciência da antijuridicidade). O juízo de culpabilidade, que serve de

fundamento e medida da pena, repudia a responsabilidade penal objetiva, aplicação de pena sem dolo, culpa e culpabilidade (JESUS, 2008, p.53).

Jorge de Figueiredo Dias ressalta que este importante princípio, essencial ao Direito Penal até os dias atuais, surgiu a partir da teoria retributiva:

E aqui reside justamente o mérito das doutrinas absolutas: qualquer que seja o seu valor ou desvalor como teorização dos fins das penas a concepção retributiva teve – histórica e materialmente – o mérito irrecusável de ter erigido o princípio da culpabilidade em princípio absoluto de toda a aplicação da pena e, desse modo, ter levantado um veto incondicional à aplicação de uma pena criminal que viole a eminente dignidade da pessoa humana (DIAS, 1999, p. 93).

A palavra “retribuição” vem do latim *re + tribuo*, que quer dizer “eu pago de volta”, ou seja, o infrator paga a dívida que tem com a sociedade em resposta ao benefício que obteve com o descumprimento da lei, visando recompor o estado anterior ao delito.

A teoria retributiva, como o próprio nome já diz, é aquela em que a punição é vista como uma retribuição ao criminoso pelo ilícito cometido. Não há outros objetivos a não ser o Estado causar um prejuízo ao infrator, devolvendo o mal justo pelo mal injustamente cometido. A pena transmite aos malfeitores o tratamento que eles merecem, evidenciando uma mensagem de admoestação ou censura proporcional à infração praticada pelo transgressor.

Alec Walen defende a necessidade de a teoria retributiva se conectar aos princípios morais:

[...] a justiça retributiva deve, em última análise, ser justificada em um contexto moral mais amplo que demonstre que ela é plausivelmente fundamentada em, ou pelo menos, conectada a outros princípios morais profundamente mantidos. Somente desse modo seu recurso intuitivo deve ser considerado, em equilíbrio recíproco, como moralmente saudável (WALEN, 2016).¹ (Tradução nossa).

Sobre a indispensabilidade da pena, Nucci destaca que “*a pena é uma necessidade social de sobrevivência, cuja imposição simboliza a retribuição pela prática do crime, objetivando-se a prevenção de outras infrações, seja pelo próprio condenado, seja por outras pessoas*” (NUCCI, 2017, p. 358).

¹ [...] retributive justice must ultimately be justified in a larger moral context that shows that it is plausibly grounded in, or at least connected to, other, deeply held moral principles. Only in this way should its intuitive appeal be regarded, in reflective equilibrium, as morally sound (WALEN, 2016).

Paulo S. Xavier de Souza define pena como: “castigo, compensação, reação ou retribuição pelo delito, justificada por seu valor axiológico intrínseco; portanto, não é um meio, mas um dever ser metajurídico” (SOUZA, 2006, p. 70).

De forma similar, Bitencourt descreve o retributivismo como:

A característica essencial das teorias absolutas consiste em conceber a pena como um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado através do delito de modo que sua imposição estaria justificada, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado: *quia peccatum*. Por isso também são conhecidas como teorias retributivas (BITENCOURT, 2016, p. 133).

Já para Ferrajoli (2002), o retributivismo considera a pena um castigo, uma retribuição; essa teoria é possuidora de valor moral, constituindo-se um dever ser metajurídico com fundamento em si mesmo:

São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como "castigo", "reação", "reparação" ou, ainda, "retribuição" do crime, justificada por seu, intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento (FERRAJOLI, 2002, p. 204).

Para os retributivistas, a punição deve possuir alguns requisitos: tem que gerar sofrimento ou um bem ser retirado do infrator; a pena deve ser aplicada pela autoridade intencionalmente, sem cogitar qualquer outro fim; a punição deve ser imposta em consequência da prática de um crime; e, por fim, que o sofrimento imposto pela pena sirva também para reprovar ou repreender o infrator pela prática do crime.

2.2 O MERECIMENTO E A PUNIÇÃO

O merecimento do infrator em ser punido é a raiz do retributivismo. O merecimento retira o valor negativo do sofrimento, tornando-o algo valioso. Muitos retributivistas entendem que o sofrimento é um bom resultado porque é merecido, e que os infratores merecem não apenas sofrer, mas sofrer punição. Sofrimento aqui é uma imposição objetiva, e não subjetiva.

O filósofo Jeffrie Murphy (2007, p. 11) define como: “*retributivista todo aquele que reconhece a punição como merecimento do infrator; ou melhor, o retributivista seria a pessoa que acredita que a principal justificativa para punir um criminoso é que o criminoso merece a pena porque é culpado.*”

Embora Mitchell Berman seja adepto de uma teoria mista – ou, como ele próprio se define, “*eu acredito que a punição pode ser justificada, em princípio, por fortes justificativas diferentes*” (BERMAN, 2013, p. 83). Ele afirma, mesmo discordando, que o pensamento retributivista predominante é no sentido de que os infratores merecem sofrer (BERMAN, 2013, p. 87). De forma similar, Michael Moore (1997, p. 87) salienta que o retributivismo é a ideia de que a punição é justificada pelo merecimento do ofensor.

A teoria retributivista clássica entende que o criminoso merece a punição, mesmo que não se alcance nenhuma outra finalidade como a dissuasão ou a incapacidade. Porém, muitos filósofos e penalistas entendem que o merecimento sozinho não justifica o custo de uma punição. Custo aqui em sentido amplo, envolvendo, além do financeiro, o abuso de poder, os erros na condenação de inocentes e seus efeitos colaterais. Para Husak (2000), tais custos só se justificam quando a punição tem efeito benéfico na prevenção dos delitos. Nos casos em que os custos da punição ultrapassam os benefícios, a justificativa utilizada para punir é a retribuição ou o merecimento. A punição é entendida, assim, como uma valiosa ferramenta para alcançar o sofrimento merecido pelo infrator. Em contrapartida, muitos pensadores defendem que é uma barbaridade considerar que o sofrimento é bom, entendimento, por exemplo, de Victor Tadros (2011).

O professor de Direito Penal e Processo Penal Constitucional e doutor em Filosofia David Dolinko (1991) defende que não se deve confundir o merecimento da punição com o direito de executá-la. Ele exemplifica sua teoria, baseada no direito sucessório norte-americano, utilizando a figura de um pai com dois filhos, em que o primeiro é amoroso e o segundo um péssimo filho. Neste caso, o genitor deixa como herança quase tudo para o segundo filho. Assim, apesar de acreditarmos que o primogênito mereceria pelo menos metade da herança, não temos o direito de tomar a propriedade e a posse do segundo filho e entregar ao primeiro. Diante desse exemplo, ele esclarece que assim como o merecimento não justifica a violação de um direito, o merecimento sozinho também não justifica a punição.

Num mundo ideal, não haveria motivos para impor sofrimento, contudo as infrações são cometidas diariamente, e, para um retributivista clássico, imputar dor merecidamente é muito melhor do que não impor. Tal posicionamento parece relacionar-se com o pensamento de Rawls (1971), de que o direito tem que ser anterior ao bem para que os direitos fundamentais sejam consagrados. Assim, segundo a teoria mista de Rawls que abrange tanto o consequencialismo como o retributivismo, a justiça (justiça aqui

entendida como equidade) deve prevalecer na sociedade antes mesmo dos objetivos, uma vez que o direito e a justiça devem ser colocados antes do bem.

As teorias mistas, como as de Rawls e Hart, são consideradas retributivismo negativo, recebendo esta denominação por retirar do conceito retributivista a justificação da punição pelo sofrimento do ofensor, mantendo os elementos da culpa e da proporcionalidade, ou seja, só poderá ser punido aquele que for culpado pela infração e proporcionalmente à esta. Assim, os seus defensores não admitem nem a punição de um inocente nem a punição de um culpado mais severamente do que ele merece.

O retributivismo positivo explica o porquê punir, ou seja, a justificação da punição é punir o culpado porque ele merece sofrer, contudo o retributivismo negativo não se concentra na explicação do porquê punir, limitando-se a estabelecer que, independentemente da justificação da punição utilizada, não se deve punir um inocente, nem o culpado mais severamente do que o seu merecimento.

A finalidade da pena, contudo, não se exaure na pessoa do criminoso; o delito traz consequências também à vítima e à sociedade. O Estado deve oferecer à vítima uma satisfação ou um bem que tenha a capacidade de remir, ao menos em tese, o dano sofrido. A vítima anseia justiça, e nada poderia ser mais justo do que retribuir ao infrator o mal merecido. Injustiça, neste caso, seria não imputar aquilo que ele merece – ou melhor, não puni-lo quando ele é merecedor de punição. Nenhum outro bem poderia aliviar o sentimento de injustiça do que presenciar seu agressor recebendo a merecida punição. Dessa forma, a justificação da pena em relação à vítima do crime também é atingida pelo ideal da teoria retributiva.

2.3 A FINALIDADE DA PENA

Roxin determina que a finalidade da pena não é outra, senão a justiça: “a justificação de tal procedimento não se depreende, para esta teoria, de quaisquer fins a alcançar com a pena, mas apenas da realização de uma ideia: a justiça” (ROXIN, 2004, p. 16).

Para os retributivistas, ao punir, o Estado exerce o seu *jus puniendi*, demonstrando ao infrator que sua punição é apenas a consequência direta da sua escolha em infringir a lei e que se assim não tivesse agido, não sofreria as consequências da pena, tais como a sua prisão.

Para Paulo Queiroz, o mais importante no fundamento retributivista é o reconhecimento de que toda pena tem como pressuposto o delito. Assim, a pena é sempre uma consequência proporcional ao crime:

O principal mérito da fundamentação retributiva radica no fato de que a pena, independentemente dos fins a que se destine, deve ter sempre o delito como pressuposto, isto é, o crime conceitualmente é retribuição de um “mal” e há de ser sempre proporcionada ao comportamento delituoso praticado, razão pela qual se presta, assim, a coibir abusos por parte do Estado na sua graduação (QUEIROZ, 2005, p. 23).

Gilberto Ferreira enfatiza que a pena é consequência do crime, independentemente de possuir outra finalidade. Assim, “a pena é justa em si e sua aplicação se dá sem qualquer preocupação quanto a sua utilidade. Ocorrendo o crime, ocorrerá a pena, inexoravelmente. O importante é retribuir com o mal, o mal praticado (FERREIRA, 2000, p. 25).

A pena tem o fim de proteger a sociedade dos danos causados aos bens jurídicos importantes, só havendo a retribuição como razão para sua existência. Alguns doutrinadores defendem que a punição possui a peculiaridade da aflição, enquanto que para outros é um mero caminho para aquisição de certas vantagens, tanto para a sociedade como para o infrator.

Jescheck (1981) entende que o retributivismo se lastreia na ideia de que o Estado é o defensor da justiça, protegendo as liberdades individuais:

[...] no reconhecimento do Estado como guardião da justiça terrena e como conjunto de ideias morais: na fé, na capacidade do homem para se autodeterminar e na ideia de que a missão do Estado perante os cidadãos deve limitar-se à proteção da liberdade individual. Nas teorias absolutas coexistem, portanto, ideias liberais individualistas e idealistas (JESCHECK, 1981, p. 96).

Jescheck, segundo Bitencourt (2016), afirma que esta teoria não possui apenas um ângulo jurídico, mas também filosófico: “nesta proposição retribucionista da pena está subentendido um fundo filosófico, sobretudo de ordem ética, que transcende as fronteiras terrenas pretendendo aproximar-se do divino” (BITENCOURT, 2016, p. 135).

Comumente tem-se confundido o retributivismo com a vingança, porém esses dois institutos têm conceitos peculiares e distintos. A vingança, além de ser pessoal, envolve sentimento; já a retribuição não necessita da vontade da vítima no sofrimento do infrator, mas apenas a realização da justiça. Moore (1997) declara que mesmo que não haja na sociedade o desejo de vingança, ainda haverá motivo retributivista para punir o infrator.

George Fletcher, professor da Columbia Law School, também defende que a teoria retributiva não se resume à vingança, ao declarar, em seu livro *Rethinking Criminal Law*, que o retributivismo “[...] não deve ser identificado com vingança em nome próprio ou alheio ou vingança em nome próprio, assim como o amor não pode ser identificado com a luxúria” (FLETCHER, 2000, p. 417). A vingança é, porém, o sentimento responsável pela grande aceitação popular da teoria retributiva.

A ação que merece como resposta a punição é aquela em que há violação intencional do direito de terceiros. Acerca das ações passíveis de serem punidas, Alec Walen explica:

A dimensão da *mens rea* também importa para determinar se a conduta pode servir como uma base moralmente apropriada para punição (Feinberg 1990: 147-150). Como o nível de culpabilidade vai de intencional e conhecimento por imprudência à negligência, torna-se progressivamente mais difícil justificar uma resposta punitiva a qualquer violação de direitos [...] (WALEN, 2016).² (Tradução nossa).

O homem dispõe de livre arbítrio entre obedecer e desobedecer às leis, possuindo discernimento sobre seus atos. Desta forma, não seria apenas admissível senão imperativo que o Estado exigisse o cumprimento de suas normas. O autor da ação delitiva teve a faculdade de escolha entre cometer o crime ou não, lesar o bem jurídico ou não, e ao optar pelo caminho delitivo, o infrator deve receber como resposta estatal, a punição, não havendo qualquer outra finalidade da pena a não ser castigar. A teoria retributiva, assim, se concretiza pela aplicação de um mal justo previsto legalmente em retribuição a um mal injusto cometido pelo infrator.

Ao unir o discernimento ao livre arbítrio e à conduta delitiva, os retributivistas concluem que há requisitos suficientes para o imediato cumprimento da punição. O homem, possuidor de livre arbítrio, discerne qual atitude tomar, e uma vez escolhido e praticado um ato delitivo, ele merece ser punido.

Bitencourt (2016, p. 134) assevera que, para o retributivismo, a pena possui somente uma finalidade, que é fazer justiça, e seu fundamento está exatamente no livre-arbítrio:

² The dimension of *mens rea* also matters for determining whether conduct can serve as a morally appropriate basis for punishment (Feinberg 1990: 147–150). As the level of culpability goes from purpose and knowledge through recklessness to negligence, it becomes progressively harder to justify a punitive response to any given rights violation [...] (WALEN, 2016).

Segundo este esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a Justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto. Isto se entende quando lembramos da "substituição do divino pelo humano" operada nesse momento histórico, dando margem à implantação do positivismo legal (BITENCOURT, 2016, p. 134).

Muito se discute acerca da aplicabilidade da pena quando esta não atinge outra finalidade, diversa da retribuição. No tocante aos crimes mais graves, encontramos maior número de adeptos à imposição de punição, mesmo quando ela não produz qualquer efeito. Muitos defendem a punição até no caso hipotético de um estupro estar fisicamente incapacitado a estuprar novamente, não possuindo qualquer necessidade de dissuadi-lo ou incapacitá-lo à prática do estupro.

Outro exemplo utilizado pelos adeptos da teoria retributiva é a hipótese de um infrator estar se divertindo em uma ilha enquanto são difundidas filmagens suas pré-fabricadas mostrando seu sofrimento na prisão, alcançando a dissuasão geral, sem, contudo, fazer justiça. Assim, é imprescindível que a punição devolva o mal produzido pelo criminoso, ao usar seu livre-arbítrio na escolha de infringir a lei.

Ao optar pela prática criminosa, um infrator deve receber como recompensa o mal da punição, ou seja, *punitur quia peccatum est*, pune-se porque é pecado. A pena se torna um ente que independe de finalidade; sua existência se justifica por si mesmo, possuindo natureza imperativa, e não associada a qualquer fim.

Por possuir responsabilidade moral, o homem recebe, como retribuição à sua escolha de infringir à lei, a punição, que nada mais é do que a tentativa de endireitar um mal injusto com o mal justo, consagrando a ideia de igualdade, responsável pela aplicação da justiça. Trata-se, portanto, de um justo castigo em retribuição ao crime injusto, restabelecendo a ordem jurídica desrespeitada.

A existência do livre-arbítrio serve de justificativa para a punibilidade dos infratores, uma vez que o direito estatal de punir fundamenta-se na escolha do indivíduo em desobedecer à lei, recebendo em retribuição um castigo.

Paulo S. Xavier de Souza ressalta que a pena é um fundamento em si mesmo: “as teorias retributivas são absolutas, porque não se vinculam a nenhum fim, concebendo a pena como um fundamento em si mesmo” (SOUZA, 2006, p. 70). A pena seria uma consequência do delito fundamentada no desejo do infrator ao decidir pelo injusto:

No esquema retribucionista, a imposição da pena tem a exclusiva tarefa de realizar justiça, devendo a culpabilidade do autor ser compensada com a imposição de um mal proporcional, a pena, como consequência jurídico-penal do delito, encontrando fundamento no livre arbítrio como capacidade do homem de decidir entre o justo e o injusto (SOUZA, 2006, p. 70).

A pena é a materialização da reprovação da conduta delitiva praticada pelo infrator que, diante de seu livre arbítrio, escolhe conscientemente assim agir, sendo, portanto, responsável pela sua ação criminosa.

Paulo S. Xavier de Souza acrescenta que a pena está intrinsecamente associada às ideias de injustiça e culpabilidade do agente ao escolher livremente cometer um ilícito:

Em síntese, para a teoria retributiva, a pena assume aspecto de castigo talionalmente vinculado com a magnitude do injusto e reprovação da culpabilidade do delinquente, retribuindo a culpa do homem que atuou livremente (imputáveis), ao contrário das medidas aplicadas contra aqueles que não agiram (inimputáveis), que não podem ser reprovados (SOUZA, 2006, p. 71).

A aplicação de uma sanção legal revela o poder do Estado ao restabelecer a ordem jurídica diante de um ilícito. O objetivo de punir é retribuir, através de medidas punitivas, como por exemplo o encarceramento, o mal que o infrator escolheu causar.

O jurista alemão Fran Von Liszt afirma que *“a objetivação da pena conduziu-se a isso, que, por premissa necessária da sua utilização, também o conteúdo e a extensão da razão em função da espécie de pena vêm determinados e subordinados à ideia de escopo”* (LISZT, 2005, p. 25).

O infrator deve se conscientizar de que sua pena deriva diretamente da sua livre decisão de desrespeitar as leis e a sociedade, merecendo, assim, a punição. O jurista Haroldo Caetano e Silva coaduna com esta ideia, afirmando que para o retributivismo a pena não tem outra finalidade que não seja recompensar a maldade com outra maldade:

Pela teoria absoluta ou retributiva, a pena apresenta a característica de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal. A pena não tem outro propósito que não seja o de recompensar o mal com outro mal. Logo, objetivamente analisada, a pena na verdade não tem finalidade. É um fim em si mesma (SILVA, 2002, p. 35)

Para a Escola Clássica, o direito de punir está baseado na escolha que o indivíduo faz ao cometer o delito. A punição possui então um caráter retributivo, consagrando a sanção como castigo.

2.4 O RETRIBUTIVISMO E AS DEMAIS FINALIDADES DA PENA

Outras finalidades da pena, tais como reparar a vítima, ressocializar o infrator, reformá-lo, dar dignidade através do trabalho, intimidá-lo, corrigi-lo, reeducá-lo, etc. não são objeto de estudo da teoria retributiva, que se preocupa apenas com o castigar, devolvendo ao condenado o mal causado.

Para esta teoria, o autor do delito é punido simplesmente por ter cometido a infração (*punitur quia peccatum est*), opondo-se a qualquer outro fim, seja ele preventivo ou utilitarista. Dessa forma, qualquer outra finalidade há de ser sempre secundária, não se admitindo nem sua superioridade nem sua igualdade ao objetivo de fazer justiça.

Os efeitos secundários das penas não intencionais, como por exemplo, o sofrimento da família, não são considerados punição. Carvalho Neto esclarece que o retributivismo visa apenas retribuir o mal com o mal, e que possíveis efeitos diversos não influenciam na sua finalidade:

Pela teoria absoluta, a pena tem uma finalidade retribucionista, visando à restauração da ordem atingida. Hegel assinalava que a pena era a negação da negação do direito. Já Kant disse que, caso um estado fosse dissolvido voluntariamente, necessário seria antes executar o último assassino, a fim de que sua culpabilidade não recaísse sobre todo o povo. Para esta teoria, todos os demais efeitos da pena (intimidação, correção, supressão do meio social) nada têm a ver com a sua natureza. O importante é retribuir com o mal, o mal praticado. Como afirma Fernando Fukussana, a culpabilidade do autor é compensada pela imposição de um mal penal. Consequência dessa teoria é que somente dentro dos limites da justa retribuição é que se justifica a sanção penal (CARVALHO NETO, 1999, p. 15).

Tomaz Shintati (1999, p. 184) afirma que, até os dias atuais, o objetivo da pena ainda é a retribuição. Para exemplificar esta afirmação, ressalta a posição de Nelson Hungria, de que a pena nada mais é do que recompensar alguém por aquilo que ele merece: “a pena ainda não perdeu sua finalidade retributiva. Na lição de Néelson Hungria, a pena, como retribuição, traduz primacialmente um princípio humano por excelência, que é o da justa recompensa: cada um deve ter o que merece”.

Existe, portanto, uma única finalidade para os retributivistas, que seria simplesmente punir o infrator; qualquer outro objetivo não entra no cômputo da punição.

2.5 A REINCIDÊNCIA, A COLABORAÇÃO PREMIADA E A ISENÇÃO DE PENA SOB O PRISMA DO RETRIBUTIVISMO

Reincidência se revela no aumento de pena quando o infrator reiteradamente pratica condutas delitivas. Para o retributivismo, a primeira pena já retribuiu o mal causado e esgotou seus efeitos, não podendo ser considerada na dosimetria da segunda, sob pena de *bis in idem*, de ferir o princípio da proporcionalidade e afrontar o princípio da retribuição penal. Este último princípio foi definido por Luigi Ferrajoli (2002) como uma garantia ao infrator de que ele só poderá ser punido por suas ações, jamais se admitindo que haja punição derivada do que a pessoa é, em consonância com o caráter retributivo da pena.

O retributivismo não considera a prática de crime anteriormente cometido na aplicação da punição do crime atual; para ele, uma punição mais severa para o próximo erro constituirá efetivamente uma dupla punição para o primeiro. Fletcher (2000), afirma que punir mais severamente a reincidência seria punir duplamente o primeiro delito.

Ferrajoli critica o instituto da reincidência, citando em seu livro *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal* opiniões semelhantes à sua, ao considerar que a punição, uma vez cumprida, extingue completamente o crime e restitui seu autor à condição de inocente:

A condição do reincidente (ou pré-julgado), culpabilizada desde a Antigüidade, foi duramente criticada por muitos escritores iluministas que com razão rechaçaram, por respeito ao princípio de retribuição, a hipótese de que fosse considerada como motivo para o agravamento da pena. “A pena”, escreve Pagano, “cancela e extingue integralmente o delito, restaurando, ao condenado que a sofreu, a condição de inocente [...]. Portanto, não se pode importunar o cidadão por aquele delito cuja pena já tenha sido cumprida”. E Morelly chega, inclusive, a pedir que seja castigado quem ousar recordar publicamente as penas sofridas no passado por alguém em face de delitos precedentes. Essas indicações foram, contudo, totalmente subvertidas na segunda metade do século XIX pela regressão positivista da cultura penal, que centrou grande parte da nova política criminal na relevância e no tratamento dos tipos de autor, mais do que nos de delito (FERRAJOLI, 2002, p. 297).

É interessante observar que o pensamento retributivista baseado na necessidade de impor sofrimento àqueles que ofendem a ordem moral, na culpa do agente e na proporcionalidade, destoa do instituto da delação premiada, que nada mais é do que um acordo celebrado entre o delegado ou Ministério Público e o réu ou investigado e seu defensor, segundo o qual, além de admitir sua culpa, o infrator beneficiará a justiça

delatando outros envolvidos na atividade criminosa, em troca de uma diminuição da pena ou até mesmo do perdão judicial. O ponto de divergência reside no fato da colaboração premiada não considerar a culpa do infrator, retirando a punição ou reduzindo a pena, o que, em ambos os casos, fere o princípio da proporcionalidade. Assim, a compensação realizada pela delação premiada infringe o dever de punir, aplicando recursos em outros meios diversos da punição.

Os críticos deste instituto jurídico não avaliam que devido à complexidade de alguns crimes, os instrumentos tradicionalmente utilizados para apurar e reprimir delitos se tornam ineficazes. Já os seus defensores consideram justificável não punir um infrator quando este lhe proporcionará informações e provas que levarão à punição de mais criminosos ou de criminosos mais merecedores de punição. Este é um exemplo dos limites que tem uma concepção retributivista absoluta para a contemporaneidade.

A delação premiada, assim, não visa beneficiar ao réu, mas à sociedade. Este instituto jurídico é aplicável especialmente às infrações penais de difícil apuração, nas quais nenhum dos envolvidos faz prova contra si mesmo. Nesses delitos, a colaboração premiada tem-se mostrado um dos poucos, senão o único meio hábil à repressão ao crime.

No Brasil, a Lei de Crimes Hediondos foi a primeira legislação a prever este instituto, sendo posteriormente acompanhada pela Lei de Organização Criminosa, entre outras. Somente com a delação de um dos criminosos, tem sido possível encontrar provas e descobrir os envolvidos nesses tipos penais mais complexos.

Apesar de ser quase unânime que, em linhas gerais, um infrator deve ser punido por seu crime, na delação o cerne da questão envolve a escolha do menor entre dois males: de um lado existe a hipótese de se punir um criminoso e do outro temos a possibilidade de, ao diminuir sua pena ou perdôá-lo, obter elementos suficientes para dismantelar uma quadrilha, bloquear a atividade delitiva, impedir a perpetuação da lesão ao patrimônio público, devolver aos cofres públicos os valores desviados, retirar seus nomes da vida pública, etc.

O retributivismo é incompatível com as causas de extinção de punibilidade, tais como a prescrição e a decadência, hipóteses em que o Estado perde o direito de punir o agente. Uma teoria que considera a retribuição como função da pena e defende a obrigatoriedade de punição, mesmo quando não se atinge qualquer outra finalidade, não poderia admitir tais hipóteses de perda do direito estatal de impor uma sanção penal.

Igualmente os casos de isenção de pena, como por exemplo, os crimes patrimoniais cometidos por cônjuge na constância do casamento, não podem ser explicados por esta teoria, ao entender que a pena é única e exclusivamente uma retribuição ao crime cometido.

As causas de extinção de punibilidade, assim como as de isenção de pena são incompatíveis com o retributivismo, vez que, teoricamente, exigem a renúncia estatal à punição do infrator e conseqüentemente a renúncia à retribuição, revelando que o Estado tem o poder de decidir quando, como e o que punir.

2.6 O RETRIBUTIVISMO DE KANT

Os dois filósofos mais relevantes do pensamento retributivista são Immanuel Kant e G. W. Friedrich Hegel. Kant expressou seu entendimento acerca da punição especialmente no livro *A Metafísica dos Costumes (A Doutrina do Direito)*, enquanto Hegel esboçou sua teoria punitiva no *Princípios da Filosofia do Direito*.

Embora ambos defendam a teoria retributivista, eles divergem quanto ao seu enfoque. Kant entende a finalidade da pena como um valor de ordem ética, analisando a lei penal sob a ótica do seu valor moral, ao passo que Hegel volta seu pensamento mais para ordem jurídica, justificando a pena pela imprescindibilidade de recompor a lei infringida, como afirma Ferrajoli:

[...] a tese de origem kantiana segundo a qual a pena é uma retribuição ética, que se justifica por meio do valor moral da lei penal violada pelo culpado e do castigo que conseqüentemente lhe é imposto, e aquela de ascendência hegeliana, segundo a qual a pena é uma retribuição jurídica, justificada pela necessidade de restaurar o direito por meio de uma violência, em sentido contrário, que reestabeleça o ordenamento legal violado (FERRAJOLI, 2002, p. 205).

Ao enfatizarmos o aspecto filosófico da finalidade da punição, abordaremos o pensamento kantiano acerca da punição. Contrapondo-se a Aristóteles, que considerava as ações morais uma virtude, Kant defende que as ações devem ser realizadas porque é a coisa certa a fazer, sem qualquer motivação pessoal ou finalidade. Assim, para este filósofo, devemos ajudar ao próximo não porque desejamos um sentimento de solidariedade, de bondade ou qualquer outra recompensa, pois a ação moral não é um

meio para chegar a um fim, mas ajudar o próximo deve ser feito simplesmente porque é o certo a fazer, a este dever ele denominou de “imperativo categórico”.

Diferentemente do imperativo hipotético, que resumidamente possui a fórmula “se quiser alcançar A faça B, onde a ação B não é pura, mas apenas um meio para se atingir A”, o imperativo categórico deve ser um dever moral legítimo, portanto racional, rigoroso e independente.

Para Kant, a diferença entre moral e direito é que o direito intimida com coação na hipótese de descumprimento da norma legal, não havendo qualquer preocupação com a motivação do infrator, apenas com o cumprimento da lei.

Dimoulis (2003) explica, em seu manual, o entendimento de Kant acerca da finalidade do direito: “o objetivo do direito é conciliar a liberdade de cada um com a liberdade dos demais, de forma que a liberdade possa prevalecer como regra geral” (DIMOULIS, 2003, p. 29). Assim, não se importa com os motivos que levam o ser humano a agir, mas somente com a conformidade com a lei e, desse modo, aprecia os atos praticados por dever e em cumprimento ao ordenamento jurídico, afirmando que a ação praticada em obediência à lei é uma virtude com teor moral:

[...] exatamente aí é que começa o valor do carácter, que é moralmente sem qualquer comparação o mais alto, e que consiste em fazer o bem, não por inclinação, mas por dever. Assegurar cada qual a sua própria felicidade é um dever (pelo menos indiretamente); pois a ausência de contentamento com o seu próprio estado num torvelinho de muitos cuidados e no meio de necessidades insatisfeitas poderia facilmente tornar-se numa grande tentação para transgressão dos deveres (KANT, 2007, p. 28).

Para Kant, a lei é um imperativo categórico no qual o Estado deve infligir uma sanção ao infrator, isto é, a lei não tem outro fim senão sua respectiva representação, e como tal quem não a obedece não é merecedor da cidadania: “uma violação da lei pública que torna alguém que a comete inapto à cidadania é chamada simplesmente de crime [...]” (KANT, 2003, p. 174).

Kant se importa puramente em aplicar o castigo, independentemente se haverá consequências benéficas para a sociedade e até mesmo para o infrator, pois o ser humano não pode ser usado como meio para atingir uma finalidade específica. A pena existe pelo simples fato de uma lei ter sido infringida:

A punição imposta por um tribunal (*poena forensis*) – distinta da punição natural (*poena naturalis*) na qual o vício pune a si mesmo e que o legislador

não considera – jamais pode ser infligida meramente como um meio de promover algum outro bem a favor do próprio criminoso ou da sociedade civil. Precisa sempre ser a ele infligida somente porque ele cometeu um crime, pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre objetos de direitos a coisas: sua personalidade inata o protege disso, ainda que possa ser condenado à perda de sua personalidade civil (KANT, 2003, p. 174-175).

Para Kant, os princípios devem servir de norma, isto é:

[...] *devo proceder sempre de maneira que eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal.* Aqui é pois a simples conformidade à lei em geral (sem tomar como base qualquer lei destinada a certas acções) o que serve de princípio à vontade, e também o que tem de lhe servir de princípio, para que o dever não seja por toda parte uma vã ilusão e um conceito quimérico; e com isto está perfeitamente de acordo a comum razão humana (2) nos seus juízos práticos e tem sempre diante dos olhos este princípio. A esta regra ele intitula imperativo categórico, conceituado como “*age segundo uma máxima que possa valer simultaneamente como lei universal*” (KANT, 2007, p. 33, grifo nosso).

O filósofo afirma que, para a ação moral ser considerada universal e necessária, devemos invariavelmente praticá-la por dever. Os sentimentos e desejos não podem, dessa forma, afetar a ação, pois não é fundamento suficiente para que uma lei seja universal. Sobre o dever de agir, leciona Kant:

[...] se uma acção realizada por dever deve eliminar totalmente a influência da inclinação e com ela todo o objecto da vontade, nada mais resta à vontade que a possa determinar do que a lei objectivamente, e, subjectivamente, o puro respeito por esta lei prática, e por conseguinte a máxima que manda obedecer a essa lei, mesmo com prejuízo de todas as minhas inclinações (KANT, 2007, p. 31).

Ao definir lei, Kant declara que “a lei, porém, é o princípio objetivo, válido para todo o ser racional, princípio segundo o qual ele deve agir, quer dizer um imperativo” (KANT, 2007, p. 58). Acerca do imperativo, ele o conceitua: “o imperativo categórico é portanto só um único, que é este: age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal” (KANT, 2007, p. 59) ou “age em conformidade ao dever por dever” (KANT, 2011, p. 300).

Ao afirmar que a lei é um imperativo categórico, Kant (2007) ressalta que “o imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade” (KANT, 2007, p. 50). Assim, todo aquele que infringe a lei não é merecedor de ser um cidadão e deve ser punido impiedosamente.

Kant distingue o imperativo hipotético do categórico, que também é denominado por ele como “imperativo da moralidade”. Eles se diferenciam pelo conteúdo finalístico: enquanto que o imperativo hipotético tem um conteúdo finalístico externo, o imperativo categórico possui um fim em si mesmo. A pena, necessária para que se alcance justiça, provém do imperativo categórico, sendo, portanto, um fim em si mesma.

Ao escrever sobre os imperativos, Kant (2007) destaca essa diferenciação quanto ao referido conteúdo finalístico:

Ora, todos os imperativos ordenam ou hipotética ou categoricamente. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma acção possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma acção como objectivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade (KANT, 2007, p. 501).

Nesse mesmo escopo são os ensinamentos de Alexandre Travessoni Gomes:

Surge a necessidade de a razão impor regras à conduta humana, o que fará através dos imperativos. Para Kant, os imperativos ordenam ou hipotética ou categoricamente. Os imperativos hipotéticos representam a necessidade de uma acção possível como um meio de se alcançar um fim. Os imperativos categóricos mandam uma acção objetivamente, necessária por si mesma, sem relação com qualquer finalidade: uma acção que é boa em si mesma (GOMES, 2000, p. 63-64).

Para Joaquim Carlos Salgado, o direito está ligado ao imperativo categórico:

O imperativo hipotético tem relevância para o direito, embora não seja o seu fundamento último. É o modo como aparece a norma jurídica no direito positivo e deve funcionar, pode-se dizer, como esquema de aplicação dos princípios a priori do direito (do imperativo categórico) ao mundo pragmático da legislação positiva, dada a sua participação, ao mesmo tempo, do teórico e do prático (SALGADO, 1995, p. 211).

Sobre a punição para Kant, Paulo de Souza Queiroz (2001) ressalta:

Para Kant, a pena atende a uma necessidade absoluta de justiça, que deriva de um ‘imperativo categórico’, isto é, de um imperativo incondicional, independentemente de considerações finais ou utilitárias. A pena basta a si mesma, como realização da justiça, pois ‘as penas são, em um mundo regido por princípios morais (por Deus), categoricamente necessárias’ (QUEIROZ, 2001, p. 19-20).

O imperativo categórico poderia ser simplificado como uma regra racional que pretende ser universal. Sua imperatividade está associada a uma exigência ética de a

punição ter como finalidade reparar não somente o mal causado, mas também a moral violada. A única finalidade da pena é fazer justiça, uma vez que “quando a justiça é desconhecida, os homens não têm razão de ser sobre a Terra” (KANT, 2003, p. 167). Por se tratar de um instituto que logra a justiça, só pode falar-se em punição quando houver desobediência à ordem jurídica, rejeitando qualquer hipótese de punição de inocentes.

É imperiosa e incondicional a necessidade de se fazer justiça através da punição. Assim, mesmo que uma sociedade venha a se dissolver, Kant afirma que o último homem condenado por homicídio deve ser morto, sob o fundamento de que as pessoas precisam ter uma experiência que represente o valor das suas ações e também para que a culpa da infração não seja atribuída à população:

Mesmo se uma sociedade civil tivesse que ser dissolvida pelo assentimento de todos os seus membros (por exemplo, se um povo habitante de uma ilha decidisse separar-se e se dispersar pelo mundo), o último assassino restante na prisão teria, primeiro, que ser executado, de modo que cada um a ele fizesse o merecido por suas ações, e a culpa sanguinária não se vinculasse ao povo por ter negligenciado essa punição, uma vez que de outra maneira o povo pode ser considerado como colaborador nessa violação pública da justiça (KANT, 2003, p. 176).

O exemplo acima, da necessidade de punição mesmo na dissolução de uma sociedade, revela que o retributivismo se concentra no passado, ou melhor, na reparação de um fato pretérito, enquanto que o utilitarismo, ao justificar a punição pela característica da prevenção do crime, volta sua visão para o futuro. Sobre o assunto, Estefam ressalta que:

Para Kant, adepto dessa teoria, mesmo se uma sociedade voluntariamente se dissolvesse, ainda assim o último assassino deveria ser punido a fim de que cada um recebesse a retribuição que exige sua conduta. Nota-se, então, que a base das teorias absolutas encontra-se no passado, que demanda reparação. A frase de Kant certamente seria criticada pelos adeptos das teorias relativas. Romagnosi ponderou que se depois do primeiro crime existisse a certeza moral de que outro não seria praticado, a sociedade não teria direito de punir o agente (ESTEFAM, 2017, p. 337).

Kant afirma que não é ético fundamentar a punição com base na teoria utilitarista, pois o homem não é um simples meio, mas um fim em si mesmo: “[...] os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio [...]” (KANT, 2007, p. 68).

Na *Doutrina do Direito*, que faz parte da obra *A Metafísica dos Costumes*, Kant despreza completamente o caráter preventivo da pena, pois ao minimizar a punição, seja qual for a intenção, perde-se não apenas a justiça, mas o valor da própria vida. O caráter preventivo seria, segundo seu entendimento, uma ofensa grave que fere o direito da sociedade à justiça retributiva. Assim, mesmo que a punição não traga qualquer vantagem, ela deve ser aplicada. Rejeitada totalmente a teoria utilitarista, Kant resume que a finalidade da pena é realizar justiça:

A lei penal é um imperativo categórico; e infeliz é aquele que se arrasta pelo caminho tortuoso do eudemonismo para encontrar algo que, pela vantagem que se possa tirar, descarrega-se do culpado, em todo ou em parte, das penas que merece segundo o provérbio farisaico: “Mais vale a morte de um só homem que a perda de todo o povo”; porque, quando, a justiça é desconhecida, os homens não têm razão de ser sobre a Terra. (KANT, 2003, p. 176).

Um dos mais renomados penalistas alemão e professor de Filosofia do Direito da Ludwig-Maximilians Universität (Munique, Alemanha), Bernd Schünemann, ao ser entrevistado pela revista *Liberdades*, reconhece que até os dias atuais Kant continua sendo um dos filósofos mais importantes para o Direito Penal:

Na sua opinião, professor, quais os filósofos mais importantes para o direito penal? Que filósofos o senhor mais aprecia?
 BS – Para o penalista, um dos filósofos mais importantes é, sem dúvida, Kant. A moderna filosofia analítica também me parece indispensável para uma argumentação cuidadosa e diferenciada – ela é, por assim dizer, a ciência mãe da ciência do direito.
 Pessoalmente, leio Nietzsche com grande prazer, porque nele enxergo um agudo crítico da hipocrisia do mundo burguês, mas não creio que ele tenha tanto a dizer ao penalista. (SCHÜNEMANN, 2010, p. 12).

Em que pese o reconhecimento de renomados juristas da importância de Kant para o Direito Penal, alguns filósofos, como Schopenhauer, criticam severamente suas ideias jurídicas: “Somente a senil debilidade de Kant poderia explicar o conjunto da sua teoria do direito, que não é mais que um estranho tecido de erros que nascem uns dos outros...” (SCHOPENHAUER, [s.d.], p. 48).

Schopenhauer amplia sua crítica a Kant, afirmando que a finalidade da punição é prevenir o crime, mostrando o castigo:

Por isto a teoria de Kant, que pretende ser a pena estabelecida unicamente em vista da punição, é irracional e destituída de fundamento. Coisa que entre tanto não impede seja ela reproduzida ainda nos escritos de muitos legistas, toda

envolta de frases ressonantes que, em última análise, são vazias de sentido; dizem, por exemplo, que com a pena o delito será expiado, ou neutralizado, ou anulado, etc. Mas ninguém tem o direito de arrogar-se o ofício de juiz, de vingador puramente moral, e de punir o erro alheio com a inflição da dor. Numa palavra, de impor a expiação. Seria isto uma pretensão bem audaciosa; atesta-o a Bíblia com as palavras: Porquanto a Mim somente é reservada a vingança e Eu só darei a retribuição, diz o Senhor. Certo, o homem tem o direito de velar pela segurança da sociedade, o que não é possível senão com a ameaça de penas para todas as ações qualificadas de criminosos, com o fim de preveni-las por meio de contramotivos, que consistem na penalidade cuja ameaça se apresenta; tal ameaça não pode ser eficaz senão com a condição de que seja cumprida toda vez que suceda o caso a ser punido. A pena, ou mais exatamente, a lei penal, tem um fim puramente preventivo, que é o de prevenir o delito apontando-lhe o castigo. (SCHOPENHAUER, [s.d.], p. 56).

Em outras palavras, o retributivista clássico não tem como preocupação as consequências da punição. Os retributivistas, ao contrário dos consequencialistas, não acreditam que a punição seja benéfica porque virá a produzir boas consequências (por exemplo, por meio da dissuasão). Em vez disso, eles acreditam que a prática da punição deveria existir porque punir um ofensor é simplesmente a coisa moralmente certa a se fazer (mesmo que isso possa produzir consequências negativas).

2.7 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A LEI DE TALIÃO

A teoria retributiva entende que quem comete um crime merece ser punido proporcionalmente ao delito cometido, não aceitando nem a punição de inocentes nem penalidades desproporcionalmente grandes para o agente culpado.

Paulo Queiroz sintetiza afirmando que, independentemente da função da pena, seu pressuposto será sempre o cometimento de um crime e sua aplicação obedecerá ao princípio da proporcionalidade como meio de evitar excessos:

O principal mérito da fundamentação retributiva radica no fato de que a pena, independentemente dos fins a que se destine, deve ter sempre o delito como pressuposto, isto é, o crime conceitualmente é retribuição de um “mal” e há de ser sempre proporcionada ao comportamento delituoso praticado, razão pela qual se presta, assim, a coibir abusos por parte do Estado na sua graduação (QUEIROZ, 2005, p. 23).

Alguns pensadores, como Hegel (1942) e Morris (1968), entendem que os infratores têm o direito de serem punidos, e que não puni-los é uma injustiça a eles. Isto

não quer dizer que perdoar um infrator é injusto, mas que o criminoso tem o direito de ser tratado proporcionalmente à gravidade do delito.

Estefam ressalta que a pena, uma vez consagrada pelo princípio da proporcionalidade, serve para reparar o mal e restabelecer a ordem jurídica:

Para as teorias absolutas, a finalidade da pena é eminentemente retributiva. A pena atua como a contrapartida pelo mal cometido (*punitur quia peccatum est*). Um mecanismo necessário para reparar a ordem jurídica violada pelo delincente. Este, quando pratica o ilícito penal, produz um mal (injusto), reparado com a inflição de outro (justo). A vantagem das teorias absolutas consiste em agregar à pena a ideia de retribuição e, com isso, estabelecer que a sanção deve ser proporcional à gravidade do fato (ESTEFAM, 2017, p. 337).

A punição é a resposta, ou melhor, a retribuição à culpabilidade do infrator, sendo assim necessário que seja proporcional ao prejuízo causado pela infração. A teoria retributiva defende que é tão ruim punir um infrator mais do que ele merece quanto punir um inocente.

Russell Christopher (2003) ressalta que o retributivismo impõe um dever absoluto de punir os culpados sempre que uma oportunidade surgir e que punir um infrator menos do que ele merece viola o direito à punição do próprio infrator (CHRISTOPHER, 2003).

Para Kant, a punição é vista como uma imposição ética inabdicável, e o retributivismo um imperativo categórico. Assim, Kant afirma que não punir um infrator seria injusto com a vítima, e neste caso a sociedade se tornaria colaboradora da violação da lei. Já Hill (1999) diz que essa obrigação de punir o infrator não é em relação à vítima, mas sim em observância à lei. Apesar do entendimento de Kant, a teoria retributiva defende que a vingança se centraliza no merecimento do infrator em receber um castigo, e não na vítima.

Aplica-se perfeitamente ao pensamento kantiano a lei de Talião, pois este filósofo entende que, quando o bem jurídico tutelado pelo Estado sofre um dano, o ente federativo tem o dever de punir o bem jurídico individual do infrator na mesma proporção da infração. Em suas palavras: “o mal imerecido que fazes a outro de teu povo o fazes a ti mesmo: se o desonras, desonras a ti mesmo; se o roubas, roubas a ti mesmo; se o maltratas ou o matas, maltratas ou matas a ti mesmo” (KANT, 2003, p. 177). Este entendimento é o corolário do princípio da igualdade.

Para ele, há uma relação de causalidade entre crime e punição. Por exemplo, todo homem que mata deve morrer, não havendo justiça em qualquer outro tipo de punição diverso da morte, ou seja, “cada um receba o valor de seu fato”:

Se, porém, ele cometeu assassinato, terá que morrer. Aqui não há substituto que satisfará a justiça. Inexiste similaridade entre a vida, por mais desgraçada que possa ser, e a morte, e, conseqüentemente, nenhuma igualdade ou analogia entre o crime e a retaliação, a menos que a morte seja judicialmente aplicada ao criminoso, ainda que tenha que estar isenta de qualquer maltrato que pudesse tornar abominável a humanidade na pessoa que a sofre (KANT, 2003, p. 176).

A lei de Talião defende a proporcionalidade baseada numa escala de punição, que determina uma pena para cada crime específico, onde os delitos mais graves são punidos com fortes penas e os delitos pequenos com penalidades leves. Na versão clássica, aquele que, por exemplo, furta 500 reais deve devolver 500 reais, mas para Kant o ladrão não deve devolver apenas o valor que furtou, mas sim todos os direitos à propriedade. Sua defesa da lei de Talião vislumbra apenas a vontade estatal.

A proporcionalidade passa a ser uma imposição absoluta, e a lei de Talião a única que tem o poder de determinar quantidade e qualidade da pena, porque os demais princípios não possuem o condão de atingir a justiça. Vejamos:

Mas que tipo e que quantidade de punição correspondem ao princípio e medida da justiça pública? Nada além do princípio de igualdade (na posição do ponteiro na balança da justiça) inclinar-se não mais para um lado do que para o outro. Em conformidade com isso, seja qual for o mal imerecido que infliges a uma outra pessoa no seio do povo, o infliges a ti mesmo. Se o insultas, insultas a ti mesmo; se furtas dele, furtas de ti mesmo; se o feres, feres a ti mesmo; se o matas, matas a ti mesmo. Mas somente a lei de Talião (*ius talionis*) – entendida, é claro, como aplicada por um tribunal (não por ter julgamento particular) – é capaz de especificar definitivamente a qualidade e a quantidade de punição; todos os demais princípios são flutuantes e inadequados a uma sentença de pura e estrita justiça, pois neles estão combinadas considerações estranhas (KANT, 2003, p. 175).

A lei de Talião evita, assim, punições desproporcionais, como ocorre na vingança privada. Esta lei surgiu para manutenção dos grupos sociais, impondo que a vingança estivesse de acordo com o dano – olho por olho e dente por dente – evitando o castigo além da infração. Alguns doutrinadores, como Bitencourt, observam um caráter humanitário neste princípio taliônico:

Com a evolução social, para evitar a dizimação das tribos, surge a lei de Talião, determinando a reação proporcional ao mal praticado: olho por olho, dente por dente. Esse foi o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e

vítima, representando, de certa forma, a primeira tentativa de humanização da sanção criminal. A lei de Talião foi adotada no Código de Hamurabi (Babilônia), no Êxodo (hebreus) e na Lei das XII Tábuas (romanos). No entanto, com o passar do tempo, como o número de infratores era grande, as populações iam ficando deformadas, pela perda de membro, sentido ou função, que o Direito talional propiciava. Assim, evoluiu-se para a composição, sistema através do qual o infrator comprava a sua liberdade, livrando-se do castigo. A composição, que foi largamente aceita, na sua época, constitui um dos antecedentes da moderna reparação do Direito Civil e das penas pecuniárias do Direito Penal (BITENCOURT, 2016, p. 73-74).

Ao estudar o direito estatal de punir, Kant defende a pena de morte declarando que “todo aquele que cometer assassinato, ordená-lo ou for cúmplice deste – deverá ser executado” (KANT, 2003, p. 177). Para este pensador, existem crimes mais difíceis de punir adequadamente através de uma retaliação, como nos casos dos crimes contra a humanidade, trazendo como exemplo o estupro, a pederastia e a bestialidade:

A punição para o estupro e a pederastia é a castração (como a de um eunuco branco ou negro num serralho), a da bestialidade, a expulsão permanente da sociedade civil, uma vez que o criminoso tornou a si mesmo indigno da sociedade humana. *Per quod quis peccat, per idem punitur et idem*. Os crimes mencionados são qualificados como contra a natureza porque são cometidos contra a própria humanidade. Infligir quaisquer punições segundo o próprio arbítrio a esses crimes seria literalmente contrário ao conceito de justiça punitiva, pois a única vez que um criminoso não pode se queixar que um mal lhe é feito é quando faz retornar sua má ação sobre si mesmo, e o que é feito a ele de acordo com o direito penal é o que ele cometeu aos outros, se não em termos de sua letra, ao menos em termos de seu espírito (KANT, 2003, p. 206).

2.8 O RETRIBUTIVISMO CONTEMPORÂNEO

A teoria retributiva, no estudo contemporâneo da pena, vem ganhando força entre as justificações morais para a punição. O retributivismo visa a tão desejada justiça, pagando-se o mal com um novo mal.

Apesar de haver grande variedade e complexidade da teoria retributiva é importante conceituá-la, neste trabalho, sob o prisma de três princípios: os criminosos merecem moralmente receber punição, é moralmente bom quando um infrator sofre uma punição proporcional e é inadmissível punir criminosos desproporcionalmente ou infligir punição a inocente.

Para David Boonin (2008, p. 97) existem retributivistas que defendem esta teoria somente porque não aceitam a teoria consequencialista.

Alguns retributivistas contemporâneos defendem esta corrente filosófica por entenderem que as demais são ainda piores, seria uma espécie de teoria menos desacertada, conforme Leslie T. Wilkins (apud BOONIN, 2008, p. 97).

Boonin ressalta também a posição de Primoratz no sentido de que a teoria retributivista é justificável diante das implicações inaceitáveis das demais teorias:

Primoratz, por exemplo, argumenta que é razoável "partir do pressuposto de que a instituição da punição não é injustificável em princípio" e, em seguida, justifica a posição retributivista, identificando as implicações inaceitáveis das justificativas concorrentes da punição (BOONIN, 2008, p. 97).

Num mundo ideal, não haveria motivos para impor sofrimento, contudo as infrações são cometidas diariamente e imputar dor merecidamente, segundo Hegel (1942), é muito melhor do que não impor. Tal posicionamento relaciona-se com o pensamento de Rawls (1971), de que o direito tem que ser anterior ao bem para que os direitos fundamentais sejam consagrados.

A punição é entendida como uma valiosa ferramenta para alcançar o sofrimento merecido pelo infrator. Em contrapartida, muitos pensadores defendem que é uma barbaridade considerar que o sofrimento é bom, como bem afirmou Victor Tadros (2011).

Existem várias modalidades de retributivismo. Moore denomina de retributivista relutante aquele que encontra objeções decisivas a todas as outras justificativas da punição, acatando, assim, o retributivismo por considerar as outras teorias muito piores. David Boonin ressalta que o retributivismo relutante é uma desculpa ou subterfúgio não podendo ser considerado como resposta à problemática da justificativa da punição.

As teorias mistas, como as de Rawls e Hart são consideradas retributivismo negativo, recebendo esta denominação por retirar do conceito retributivista a justificação da punição pelo sofrimento do ofensor, mantendo os elementos da culpa e da proporcionalidade.

O retributivismo positivo explica o porquê punir, ou seja, a justificação da punição é punir o culpado porque ele merece sofrer, contudo o retributivismo negativo não se concentra na explicação do porquê punir, limitando-se a estabelecer que, independentemente da justificação da punição utilizada, não se deve punir um inocente, nem o culpado mais severamente do que o seu merecimento.

Hill (1999, p. 409) denomina de retributivista profundo todo aquele que defende que a tese de que o infrator deve sofrer por seus erros é “um

princípio fundamental que não precisa ser justificado”, negando, assim, a existência de qualquer problema de justificação da punição.

Contemporaneamente, podemos citar dois importantes retributivistas: o professor de filosofia da State University of New York at Fredonia, Stephen Kershnar, e o professor da University of Illinois Michael S. Moore, uma das maiores autoridades nos Estados Unidos quando se trata de unir a filosofia e o direito. Ambos defendem diretamente o retributivismo como a solução para a justificação da punição por entenderem que é moralmente correto punir quem inflige uma norma, tendo em vista que o ofensor merece a punição. Defendem, assim que temos muito mais do que o direito de punir os infratores, temos o dever de fazê-lo.

Para eles o retributivismo baseado no merecimento traz a melhor explicação para a problemática da justificação da punição. O merecimento retira o valor negativo do sofrimento, tornando-o algo valioso. Porém, os críticos desta teoria afirmam que o merecimento sozinho não justifica o custo de uma punição e que ela não responde aos casos em que uma pessoa apesar de infligir a lei, não merece ser punida e as hipóteses em que embora não haja ofensa à legislação, a pessoa merece sofrer.

A teoria retributivista clássica entende que o criminoso merece a punição, mesmo que não se alcance nenhuma outra finalidade como a dissuasão ou a incapacidade. Kershnar (2001, p. 41) defende que uma pessoa merece uma punição porque, e somente porque, ela cometeu um crime culpável.

A teoria retributivista é facilmente defendida pelos seus adeptos utilizando como exemplo crimes bárbaros nos quais o infrator não se arrepende. Em tais casos há duas exigências morais: de se fazer justiça e de que o criminoso pague na íntegra pelo seu delito. Um famoso exemplo de delito desumano é encontrado na obra de Dostoiévski:

Ora, eis que um dia um pequeno servo de oito anos, que se divertia atirando pedras, feriu na pata um daqueles cães favoritos. Vendo seu cão coxear, perguntou o general a causa. Explicaram-lhe o caso, designando o culpado. Mandou imediatamente agarrar o menino, a quem arrancaram dos braços de sua mãe e fizeram passar a noite na prisão. No dia seguinte, logo ao romper da aurora, o general, em uniforme de gala, monta a cavalo para ir à caça, cercado de seus parasitas, de seus monteiros, de seus cães, de seus capatazes. Reúne-se toda a famulagem para dar-se um exemplo e a mãe do culpado é trazida, bem como o menino. Era uma manhã de outono, brumosa e fria, excelente para a caça. O general manda que se tire toda a roupa do menino, o que foi feito. O menino tremia, louco de medo, não ousando dizer uma palavra. "Façam-no correr", ordena o general. "Corre! corre!", gritam-lhe os capatazes. O menino põe-se a correr. "Cisca! Cisca!", berra o general, e açula toda a sua matilha. Os

cães estraçalharam a criança diante dos olhos de sua mãe. (DOSTOIÉVSKI, 1970, p. 200)

Moore (1993, p. 25-29) cita este crime narrado por Dostoiévski defendendo a justificativa da punição pelo merecimento e o dever moral de se punir o general. Ele afirma ainda que no caso descrito no livro a punição deve existir não apenas porque o infrator o merece, mas a pena deve ser imposta e ponto final. Merecimento seria apenas uma transgressão culpável.

Alguns pensadores, como Primoratz, se preocupam com este apelo de defesa do retributivismo com base em crimes bárbaros, sobre a teoria de que se o aceitarmos para crimes desumanos porque não o aceitar para crimes menos danosos e seguindo esta linha de pensamento chegaríamos até mesmo a crimes de bagatela.

Para os críticos desta teoria, os retributivistas apelam a casos extremos de crueldade com o intuito de majorar o número de defensores do merecimento como a justificativa moral para a punição e, então generalizar esta justificativa para os crimes de menor potencial ofensivo.

Roxin determina que a finalidade da pena não é outra senão a justiça: “a justificação de tal procedimento não se depreende, para esta teoria, de quaisquer fins a alcançar com a pena, mas apenas da realização de uma ideia: a justiça” (ROXIN, 2004, p. 16).

Para os retributivistas, ao punir o Estado exerce o seu *jus puniendi*, demonstrando ao infrator que sua punição é apenas a consequência direta da sua escolha em infringir a lei e que se assim não tivesse agido, não sofreria as consequências da pena.

Para Moore a necessidade de punição é uma realidade universal quase que incontestável, pois quase todos possuem no mínimo uma tendência a julgar que os criminosos culpados são merecedores de punição, e, somente, partindo dessa premissa é que se inicia a análise de qual será a sua justificativa.

A problemática da justificativa da punição levanta questões interessantes como por exemplo a legítima defesa, situação que David Boonin (2008) suscita questionando porque é admissível matar em certas circunstâncias e em outras não? Quem inicia uma agressão perde automaticamente o direito à vida? Na escolha de quem deve sofrer o dano, é justo que este seja imputado ao responsável pelo ataque? Ou, ainda, se estamos diante de um dano previsível e não de um dano intencional? Assim, ele conclui que no

entendimento da maioria das pessoas seria relevante para a moral quais as circunstâncias como, por exemplo, a legítima defesa envolveram o ato delitivo.

Para existir punição é primordial a presença de um objetivo justificador, pois tanto no momento de elaboração da legislação como na execução da pena é necessário que haja um fundamento ou melhor, um objetivo intrínseco a ser perseguido. É exatamente este objetivo intrínseco que buscamos definir na presente tese, confrontando, para tanto, a teoria mista de H. L. A. Hart. com o pensamento retributivista contemporâneo. Analisaremos, portanto, se o retributivismo moderno ou a teoria mista de H. L. A. Hart, atendem satisfatoriamente a problemática da justificação da pena, tudo com o escopo de explicitar e completar as lacunas que existe no retributivismo.

Um das grandes justificativas dos retributivistas para a punição é o merecimento. O retributivismo baseado no merecimento é a ideia de que é moralmente permissível punir os ofensores porque eles simplesmente o merecem. Michael Moore, adepto da teoria retributivista baseado no merecimento, propõe um breve experimento mental: imagine um ofensor que comete um erro grave de uma maneira muito culpável - por exemplo, o nobre russo de Dostoiévski em *Os irmãos Karamazov*, que solta seus cães para estraçalhar um menino diante dos olhos da mãe do menino; imagine ainda que as circunstâncias são tais (por exemplo, a sociedade insular de Kant prestes a se desfazer) que nenhum propósito não retributivo seria servido ao punir esse ofensor. Assim, justifica-se, de forma irrefutável, o retributivismo (MOORE, 1993, p. 25).

Por oportuno, podemos destacar o pensamento de David Boonin sobre o tema, o qual observa que tal entendimento não fornece uma defesa ou uma justificativa para a punição. Em vez disso, tudo o que faz é simplesmente apontar o próprio problema da punição. Em outras palavras, é claro que a maioria das pessoas tem a inclinação de querer ver os malfeitores sofrerem, mas é exatamente por isso que a questão da punição é um dilema moral, e é exatamente por isso que estamos discutindo a questão de sua moralidade. Simplificando: parece que pensamos que a punição é moralmente permissível. No entanto, cabe arguir se é moralmente permissível pensarmos que é moralmente permissível punir (BOONIN, 2008, p. 91).

Boonin também destaca a questão que pode ocorrer de a teoria não pode dar conta de não punir aqueles que agem imoralmente, mas não merecem ser punidos. A segunda é que a teoria não pode explicar aqueles que devem ser punidos, mas que não necessariamente merecem ser punidos, pois seus atos não são imorais. A primeira questão

pode ser esclarecida quando consideramos os casos em que os indivíduos praticam quase todas as coisas imorais em uma determinada situação, sem cruzar a linha da legalidade. Por exemplo, Boonin apresenta o exemplo de um homem constantemente gritando com sua esposa, insultando-a, dando-lhe ordens, etc. No entanto, este homem, sabendo até onde pode ir antes que suas ações sejam consideradas ilegais, permanece dentro dos limites legais. Portanto, sob o relato retributivista da punição baseado no merecimento, estaríamos inclinados a pensar que esse homem, agindo imoralmente, merece ser punido. No entanto, também tendemos a pensar que qualquer um que não tenha infringido a lei não deve ser punido, e muitos atos imorais não são considerados ilegais. não necessariamente merecem ser punidos (BOONIN, 2008, p. 99). Um bom exemplo que pode ser usado para ilustrar isso é o de Robin Hood. Robin Hood, ao roubar dos ricos para dar aos pobres, tinha boas intenções em mente e, como resultado, seria difícil determinar que ele estava claramente agindo de forma imoral. No entanto, se endossamos um sistema de punição, devemos estar dispostos a punir todos aqueles que infringem a lei, quer eles mereçam ser punidos (porque claramente agiram de forma imoral) ou não.

Outro entendimento retributivista de bastante destaque é o de Goldman. Segundo ele, a punição é permissível porque, ao infringir a lei, o infrator geralmente viola os direitos de outra pessoa e, ao violar os direitos de outra pessoa, ele perde seus próprios direitos (ou semelhantes). Essa afirmação surge da ideia de que os direitos morais estão ligados aos deveres morais. Ou seja, ao receber certos direitos (ou seja, o direito à vida, o direito à liberdade de movimento, etc.), também adquirimos o dever de respeitar os direitos de outras pessoas a essas coisas. No entanto, se violarmos os direitos de outras pessoas, perderemos nossos próprios direitos. Quando alguém perde seus direitos (digamos, à liberdade de movimento) ao violar os direitos de outra pessoa (digamos, ao sequestrá-lo e mantê-lo como refém), então é moralmente permissível que o estado encarcere o sequestrador e tire sua liberdade de movimento (GOLDMAN, 1979, p. 33). Simplificando, sob esse relato, argumenta-se que uma pessoa continua a gozar de direitos apenas enquanto respeitar esses direitos nos outros e a violação dos direitos dos outros constitui a perda dos próprios.

Outro retributivista contemporâneo, Mcdermott, argumenta que quando um crime é cometido contra uma vítima, a vítima sofre dois tipos de perdas: uma perda material (ou seja, dinheiro, um carro, etc.) e uma perda moral por não receber o tratamento que lhe é devido como titular de direitos. Estas são duas coisas que o ofensor deve devolver à

vítima. Porém, enquanto o anterior (o bem material) pode ser reembolsado, o segundo (o bem moral) não pode, pois os bens morais são intransferíveis. Assim, a punição é permissível porque atua como um meio de negar esses bens morais perdidos aos malfetores (McDERMOTT, 2001, p. 411). Em outras palavras, se, por exemplo, o carro de Paulo é roubado, Paulo não apenas sofre a perda de seu carro, ele sofre a perda de seu direito à propriedade própria (que foi violado quando seu carro foi roubado). Portanto, embora o ladrão de carros possa devolver o carro a Paulo e restaurar sua perda material, o ladrão ainda deve a Paulo o bem moral que ele tirou dele ao roubar seu carro. Assim, o uso de punição é permissível porque garante que o ladrão pague sua dívida moral.

Cumpre destacar a crítica feita por Boonin nesse ponto arguindo que a punição não é a única forma de restaurar os bens morais perdidos da vítima. É difícil ver como punir o ofensor fará alguma coisa para devolver a ele os bens morais da vítima (BOONIN, 2008, p. 151). Ele entende que os direitos da vítima ainda foram violados e punir o ofensor não irá restaurá-los. Além disso, entende que desrespeita as vítimas ao simplesmente supor que o que elas desejam, para o restabelecimento de seu bem-estar ou para o restabelecimento de seus bens morais, é que o ofensor seja punido. Concluindo, assim, que a maior falha é não considerar que pode haver maneiras de realmente devolver (ou pelo menos tentar devolver) os bens morais das vítimas de volta a elas, em vez de simplesmente retirá-los do ofensor.

De fato, o retributivismo, em geral, se concentra mais em tirar do ofensor do que em retribuir à vítima. O relato retributivista baseado no merecimento tem a ver com nossa atitude em relação aos ofensores – sobre nosso instinto de querer puni-los. Não considera, no entanto, nossos instintos de querer ajudar as vítimas. Além disso, concentra-se na visão da sociedade sobre o infrator, mas não leva em consideração o que a vítima do crime deseja (ou precisa) que seja feito nessa situação para que seu bem-estar seja restaurado. Ou seja, talvez do ponto de vista de quem está de fora, pode surgir a inclinação de querer punir alguém que vandalizou uma casa. No entanto, talvez tudo o que o dono da casa queira é que o vândalo repinte sua casa, ou talvez ele só queira que o vândalo se desculpe e explique por que ele vandalizou sua casa. Assim, o relato baseado no merecimento se concentra mais na perspectiva daqueles que não estão envolvidos na situação e menos na perspectiva daqueles diretamente afetados por ela. Ou seja, muitas vezes se concentra em retirar os direitos dos infratores, em vez de restaurar o bem-estar da vítima depois que seus direitos foram violados. Deve ser reconhecido que, ao punir o ofensor que perdeu

seus direitos, a violação dos direitos da vítima (e o dano associado a ela) não desaparece simplesmente. Assim, o retributivismo considera as vítimas não no sentido de cuidar da restauração de seu bem-estar, mas apenas na medida em que fornece à teoria uma razão pela qual o ofensor incorre em uma espécie de dívida, justificando assim puni-lo. Ou seja, o foco está no ofensor e não na vítima. Dessa forma, ao decidir em nome das vítimas qual será o melhor curso de ação para a restauração de seu bem-estar, a teoria pode vir a falhar em restaurar verdadeiramente seu bem-estar. Uma vez que o bem-estar das vítimas deve estar entre as maiores prioridades ao lidar com as consequências da atividade criminosa, esta defesa (e qualquer outra defesa de punição que desconsidere a restauração do bem-estar das vítimas) falha.

2.9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos fundamentos aqui demonstrados, conclui-se que os retributivistas partem de alguns pressupostos – o homem possui livre arbítrio, conhece as regras que deve respeitar, poderia tê-las obedecido – mas escolhe de livre e espontânea vontade transgredi-las, cometendo assim um ilícito. A quebra deste pacto social gera ao Estado o direito de punir, retribuindo ao infrator o mal causado.

A pena é, assim, um castigo, proporcional ao delito, que um membro da sociedade tem que sofrer por infringir as regras legais e causar dano à coletividade. A punição nada mais é do que a retribuição do Estado pela infração praticada.

O objetivo justificador é única e exclusivamente a retribuição ao crime cometido, outras possíveis funções da pena, tais como a prevenção, a dissuasão, a incapacidade, etc. não têm qualquer importância para esta teoria. Diante deste único fim, a punição deve ser aplicada mesmo quando o culpado não tenha mais condições de reincidir ou a prevenção não possa ser atingida. Afinal, seu único intuito é punir o infrator, ou melhor, retribuir o mal imerecido pelo mal merecido, fazendo com que o criminoso usufrua as consequências de sua ação. A pena é, então, somente uma representação da justiça, sem qualquer outra finalidade senão a de ser um fim em si mesma.

Ocorre que não podemos isolar uma ação de suas inúmeras consequências; ao ser aplicada uma pena em retribuição a um ilícito cometido, invariavelmente a sociedade observará o exemplo de que todo aquele que infringir suas normas receberá uma punição, o que gera a prevenção de crimes. Não há prevenção sem a prévia definição de que todo

aquele que cometer um delito será penalizado, ou melhor, o caráter preventivo é consequência da retribuição, da certeza de que toda atitude delitativa sofrerá uma punição.

Em resposta às três perguntas colocadas na introdução, a saber, “O que justifica a prática geral da punição?”, “A quem pode a punição ser aplicada?” e “Como nós podemos punir?” –, a teoria retributiva defende que o que justifica a prática geral da punição é a retribuição, ou seja, é a devolução ao criminoso de um mal justo previsto legalmente pelo mal injusto cometido pelo infrator. Como o pressuposto da pena é a existência de um delito, só será permitido punir aquele que infringir à lei, sendo, portanto, inadmissível a punição de um inocente. A pena, por sua vez, deverá atender, tanto em relação a sua quantidade como a sua qualidade, ao princípio da proporcionalidade, não se aceitando, assim, penas proporcionalmente grandes.

3 O CRIME E A PUNIÇÃO NA TEORIA PREVENTIVA

Neste capítulo trataremos da questão do preventivismo, no que concerne à punição, no sentido de que a justificação da pena se dá através da prevenção. Esta, por sua vez, pode ser geral ou específica. A face geral da prevenção se revela no incentivo à sociedade em obedecer à legislação, utilizando o exemplo do que lhe aconteceria se praticasse a mesma conduta delitativa. Se traduz, assim, na dissuasão através do desaconselhamento da prática criminosa à toda sociedade, sem exceção. A face específica pode ser sintetizada no desestímulo da reincidência, ou seja, em buscar a abstenção do infrator da prática de novos delitos. Ela é voltada exclusivamente ao réu e tem como meta a sua incapacitação.

A prevenção geral como objetivo da punição, coloca a penalidade do criminoso como um exemplo do que sucede a todo aquele que infringir aquela regra de conduta, a pena, assim deve ter um caráter público, servindo de exemplo para toda a sociedade, não se admitindo punição em segredo.

Essa dupla face pode ser verificada na tentativa de redução da criminalidade através da incapacitação e da dissuasão. Acredita-se que quanto mais dura a pena e por mais tempo os infratores estiverem encarcerados, mais incapacitados estarão para a prática delitativa, afinal enquanto permanecem na prisão os transgressores não cometem novos delitos. E essa é uma grande diferença em relação à teoria retributivista.

3.1 PREVENTIVISMO

Segundo o princípio da utilidade, o alvo da justificação da pena é o futuro, é a prevenção de novas infrações. Assim, a pena não é um fim em si mesma, nem reflete uma ideia abstrata de justiça, como defende a teoria retributivista ao almejar punir o infrator, pois ele o merece. A utilidade da punição se verifica ao produzir a maior felicidade ao maior número de pessoas e a sua justificação baseia-se na prevenção de um mal maior: o crime.

A punição só é justificável e proveitosa se evitar um dano maior, não devendo ser aplicada, portanto, quando o motivo não for útil. Os objetivos da pena são: frustrar o crime; convencer o infrator a cometer uma infração menos danosa, na hipótese de não

haver meios de se impedir o crime; persuadir o infrator, já decidido a cometer um delito determinado, a provocar o mínimo de dano; impedir o dano com o menor custo.

A base de sua teoria afirma que o castigo não é um fim em si mesmo, que somente pune o infrator pela prática do crime, mas, em verdade, ele é um meio de se obter a prevenção de outros delitos. Desta forma, quando o estado impõe uma pena toda a sociedade observa o castigo do réu como um espelho do que lhe sobreviria se praticasse a mesma ação delitiva.

A pena possui, assim, uma dupla finalidade: prevenir o crime e dissuadir o criminoso. A dissuasão através da ameaça da pena tenta contra motivar o infrator a cometer o delito. Para tanto, apesar de reconhecer que a punição possui uma face maléfica ao infringir direitos do ser humano, defende-se que, para convencer o agente a desistir da ação delitiva, a pena deve ser severa. Na hipótese da dissuasão e da prevenção falharem, sendo o crime executado, ressalta-se a necessidade de se evitar a sua reincidência, inabilitando, reformando ou amedrontando o infrator.

3.2 O UTILITARISMO DE BENTHAM

Além de filósofo, Jeremy Bentham era também jurista e, como tal, idealizou uma legislação que controlasse o comportamento humano baseada em um princípio ético, qual seja, o princípio da utilidade. Para ele, um dos maiores defensores da teoria utilitarista, a finalidade moral das ações é alcançar a felicidade do maior número de pessoas. Por conseguinte, o utilitarismo afirma a existência de apenas um único bem, a felicidade, e um único mal, a dor.

Ética, para o utilitarismo, seria a arte de guiar as ações humanas com o intuito de produzir a maior quantidade possível de felicidade:

[...] II. – Em sentido amplo, a ética pode definir-se como a arte de dirigir as ações do homem para a produção da maior quantidade possível de felicidade em benefício daqueles cujos interesses estão em jogo.

III. – Quais são, porém, as ações que o homem pode dirigir? Serão necessariamente ou as suas próprias ações ou as de outros agentes. A ética, enquanto arte de dirigir as próprias ações do homem, pode ser denominada a arte do autogoverno, ou seja, a ética privada (BENTHAM, 1974, p. 69).

O utilitarismo de Bentham nasceu de suas críticas ao direito natural, especialmente no tocante à obrigação dos súditos em obedecer às ordens do monarca, mesmo na hipótese

em que este não adimplisse com suas obrigações. Bentham questiona essa obrigatoriedade de obediência e a condiciona aos casos em que contribuiria para a felicidade geral, sobrepondo, assim, o utilitarismo ao direito natural.

Este filósofo não desenvolve seu estudo sob a ótica da ética privada, ou seja, o comportamento individual que transmite apenas o prazer pessoal não é o foco de suas anotações. Sua busca baseia-se na felicidade geral através da legislação ou governo fundamentado por normas, que seria o equivalente social da ética privada, sendo a arte de governar denominada geralmente legislação.

Como jurista, Bentham tentou aplicar a filosofia moral ao direito, especialmente à punição. Para ele, o direito deveria ser reformado como um todo, mas suas atenções se voltaram especialmente ao direito penal. Seu livro mais famoso, *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*, foi idealizado para ser uma introdução a um projeto de Código Penal.

Tendo em vista sua formação acadêmica em Direito, o utilitarismo de Bentham tem um aspecto peculiar: ele aplica o principal princípio utilitarista, qual seja, o da utilidade em seus estudos sobre as normas legais, em especial acerca da justificação da punição. Para ele, uma alternativa de maximizar a felicidade é impedir as condutas humanas que causam dor, tipificando-as como crime e criando punições na tentativa de desencorajar a prática do delito.

Como os utilitaristas consideram bom tudo aquilo que é útil para o maior número possível de pessoas, o princípio da utilidade assume o papel de fundamento da moralidade, transformando toda ação útil em legítima. A Teoria da Pena elaborada por Bentham fundamenta-se, portanto, no princípio utilitarista de maximização da felicidade. Para ele, o princípio da utilidade deve ser a base da construção legislativa no âmbito do Direito Penal, uma vez que o objetivo do Estado é utilizar a punição para desestimular ações que maximizam o sofrimento. Assim, “segundo o princípio de utilidade, as penas legais são males, que devem recair acompanhados de formalidades jurídicas sobre indivíduos convencidos de terem feito algum ato prejudicial, proibido pela lei, e com o fim de se prevenirem semelhantes ações para o futuro” (BENTHAM, 2002, p. 20).

Diante disso, ele sintetiza afirmando que a justificação da pena se revela no princípio da utilidade, ou seja, “o que justifica o castigo, é a sua maior utilidade, ou, para melhor dizer, a sua necessidade. Todo o delinquente é inimigo público; e como podem os

inimigos consentir em serem desarmados, e reduzidos a estado de não fazerem mal?” (BENTHAM, 2002, p. 20).

Para ele, a pena tem que ter uma finalidade essencial, que é prevenir novas infrações; considera, ainda, que na maioria das vezes é impossível reparar o infortúnio causado pelo delito, mas é possível retirar o desejo de fazer o mal, pois o mal da pena pode ser maior que o ganho do crime.

A punição necessita de satisfatórias razões para sua existência, sendo indispensável que a penalidade proporcione um benefício, prazer ou diminuição de dor maior à comunidade do que o sofrimento gerado pela sua aplicação.

A respeito da punição, enfatiza Bentham (1974, p. 66): “como temos visto, o escopo geral de todas as leis é evitar o prejuízo, isto é, quando valer a pena [...]”. Assim, a punição, ao ser criada ou aplicada, deve atender à ética consequencialista, visando satisfazer seu princípio básico: princípio da utilidade ou da maior felicidade, maximizando imparcialmente a felicidade para o maior número. A penalidade deve ser, portanto, voltada para o futuro, ter uma utilidade preventiva; ou seja, não deve ser um fim em si mesmo, ancorado em uma ideia abstrata de “justiça”, conforme propunha a teoria retribucionista ou absoluta da pena (BENTHAM, 2002).

O ser humano é encarado como um ser racional que calcula os prazeres e os dissabores que o delito pode produzir. O motivo do crime seria a tentação de obter alguma vantagem. Em uma equação lógica, basta, assim, que o mal da pena, incluindo todos os inconvenientes que traz, ultrapasse essa vantagem para que o efeito dissuasório se produza (BENTHAM, 2002).

No que diz respeito à punição, Winfried Hassemer explica que, segundo a Teoria da Prevenção Geral Positiva, a aplicação da pena serve para impor a todos uma ordem jurídica geral, reafirmar as normas, proteger os bens jurídicos mais relevantes e reabilitar normativamente a vítima, a fim de que possamos viver em comunidade (HASSEMER, 2007).

Segundo Ingram (2010), o utilitarismo de Jeremy Bentham ressalta que o castigo é útil, pois produz maior prazer ao maior número de pessoas, e a razão por que devemos infligir esse mal aos criminosos condenados não é porque o merecem, mas porque isso evita um mal maior: o crime. Esta teoria, ao analisar uma ação apenas por suas consequências benéficas, fere a ideia de justiça, admitindo a punição de inocentes quando causar prazer ao maior número de pessoas ou for o menor entre dois males.

Ao escrever sobre punição, Bentham (2002) ressalta que o criminoso é membro da sociedade como qualquer outra pessoa e que o seu bem é o bem de todos, assim como o seu mal é o mal de todos. Enfatiza, ainda, que essa verdade não pode ser esquecida e que mesmo nos casos em que os interesses do infrator são sacrificados pelo interesse geral, ele mantém seus direitos – tudo isso em nome da moralidade da justiça.

Bitencourt (2016, p. 87) afirma que Bentham “aceitava a necessidade de que o castigo fosse um mal, mas como um meio para prevenir danos maiores à sociedade. Já não se tratava de que a pena constituísse um mal desprovido de finalidades” e que “foi um avanço importante na racionalização da doutrina penal o fato de Bentham insistir que a função da pena não era a vingança do fato criminoso praticado, mas a prevenção da prática de novos fatos” (BITENCOURT 2004, p. 48).

Bentham traz a ética ao campo do direito penal ao estabelecer que a criminalização de uma conduta e a quantidade de punição devem ser mensuradas por um cálculo matemático dos prazeres e das dores derivantes de cada ato. Para ele, “a tendência geral de um ato é mais pernicioso ou menos pernicioso, de acordo com a soma total das suas consequências, isto é, conforme a diferença entre a soma das consequências boas e a soma das consequências funestas” (sic) (BENTHAM, 1974, p. 25).

Para o autor, existe uma proporcionalidade matemática entre a punição de uma conduta humana e o grau que esta ação irá intervir na felicidade ou na dor da sociedade:

A parte da missão de governo que consiste em punir constitui mais particularmente o objeto da lei penal. A obrigatoriedade ou necessidade de punir uma ação é proporcional à medida em que tal ação tende a perturbar a felicidade e à medida em que a tendência do referido ato é pernicioso. Ora, a felicidade consiste naquilo que já vimos, ou seja, em desfrutar prazeres e estar isento de dores (BENTHAM, 1974, p. 25).

Acerca da ligação entre utilitarismo benthamiano e o Poder Legislativo, Freitas leciona que a atividade legislativa poderá ser usada para facilitar a cooperação entre os indivíduos na busca da felicidade global:

A primeira lei de natureza, para Bentham, consistiria em buscar o prazer e evitar a dor, sendo necessário para alcançar tal escopo que a felicidade pessoal fosse alcançada pela felicidade alheia. [...] *A solução para encontrar a cooperação entre os homens, ele a aponta na e identificação de interesses, factível através da atividade legislativa do governo.* (sic) (FREITAS, 1986, p. 44, grifo nosso).

O utilitarismo defendido por Bentham prescreve que a função do legislador é, utilizando sua compreensão acerca da natureza humana, elaborar a legislação de forma a garantir a maximização da felicidade e a minimização do sofrimento do maior número de pessoas. Muitas vezes poderá valer-se da comparação de duas ações escolhendo aquela à qual poderá gerar um resultado positivo superior de prazer. É necessário, portanto, estruturar a legislação penal de forma a consagrar o princípio da utilidade e cumprir a missão dos governantes, que consiste em promover a felicidade da sociedade, punindo e recompensando (BENTHAM, 1974).

Acerca dos objetivos do legislador, Bentham considera que:

[...] a felicidade dos indivíduos de que se compõe uma comunidade — isto é, os seus prazeres e a sua segurança — constitui o objetivo, o único objetivo que o legislador deve ter em vista, a única norma em conformidade com a qual todo indivíduo deveria, na medida em que depende do legislador, ser *obrigado* a pautar o seu comportamento (BENTHAM, 1974, p. 19).

No prefácio do livro *Teoria das Penas*, ele discorre mais detalhadamente acerca do dever do Estado e do legislador ao elaborar uma lei penal:

Um bom Legislador deve cuidar mais em prevenir os crimes, do que em despigar a Justiça, máxima trivial no dia de hoje, mas que não deve ficar em palavras, já que temos a fortuna de viver debaixo de um Governo Constitucional; para que se não diga que as leis humanas não têm senão escravos, porque não tem senão suplícios. Os tiranos gostam de sangue, nem se podem sustentar senão pela força, *ultima ratio regum*, um bom Governo e imagem de um pai, que não mortifica, nem desterra seus filhos, senão depois de esgotar todos os meios de os poder emendar. Facilitai os meios de cada um poder ganhar a sua vida, desterrai a ociosidade, e os delitos serão menos, educai a mocidade; na boa educação e na paz e felicidade das famílias estão as sementes da felicidade geral (BENTHAM, 2002, p. 13).

O ato de obediência à legislação, além de evitar o mal à sociedade, traz outra consequência benéfica, qual seja, a felicidade por não sofrer punição.

A tipificação de condutas humanas como crime permite que o Estado mantenha a ordem na sociedade, desestimulando a prática lesiva e evitando o sofrimento. Sobre o tema, Bentham afirma:

Bem sei que para maior parte dos homens não há senão o medo; mas devemos ter em vista, dizia Pastoret, que Deus é o único Juiz, e vingador do pecado, e que se as leis humanas castigam é só com o fim de restabelecer a ordem social. (BENTHAM, 2002, p. 13).

A pena é a maneira pela qual o Estado aplica suas regras abstratas a um caso real, tendo como destinatário toda pessoa que desrespeitar a lei. Assim, “[...] não podemos conceber um só direito, nem do Governo, nem dos particulares que possa existir sem o direito de castigar: a pena é a sanção de todos os outros” (BENTHAM, 2002, p. 20).

Pode-se dizer que uma pena é preventiva quando visa reduzir a incidência de condutas criminosas, utilizando a punição do infrator como meio de ressaltar o poder do Estado e alertar à sociedade que será punido todo cidadão que, possuindo uma pretensão criminosa, não obedecer aos padrões de conduta determinados pela lei. Ao escrever sobre o assunto, Francesco Carnelutti ressalta:

Dizem, facilmente, que a pena não serve somente para a redenção do culpado, mas também para a advertência dos outros, que poderiam ser tentados a delinquir e por isso deve os assustar; e não é este um discurso que deva se tomar por chacota; pois ao menos deriva dele a conhecida contradição entre função repressiva e a função preventiva da pena: o que a pena deve ser para ajudar o culpado não é o que deve ser para ajudar os outros; e não há, entre esses dois aspectos do instituto, possibilidade de conciliação (CARNELUTTI, 2006, p. 103).

Carnelutti (2006) valoriza de tal maneira o caráter exemplificativo da pena que destaca a importância do infrator permanecer na prisão, mesmo estando recuperado da sua natureza criminosa, apenas para servir de ensinamento aos demais:

O mínimo que se pode concluir dele é que o condenado, o qual, ainda tendo caído redimido antes do término fixado para a condenação, continua em prisão porque deve servir de exemplo aos outros, é submetido a um sacrifício por interesse alheio; este se encontra na mesma linha que o inocente, sujeito a condenação por um daqueles erros judiciais que nenhum esforço humano jamais conseguirá eliminar. Bastaria para não assumir diante da massa dos condenados aquele ar de superioridade que infelizmente, mais ou menos, o orgulho, tão profundamente aninhado ou mais íntimo de nossa alma, inspira a cada um de nós, ninguém verdadeiramente sabe, no meio deles, quem é ou não é culpado e quem continua ou não sendo (CARNELUTTI, 2006, p. 103).

Sobre o tema, o jurista Luiz Regis Prado relata que:

Em síntese: a justificativa da pena envolve a prevenção geral e especial, bem como a reafirmação da ordem jurídica, sem exclusivismos. Não importa exatamente a ordem de sucessão ou de importância. O que se deve ficar patente é que a pena é uma necessidade social – ultima ratio legis, mas também indispensável para a real proteção de bens jurídicos, missão primordial do Direito Penal. De igual modo, deve ser a pena, sobretudo em um Estado constitucional e democrático, sempre justa, inarredavelmente adstrita à culpabilidade (princípio e categoria dogmática) do autor do fato punível. [...] O que resta claramente evidenciado numa análise sobre a teoria da pena é que sua essência não pode ser reduzida a um único ponto de vista, com exclusão

pura e simples dos outros, ou seja, seu fundamento contém realidade altamente complexa (PRADO, 2005, p. 567).

Ao lecionar sobre a pena, Bentham ressalta a importância de inabilitar, reformar ou amedrontar o criminoso, impedindo sua reincidência:

Relativamente ao réu, já sabemos que a pena encerra três objetos: inabilitação, reforma, acanhamento para cometer o crime com medo da lei. Se o delito é de natureza que inspira grande terror, porque denota no animo de seu autor uma disposição mui depravada, é preciso tirar-lhe o poder de reincidir; mas se é menor, bastará aplicar-lhe uma pena de passagem: mas esta pena em todo o caso deve ter qualidade; próprias para reformar e assustar o réu depois que sai da prisão. (sic) (BENTHAM, 2002, p. 24).

Apesar de Bentham entender que o crime, por ter ocorrido no passado, não afeta mais que um indivíduo, não podemos olvidar que tanto a prática de um crime como a punição do infrator atingem direta ou indiretamente três grupos distintos – a sociedade, o criminoso e a vítima – e que, dependendo do sujeito da relação, a pena terá uma finalidade diferente.

Dois efeitos importantes da punição são: a reparação à vítima e o sofrimento do infrator. A dor causada ao transgressor da lei serve de exemplo, prevenindo, de um modo geral, a prática de delitos tanto pelo criminoso, como pelo restante da sociedade. No tocante ao ressarcimento da vítima, Bentham declara que “tendo precavido os crimes, ainda resta ao magistrado reparar do modo possível o estrago que tem feito, concedendo à parte lesada uma satisfação, quero dizer, um bem, que possa ressarcir a injúria que sofreu” (sic) (BENTHAM, 2002, p. 24). Acerca desse duplo efeito, ele ainda ressalta que:

Essa desforra, cimentada sobre motivos que se acham desenvolvidos no segundo “Tratado da Legislação”, parece que não pertence ao réu, por isso que se aplica uma diferente pessoa; e até mesmo á primeira vista ninguém dirá que tem alguma relação com ele: mas esses dois fins tem um enlace real verdadeiro. Há penas que tem dois efeitos: uma reparação feita à parte Lesada, e um padecimento proporcionado, que se aplica ao réu; de sorte que por uma só e mesma operação, preenchem dois fins no mesmo tempo. Neste caso estão as penas pecuniárias; qualidade eminente, quando se guardam limites (sic) (BENTHAM, 2002, p. 24).

Um ato que causa prejuízo deve ser, além de ressarcido, combatido de forma que não volte a acontecer em nome da felicidade da sociedade. Desta forma, “quando acontece um ato nocivo, um delito, dois pensamentos se devem oferecer ao espírito do legislador ou do magistrado: o modo de prevenir o crime para que não torne a acontecer, e o meio

de reparar quanto for possível o mal, que tem causado” (BENTHAM, 2002, p. 22-23).

O caráter preventivo possui uma face específica que seria abster o infrator da prática de novos delitos, e uma geral, ao incentivar o restante da sociedade a obedecer às leis penais através do exemplo do que lhe sucederia se cometesse a mesma infração. Assim, “[...] a pena aplicada a um indivíduo é o modo de conservar o todo” (BENTHAM, 2002, p. 24), ou em outras palavras:

O modo geral de prevenir os crimes é declarar a pena que lhe corresponde, e fazê-la executar, o que, na acepção geral e verdadeira serve de exemplo. O castigo em que o réu padece é um painel em que todo homem pode ver o retrato do que lhe teria acontecido, se infelizmente incorresse no mesmo crime. Este é o fim principal das penas, é o escudo com que elas se defendem. Considerando o delito que passou na razão de um fato isolado, que não toma a aparecer, a pena teria sido inútil; seria ajuntar um mal a outro mal; mas quando se observa que um delito impune deixaria o caminho livre não só ao réu, mas a todos os mais que tivessem os mesmos motivos e ocasiões para se abalancharem ao crime [...] A pena, que em si mesma não tem valia a pena, que repugna a todos os sentimentos generosos, sobe até emparelhar com os mais altos benefícios, quando a podemos encarar, não como um ato de raiva ou de vingança contra um criminoso ou desgraçado, que se rende a uma inclinação funesta, mas como um sacrifício indispensável para a salvação de todos (sic) (BENTHAM, 2002, p. 23-24).

O caráter preventivo da pena não se relaciona apenas com o desestímulo da reincidência, mas, sobretudo, desaconselha toda a sociedade da prática do ato ilegal:

O perigo imediato vem do criminoso; este é o primeiro objeto, a que se deve acudir, mas ainda resta o perigo de que outro qualquer, com os mesmos motivos e com a mesma facilidade, não venha a fazer o mesmo. Sendo isto assim, há dois modos de atalhar o perigo: um particular que se aplica ao réu; e outro geral que se aplica a todos os membros da sociedade sem exceção (BENTHAM, 2002, p. 23).

O jurista alemão Franz Von Liszt coaduna com este entendimento:

O fato de que a pena produz toda uma série de efeitos reflexos, como me ocorre chamá-los, é óbvio, porém carece de importância suficiente para invalidar nossa classificação. Somente resta mencionar, ademais, a importância da ameaça penal, aquele que, como exortação e intimidação, reforça motivos que devem fazer desistir da perpetração de delitos. Não devemos perder de vista este efeito, mas no momento, teremos de deixá-lo de lado. Pois não se trata para nós dos imperativos estatais, mas de pena estatal, da qual a ameaça da pena somente é um imperativo agravado (LISZT, 2005, p. 56).

A punição tem assim, como objetivo, a prevenção da prática de novos crimes: “o modo geral de prevenir os crimes é declarar a pena que lhe corresponde, e fazê-la executar, o que, na acepção geral e verdadeira serve de exemplo” (BENTHAM, 2002, p.

23). Além disso, “a pena deve fazer-se respeitar em um grau maior do que o crime se faz apetecível” (BENTHAM, 2002, p. 28).

Ao escrever sobre a dupla face da pena, Bentham assevera que “[...] todas as vezes que a pena não consegue o seu fim, é um dobrado mal: para o público, por isso que deixa cometer o crime, que devia obstar; e para o réu, porque o vem a castigar sem tirar utilidade” (BENTHAM, 2002, p. 29). Conclui-se, portanto, que o papel da punição na redução da criminalidade assume, em geral, duas formas principais: incapacitação e dissuasão.

A finalidade da pena depende do ponto de vista em que é observada, podendo ser da sociedade, da vítima ou do infrator. Em relação à sociedade, seu objetivo é a prevenção geral. Bentham considera tão importante que a punição sirva de exemplo para a sociedade que rechaça a ideia de punição em segredo:

E verdade que necessitamos lançar mão de penas reais mas a principal razão é para servirem de exemplo: a realidade da pena é necessária; porque sem esta realidade não podemos ter a aparência, que na imposição das penas deve ser o nosso fim essencial: todo o mal que não aparece, fica perdido; logo, é preciso que o mal real seja o menor, e o mal aparente o maior possíveis. Se castigar um homem em estátua pudesse dar de si a mesma impressão de terror, seria um desatino, e até crueldade enforcar um homem. Se os réus fossem constantemente castigados em segredo, é uma verdade inegável que, à exceção da vantagem accidental que poderia resultar de se emendar este ou aquele, ou de ficar com as mãos presas para não fazer mal, a aplicação das penas teria sido inútil: a pena real neste caso era tudo; o castigo aparente coisa nenhuma; cairia de repente sobre os homens como um mal imprevisto; não se teria apresentado ao seu espírito para o afastar da ação criminosa; não serviria de exemplo a ninguém (sic) (BENTHAM, 2002, p.26).

Bentham considera que a pena tem um aspecto formal e lúgubre e que a crueldade deveria ser aparente. O autor não aceita, assim, as penas cruéis, pois não considera a dor como um fim em si mesma. A solução encontrada foi a aparência de crueldade, o que impressionaria a sociedade e ao mesmo tempo não causaria sofrimento extremo ao infrator. O autor não demonstra simpatia às penas cruéis como a de morte, considerando-as uma perda ou desperdício, pois a força e a riqueza de uma nação estão alicerçadas no número de homens que possui. Sua visão das mutilações não é diferente: um homem mutilado se torna um incapaz para o trabalho e, conseqüentemente, um peso para a sociedade, aumentando os custos do Estado ou, quando abandonado, da caridade pública.

Muitos doutrinadores acreditam que o que amedronta realmente o infrator, mais do que a rigorosidade da punição, é a certeza da sua aplicação. No momento do crime, o criminoso não pensaria no rigor da punição, mas na probabilidade de ser flagrado ou de

não ser punido. Uma pena que fosse extremamente rigorosa, mas sem aplicabilidade, só serviria para suavizar e não fortificar o sistema penal. Assim, o denominado modelo neoclássico dissuasório vislumbra na eficácia do sistema penal, e não na sua rigidez, a grande saída para o combate da criminalidade (GARRIDO; STANGELAND; REDONDO, 2001). Sobre o tema, Bentham esclarece que:

A punição, mesmo em suas formas mais repulsivas, perde seu caráter odioso quando existe a *certeza* de que ela será aplicada: quando sabe que ela é certa, nem mesmo o mais duro facínora vai querer se expor à possibilidade de sua aplicação. Se um exemplo for necessário, pense no meio utilizado pela tão admirada lei da Inglaterra, em um de seus ramos mais admiráveis — meio que funciona não com os criminosos, mas com a classe dos juízes. Qual é esse meio, se não a morte? E não a morte comum, mas a morte como o resultado necessário, mas lento, de uma longa tortura. E, contudo, que reprovação mereceu essa lei? Quando foi ela, alguma vez, acusada de crueldade? (BENTHAM, 2002, p. 35).

Outra vertente principal do pensamento utilitarista sobre a punição é a possibilidade de reabilitação do criminoso. É a ideia de ver a pena como uma terapia por meio da qual os infratores seriam reeducados e modificados de forma que se tornem membros plenos e úteis da sociedade.

Bentham repudia as penas infamantes, pois considera que estas diminuíam consideravelmente a probabilidade de reabilitação. Como limite da retribuição, Bentham considera que a pena é um mal que não deve extrapolar o dano produzido pela infração: assim, a pena pode ser má apenas para evitar um sofrimento maior a toda sociedade, ou seja, a maldade da pena tem uma finalidade. A punição é um mal lucrativo e justificável se e apenas se evitar um mal maior, sendo dispensada nos casos em que o motivo não for plausível ou não for útil, ou for muito oneroso ou ineficaz, racionalizando o poder persecutório do Estado:

O mal que produzem os castigos, *é uma despesa que faz o Estado com intenção de lucrar: este lucro é prevenir os crimes*: nesta operação não há mais que somar o ganho e diminuir a perda: donde se segue que abater a despesa ou acrescentar a receita, é tender igualmente para a utilidade geral (BENTHAM, 2002, p. 25, grifo nosso).

Para ele, uma pena é econômica quando atinge o efeito pretendido aplicando a menor dor possível; e será onerosa quando o efeito maléfico for maior que o benéfico, ou nos casos em que se poderia alcançar o mesmo fim com menos dor.

Bentham esclarece que apesar de todos saberem o que significa a pena ou o castigo, é importante conceituá-lo para que possamos definir o que não pode ser inserido na sua definição. Para ele, o conceito de castigar é:

Castigar: no sentido mais vulgar é impor o mal a uma pessoa com intenção direta relativamente ao mal, em razão de alguma ação que parece que se fez ou que se deixou de fazer. Não passemos a diante sem esclarecer primeiro a definição que temos dado. A intenção direta, relativamente ao mal, que se impõe é essencial. Se faço o mal a um sujeito sem intenção de lhe fazer, é um mero acaso: se lhe fiz para o salvar de algum perigo, ou para me salvar, ou por outro motivo que nada tem com prejuízo que sente, um semelhante ato não se pode chamar castigo (BENTHAM, 2002, p. 17).

A pena deve desestimular a prática da infração penal e para isso deve impor um prejuízo proporcional ao lucro obtido com o crime. Dessa forma, as penas não devem somente punir o indivíduo pela infração exercida, sendo necessário que tenha uma abordagem mais humanizada e previna a prática de outros delitos. O autor considera, portanto, a Justiça retributiva um mal que gera infelicidade, não satisfazendo os anseios da coletividade. Para ele, a punição só poderia ser aplicada se trouxesse consequências favoráveis, suprimindo o dano.

Partindo da premissa de que a finalidade da pena é a prevenção geral, a lei, ao estabelecer uma punição para quem executasse determinada ação, estaria evitando que o ato prejudicial à felicidade geral fosse praticado. Vejamos:

I – O objetivo geral que caracteriza todas as leis – ou que deveria caracterizá-las – consiste aumentar a felicidade global da coletividade; portanto, visam elas em primeiro lugar a excluir, na medida do possível, tudo o que tende a diminuir tal felicidade, ou seja, tudo que é pernicioso.

II – Acontece, porém, que *toda punição constitui um ato pernicioso; toda punição constitui, em si mesma, um mal*. Por conseguinte, com base no princípio da utilidade – se tal princípio tiver que ser admitido –, uma punição só pode ser admitida na medida em que abre chances no sentido de evitar um mal maior (BENTHAM, 1974, p. 65, grifo nosso).

Considerando os castigos e as recompensas previstos na legislação como um ato bipolar, ruim em sua essência, mas que incentiva o homem a obedecer às leis, ampliando a felicidade de toda sociedade, Bentham (1974, p. 66) argumenta que não deveria haver punição nos casos em que:

- a) não houvesse motivo para punir, pois não sendo o ato nocivo, não haveria dano a se esquivar;
- b) quando a punição fosse ineficaz, não impedindo o dano;

- c) quando a pena fosse inútil ou muito onerosa a ponto de o dano causado pela pena ser maior que o dano a se evitar;
- d) quando a pena for supérflua, ou seja, o dano pode ser poupado sem a punição ou por um preço menor.

Apesar de considerar má toda forma de punição por ferir o direito à liberdade, à propriedade e, em muitos casos, à vida, defende que a pena tem que ser extremamente severa a ponto de, ao efetuar o cálculo utilitarista, convencer o agente a desistir da conduta criminosa. Para ele, os objetivos da pena são:

- a) evitar o crime;
- b) induzir o criminoso a praticar um delito menos ofensivo, mas que também atenda a seus anseios, quando for impossível impedir totalmente a prática do delito;
- c) induzir o criminoso, já decidido pela prática de um crime específico, a causar o mínimo de prejuízo possível;
- d) evitar o prejuízo com o menor custo possível (BENTHAM, 1974, p. 66).

Ainda sobre o cálculo utilitarista efetuado pelo ser humano antes da prática de um crime, Bentham entende que só poderá falar-se em prevenção da infração nas hipóteses em que o valor da punição é superior à soma do prazer obtido com a prática do ato ilegal:

Todo homem se governa nas suas ações por um cálculo bem ou mal feito, sobre prazeres e penas, ainda mesmo o que não é capaz de uma reflexão apurada, lembra-se, por exemplo de que a pena vai ser a consequência de uma ação que lhe agrada, esta ideia faz um certo abalo em seu espírito para o retirar do prazer. Se o valor total da pena lhe parece maior, se pesa mais do que o valor total do prazer, é natural que a força que o afasta do crime venha por fim vencer, e que não tenha lugar o desatino que formava no seu pensamento (BENTHAM, 2002, p. 23).

Bentham elabora, ainda, normas para reger o estudo acerca da punição ideal para cada crime, nas quais as quatro primeiras se referem ao mínimo da punição necessária e a quinta se refere ao máximo de pena aplicável ao caso. Sob outro ângulo, destacamos que todas as seis regras estão voltadas ao legislador, porém a última possui a peculiaridade de se remeter também ao juiz. São elas:

a) “O valor ou a gravidade da punição não deve ser em nenhum caso inferior ao que for suficiente para superar o valor do benefício da ofensa ou crime” (BENTHAM, 1974, p. 66-67). Quando a punição é inferior ao benefício do crime, “a menos que outras considerações, independentes da punição, intervenham e atuem eficazmente na qualidade de motivos preservadores” (BENTHAM, 1974, p. 67), ela se torna totalmente ineficaz e sem utilidade, pois não impedirá o delito. A punição tem que superar a tentação de cometer o crime. A pena inferior à infração seria crueldade não apenas com os inocentes, por desprotegê-los, expondo-os aos malefícios da infração, mas também ao criminoso, na medida em que o puniria sem finalidade e retiraria a possibilidade de atingir o objetivo benéfico. O primeiro objetivo é, assim, evitar o crime.

b) “Quanto maior for o prejuízo derivante do crime, tanto maior será o preço que pode valer a pena pagar no caminho da punição” (BENTHAM, 1974, p. 67).

c) “Quando houver dois crimes em concorrência, a punição estabelecida para o crime maior deve ser suficiente para induzir uma pessoa a preferir o menor” (BENTHAM, 1974, p. 68). Essa regra tem como objetivo persuadir o infrator a escolher o crime menos pernicioso.

d) “A punição deve ser regulada de tal forma para cada crime particular, que para cada nova parte ou etapa do prejuízo possa haver um motivo que dissuada o criminoso de produzi-la” (BENTHAM, 1974, p. 68). Esta norma tem como alvo persuadir o infrator a causar o mínimo de prejuízo necessário para atingir seu objetivo.

e) “A punição não deve em caso algum ser maior do que for necessário para que esta seja conforme às normas aqui indicadas” (BENTHAM, 1974, p. 68). Esta regra visa impedir a prática do delito, com o menor custo possível.

f) “Para que a quantidade de punição realmente infligida a cada criminoso possa corresponder à quantidade tencionada para criminosos semelhantes em geral, é necessário sempre levar em consideração as várias circunstâncias que influenciam a sensibilidade de cada um” (BENTHAM, 1974, p. 68). Esta regra tem em mente que as pessoas reagem diferentemente no tocante à quantidade de dor, quando expostas à mesma causa. Assim, uma punição igual não trará a mesma dor para todos os envolvidos.

Em *Teoria das Penas*, esse jurista faz um paralelo diferenciando pena e delito:

[...] a diferença entre as penas e os delitos não está na sua natureza, que é e pode ser a mesma; está em que as penas são abonadas pela lei, e os delitos são

ilegítimos: estes são proibidos; as penas emanam da lei. Quanto aos seus efeitos, são diametralmente opostos: o crime produz um mal de primeira ordem, e um mal da segunda causa dano a um indivíduo que o não pode evitar, e espalha um terror mais ou menos geral: a pena causa um mal da primeira ordem, e um bem da Segunda: faz passar o criminoso por um padecimento que tem incorrido por sua vontade; e nos seus efeitos secundários transforma-se em bem, amedronta os homens perigosos, é o alento das almas inocentes, e vem a ser o único abrigo que pode manter e conservar qualquer sociedade (BENTHAM, 2002, p. 21-22).

Ainda debruçado sobre o estudo das penas e dos delitos, o autor explica a ideia de que é a proporção existente entre eles que definirá o mínimo e o máximo da pena:

Estabelecei uma proporção entre os delitos e as penas: é um dos preceitos de Montesquieu, de Beccaria e de outros muitos. Excelente máxima na verdade; mas que tem mais de aparato que de instrução, uma vez que se reduz a termos gerais; trabalho estéril enquanto não soubermos em que consiste uma tal proporção, enquanto não houverem regras que nos possam encaminhar seguramente na aplicação de certa pena a respeito de qualquer delito que se pode oferecer. As penas têm o seu *minimum*, e o seu *maximum*. Há razões para que não sejam menores, e há também razões para que não devam ser maiores: são os dois lados da questão que sempre devemos ter em vista, sem propender para um, nem para outro (BENTHAM, 2002, p. 27).

Segundo Bentham (2002, p. 23-24), só há três maneiras de se impedir a reincidência: “tirando-lhe o poder físico de fazer o mal” quando ele fica inabilitado para fazê-lo; “fazendo-lhe esfriar o desejo”, ou seja, deixando-o reformado; e “obrigando-o a ser menos afoito”, momento em que ele fica como se estivesse preso pelo medo da lei. Em suas palavras:

No primeiro caso, o homem desmandado já não pode cometer o crime, no segundo não tem a mesma vontade de o cometer, no terceiro ainda que tem desejos não se atreve. No primeiro fica inabilitado, no segundo reformado, no terceiro está como preso porque tem medo da lei. O modo geral de prevenir os crimes é declarar a pena que lhe corresponde, e fazê-la executar, o que, na acepção geral e verdadeira serve de exemplo. O castigo em que o réu padece é um painel em que todo homem pode ver o retrato do que ele teria acontecido, se infelizmente corresse mesmo crime. Este é o fim principal das penas, é o escudo com que elas se defendem. Considerando o delito que passou na razão de um fato isolado, que não torna a parecer, a pena teria sido inútil; seria ajuntar a outro mal; mas quando se observar que um delito impune deixaria o caminho livre não só ao réu. mas a todos os mais que tivessem os mesmos motivos e ocasiões para se abalçarem ao crime, logo se conhece que a pena aplicada a um indivíduo é o modo de conservar o todo. A pena, que em si mesma não tem valia a pena, que repugna a todos os sentimentos generosos, sobe até emparelhar com os mais altos benefícios, quando a podemos encarar, não como um ato de raiva ou de vingança contra um criminoso ou desgraçado, que se rende a uma inclinação funesta, mas como sacrifício dispensável para salvação de todos (sic) (BENTHAM, 2002, p. 23-24).

Neste prisma, Bentham cria uma série de regras com a finalidade de maximizar os objetivos benéficos da punição:

PRIMEIRA REGRA – “É necessário que o mal da pena seja maior que o interesse que se pode tirar do crime” (BENTHAM, 2002, p. 27). O mal da pena é considerado por este filósofo como a força que distancia o homem do delito e o interesse, seja dinheiro ou não; é a força que o leva a cometer o crime. Teríamos assim que colocar essas duas forças numa espécie de balança, e aquela que obtiver maior peso conduzirá a ação humana, tanto em relação ao criminoso como em relação ao exemplo que dará a toda sociedade:

[...] se o réu achar o interesse, que recebeu pelo seu delito maior e mais a seu jeito que o mal da pena que sofreu pelo ter cometido, é bem natural que o tome outra vez a cometer sem haver quem o sustenha: a pena, em tal caso vem a ser nula; porque o não pode atemorizar; e o povo, observando que a balança do ganho inclina a favor do criminoso, de nada lhe poderá servir o exemplo que podia tirar do castigo (BENTHAM, 2002, p. 28).

Para elucidar esta regra, o autor utiliza o exemplo abaixo:

Que conceito faríamos de um cirurgião, que para não molestar o doente deixasse o tratamento incompleto? Seria um ato de humanidade bem entendida acrescentar á doença o tormento de uma operação inútil? Logo, é necessário que a pena corresponda a todos os graus da tentação, exceto quando a mesma tentação é um sinal da inocência, ou do bom caráter do réu; porque então deve dar-se a modificação da pena, como; por exemplo, a respeito de um pai, que, para matar a fome da sua família, tivesse cometido um roubo. (sic) (BENTHAM, 2002, p. 28-29).

SEGUNDA REGRA:

Quando a ação é de natureza que oferece uma prova concludente de ser um costume inveterado, é necessário que a pena seja bem vigorosa para exercer não somente o proveito do delito individual – mas de todos os crimes do mesmo gênero que podemos supor terem sido cometidos pelo mesmo réu impunemente. (sic) (BENTHAM, 2002, p. 29).

Explicando os motivos desta regra, Bentham esclarece que:

Este cálculo conjectural, apesar de ser rigoroso, é de uma necessidade absoluta em certos casos, como em crimes fraudulentos, pesos sem estarem aferidos, medidas falsificadas, moeda falsa: se um destes que fabricam uma tal moeda não fosse punido senão pelo valor do único delito que se lhe pode provar, semelhante prática fraudulenta viria a ser, na sua totalidade de grande lucro para o réu: logo, a pena seria sem eficácia, se não contrabalançasse o ganho total, que se pode supor resultar, não de um ato particular, mas de uma série de atos do mesmo gênero (BENTHAM, 2002, p. 29).

TERCEIRA REGRA – “A pena deve exceder o interesse que se tira do crime, a ponto de compensar o que lhe falta na razão de certeza e aproximação” (BENTHAM, 2002, p. 29).

O autor explica que, para avaliar esta regra, temos que pensar em duas circunstâncias: certeza e distância. Assim, o interesse do crime é mais certo que a punição, enquanto que o criminoso considera a pena mais distante do que o proveito do delito:

O interesse do crime é, via de regra, mais certo do que costuma ser o castigo; ou, o que vem a dar no mesmo, assim parece ao réu: geralmente falando, é mais imediato; a tentação está presente, o castigo, tange: e aqui temos duas circunstâncias que tornam menos vigoroso o efeito do castigo: a sua incerteza e a distância em que o réu o considera (BENTHAM, 2002, p. 29-30).

Ideal seria que a punição contasse com a circunstância da certeza, pois exceto em casos excepcionalíssimos de paixão impetuosa – e acrescentamos ao pensamento de Bentham os casos de insanidade mental –, ninguém praticaria crime, pois encontraria como óbice a certeza de não desfrutar do lucro do delito conjuntamente com o constrangimento de ser descoberto:

Uma vez que a pena não conseguisse mais nada do que tirar simplesmente ao réu o fruto do seu crime, contanto que não falhasse, ninguém se atreveria a ser criminoso: qual seria a homem cordato que se lançaria voluntariamente a cometer um crime, com o risco certo de o não desfrutar, e com a vergonha de ser apanhado? Mas como sempre se figura possível a poder escapar, é necessário dar à pena um maior valor para contrabalançar a probabilidade de se não empregar (sic) (BENTHAM, 2002, p. 30).

Neste ponto, devemos ressaltar que a punição pode ser compreendida pela ótica de três grupos de pessoas: vítima, infrator e sociedade. Na visão do infrator, temos que o meio mais eficaz de instigá-lo a desistir da prática delitiva é a certeza da punição. A severidade da pena, apesar de importante, não tem tanta eficácia quanto a sua certeza. Nota-se que nem mesmo a pena de morte reduziu o número de crimes contra a vida, enquanto que a certeza de receber uma sanção em retribuição ao ato delitivo é o maior fator dissuasório. Ademais, após o crime a sociedade voltará sua atenção ao agir do Estado em coibi-lo ou não. A não repreensão ou a repreensão de forma inadequada conduz à sensação de impunidade e, de certa forma, incentiva a prática delitiva; já a reprimenda munida de certeza e severidade serve de exemplo e advertência de que todo ato imoral ensejará uma reação estatal, na forma de punição.

A certeza da punição é tão importante que deve ser levada em consideração no cálculo da pena:

Daqui se segue que quanto mais pudermos aumentar a certeza da pena, tanto mais lhe devemos diminuir a rigor; é este o grande interesse que resultaria de uma Legislação simplificada e de um bom sistema de ordem judicial. Pela mesma razão é necessário que a pena acompanhe o crime o mais que for possível; porque a sua impressão esmorece no espírito dos homens, logo que deixam de a ter diante dos olhos; além da grande razão de que a distancia da pena reforça a mesma incerteza, dando-lhe novas probabilidades de se não verificar (BENTHAM, 2002, p. 30).

QUARTA REGRA – “Quando concorrem dois ou mais delitos, o mais nocivo deve ficar sujeito a uma pena mais forte, para que o réu não tenha um motivo para não passar do menor” (BENTHAM, 2002, p. 30).

Bentham elucida esta regra utilizando o exemplo dos crimes de furto e homicídio, afirmando que se matar durante um furto não aumentar a pena, haverá em verdade um estímulo à prática do homicídio, pois este crime maior facilitará o anonimato do autor do menor.

QUINTA REGRA - Quanto maior é o crime, tanto mais se pode arriscar uma pena mais grave, em virtude de ser possível de se prevenir.

SEXTA REGRA – “Não se deve impor a mesma pena a todos os réus pelo mesmo delito; é necessário reparar nas circunstâncias que influem na sensibilidade” (BENTHAM, 2002, p. 32). Um exemplo clássico dessa regra utilizado por Bentham são as penas pecuniárias, nas quais um mesmo valor não surte efeito semelhante entre ricos e pobres.

3.3 O PANÓPTICO

O panóptico é um modelo circular de prisão ideal criado por Bentham, onde apenas uma pessoa vigiaria todos os detentos sem que estes percebessem se estão ou não sendo vigiados. Nos seus escritos, ele se refere à arquitetura prisional originando a ideia circular das prisões utilizadas amplamente na atualidade. Esse presídio foi pensado para conferir segurança, dominação, submissão forçada, reforma do preso e incentivo ao trabalho. O trabalho seria o meio de reforma do condenado, pois colaboraria com a conquista de uma vida digna ao sair da prisão. Desta forma, o trabalho teria que ser atrativo e fecundo, não admitindo trabalhos inúteis ou árduos.

Bentham conceitua o panóptico como:

Uma *casa penitenciária* mais particularmente é (desculpe, devo me corrigir e dizer: deveria ser) o que toda prisão poderia e, em algum grau, ao menos deveria ser: planejada ao mesmo tempo como um local de *custódia segura* e como um local de *trabalho*. Todos esses locais devem necessariamente ser, quer seja planejado ou não, um *hospital* — um local onde, no mínimo, haverá pessoas doentes, mesmo que não se ofereçam meios para seu alívio (BENTHAM, 2008, p. 34).

Continua descrevendo-o como:

O edifício é circular. Os apartamentos dos prisioneiros ocupam a circunferência. Você pode chamá-los, se quiser, de *celas*. Essas *celas* são separadas entre si e os prisioneiros, dessa forma, impedidos de qualquer comunicação entre eles, por *partições*, na forma de raios que saem da circunferência em direção ao centro, estendendo-se por tantos pés quantos forem necessários para se obter uma cela maior. O apartamento do inspetor ocupa o centro; você pode chamá-lo, se quiser, de *alojamento do inspetor*. Será conveniente, na maioria dos casos, se não em todos, ter-se uma área ou um espaço vazio em toda volta, entre esse centro e essa circunferência. Você pode chamá-lo, se quiser, de área *intermediária* ou *anular*. Cerca do equivalente da largura de uma cela será suficiente para uma *passagem* que vai do exterior do edifício ao alojamento. Cada cela tem, na circunferência que dá para o exterior, uma *janela*, suficientemente larga não apenas para iluminar a cela, mas para, através dela, permitir luz suficiente para a parte correspondente do alojamento. A circunferência interior da cela é formada por uma *grade* de ferro suficientemente fina para não subtrair qualquer parte da cela da visão do inspetor. Para impedir que cada prisioneiro veja os outros, as partições devem se estender por alguns pés além da grade, até a área intermediária: eu chamo essas partes protetoras de *partições prolongadas* (BENTHAM, 2008, p. 20-21).

O isolamento ou separação das celas referidas acima tinha um objetivo específico, que era impedir a proliferação de uma cultura carcerária, pois para Bentham os homens segregados acabam absorvendo os costumes e linguagens do grupo a que pertencem, além de criarem suas próprias leis que são ditadas pelos mais respeitados, ou seja, os mais temíveis.

Esse filósofo defende a humanização das prisões e a assistência pós-penitenciária, afirmando que o condenado só seria reabilitado se, ao voltar ao convívio da sociedade, tivesse apoio que permitisse sua reintegração sem retornar ao mundo do crime. Outra fonte de sua atenção são os problemas penitenciários, em especial as condições humilhantes das prisões. Para ele o sistema, ao invés de reabilitar, incentivaria, diante dos maus-tratos, um sentimento de vingança à sociedade, educando os detentos, em verdade, para a maldade.

Para ele, as estruturas físicas dos presídios somadas à ociosidade dos criminosos retiram a honra destes que ao saírem do cárcere retornam a prática delitiva incentivados pela miséria e submetidos ao autoritarismo de certos homens usualmente depravados pelo crime e pela tirania.

O edifício circular idealizado por ele, no qual todas as celas ficariam expostas à observação do inspetor-mor, não apenas deixariam os presos visíveis, como também os guardas, impedindo-os de praticar maus-tratos:

Outra vantagem importante, quaisquer que sejam os propósitos aos quais o plano possa ser aplicado, particularmente onde ele é aplicado aos propósitos mais severos e coercivos, é que *os subguardas ou subinspetores, os empregados ou subordinados de qualquer tipo, estarão sob o mesmo e irresistível controle do guarda-mor ou inspetor-mor, da mesma forma que os prisioneiros ou outras pessoas a serem governadas*. Nos planos comuns, que meios, que possibilidades tem o prisioneiro de apelar à humanidade do diretor para tomar medidas contra a negligência ou opressão de subordinados naquela rígida esfera a não ser as *poucas* oportunidades – ou, como muitos guardas *julgam* apropriado, simplesmente nenhuma – que, em uma prisão superlotada, o guarda mais consciencioso pode permitir-se? Quão diferente seria sua sorte no presente plano! Em nenhum caso poderiam seus subordinados exercer ou deixar de exercer seu dever, mas ele deve saber a hora e o grau e a maneira de fazê-lo. Isso dá uma resposta, e uma resposta satisfatória, a uma das questões políticas mais intrigantes — *quis custodiet ipsos custodes* [quem guarda os próprios guardas]? E, na medida em que o cumprimento de seu dever se tomaria tão mais fácil do que jamais foi até agora, da mesma forma qualquer desvio poderia — e deveria — ser punido com a severidade mais inflexível. E essa circunstância que toma este plano tão benéfico para aquilo que é chamado de *liberdade* quanto ele o é para a necessária coerção; tão poderoso como um controle sobre o poder subordinado quanto como uma prevenção da delinquência; tão eficiente como uma proteção à inocência quanto como um castigo para o culpado (BENTHAM, 2008, p. 31, grifo nosso).

Dessa forma, a estrutura física das penitenciárias deve influenciar a punição de tal forma que auxilie o cumprimento do seu propósito:

Na minha última carta, esforcei-me por lhe mostrar, no plano do edifício proposto, as vantagens prometidas por uma construção desse tipo quando aplicada a lugares de *confinamento* e considerada apenas desse ponto de vista. Conceda-me permissão, agora, para considerá-la como aplicável aos propósitos conjuntos da *punição*, da *reforma* e da *economia pecuniária* (BENTHAM, 2008, p. 35-36).

O panóptico tem sido estudado até os dias atuais, sendo irrefutável a sua contribuição para a diminuição das penas cruéis. A esse respeito, se pode fazer referência a um conjunto significativo de prisões atualmente que não têm por objetivo causar sofrimento nos criminosos, mas, ao contrário, pretendem possibilitar sua reintegração

social, a exemplo dos presídios finlandeses e noruegueses, vide a Bastoy Isle, na Noruega, que é uma prisão que fica em uma ilha com segurança mínima, com os presos vivendo em casas e tendo uma organização comunitária.³

3.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Jeremy Bentham foi um visionário, influenciando fortemente, até os dias atuais, a legislação penal com sua visão filosófica da punição, como bem destacou Bitencourt (2016, p. 86): “a sua contribuição no campo da Penologia mantém-se vigente ainda em nossos dias”. Ele defende uma nova ideologia para a legislação penal, ao buscar utilizá-la com a finalidade de maximizar o prazer, consagrando o caráter preventivo das penas. Para isso, associa a punição ao utilitarismo, que tem como objetivo mediato encontrar a felicidade do maior número de pessoas por meio de ações humanas que gerem o maior saldo líquido de prazer após a dedução do sofrimento, incentivando a elaboração de regras legais e morais que visem ao bem-estar da sociedade.

Às três perguntas iniciais – “O que justifica a prática geral da punição?”, “A quem pode a punição ser aplicada?” e “Como nós podemos punir?” – o preventivismo responde que a justificativa da punição reside em seu caráter preventivo. A pena é um mal provido de finalidade, pois evita maiores danos à sociedade ao reduzir a incidência de condutas criminosas; a função da pena, assim, não é a vingança, mas a prevenção de novos delitos. O caráter preventivo da pena não apenas desestimula a reincidência, como desaconselha toda a sociedade da prática do ato ilegal. O aspecto de maior polêmica na abordagem preventivista é quando se refere a quem pode a punição ser aplicada, especialmente na possibilidade de, para alcançar a felicidade do maior número de pessoas e prevenir futuros crimes, ser necessário infligir pena a um inocente. E em relação à quantidade de punição, o preventivismo, especialmente como o defendido por Bentham, em atenção ao princípio da proporcionalidade, entende que a proporção existente entre delito e punição definirá o mínimo e o máximo da pena.

O consequencialismo é uma das teorias proeminentes usadas para justificar a punição. A defesa consequencialista da punição é clara e simples: qualquer prática que produza consequências gerais positivas e reduza as consequências negativas deve ser

³ Para mais informações sobre o funcionamento da prisão Bastoy Isle, ver reportagem de James Erwin de título: “The Norwegian prison where inmates are treated lik people”. *The Guardian*, 25 Feb. 2013.

considerada moralmente admissível. A punição, de acordo com os consequencialistas, produz muitas consequências positivas e reduz as negativas. Portanto, a prática da punição deve ser considerada moralmente admissível.

A punição promove a utilidade de maneira muito clara. Se a punição que estamos discutindo é o encarceramento, então a primeira maneira pela qual se pode dizer que a punição promove a utilidade é manter o ofensor longe do resto da sociedade, de modo que ele ou ela seja incapaz de prejudicar qualquer outra pessoa. Essa consideração opera sob a ideia de que aqueles que cometem crimes provavelmente cometerão crimes semelhantes no futuro se nenhuma medida for tomada para impedi-los de fazê-lo. Assim, se, por exemplo, um estuprador é preso, embora não se possa fazer muito para reparar os danos físicos e emocionais causados à sua vítima, pelo menos suas futuras vítimas em potencial podem ser protegidas (e, portanto, seu bem-estar não estará em risco de ser afetado por suas ações). Não apenas as potenciais futuras vítimas de crimes se beneficiarão com a prisão do infrator, mas o restante da sociedade também se sentirá mais seguro sabendo que há um criminoso a menos perambulando pelas ruas, representando um perigo para eles e seus entes queridos. Considere, por exemplo, o grande número de pessoas que podem se abster de ir à Times Square em Nova Iorque na véspera de Ano Novo por medo de serem apanhadas em um ataque terrorista. Esse medo, por si só, produz desutilidade, independentemente de um ataque terrorista realmente ocorrer ou não. Se, no entanto, os civis soubessem que, como todos os terroristas estão sendo capturados e presos por toda a vida, haveria muito poucos deles por aí e, portanto, as chances de serem pegos em tal ataque são extremamente baixas, eles sentem-se mais à vontade para ir aonde quiserem e fazer livremente o que quiserem (incluindo ir à Times Square para a véspera de Ano Novo). Assim, argumentaria um utilitarista de ato, a própria ideia de criminosos atrás das grades e incapazes de prejudicar qualquer outra pessoa, por si só, maximiza a utilidade e minimiza a desutilidade.

A segunda maneira pela qual a punição minimiza a desutilidade, acreditam os utilitaristas de ato, é reduzindo as chances de os ofensores reincidirem após o fim da punição. A ideia aqui é esta: a punição é para ser desagradável – é para fazer os ofensores sofrerem ao máximo a ponto de desejar que pudessem retirar o que haviam feito simplesmente para não sofrer o castigo que lhes é infligido. Assim, como a punição é tão desagradável, é improvável que o ofensor repita o mesmo (ou cometa um crime semelhante) após o término da punição, por medo de que a reincidência o leve a ser

punido novamente. Considere, por exemplo, o caso de um indivíduo que sente a emoção de roubar e colecionar carros muito caros. Se esse infrator for punido quando for pego, então, depois que for solto da prisão, provavelmente não roubará outro carro por medo de ser pego e ter que suportar outra sentença de prisão. Assim, como o ofensor tem menos probabilidade de reincidir depois de ser punido, isso significa que a sociedade pode ficar mais confortável sabendo que o crime foi reduzido e, novamente, as potenciais vítimas futuras do ofensor estarão a salvo de suas reincidências.

No entanto, o aspecto mais importante da punição (e aquele que produz mais utilidade), de acordo com os utilitaristas do ato, é que a própria ameaça dela atua como um impedimento. Ter a ameaça de punição em vigor impedirá muitos indivíduos, que de outra forma poderiam ter cometido crimes, de fazê-lo. Considere, por exemplo, o crime de beber e dirigir. Embora existam muitas pessoas que, em um momento ou outro, foram tentadas a dirigir para casa depois de beber demais, a maioria se abstém de fazê-lo por medo de ser pega bebendo e dirigindo, sofrendo uma acusação criminal e enfrentando a punição que a acompanha. No entanto, se não houvesse tal ameaça de punição, argumentaria o utilitarista do ato, então a maioria das pessoas correria o risco, pensando que são perfeitamente capazes de dirigir sob a influência de álcool e, conseqüentemente, muitos mais acidentes ocorreriam. na estrada, resultando em danos e morte potencial para muito mais pessoas do que haveria em um sistema onde dirigir embriagado é punível. Portanto, argumentam os utilitaristas de ato, o efeito dissuasor da ameaça de punição, por si só, promove a utilidade e minimiza a desutilidade.

Assim, a prática da punição é indubitavelmente moralmente permissível, especialmente se nossa principal preocupação é promover a utilidade. No entanto, a defesa utilitária do ato da punição também enfrenta alguns problemas que os proponentes da teoria devem superar se quiserem defender com sucesso a prática da punição. O primeiro problema é que, sob essa defesa da punição, o utilitarista do ato teria que sustentar que é perfeitamente admissível que a punição seja usada não apenas nos casos em que um indivíduo viola a lei, mas também nos casos em que um indivíduo pode ser completamente inocente. Lembre-se de que a única coisa que interessa ao utilitarista do ato é maximizar a utilidade e minimizar a desutilidade para o maior número de pessoas. No entanto, nada na teoria afirma que apenas os culpados devem sofrer pelo bem dos inocentes, e nada proíbe que os inocentes sofram pelo bem da maioria. Considere, por exemplo, que um dos funcionários de um supermercado é flagrado roubando dinheiro da

caixa registradora. No entanto, a câmera não consegue identificar quem é o funcionário e só consegue capturar o uniforme verde. Os outros funcionários do supermercado ouvem falar disso, mas ninguém confessa, então o gerente deve determinar uma maneira de lidar com a situação que melhor maximize a utilidade. Uma vez que a principal preocupação aqui é a dissuasão (impedir que o resto dos funcionários se sintam livres para roubar sempre que quiserem), o utilitarista de atos sugeriria que o gerente punisse (talvez demitindo) alguém aleatoriamente, independentemente de essa pessoa ser ou não é culpado. Assim, o utilitarista do ato consideraria completamente aceitável punir uma pessoa inocente pelos crimes de outra pessoa, desde que fizesse isso assim promove a utilidade. No entanto, isso é algo que mesmo os proponentes da punição não estariam dispostos a aceitar, e entenderíamos qualquer sistema de justiça criminal que permitisse a punição de inocentes como muito corrupto, pois entra em conflito com nossas visões inerentes de justiça.

Outro problema com a defesa utilitarista da punição é que ela permite não apenas que os inocentes sejam punidos, mas permite que os culpados não sejam punidos nos casos em que não puni-los promoverá utilidade. Imagine, por exemplo, que existe um líder muito amado de um país que faz um excelente trabalho em manter a paz e a ordem, é capaz de promover o crescimento da economia do país e de alguma forma consegue satisfazer a maioria dos cidadãos de seu país. No entanto, esse líder também tem um segredo - ele sente prazer em abusar de animais. Se condenado por esse crime, no entanto, é provável que ele perca sua presidência e seja substituído por um presidente desqualificado, racista, sexista e homofóbico que provavelmente destruirá o país em um ano. O utilitarista de ato, neste caso, sugeriria que a coisa moralmente certa a fazer nesta situação é simplesmente abster-se de punir o presidente que abusa dos animais, porque puni-lo causaria uma quantidade muito maior de desutilidade do que não puni-lo. No entanto, se permitirmos que um sistema de punição esteja em vigor, certamente ficaríamos desconfortáveis com a ideia de certos culpados serem punidos enquanto outras pessoas (culpadas de crimes semelhantes) não são punidas. Mais uma vez, isso não é consistente com nossa ideia de justiça.

Destaca-se, também, que a defesa utilitária da punição pode permitir punições desproporcionais. Quando pensamos em um sistema adequado de punição, o que normalmente tem em mente é um sistema em que a punição é um tanto proporcional ao crime - então, por exemplo, pequenos crimes, como ultrapassar um sinal vermelho,

merecem punições pequenas (como uma multa), enquanto crimes maiores, como homicídio, merecem punições mais severas (como uma longa sentença de prisão). No entanto, o utilitarismo do ato não abre espaço para tal proporcionalidade do crime à punição. De fato, o utilitarismo dos atos ficaria muito satisfeito em permitir punições severas para pequenos crimes e pequenas punições para crimes graves. Este seria o caso se, por exemplo, o estado percebesse que uma multa não estava fazendo o suficiente para impedir que as pessoas parassem nos sinais de parada e, como resultado, muitos acidentes estivessem ocorrendo e muitas pessoas estivessem se machucando (alguns acidentes resultando mesmo em mortes). No entanto, também é muito claro que se a penalidade por ultrapassar um sinal vermelho fosse tão severa quanto prisão perpétua, então quase todos (com exceção de alguns aventureiros) com certeza não ultrapassariam o sinal. O utilitarismo de ato sugeriria isso porque isso promoveria utilidade (na medida em que mais vidas seriam salvas devido a muito menos acidentes, e apenas muito poucas vidas seriam arruinadas, em oposição a muitas mais que seriam perdidas e danificadas devido a acidentes) , segue-se que seria moralmente permissível para o estado endossar uma penalidade tão severa assim. Da mesma forma, uma punição muito pequena (como uma multa de pequeno valor) pode ser imposta a alguém por cometer um crime grave, como incendiar uma casa, se a multa de for suficiente para impedir a maioria das pessoas de fazê-lo e se algo mais do que isso simplesmente não faria diferença. Assim, a defesa do ato utilitário da pena não pode dar conta da proporcionalidade entre a gravidade do crime cometido e a extensão da pena infligida.

A punição geralmente produz duas ideias: 1) que às vezes aqueles que cometem o mesmo crime podem ser condenados de forma diferente, dependendo das circunstâncias e razões que levaram cada um a cometer o crime e 2) que apenas o responsável criminal deve ser punido. No entanto, como foi enfatizado anteriormente, a principal preocupação da teoria é a dissuasão (pois ela promove a utilidade e minimiza a desutilidade). Isso significa que haverá casos em que certos infratores, que acreditamos que deveriam receber uma punição menos severa do que outros infratores, na verdade receberão uma punição mais severa. Considere, por exemplo, os dois casos a seguir: no primeiro caso, A dá um soco em B porque B o provocou e, no segundo caso, C dá um soco em D sem nenhum motivo. Certamente pensaríamos que C merece uma punição mais severa do que A, porque pelo menos A tinha uma razão compreensível para socar B, enquanto C não tinha razão para socar D. No entanto, esse fato não desempenha nenhum papel na teoria

utilitarista da punição. De fato, um utilitarista de ato pode até querer impor uma punição mais severa a A porque, se a principal preocupação da teoria é a dissuasão, então é claro que, como a agressão por provocação é muito mais comum do que a agressão sem motivo, então uma agressão mais severa a punição levaria muito mais pessoas a pensar duas vezes antes de socar alguém que possa tê-las provocado. Isso, por sua vez, levará a menos casos de agressão e mais utilidade geral. O crime de socar alguém sem ser provocado, no entanto, não é muito comum e, portanto, o utilitarista pode argumentar que a punição não precisa ser muito dura, porque muito poucas pessoas se envolveriam em tal ato em primeiro lugar, então aumentar a quantidade de punição não levará a uma redução significativa aumento da utilidade geral. No entanto, a única coisa que importa na explicação utilitarista do ato da punição é que a utilidade seja maximizada. Assim, desconsiderando desculpas e responsabilidade criminal, o utilitarista do ato seria a favor de punir os loucos tão severamente quanto os sãos, para não correr o risco de os sãos se fazerem de loucos e escaparem impunes. Esse desrespeito por desculpas, bem como a ideia de responsabilidade criminal, no entanto, certamente é algo com o qual a maioria daqueles que endossam a punição não se sentiria confortável.

Um utilitarista pode, no entanto, argumentar que, embora a solução utilitária do ato possa falhar em fornecer uma defesa bem-sucedida da punição, talvez a solução utilitária da regra seja uma alternativa melhor. A solução utilitária da regra para o problema da punição é semelhante à solução utilitária do ato no sentido de que sua única preocupação em defender a prática da punição diz respeito às consequências e, em particular, à utilidade produzida pela prática. No entanto, em vez de julgar aspectos da prática caso a caso, o utilitarismo de regra se preocupa em estabelecer uma regra que, se seguida, aumentaria a utilidade (mesmo que, em alguns casos, a utilidade não possa ser maximizada). Assim, o utilitarista de regra pode tentar superar os problemas com a solução utilitarista de ato, recomendando que haja certas regras em vigor que podem fazer a defesa mais palatável. Isso pode incluir, por exemplo, endossar a regra de que nenhum inocente pode ser punido ou a regra de que todas as punições devem ser proporcionais aos crimes ou que melhores desculpas devem justificar punições menos severas, etc. Essas regras seriam seguidas independentemente do fato que, em alguns casos particulares, segui-los resultará em desutilidade. Isso ocorre porque segui-los acabaria por aumentar a utilidade a longo prazo. Assim, o utilitarista da regra pode argumentar, é

possível ter um sistema de punição operando em uma estrutura utilitária sem que esse sistema seja tão confuso quanto o descrito acima.

No entanto, para que um utilitarista de regras seja capaz de implementar uma regra, seria necessário mostrar que essa regra, de fato, maximizará a utilidade no longo prazo, se obedecida. Contudo, não está tão claro que a implementação de regras como as discutidas acima maximizaria, de fato, a utilidade. Por exemplo, não há razão para implementar a regra de que crimes cometidos com boas desculpas devem merecer punições menos severas do que aqueles cometidos sem nenhuma desculpa porque, como foi discutido acima, fazer o oposto, a longo prazo, maximizaria a utilidade em muitos casos. Assim, o utilitarista de regra não teria justificativa para tal regra. Da mesma forma, nossa discussão acima demonstrou que a proporcionalidade da punição ao crime é insignificante para o utilitarista porque a imposição de punições severas para pequenos crimes, em muitos casos, na verdade geraria mais utilidade. Assim, mais uma vez, o utilitarista de regra não teria fundamento para implementar uma regra afirmando que as punições impostas aos infratores devem ser proporcionais aos crimes pelos quais foram acusados. Em última análise, isso significa que o utilitarismo de regra não pode fornecer uma defesa melhor da punição do que o utilitarismo de ato.

Assim, discutimos as defesas utilitaristas de ato e utilitaristas de regra da prática da punição, bem como as questões que as acompanham. Uma grande preocupação com a defesa utilitarista tem a ver com o quadro maior – ou seja, tem a ver com a (única) preocupação do utilitarismo em maximizar a utilidade de forma igualitária, sem nenhuma preocupação em priorizar o bem-estar de algumas pessoas em detrimento de outras – em particular, o bem-estar das vítimas. Diante disso, pode parecer que a defesa utilitária da punição tem em mente o bem-estar das vítimas (especialmente considerando que uma razão que eles usam para defender a punição tem a ver com o ofensor ser incapaz de ferir suas vítimas novamente, seja porque está preso e longe deles ou porque depois de solto não vai querer reincidir). No entanto, é importante notar que esta é apenas uma fração muito pequena da defesa da punição. A principal preocupação da teoria é o bem-estar dos membros da sociedade (aqueles não diretamente afetados pelos crimes dos criminosos) – é por isso que a teoria é fortemente focada na questão da dissuasão. No entanto, se a minimização do bem-estar das vítimas resultasse, de alguma forma, na maximização da utilidade para o resto da sociedade, então o utilitarista arriscaria alegremente o bem-estar das vítimas. Isso é problemático porque, ao lidar com as consequências da atividade

criminosa, é de grande importância garantir que grandes medidas sejam tomadas para restaurar o bem-estar das vítimas ao que era antes do crime. Isso também significa que é importante determinar o que é necessário para que seu bem-estar seja restaurado e trabalhar para isso. A defesa do utilitarismo, no entanto, não abre espaço para priorizar a restauração do bem-estar da vítima, como se faz, por exemplo, no restitutivo, que veremos no último capítulo.

4 O CRIME E A PUNIÇÃO NA TEORIA MISTA DE HART

Neste capítulo, trataremos da teoria da punição sob o prisma de um dos maiores estudiosos do tema, o filósofo H.L.A. Hart, o qual considera a prática punitiva extremamente complexa, desdobrando-se em um emaranhado de questões. Hart desenvolve seu raciocínio de que nenhuma teoria isoladamente compreende todos os valores envolvidos na punição – ou melhor, uma teoria sozinha não abrange os princípios penais que devem compor a finalidade da pena. As perguntas complexas a que o objetivo geral justificador deve responder exigem soluções heterogêneas. A justificação da pena, para Hart, está no seu fim social; ele acata o entendimento utilitarista no tocante ao objetivo geral justificador e aceita a teoria retributiva no que diz respeito à distribuição – ou melhor, a quem deve ser punido e com qual severidade. Se analisarmos isoladamente, nem a teoria retributiva nem a utilitarista atendem adequadamente às questões envolvendo a justificação da pena. O utilitarismo se adequa perfeitamente à ideia de que as punições devem ser institucionalizadas para prevenir a sociedade dos danos causados pelos delitos, mas é insuficiente para explicar por que apenas os verdadeiros culpados devem ser punidos e por que não utilizar penas degradantes e cruéis.

4.1 INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO DE HART ACERCA DA PUNIÇÃO

A maior parte do trabalho de Hebert Hart se refere à teoria geral do direito, mas ele se dedica também ao estudo da punição. Hart publicou vários artigos sobre Direito Penal num estilo peculiar de escrita, envolvendo fundamentação normativa e moral. Ele consegue harmonizar a filosofia moral e o direito positivo. Tais escritos foram consolidados em 1968 no livro *Punishment and Responsibility – Essays in the Philosophy of Law*. Seus estudos permeiam a discussão filosófica acerca de quais princípios tornam moralmente tolerável punir um infrator. Sua abordagem da função da pena é bastante teórica, o que o tornou alvo de diversos críticos que consideram seu positivismo teoricamente interessante, porém, insuficiente para elucidar os desafios apresentados na prática forense.

Hart esclarece que sua intenção é fazer uma descrição moralmente aceitável da punição, e em todo seu trabalho busca destacar, nos institutos do Direito Penal, os

componentes da justiça e da moral. Ele traça, ainda, um paralelo entre pontos importantes para o Direito Penal, como o estudo da pena e as teorias utilitarista e retributivista.

Este filósofo do direito é adepto da teoria mista, por considerar que nenhuma teoria isolada é suficiente para justificar a punição; um único princípio não é capaz de elucidar o complexo sistema penal. Simplificar a razão de punir, sob a ótica de apenas uma teoria, retira do multifacetado sistema punitivo a possibilidade de encontrar solução satisfatória, razão pela qual a pena deve possuir mais de um objetivo. Para Hart (1968), qualquer relato moralmente tolerável sobre a instituição da punição criminal deve selar um compromisso entre os princípios radicalmente distintos e parcialmente conflitantes:

Interesse geral no tópico de punição nunca foi maior do que é no presente e duvido que a discussão pública disto jamais tenha sido tão confusa. O interesse e a confusão são em parte devido ao ceticismo relativamente moderno sobre dois elementos, os quais têm figurado como partes essenciais das tradicionalmente opostas "teorias" da punição. Por um lado, a antiga confiança de Bentham no temor às penalidades ameaçadas pela lei, como um poderoso meio de intimidação, que tem diminuído com a crescente percepção de que o papel desempenhado pelo cálculo de qualquer tipo de comportamento antissocial tem sido exagerado. Por outro lado, uma nuvem de dúvidas se estabeleceu sobre a pedra angular da teoria "retributivista". Seus defensores não podem mais falar com a velha confiança de que enunciados do tipo: "Este homem que quebrou a lei poderia tê-la mantido" têm um significado inequívoco ou comum, ou onde o ceticismo não se liga ao significado desta forma de enunciado, isto tem abalado a confiança que geralmente nós somos capazes de distinguir os casos onde esta forma de enunciado é verdade daqueles em que não é. (HART, 1968, p. 1).

Sua teoria se baseia, assim, em uma integração e acomodação das duas teorias mais importantes do pensamento filosófico, utilitarismo e retributivismo, com a finalidade de solucionar as questões que envolvem o complexo instituto da punição.

O pensamento de Hart é essencialmente utilitarista no tocante ao objetivo geral justificador, mas para evitar eventuais distorções, ele consagra a utilização dos princípios de justiça. Assim, a teoria de Hart dá uma resposta mista às três questões inicialmente colocadas: o que justifica a prática geral da punição? A quem pode a punição ser aplicada? Como nós podemos punir?

A primeira pergunta diz respeito ao objetivo geral justificador e se subdivide em dois aspectos: responsabilidade (quem pode ser punido?) e valor (como punir?).

Diante da complexidade que envolve o instituto da punição, ele enfatiza que nem a retribuição, nem a reforma, nem a dissuasão respondem isoladamente a estas perguntas; cada uma delas é relevante em diferentes aspectos para se obter uma justificação

moralmente aceitável para a punição. Não há apenas um valor supremo ou objetivo para responder à questão da justificação da punição, ou seja, nenhuma teoria isoladamente consegue responder a todas as questões sobre o tema.

Acerca do posicionamento, à sua época, da Câmara dos Lordes sobre a justificação da punição, Hart relata que em julho de 1956 o Lord Chancellor (presidente da Câmara dos Lordes e chefe do Judiciário inglês) associou a função educativa de repreensão pública com a função de intimidação, ao afirmar: “[...] a justificação final de qualquer punição não é que isso é um meio de intimidação, mas que é a repreensão pública enfática do cometimento de um crime” (HART, 1968, p. 2) e “[...] o verdadeiro cerne da questão em debate é saber se a pena capital é um meio de intimidação excepcionalmente eficaz” (HART, 1968, p. 2).

Hart continua ressaltando que, nessa mesma data, o Lord Denning separou o instituto da repreensão pública do sofrimento do infrator ao alegar que a repreensão pública não implica a deliberada imposição de sofrimento que é a característica necessária à justificação.

4.2 O CONCEITO E O OBJETIVO DA PUNIÇÃO

Para explicar melhor seu pensamento, Hart analisou o instituto da pena sob três aspectos. Primeiramente ele a conceitua, depois ele analisa qual a justificativa ou o objetivo geral justificador (*general justifying aim*) e por último, o que ele chama de “distribuição”, que nada mais é do que o estudo de quem deve ser punido e da quantidade de pena a ser aplicada.

Hart não limita o conceito de crime a uma ofensa à ordem jurídica, mas o entende também como uma violação à moral. Punição deve ser a materialização da condenação moral pela prática de um crime, e não somente um reflexo da transgressão da lei, pois a moralidade antecede à legislação. É, assim, a razão da existência da lei, e a pena, um meio para se restabelecer a ordem moral.

Elaborando sua definição, Hart separa o que ele denomina de “caso central da punição”, extraíndo dele cinco elementos:

- (i) Ela deve envolver dor ou outras consequências normalmente consideradas desagradáveis.
- (ii) Ela deve ser por uma infração contra as regras legais.
- (iii) Ela deve ser imposta a um infrator por sua infração.
- (iv) Ela deve ser administrada intencionalmente por seres humanos que não sejam o infrator.

(v) Ela deve ser imposta e administrada por uma autoridade constituída por um sistema legal contra o qual a infração foi cometida (HART, 1968, p. 4-5).

O segundo e o terceiro elementos trazem em seu bojo uma problemática, denominada por Hart (1968) de *definitional stop*, ou seja, uma vez que só podemos chamar de pena quando ela recair sobre um ofensor que cometeu uma infração contra as regras legais, o que dizer da pena quando ela é infligida a um inocente? Para o utilitarismo, as consequências benéficas justificam a punição, e tal posicionamento leva os retributivistas a questionarem: por que não aplicar uma punição a inocentes, tais como a família do infrator, quando esta imposição trouxer consequências benéficas? Para Hart, seria errado responder que não se trata de punição, mas apenas da sua justificação.

Diante dessa dificuldade conceitual, Hart definiu casos secundários de punição a pessoas que não se enquadram na definição do caso padrão, por não serem um ofensor que cometeu uma infração contra regra legal, quais sejam:

- (a) Punições para as violações das regras legais impostas ou administradas exceto por autoridades (sanções descentralizadas).
- (b) Punições para as violações de regras ou ordens não legais (punições em uma família ou escola).
- (c) Uma punição indireta (vicário) ou coletiva de algum membro de um grupo social por ações feitas por outros, sem o consentimento do autor, incentivo, controle ou permissão.
- (d) Punição de pessoas (diversas do âmbito de (c)), que não são nem de fato nem supostamente infratores. (HART, 1968, p. 5).

Apesar de entender ser possível encontrar algumas vantagens na punição de inocentes, como a prevenção e a repressão ao crime, Hart dá extrema importância à teoria retributiva no que concerne à distribuição, respondendo às perguntas: quem pode ser punido? E como puni-lo?

O objetivo imediato de transformar uma conduta em crime é “[...] para anunciar à sociedade que essas ações não são para ser cometidas e para garantir que menos delas sejam praticadas” (HART, 1968, p. 6). Dessa forma, o objetivo, não da punição, mas da legislação penal, é denunciar que certos tipos de condutas não devem ser executadas, desencorajando-as. Além disto, a lei penal também descreve comportamentos para encorajar as pessoas a praticá-lo: por exemplo, podemos citar o crime de omissão de socorro, que encoraja o condutor a prestar socorro à vítima.

Não se deve confundir o objetivo imediato da lei penal com a justificação da punição. Enquanto a punição é justificada como a denúncia pela comunidade de um crime, o objetivo imediato da lei penal é encorajar ou desencorajar certas condutas.

Os adeptos do retributivismo, ou como Hart descreve, aqueles que analisam a lei como um mero instrumento para impor a moralidade e que não justificam a punição pelas consequências benéficas, mas pela necessidade de impor sofrimento àqueles que ofendem a ordem moral “[...] não negariam que o objetivo da legislação penal é a criação de tipos de comportamento (neste caso em conformidade com uma lei moral preexistente) como padrões legais de comportamento e para garantir a conformidade com elas” (HART, 1968, p. 8).

4.3 O OBJETIVO GERAL JUSTIFICADOR E OS PRINCÍPIOS DA DISTRIBUIÇÃO

A grande discussão entre as teorias utilitarista e retributivista encontra-se exatamente no objetivo geral justificador: enquanto a primeira justifica a punição pelas consequências benéficas, a segunda define que “a principal justificação da prática reside no fato de que, quando a violação da lei envolve culpa moral a aplicação ao infrator da pena de punição é em si uma coisa de valor” (HART, 1968, p. 8).

Dentro da teoria retributiva, Hart distingue o objetivo geral justificador, que seria aplicar sofrimento através da punição àqueles que violaram a ordem moral e jurídica do que ele denomina de “distribuição”, que nada mais é do que garantir que somente aqueles que violaram a lei voluntariamente podem ser punidos. Assim, o estudo da teoria mista de Hart exige que a retribuição, no objetivo geral, seja diferenciada da retribuição na distribuição:

Embora na verdade eu concorde com o Sr. Benn em pensar que todos estes ou evitam a questão da justificação completamente ou são, apesar de seus protestos disfarçadas formas de utilitarismo eu, devo assumir que Retribuição, definido simplesmente como a aplicação das dores de punição a um infrator que é moralmente culpado, pode figurar entre as concebíveis justificativas dos objetivos de um sistema de punição. Aqui me limito a insistir que uma coisa é usar a palavra Retribuição neste ponto em uma conta do princípio da punição, a fim de designar o objetivo geral de justificação do sistema, e absolutamente outra é usá-la para garantir que a questão "a quem pode ser aplicada a punição?" (a questão da Distribuição), a resposta dada é "Somente a um infrator por uma infração". (HART, 1968, p. 9).

A distribuição nada mais é do que a resposta a duas perguntas: quem deve ser punido e com que severidade? A isto Hart denomina “questão de responsabilidade e de valor”.

Este filósofo do Direito defende que é perfeitamente compatível mesclar a teoria utilitarista com a teoria retributivista, reconhecendo que:

[...] o objetivo geral justificador da prática da punição são as suas consequências benéficas e que a busca deste objetivo geral deve ser qualificada ou limitada por deferência aos princípios de distribuição os quais exigem que a punição deva ser apenas de um infrator por uma infração (HART, 1968, p. 9).

Hart utiliza o objetivo geral justificador do utilitarismo, limitando-o com a aplicação da teoria retributiva apenas no tocante à distribuição, ou seja, a punição visa às consequências benéficas, mas somente pode ser aplicada a um infrator que cometer uma infração. A retribuição no objetivo geral é, assim, aplicada apenas no tocante à distribuição. Para Hart, não há como limitar o uso da retribuição na distribuição apenas quando o objetivo geral da justificação da prática da punição for a retribuição. A justiça se consagra quando uma punição é aplicada exclusivamente àquele que comete um crime, não se admitindo a punição de inocentes.

Este pensador dá tanta ênfase à ideia de a punição ser aplicada somente a quem comete uma infração, que considera que “[...] a restrição da punição aos infratores é uma simples consequência quaisquer que sejam os princípios (Retributivo ou Utilitarista) que constituam o objetivo justificador da punição” (HART, 1968, p. 11).

O utilitarismo enxerga a pena como um mal necessário para proteger a sociedade, e sua severidade será apenas o suficiente para desestimular a prática delitiva, garantindo a prevenção tanto individual, para que o infrator não cometa o crime novamente, como geral, para que os outros membros da sociedade, ao observarem o exemplo, não pratiquem o ato delitivo.

Já a teoria retributiva vê a punição como uma retribuição pelo crime cometido, não admitindo a punição de inocentes, ou seja, daqueles que não merecem a pena. Desta forma, só poderá ser punido aquele que ferir a ordem moral e jurídica, e a severidade de sua pena deverá ser na mesma proporção da lesão causada pelo ato delitivo.

Há muito se discute também acerca da moralidade de se punir um inocente, apesar de alguns utilitaristas entenderem que tanto punir alguém por algo que ele não fez, quando a finalidade é salvar muitas vidas, como aplicar uma punição desproporcional por ser severa demais, quando o objetivo é desestimular um crime recorrente, são soluções compatíveis com o utilitarismo. Escolhe-se, assim, o menor de dois males. Muitos adeptos desta escola filosófica acreditam que esse tipo de punição diminui a utilidade, por causar

insegurança e até mesmo pânico por parte daqueles que se esforçam para obedecer e mesmo assim teriam chance de serem punidos.

Para exemplificar a importância da distribuição na retribuição, Hart faz referência a uma situação hipotética em que, para evitar uma catástrofe, as autoridades fabricam provas condenando uma pessoa completamente inocente ou impõem a punição aos filhos e companheiro do infrator. A punição, nestas hipóteses, revela um efeito duplo: dissuasão e apreensão, pois ao mesmo tempo que desencoraja outras pessoas a praticarem o delito, cria um ambiente de insegurança na sociedade.

Sobre a distribuição, Hart conclui:

Da mesma forma, a importância moral da restrição da punição para o infrator não pode ser explicada meramente como uma consequência do princípio no qual o Objetivo Geral Justificador é a Retribuição em relação à imoralidade envolvida na violação da lei. Retribuição na Distribuição da punição tem um valor totalmente independente da Retribuição como objetivo da justificação (HART, 1968, p. 12).

O princípio da distribuição na retribuição é considerado por este filósofo como algo tão extraordinariamente importante que, mesmo quando a lei violada for imoral, ele deve ser atendido:

Isso é mostrado pelo fato de que nós atribuímos importância ao princípio restritivo que somente os infratores podem ser punidos, mesmo quando a violação desta lei pode não ser considerada imoral: na verdade mesmo quando as próprias leis são terrivelmente imorais como na Alemanha nazista, por exemplo, proibindo atividades (ajudar os doentes e necessitados de algum grupo racial), as quais podem ser consideradas moralmente obrigatórias, a ausência do princípio restritivo da punição ao ofensor seria uma iniquidade ainda mais especial (HART, 1968, p. 12).

4.4 AS EXCLUDENTES DE CRIMINALIDADE COMO PRINCÍPIO DE JUSTIÇA

Considerando que nenhum objetivo geral justificador sozinho justifica a punição, Hart questiona o que justificaria, então. Comprovando sua ideia da necessidade de uma teoria mista, ele afirma que mesmo o sistema penal considerado iníquo e que como tal tenha um objetivo geral justificador imoral, a punição do inocente ou de quem não tinha intenção de cometer o ilícito continua sendo injusta e arbitrária; a recusa do Estado em punir é um sinal de graça ou, em suas palavras:

[...] mesmo onde as leis parecem-nos moralmente iníquas ou onde nós estamos duvidosos quanto ao seu caráter moral de modo que a violação da lei não ocasiona culpa moral, a punição daqueles que involuntariamente violaram a lei seria um erro adicional e uma recusa em fazer isso algum sinal da graça (HART, 1968, p. 18).

Hart defende a aplicação dos princípios de justiça, a limitação da punição para aqueles que tenham voluntariamente desobedecido à lei e, conseqüentemente, o emprego de descriminalizantes. São hipóteses em que, apesar de o indivíduo ter cometido a ação desencorajada pela lei, ele não deve ser punido, pois a própria legislação, em virtude de uma circunstância específica, não o condena, encorajando-o muitas vezes. No Direito inglês, elas são denominadas de “justificação”, “escusas” ou “mitigação”.

Quadro 2 – As excludentes de criminalidade (Continua)

JUSTIFICAÇÃO	ESCUSA	MITIGAÇÃO
<p>A prática deste ato não é condenável pela lei, que muitas vezes a acolhe.</p>	<p>O ato é condenável pela lei, mas o estado psicológico do agente quando praticou a ação exemplifica uma condição que exclui tanto a condenação pública como a punição.</p> <p>São atos não voluntários ou não totalmente voluntários.</p> <p><u>Condições escusáveis:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - falta de conhecimento ou ação não intencional; - falta de controle muscular ou ação involuntária; - sujeição a formas brutas de coerção por ameaças; e - tipos de anormalidade mental, em que o agente é incapaz de escolher ou executar o que ele escolheu fazer. 	<p>Restringe a responsabilidade quando os infratores têm uma condição que independe do objetivo geral. Na mitigação, o infrator possui uma dificuldade especial em obedecer à lei, em comparação com pessoas normais em situações comuns. Na mitigação, aplica-se uma penalidade menos severa quando a situação ou estado mental do infrator é tal que ele foi exposto a uma:</p> <ul style="list-style-type: none"> - tentação incomum ou especialmente grande; ou - sua capacidade de controlar suas ações é considerada prejudicada ou enfraquecida, de outra forma que não por sua própria ação.

A condenação e a punição são excluídas.	A condenação e a punição são excluídas.	Alguém é condenado e será punido, mas a severidade de sua punição será decidida observando a mitigação.
---	---	---

Quadro 2 – As excludentes de criminalidade (Conclusão)

Fonte: Elaborado pelo autor.

Tais excludentes trazem em seu bojo uma justificativa moral para o não punir. Como exemplo de justificação em que a lei não condena a ação, chegando até mesmo a admiti-la, podemos citar a legítima defesa. Esta ocorre quando o indivíduo pratica a conduta descrita na legislação penal sob efeito da excludente, como na hipótese dele, ao se defender de uma agressão injusta, acabar matando o agressor.

Enquanto a justificação depende do objetivo geral justificador, a escusa e a mitigação são aspectos diferentes subordinados ao princípio da distribuição da punição. A justificação e a escusa são institutos que excluem a aplicação da pena; já a mitigação é uma forma de diminuição de pena.

Nas escusas, o ato do agente é descrito como crime, mas seu estado psicológico justifica moral e juridicamente a exclusão da condenação e, respectivamente, da punição. Esta discriminante não se submete ao objetivo geral e se mantém, independentemente de as leis serem boas ou morais. As escusas, descritas por Hart, são requisitos de equidade ou justiça nas quais, apesar de o fato ser típico e antijurídico, as condições psíquicas do sujeito não permitem estruturar sua consciência e vontade de acordo com o direito, ou ele não estava em condições de compreender a ilicitude de sua conduta. Como exemplo, podemos citar um sonâmbulo ou a pessoa que possui deficiência mental.

Na mitigação, Hart explica que o indivíduo tem uma dificuldade especial em obedecer à lei, seja porque seu estado mental foi afetado e ele foi exposto a uma tentação incomum ou grande, seja porque ele teve a capacidade de controlar suas ações prejudicada ou enfraquecida, de outra forma que não por sua própria ação.

No caso de justificação e escusa, são excluídas tanto a condenação como a punição. Já na mitigação o infrator será punido, mas a retribuição na distribuição no tocante ao valor, ou melhor, à questão da severidade da pena, será reduzida levando em consideração as condições do agente.

Entendendo que a severidade da pena depende parcialmente do objetivo geral justificador, Hart afirma que, ao analisar as excludentes, a teoria utilitarista defende que

as punições desproporcionais - ou seja, aquelas que causarem mais sofrimento do que a infração causou - em princípio serão excluídas. Para os adeptos desta escola filosófica, quando um crime causar mais dor do que outro, aquele deverá ter uma penalidade maior, pois a severidade inútil, que não aumenta as consequências benéficas nem eleva a observância do direito, deve ser eliminada em prol da sanção menos severa que obtém o mesmo resultado.

Hart subdivide a mitigação em formal e informal. Na modalidade formal, a lei fixa uma penalidade máxima, inferior à máxima do crime original, cometido sem essas circunstâncias atenuantes, criando, assim praticamente um novo tipo penal com pena máxima e mínima. A mitigação formal pode ser exemplificada pelos crimes de *murder* (homicídio doloso), punível à época com pena de morte, e *manslaughter* (homicídio privilegiado), que seria um homicídio cometido após provocação, punível com prisão perpétua. Provocação nada mais é do que uma defesa mitigativa que ocorre quando há perda total do controle em resposta à conduta provocativa do outro, mas que seja capaz de transformar um *murder* (homicídio doloso) em *manslaughter* (homicídio privilegiado).

Nesse caso, este filósofo do Direito defende que:

Isto não é uma questão de Justificação ou Escusa, pois não exclui a condenação ou a punição; mas "atenua" as acusações de homicídio doloso para homicídio privilegiado e a possibilidade de pena máxima de morte para prisão perpétua (HART, 1968, p. 15).

Já a mitigação informal fica a cargo da discricionariedade do juiz ao analisar o caso concreto, pois a lei não impõe previamente as penas máximas e mínimas.

A mitigação extrapola os limites de a severidade da pena ser definida pelo objetivo geral justificador e autoriza que o julgador leve em consideração as dificuldades especiais do agente em enfrentar a observância da lei que ele violou, punindo-o com uma pena menos severa.

Hart afirma que, apesar de as excludentes serem bem diferentes, há casos como a coação, que podem se encaixar em mais de uma delas:

[...] desde que B tenha cometido um crime só porque A tem ameaçado ele com enorme violência ou outras ofensas, a ação de B não é o resultado de uma escolha 'livre' ou independente; B é meramente um instrumento de A que tem 'feito ele fazer isso'. Não obstante B não ser um instrumento no mesmo sentido que ele teria sido se ele tivesse sido empurrado A contra uma janela e a quebrado: a menos que ele esteja literalmente paralisado pelo medo da ameaça, nós podemos acreditar que B poderia ter recusado a obedecer. Se ele obedece nós podemos dizer que ele quis coagido e tratar a situação não tornando o ato

intolerável para punir absolutamente, mas como um chamado para a mitigação da pena como uma provocação grosseira faz. Por outro lado, se o crime que A exige que B cometa é pequeno em comparação com o grave dano ameaçado (por exemplo, morte) por A, não haveria absurdo em considerar a ameaça de A como justificativa para a conduta de B embora poucos sistemas legais publicamente façam isso. Se esta linha é tida como coerção mistura-se com a ideia de "Necessidade" que aparece na margem da maioria dos sistemas de direito penal como um elemento de absolvição (HART, 1968, p. 16).

Outro exemplo utilizado pelo filósofo do Direito é a insanidade do agente no homicídio. Os tribunais ingleses aplicam as regras M'Naghten, que nada mais são do que princípios e perguntas hipotéticas sobre a insanidade, elaboradas por um grupo de juízes após a absolvição de Daniel M'Naghten. Esse teste se tornou padrão na Inglaterra para estabelecer a responsabilidade penal dos réus mentalmente desorientados. Na hipótese de os testes serem satisfeitos, o infrator ou será considerado não culpado devido à sua insanidade, aplicando-se uma discriminante, ou será julgado como uma causa de mitigação formal, assim como a provocação reduz o homicídio doloso (*murder*) à categoria de homicídio privilegiado (*manslaughter*). O réu pode então ser considerado culpado, mas insano, e a sentença pode ser um tratamento numa instalação hospitalar, ao invés de uma disposição punitiva.

A teoria retributiva não dá muita importância à questão das excludentes e as trata como simples consequência da retribuição no objetivo geral. Já Bentham, no livro *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*, demonstra a importância de se restringir o uso da punição para os casos abrangidos pelas excludentes. O utilitarismo admite a utilização dessas discriminantes, pois entende que punir um inocente ou quem, por sua condição mental à época do fato, estava comprometido a ponto de não poder evitar o delito, não resulta qualquer benefício na prevenção de crimes, pois não houve, por parte do agente, vontade delitiva.

Acerca das excludentes, Hart explica o pensamento de Bentham ao criticar Blackstone, famoso jusnaturalista racionalista inglês. Blackstone alegava que:

Todos os vários fundamentos e escusas que protegem o cometedor de um ato proibido da punição, o qual de outra forma se anexa a ele, simplifica nesta única consideração: a falta ou defeito de vontade e ao princípio que para constituir um crime deve haver primeiro uma vontade imoral (HART, 1968, p. 18).

Hart continua ressaltando:

Em *Princípios da Moral e da Legislação*, sob o título "Casos impróprios para a punição", Bentham estabelece uma lista das principais condições escusáveis semelhantemente à de Blackstone; então ele se compromete a mostrar que a imposição da punição sobre aqueles que têm feito o que a lei proíbe enquanto em qualquer uma dessas condições "deve ser ineficaz: não pode agir de modo a evitar o mal". Todo discurso de Blackstone sobre desejo ou vício de vontade ou necessidade de uma vontade "viciosa" está nele dizer que "nada para a finalidade", exceto na medida em que isto implica o motivo (ineficácia da punição), que ele mesmo dá para reconhecer essas excludentes (HART, 1968, p. 18).

Hart vê na argumentação de Bentham um *non sequitur*, pois o fato de a ameaça da pena ser ineficaz sobre o infrator que é louco, criança ou age involuntariamente, não tem como consequência a ineficácia da sua execução sobre a sociedade, pois esta continua sendo uma poderosa ameaça às outras pessoas, mantendo assim vivo o caráter preventivo da punição:

O argumento de Bentham é na verdade um espectacular *non sequitur*. Ele se propõe a provar que punir o louco, a criança ou aqueles que violam a lei involuntariamente ou sob coação ou mesmo sob "necessidade" deve ser ineficaz; mas tudo o que ele prova (no máximo) é muito diferente da proposição de que a ameaça de punição será ineficaz na medida em que diz respeito à classe de pessoas que sofrem destas condições. Claramente é possível que a real inflicção de punição nestas pessoas, embora (como diz Bentham) a ameaça de punição poderia não ter operado sobre eles, pode assegurar uma medida mais elevada de conformidade com a lei por parte das pessoas normais do que é garantido pela admissão das condições escusáveis. Se isto é assim e se somente os princípios utilitaristas estivessem em jogo, nós deveríamos, sem qualquer sentido de que nós estávamos sacrificando qualquer princípio de valor ou estávamos escolhendo o menor de dois males, abandonar o direito à restrição da punição ocasionada pela admissão de escusas; a menos que, claro, nós acreditássemos que o terror ou a insegurança ou a miséria produzida pela eficácia das leis tão draconianas seria pior do que a menor medida da obediência à lei garantido pela lei que admite escusas (HART, 1968, p. 18-19).

Hart também aponta um lado negativo da admissão das excludentes, seu alto custo ao, de certa forma, estimular os demais membros da sociedade a praticarem o ilícito, na esperança de se beneficiarem ao invocar uma discriminante. Para ele, o uso de tais condições expande a possibilidade de se ludibriar o Judiciário alegando as excludentes que, por serem difíceis de provar, facilitam a absolvição de culpados:

Esta objeção ao fundamento de Bentham sobre as escusas não é meramente uma fantasia. Qualquer aumento no número de condições necessárias para estabelecer a responsabilidade penal aumenta a oportunidade para enganar tribunais ou júris pelo fingimento de que alguma condição não é satisfeita. Quando a condição é um fator psicológico as chances de que tal pretensão prospere são consideráveis. Independentemente da provisão feita para a doença mental, os casos onde uma pessoa acusada alega que matou durante o seu sono

ou acidentalmente ou em algum estado anormal temporário de inconsciência de modo que esse engano é certamente viável. Do ponto de vista utilitarista isso pode levar a dois tipos de "perdas". A crença de que tal engano é viável pode encorajar pessoas, que de outra forma não ariscariam uma punição, a aproveitar sua chance de enganar um júri desse jeito. Em segundo lugar, um assassino que realmente tenha êxito com esse engano será deixado em liberdade, embora pertença à classe que a lei está preocupada em incapacitar (HART, 1968, p. 19-20).

Hart afirma que “nosso sistema não interfere até que o dano tenha sido causado e provado ter sido causado com a *mens rea* apropriada” (HART, 1968, p. 182). Assim, pagamos um preço quando o uso das excludentes inocenta um culpado ou quando não se prova a consumação do delito; ou ainda, em suas palavras: “é o preço que pagamos pelo reconhecimento geral de que o destino de um homem deve depender de sua escolha e isso é promover a principal virtude social da autorrestrrição” (HART, 1968, p. 182).

Hart enfatiza sua preocupação em “[...] mostrar que o princípio da responsabilidade, que pode ser sacrificado quando o custo social de mantê-lo é muito alto, tem um valor e uma importância bastante independente das teorias retributivas ou denunciadoras da pena que podemos muito bem descartar” (HART, 1968, p. 185).

Ao concluir que Bentham ignora o fato de que punir os que agem de acordo com uma excludente possui um valor preventivo diante dos demais membros da sociedade, ele ressalta:

A segunda objeção é simplesmente que nós não nos dissociamos do princípio que é errado punir o irremediavelmente louco ou aqueles que agem involuntariamente etc., por tratá-lo como algo meramente personificado nos costumes populares para o qual deve ser feita concessões às vezes. Nós condenamos os sistemas jurídicos que ignoram este princípio; ao passo que nós tentamos educar as pessoas fora da sua preferência por rigorosas penalidades, mesmo se nós possamos, em casos extremos de ameaça de desordem, admití-los (HART, 1968, p. 21).

Acerca do utilitarismo e da admissão de excludentes, Hart enfatiza ainda que:

Sobre esta questão, as modernas formas ampliadas do Utilitarismo não fazem melhor do que o utilitarismo de Bentham, no qual o principal critério de efetiva punição era a dissuasão do infrator ou dos outros por exemplo. Às vezes, o princípio de que a punição deve ser restrita para aqueles que têm voluntariamente violado a lei é defendido não como um princípio que é racionalmente ou moralmente importante em si mesmo, mas como algo tão impregnado nos conceitos populares de justiça em certas sociedades, incluindo a nossa própria, que não reconhecer isso levaria a confusões ou à anulação da lei penal, uma vez que as autoridades ou os júris podem se recusar a cooperar em tal sistema. Consequentemente punir nestas circunstâncias ou seria impraticável ou criaria mais danos do que poderia possivelmente ser compensado por qualquer força de dissuasão superior, adquirida por tal sistema. Nesta posição, um sistema deveria admitir escusas apesar de que para

evitar desordem ou linchamento, as concessões poderiam ser feitas às demandas populares por pena mais severa do que poderia ser defendida por outros fundamentos (HART, 1968, p. 20-21).

Para Hart, a adoção das excludentes não é uma simples consequência do objetivo geral, como defendem os retributivistas:

É impossível apresentar o princípio pelo qual a punição é excluída para aqueles que agem sob as condições discriminantes meramente como uma consequência do objetivo geral – Retributivista ou Utilitarista – justificando a prática da punição. Pode qualquer coisa positiva ser dita sobre este princípio, exceto que este é um princípio ao qual nós atribuímos importância moral como uma restrição na busca de qualquer objetivo que nós temos em punir? (HART, 1968, p. 21).

Este filósofo do Direito vê uma grande importância na aplicação das excludentes, por considerá-las princípios de justiça que devem garantir o direito individual à proteção contra os interesses dos demais membros da comunidade. Os princípios de justiça visam, assim, impedir que na busca dos objetivos utilitaristas (consequências sociais benéficas, dissuasão, prevenção...) sejam sacrificadas a equidade e a justiça individual. Sua maior preocupação consiste em criar meios, neste caso através das discriminantes, que assegurem que não haverá condenação injusta em nome da felicidade e do bem-estar da maioria. Para isso, exige-se uma licença moral no sentido de que o indivíduo que sofrerá a punição é o mesmo que violou uma lei; e ainda, que sua ação seja resultado de uma livre escolha em desobedecer. As excludentes seriam, então, formas de se garantir a proteção individual contra punições imorais ou, em suas palavras, seriam “exigência da Justiça” (HART, 1968, p. 22).

Sobre o tema, Hart continua aduzindo que:

[...] Justiça consiste simplesmente em princípios a serem observados no ajuste das reivindicações concorrentes dos seres humanos, que (i) tratam todos iguais como pessoas, anexando um significado especial para a ação voluntária humana e (ii) proíbem o uso de um ser humano para o benefício dos outros, exceto em retribuição por suas ações voluntárias contra eles (HART, 1968, p. 22).

Este pensador ressalta três pontos relacionados à importância das excludentes:

- a) A sociedade, que se sente lesada pelo cometimento de um crime, seja porque um dos seus membros foi ferido, seja porque a autoridade da lei foi desobedecida, deseja que quem cometeu a referida ação delitiva seja punido. Aqui não estamos diante do objetivo geral justificador da

punição, mas do único meio justo de se obter o objetivo geral (proteger a sociedade e manter o respeito à lei).

- b) A sociedade, não mais como prejudicada pela ofensa, mas como oferecedora de garantias que protegem o indivíduo das leis, ressaltando, assim na legislação o caráter de justiça. Vivemos num sistema de direitos e deveres e, como tal, a cada um é oferecida uma justa oportunidade de escolher entre obedecer à lei protegendo a sociedade ou receber punição.
- c) A legislação penal visa controlar a sociedade dentro de um quadro coercitivo, concedendo ao indivíduo:
 - a possibilidade de escolha entre obedecer à lei ou pagar;
 - além de conceder o poder de escolha, lhe dá antecipadamente o poder de identificar os períodos em que as sanções jurídicas não o influenciarão, permitindo assim o planejamento de suas vidas a partir disto.

Os dois primeiros tratam que a punição só é cabível para as infrações voluntárias, sendo que a punição para o primeiro ponto tem característica de retorno ou merecimento pelo mal cometido; já para o segundo, revela um preço a ser pago, pois o criminoso teve a oportunidade anterior de evitar sua pena se escolhesse obedecer à lei.

Hart ressalta que as punições utilizadas no direito penal não se assemelham às técnicas de manipulação de *Brave New World* (propaganda condicionada), uma vez que aquela consiste simplesmente em anunciar certos padrões de comportamento e anexar penalidades para quem os executar. Este método maximiza a liberdade de escolha do indivíduo, ao mesmo tempo que torna as condutas descritas na lei menos elegíveis.

Além do objetivo geral justificador e da mitigação, Hart enfatiza que existem outros princípios de justiça que interferem na quantidade de pena. Entre eles, destacamos o princípio que determina que os casos congêneres sejam tratados semelhantemente, ou seja, os culpados do mesmo crime devem ter a mesma pena; e o princípio que rege que o juiz deve advertir a sociedade quando a prática de um crime se torne constante, aumentando assim sua punição. Neste último caso, haverá um sacrifício em nome da segurança da sociedade, que se concretiza na escolha entre o menor de dois males.

Outro princípio ressaltado por Hart diz respeito à quantidade de punição: “diferentes tipos de infrações de gravidades diferentes (contudo isso é estimado) não devem ser punidas com a mesma severidade” (HART, 1968, p. 25).

4.5 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Hart enfatiza que a probabilidade de as discriminantes inocentarem culpados tem obrigado o Direito inglês a se posicionar, a fim de evitar tais incoerências. Para tanto, foram criados os crimes de responsabilidade objetiva – como por exemplo a venda de bebida a menor de idade e o porte de documento falsificado –, os quais não admitem excludentes, pois a intenção do agente não é necessária para que haja sua condenação. Não se discute a intenção, a negligência nem a falta de cuidado, a fim de se evitar que os verdadeiros culpados sejam inocentados.

Os crimes de responsabilidade objetiva são, assim, uma exceção à regra geral, no intuito de que “[...] um importante princípio tem sido sacrificado para garantir uma medida maior de conformidade e de condenação dos infratores” (HART, 1968, p. 20).

Os atuais sistemas de direito penal, quando empregam a responsabilidade objetiva em matéria criminal, fazem-no com a consciência de estar sacrificando um importante valor, escolhendo o menor entre dois males. Isto em parte deriva do fato de que os atuais sistemas criminais são utilitaristas no tocante ao objetivo geral justificador, mas mantêm a teoria retributivista no que concerne à distribuição da pena.

Esse jurista inglês ressalta que a responsabilidade objetiva não pode ser utilizada para os crimes mais graves, devendo restringir-se aos crimes menores, embora entenda que até para estes há certa relutância em sua aceitação. Hart entende que apenas um conjunto de princípios inter-relacionados com a ideia de equidade e justiça pode aprimorar nosso sistema penal, de forma que a responsabilidade objetiva seja substituída pela aplicação da pena valorada de acordo com a intenção do agente e as consequências do crime.

Sobre a responsabilidade objetiva, Hart pontua ainda que sua aplicação não apenas aumenta consideravelmente o número de punições, como também retira do indivíduo a capacidade de identificar os períodos nos quais ele ficará livre de punição, pois é extremamente difícil definir períodos em que não agiremos involuntária ou

acidentalmente. A partir do conhecimento de nós mesmos, podemos definir os períodos em que não cometeremos infrações intencionalmente.

4.6 O GRAU DE SEVERIDADE DAS PENAS

Partindo da premissa de que a pena tem função desestimuladora do crime, poderíamos concluir que aplicar penas muito severas a crimes de menor potencial lesivo os levaria à extinção, garantindo assim o caráter preventivo da punição. Apesar de acreditar que tanto a pena de morte como uma pena longa iriam erradicar as infrações leves como as de trânsito, Hart critica sua utilização e o fundamento de ambas as teorias para seu uso. Os utilitaristas defenderiam que o mal causado por esta forma de punição, mesmo que ocorresse raramente, seria maior do que o sofrimento causado pelas infrações de trânsito; já os retributivistas diriam que cada crime possui uma penalidade correspondente à sua iniquidade, e que “[...] a medida não deve ser, ou não ser apenas, a perversidade subjetiva do criminoso, mas a quantidade de dano causado” (HART, 1968, p. 234).

Sobre o tema, Hart entende que o sistema punitivo deve ser guiado pelo princípio da proporcionalidade:

O princípio orientador é o de uma proporção dentro de um sistema de penalidades entre aquelas impostas para diferentes infrações, onde estas tem um lugar distinto na escala de senso comum de gravidade. Esta escala em si mesma, sem dúvida, consiste em muitos amplos julgamentos tanto de relativa iniquidade moral como de nocividade dos diferentes tipos de infração: ela desenha distinções grosseiras, como entre as infrações de estacionamento e o homicídio, ou entre eutanásia e homicídio por lucro, mas não pode lidar com qualquer avaliação precisa da maldade de um indivíduo para cometer um crime (quem pode?). Contudo, a manutenção da proporção desse tipo pode ser importante: onde a gradação legal dos crimes expressado na relativa severidade das penalidades diverge acentuadamente desta escala grosseira, existe um risco ou de confundir a moralidade comum ou de desrespeitar e trazer a lei em desobediência. (HART, 1968, p. 25).

Sob o prisma da punição proporcional à gravidade do crime, Hart observa em seus estudos que:

[...] a característica mais perplexa do modelo é a exigência de que a punição deve de alguma forma corresponder ao crime. As equivalências simples de olho por olho ou morte por morte parecem ambas incompatíveis ou inaplicáveis à maioria dos crimes e mesmo que seja inteligível uma versão refinada da equivalência exigir um grau de sofrimento equivalente ao grau da maldade do criminoso, parece não haver maneira de determinar esses graus (HART, 1968, p. 233).

O pensamento de Hart coincide com o de Bentham, pois ambas as teorias filosóficas conciliam com o princípio da proporcionalidade, concordando que a severidade da punição deve ser harmônica com a gravidade do delito.

A proporcionalidade entre crime e punição pode ser concebida tanto pela teoria utilitarista como retributivista, sendo que para esta “[...] a gravidade relativa das punições é para refletir a gravidade moral dos delitos; assassinato deve ser punido mais severamente do que roubo; assassinato intencional mais severamente do que o sem intenção que causou a morte por descuido” (HART, 1968, p. 234).

Outras diferenças apontadas por Hart entre essas duas teorias, no que concerne à proporcionalidade, é que o retributivismo entende que a punição não pode ser cruel, tendo em vista que nem todos os direitos do condenado foram extintos, e que a pena e suas consequências danosas não podem ser superiores ao crime. Os utilitaristas compreendem que se os custos da pena forem proporcionais ao lucro do crime, se desperdiçaria a possibilidade de efetivação da dissuasão, defendendo que, sob o argumento de diminuir a prática delitiva, os danos causados pela aplicação da pena devem ser superiores à vantagem alcançada com o delito.

Um bom exemplo disso é o crime de furto, em que a punição ultrapassa a proporcionalidade ao prever não apenas a devolução do bem furtado, mas também a pena restritiva de liberdade.

4.7 AS CRÍTICAS À TEORIA REFORMADORA

Considerando que as punições tradicionais não têm alcançado seu objetivo de recuperar o condenado para não mais agir em desacordo com a lei e reincorporá-lo à sociedade, Hart explica que muitos têm acreditado que a solução esteja em utilizar a reforma como objetivo geral justificador da punição. Para ele:

Métodos de reforma incluem a indução de estados de arrependimento ou reconhecimento de culpa moral ou maior consciência do caráter e das demandas da sociedade, a oferta de educação em um sentido amplo, formação profissional e tratamento psicológico (HART, 1968, p. 26).

Hart pontua que os defensores da reforma deturpam sua relação com a punição, pois além de ela contradizer o princípio da proporção, possui um conceito muito vago ou impreciso para ser considerada como objetivo, uma vez que sua definição abrangia “[...]”

qualquer fortalecimento do caráter do infrator e a capacidade de mantê-lo dentro da lei intencionalmente produzida pelo esforço humano de outra forma que não seja pelo medo da punição” (HART, 1968, p. 26).

A reforma, para Hart (1968, p. 26), “[...] é um possível ideal, mas não é um ideal para a punição”, não podendo ser considerada uma alternativa para o objetivo geral justificador, pois no tocante à quantidade de pena não atenderia aos princípios de justiça, especialmente ao princípio da proporção, ferindo assim a moralidade da punição.

Este filósofo do Direito critica ainda outro ponto desta teoria, aduzindo que considerar a reforma como o objetivo geral justificador seria o mesmo que afirmar que o objetivo da punição nos crimes de homicídio não é evitar a morte de inocentes, mas apenas reformar o assassino, o que é paradoxal. Portanto, conclui ele que:

A objeção de designar a Reformar para o lugar da punição não é apenas que a punição acarreta sofrimento e a reforma não; mas que a reforma é essencialmente uma etapa de reparação para a qual, na hipótese, há uma oportunidade única no ponto onde o direito penal fracassou em sua primeira tarefa de proteger a sociedade do mal que a violação da legislação envolve (HART, 1968, p. 26-27).

Seu pensamento crítico continua ao considerar que na sociedade existem duas classes de pessoas: os infratores da lei e os que obedecem à lei, mas podem desobedecê-la a qualquer momento. Desta forma, se entendêssemos a reforma como o objetivo dominante, estaríamos trabalhando apenas com o grupo que já está infringindo a lei, deixando de aplicar o caráter preventivo da pena ao segundo grupo de pessoas.

A reforma só seria eficaz se apenas o primeiro grupo de pessoas fosse passível de cometer crime, ou seja:

Se nós acreditamos que nada foi alcançado por anunciar penalidades ou também pelo exemplo do sofrimento do infrator porque aqueles que não cometem crimes não os cometeriam em qualquer caso ou porque as penalidades anunciadas ou impostas aos outros não estão entre os fatores que os influenciaria em manter a lei, então, seria necessária alguma mudança dramática concentrada totalmente nos infratores reais. (HART, 1968, p. 27).

Hart (1968, p. 27) não acredita que apenas o primeiro grupo mereça a atenção do Estado e conclui que estamos diante de um dilema. Por um lado, as “penalidades as quais nós acreditamos que são necessárias como uma ameaça para manter a conformidade com a lei, no seu máximo podem converter o infrator a quem elas são aplicadas em um inimigo

endurecido da sociedade”; por outro, “[...] o uso de medidas de reforma pode diminuir a eficácia e o exemplo da punição sobre os outros”.

4.8 A TEORIA RETRIBUTIVA NA VISÃO DE HART

A teoria retributiva, para Hart, se baseia em três premissas: a pessoa que receberá a punição deve ter cometido voluntariamente um ato imoral, a punição deve ser proporcional à maldade do delito e que é moralmente bom devolver o mal imerecido com o mal merecido:

Tal teoria afirmará três coisas: primeiro, que uma pessoa pode ser punida se, e somente se, ela tenha voluntariamente feito alguma coisa moralmente errada; segundo, que sua punição deve, de alguma forma, corresponder ou ser equivalente à perversidade de seu crime; terceiro, que a justificativa para punir os homens sob tais condições é que o retorno do sofrimento pela maldade moral voluntariamente feita, é em si mesmo moralmente bom. Assim, a teoria dá uma resposta retributiva às três questões: "Que tipo de conduta pode ser punida?", "Quão severamente?" e "Qual é a justificativa para a punição?" (HART, 1968, p. 231).

A segunda premissa da exigência de adequação da punição à perversidade da ofensa é para Hart criticada até mesmo pelos retributivistas mais modernos, por entenderem que:

A forma mais rígida de nosso modelo de teoria retributiva era obrigatória no sentido de que não apenas permitia, mas exigia uma punição adequada à perversidade do crime. Alguns retributivistas modernos discordariam disto e para eles a satisfação das condições constitui não mais do que uma licença para punir o criminoso, como alguém que é moralmente culpável e tão merecedor de punição; mas se, neste caso, ele deveria efetivamente ser punido é uma questão a ser decidida por referência aos efeitos que a punição é possível de ter sobre o ofensor ou sobre a estrutura do direito e da moralidade em geral (HART, 1968, p. 236).

Esse abrandamento do retributivismo clássico “[...] pode ser feito em relação às questões da quantidade ou severidade da punição e na interpretação dada à noção de punição proporcional” (HART, 1968, p. 237).

Hart pontua que não é razoável que um sistema penal na atualidade se adapte ao retributivismo clássico, especialmente se acrescentarmos uma nova característica, qual seja: “[...] que a satisfação das condições exigidas pela teoria não faça simplesmente a punição do criminoso ser admissível, mas a torne obrigatória, mesmo a véspera da

extinção da sociedade contra a qual a pessoa a ser punida ofendeu as leis” (HART, 1968, p. 232).

Existem muitas críticas ao princípio retributivo, de que a ação perversa, ao prejudicar terceiros, exige punição mesmo quando punir não impede a repetição da conduta delitiva nem satisfaz o caráter preventivo. Sobre esta exigência, Hart afirma:

Para alguns críticos, parece ser uma misteriosa peça de alquimia moral na qual a combinação de dois males a perversidade moral e o sofrimento são transformados em bem; para outros, a teoria parece ser o abandono de qualquer tentativa séria de prover uma justificação moral para a punição (HART, 1968, p. 234-235).

Hart complementa informando que, para outros, essa exigência é uma “[...] confusão primitiva dos princípios da punição com aqueles que devem governar a diferente questão da compensação a ser feita à vítima do delito” (HART, 1968, p. 235). Os retributivistas modernos não coadunam com este entendimento, mudando sua ênfase “[...] da alegada justiça ou bondade intrínseca do retorno do sofrimento pelo mal moral feito, para o valor da expressão fidedigna, sob a forma de punição, da condenação moral pela perversidade moral envolvida no crime” (HART, 1968, p. 235).

Como já observado, Hart não concorda totalmente com o retributivismo, criticando até mesmo seu conceito clássico de pena, sob o fundamento de que considerar a pena como a retribuição ou a vingança por um ato imoral exclui infrações como, por exemplo, os crimes financeiros, que não possuem um caráter imoral, mas tão somente um viés de política econômica. Nestes casos, a teoria utilitarista seria mais bem empregada.

Segundo este filósofo inglês, as penas infligidas baseando-se no retributivismo são mais severas do que as lastreadas pelo utilitarismo:

As formas mais severas da teoria retributiva considerariam o mal moral do crime como justificativa para uma sentença mais severa do que seria exigido na dissuasão ou outros motivos utilitaristas: na verdade o ponto é frequentemente feito para que nenhuma punição maior possa ser necessária para deter um assassino do que um ladrão, contudo a maioria dos sistemas de punição mostram sua fidelidade às ideias retributivas punindo o assassino mais severamente (HART, 1968, p. 237).

O retributivismo moderno contrasta com o utilitarismo em dois pontos cruciais: “[...] a conduta a ser punida deve ser uma espécie de transgressão moral voluntária, e a severidade da punição deve ser proporcional à perversidade do crime” (HART, 1968, p. 235). Assim, destacamos a voluntariedade e a proporcionalidade como pontos

contraditórios dessas escolas filosóficas.

Esta ideia é destacada por Hart sob dois ângulos diferentes: no primeiro, a condenação e a punição do criminoso são um bem valioso em si mesmo; e no segundo, o valor está nos resultados, e não no ato em si:

Mas esta forma de teoria também tem pelo menos duas formas diferentes: em uma delas a expressão pública da condenação do criminoso através da punição pelo seu crime pode ser compreendido como algo valioso em si mesmo; na outra, isto só é valioso porque isto tende a determinados resultados valiosos, como a reforma voluntária do criminoso, o reconhecimento de seu erro moral, ou a manutenção, reforço ou defesa da moralidade da sociedade contra a qual a pessoa punida ofendeu (HART, 1968, p. 235).

Hart enfatiza que a teoria retributivista contemporânea já compreendeu a necessidade de se associar ao utilitarismo, reconhecendo que no sistema penal moderno a teoria da punição deve ser “[...] justificada como um método de prevenção de crimes perigosos, mesmo que o mecanismo de prevenção seja o temor, ao invés do reforço da inibição moral” (HART, 1968, p. 236).

Essas vertentes, que tendem a modernizar algumas características do modelo padrão, trazem melhoramentos para a concepção retributiva, sem contudo deixar de preservar princípios essenciais à retribuição, como a exigência de punir quem faz o que é moralmente errado, e a severidade da punição ser determinada pela gravidade moral do delito.

4.9 A TEORIA MISTA DE HART

Antes de adentrarmos na teoria mista de Hart, devemos enfatizar que o filósofo inglês olha para o crime não apenas como uma ofensa à lei, mas também à moral:

Insiste-se que na considerável e crucialmente importante área do comportamento onde as proibições ou requisitos do direito penal se sobrepõem à moralidade, de tal modo que o crime é também uma ofensa moral, isso deveria ser uma preocupação primordial da lei que a punição deve ser proporcional à gravidade do crime, ou uma expressão adequada de condenação moral por ele. Por outro lado, admite-se que existe uma vasta área do direito penal onde o que é proibido ou ordenado pela lei está tão distante das exigências familiares da moralidade que a própria palavra “crime” parece uma descrição demasiadamente enfática da quebra de lei (HART, 1968, p. 236).

Por considerar a prática punitiva complexa, desdobrando-se em um emaranhado de questões, Hart desenvolve seu raciocínio de que nenhuma teoria isoladamente

compreende todos os valores envolvidos na punição – ou melhor, uma teoria sozinha não abrange os princípios penais que devem compor a finalidade da pena. As perguntas complexas a que o objetivo geral justificador deve responder exigem soluções heterogêneas.

A justificação da pena, para Hart, está no seu fim social; ele acata o entendimento utilitarista no tocante ao objetivo geral justificador e aceita a teoria retributiva no que diz respeito à distribuição – ou melhor, a quem deve ser punido e com qual severidade.

Se analisarmos isoladamente, nem a teoria retributiva nem a utilitarista atendem adequadamente às questões envolvendo a justificação da pena. O utilitarismo se adequa perfeitamente à ideia de que as punições devem ser institucionalizadas para prevenir a sociedade dos danos causados pelos delitos, mas é insuficiente para explicar por que apenas os verdadeiros culpados devem ser punidos e por que não utilizar penas degradantes.

Apesar de isoladamente não abrangerem todos os aspectos do objetivo geral justificador, Hart pontua a importância tanto do utilitarismo como do retributivismo para alcançarmos justiça na aplicação da pena e satisfazer a sua finalidade. O objetivo geral da punição seria a dissuasão e a prevenção defendidas pela escola filosófica de Bentham, como forma de proteger a sociedade e diminuir os danos causados pela prática delitiva.

No que concerne ao retributivismo, Hart rechaça seu argumento quanto ao objetivo geral justificador, discordando não apenas de a finalidade da pena ser o merecimento ou o castigo como forma de causar dor ao criminoso condenado, como também da visão de que a sociedade tem o direito de retribuir o mal causado pelo infrator, julgando ser a vingança um ato irracional.

Insta ressaltar que, ao adotar o utilitarismo como objetivo geral justificador, Hart não o faz em todas as suas peculiaridades, pois no que concerne à distribuição, ou melhor, a quem e como deve ser punido, ele despreza as noções defendidas por Bentham, abraçando o entendimento retributivista e consagrando sua Teoria da Justificação da Pena como Mista. Hart fundamenta esta combinação de teorias aduzindo que o objetivo geral justificador utilitarista deve ser qualificado por princípios de justiça.

Vários são os princípios de justiça adotados por Hart, entre os quais destacamos a retribuição na distribuição – ou seja, a exigência retributivista de que punição só poderá ser aplicável aos infratores pelos seus crimes, a admissão de discriminantes e a previsão legal do crime tentado. Apesar de tecer críticas à adoção das discriminantes, Hart vê

grande importância na sua utilização por também considerá-las princípios de justiça, concordando assim com a restrição da punição nos casos abrangidos pelas excludentes.

Os princípios de Justiça tentam evitar que a busca dos objetivos utilitaristas sacrifique a equidade e a justiça; desta forma, o uso das discriminantes se faz essencial por gerar segurança de que não ocorrerá condenação injusta em prol do bem-estar e felicidade da maioria. Com o intuito de evitar que o emprego indevido das discriminantes absolva culpados, Hart defende a adoção de crimes de responsabilidade objetiva, mesmo que para isso se sacrifique um importante valor, escolhendo o menor entre dois males, mas garantindo maior conformidade e condenação dos infratores.

Outro princípio de justiça destacado por Hart é o reconhecimento de que a tentativa constitui um delito à parte e como tal necessita de uma pena menor que a do crime consumado. Isto se dá pelo fato de que definir a gravidade moral dos delitos não é tão simples. Hart destaca a ambiguidade desta gravidade como medida da severidade da punição, considerando como parâmetro não apenas a perversidade do criminoso, mas também a dimensão do dano causado. Observa-se muito bem a aplicação desta última medida tanto na previsão de punição menor para os crimes tentados em relação aos consumados, como a previsão de “[...]punir o criminoso negligente que tem um resultado fatal mais severamente do que a mesma negligência que não causa a morte” (HART, 1968, p. 234).

Na tentativa, pune-se com menos severidade o autor, pois o delito não se consuma – ou melhor, o dano causado pelo crime tentado é menor do que o consumado. Os retributivistas que observam a imoralidade do ato na graduação da pena encontrariam dificuldade em impor pena diversa, pois a moral infligida do crime tentado é a mesma do crime consumado, tendo em vista que na tentativa o delito só não se concretiza por motivos externos à vontade do autor.

Hart discorda de que possamos punir o crime tentado com a mesma severidade do crime consumado, vez que existem delitos cujo tempo de execução é extenso, o que permite ao autor repensar e desistir. Em tais hipóteses, a mesma pena incentivaria de certa forma o agente a persistir na atitude delitativa, consumando o crime. Admitir que a tentativa constitui um crime à parte e que necessita ter uma pena menor é, para ele, um princípio de justiça, que não pode ser explicado em linhas puramente utilitaristas ou retributivistas.

A teoria mista de Hart adota, dessa forma, a teoria utilitarista como objetivo geral justificador, e a teoria retributivista apenas no que concerne à exigência de a punição

recair apenas sobre o infrator, de acordo com a infração que ele praticou. No que se refere à severidade da punição, seu pensamento exige obediência à escala de proporcionalidade entre a pena e o dano causado pelo crime.

As três perguntas lançadas no início deste capítulo – o que justifica a prática geral da punição? A quem pode a punição ser aplicada? Como nós podemos punir? – são respondidas por Hart de forma a embarcar tanto o pensamento utilitarista como o retributivista. Sua teoria poderia, assim, ser resumida em: a prática da punição se justifica visando a suas consequências benéficas de dissuasão e prevenção, mas só poderá ser punido por um crime quem o cometeu voluntariamente de forma que a severidade da pena obedeça ao princípio da proporção.

5 RESTITUTIVISMO

A restituição envolve dois componentes principais: abster-se de punir os infratores e exigir que os transgressores compensem suas vítimas. Entende-se que qualquer sistema de punição falhará em restaurar verdadeiramente (ou mesmo tentar restaurar) o bem-estar das vítimas envolvidas – fator que deve ser considerado de grande importância quando se lida com as consequências da atividade criminosa. Para os restitutivistas, a razão pela qual qualquer sistema de punição falhará em atender a esse critério é porque, ao lidar com atividades criminosas punindo os infratores da maneira que o Estado achar adequado, não há espaço para as vítimas opinarem sobre o que deve ser feito (ou seja, lidar com a situação de forma a promover seu bem-estar), o que é visto como essencial. O restitutivismo é uma forma alternativa de lidar com a atividade criminosa, que não apenas permite a restauração do bem-estar das vítimas, mas, de fato, faz disso uma prioridade. É o que se chama de teoria da restituição pura. Essa teoria, resumidamente, endossa um sistema em que, em vez de punir os infratores, o Estado os obriga a compensar suas vítimas pelos danos que causaram. Os principais defensores do restituvismo contemporaneamente são Boonin, Barnett, Dagger, Gallagher e Ellin, entre outros.

Assim, a teoria deve responder a algumas objeções levantadas por seus críticos, quais sejam: (1) a teoria é incapaz de explicar a restauração do bem-estar das vítimas secundárias (não imediatas); (2) é incapaz de reparar danos irreparáveis (especialmente em casos de estupro e assassinato); (3) leva à banalização do crime; (4) é incapaz de contabilizar casos de tentativas fracassadas de comportamento ilícito; (5) é incapaz de dissuadir tanto os muito ricos quanto os muito pobres infratores em potencial de se envolverem em atividades criminosas.

5.1 TESES CENTRAIS DO RESTITUVISMO

A teoria da restituição pura propõe, ao invés da punição, um sistema de direito penal que opera, de certa maneira, de forma semelhante à responsabilidade civil. Sob esse sistema, em vez de punir os infratores por irregularidades, o Estado os obrigaria a compensar suas vítimas pelos danos e prejuízos que causaram. Isso, é claro, é restrito aos casos em que os ofensores são responsáveis por prejudicar injustamente suas vítimas. Isso

significa três coisas: 1) é restrito aos casos em que um dano é causado pelas ações de alguma(s) pessoa(s); 2) é restrito aos casos em que os infratores podem ser responsabilizados criminalmente por suas ações (ou seja, o infrator não foi coagido a praticar o ato criminoso) e 3) é restrito aos casos em que um ato ilícito é feito para causar dano.

Como veremos no decorrer do presente capítulo, para Barnett, por exemplo, a restituição se concentra apenas na compensação em forma monetária. Boonin, por sua vez, admite a compensação ser em forma monetária, bem como não monetária. Para Boonin, na verdade, a maior razão de ser da teoria da restituição pura é permitir que as vítimas realmente tenham voz no sistema de justiça criminal. Assim, por esta mesma razão, deve-se permitir meios de compensação não monetários, também, para todos os casos em que a vítima deseja algo do ofensor que não seja dinheiro, ou casos em que a compensação monetária não será suficiente para restaurar o bem-estar da vítima. Gallagher, por sua vez, entende que intervenções não monetárias como a prisão esticam o conceito de restituição ao seu ponto de ruptura e se afastam tanto do conceito de restituição que a justificativa se torna implausível. Assim, compensação não monetária não incluiria prisão, mas pode incluir, por exemplo, exigir que o infrator conserte manualmente algo que tenha destruído.

Cumprir destacar que há uma grande preocupação inerente aos adeptos da teoria da restituição pura que é como o Estado poderia exigir que os ofensores compensem suas vítimas sem a ameaça de punição. Assim, veremos que há entendimentos de que a ameaça de punição pode ser utilizada como último recurso para obrigar os infratores a cumprirem o seu dever de indenizar as suas vítimas. Contudo, surge a controvérsia no sentido de que, para os retributivistas puros, as punições não poderiam ser prejudiciais física ou mentalmente.

5.2 OBJEÇÃO DE DANOS ÀS VÍTIMAS SECUNDÁRIAS

A primeira objeção contra a teoria afirma que quando um ato criminoso é cometido, não é apenas a vítima imediata que é prejudicada. Em vez disso, aqueles ao seu redor (ou seja, sua família, amigos, vizinhos), sem mencionar que a sociedade como um todo também é prejudicada, e essa teoria simplesmente não pode explicar o dano sofrido por qualquer pessoa que não seja a vítima imediata. O que os críticos querem dizer ao

levantar essa objeção é que, por exemplo, se um crime ocorreu em um determinado bairro, é verdade que a vítima imediata será prejudicada e precisará ser compensada por sua perda. No entanto, ele não será o único indivíduo prejudicado por isso. Seus vizinhos agora viverão com medo sabendo que há crime na área, o valor das casas dos vizinhos pode cair, talvez todos que moram naquele quarteirão sintam a necessidade de investir em um novo sistema de segurança, o bairro desenvolverá uma má reputação, etc. Assim, o foco da teoria em apenas reembolsar a vítima imediata do crime, sustentam os críticos, resulta em injustiça para as vítimas secundárias que irão receber nenhuma compensação pelo dano a que também foram submetidos (KLEINBERG, 1980, p. 277 e HOEKEMA, 1991, p. 343).

Uma maneira de responder a essa objeção, como Randy Barnett fez, é simplesmente concordar que a teoria não pode satisfazer ninguém além da vítima imediata, mas que isso também é verdade para um sistema de punição. Barnett argumenta que, embora os proponentes da punição possam alegar que um sistema de punição pode satisfazer todos os afetados (ou seja, vítimas primárias e secundárias) ao satisfazer seu “desejo de vingança”, isso é um exagero e, na realidade, na prática penal punitiva sistemas de justiça, membros da comunidade, bem como as vítimas eles mesmos, agem como “meros espectadores do sistema de justiça criminal”. A teoria da restituição, ele argumenta, permite que as vítimas sejam envolvidas e, nesse sentido, é uma alternativa melhor à punição (BARNETT, 1977, pp. 279-301).

Boonin, outro proponente da teoria da restituição, oferece uma resposta diferente à objeção das vítimas secundárias. Ele afirma que Barnett falha em responder à objeção de que “outros indivíduos além da vítima merecem algum tipo de satisfação do ofensor”. que o impede de permitir a compensação de vítimas secundárias, também. Ele sugere que uma estimativa do dano causado a cada vítima secundária pode ser determinada pelo Estado, e o ofensor seria obrigado a indenizar cada uma delas junto com a vítima imediata. Boonin reconhece que isso é “completamente impraticável”, mas argumenta que estimar quanto dano um ofensor causou para que ele sofra tanto quanto o sofrimento que causou também é impraticável. Assim, a dificuldade de saber quanto é devido de compensação a cada pessoa afetada não deve nos impedir de tentar o nosso melhor para encontrar uma maneira de fazê-lo. Se, por exemplo, muitas vítimas secundárias forem prejudicadas por um vizinho que está sendo roubado, o ladrão pode ser obrigado a não apenas compensar a vítima imediata, mas talvez também pagar uma quantia em dinheiro à cidade para que

o dinheiro possa ser usado para contratar seguranças para restaurar o bairro ao nível de segurança em que estava antes da ofensa (BOONIN, 2008, pp. 226-228). Nas palavras de Boonin:

Como um ofensor poderia ser obrigado a reparar suas vítimas secundárias? Em um mundo ideal, o estado simplesmente realizaria todos os cálculos relevantes, determinaria precisamente quanto dano um ladrão armado que vitimou uma pessoa em particular causou injustamente ao resto de sua comunidade e, em seguida, atribuiria uma quantia precisa em dólares. Talvez determinasse que o ladrão causou mais danos secundários aos vizinhos imediatos da vítima, com o nível de dano gradualmente dissipando-se à medida que as pessoas se afastavam cada vez mais da vítima. Nesse caso, o infrator ficaria devendo algum dinheiro a cada vizinho e depois alguns, mas menos, para outros mais distantes. Ou talvez o Estado determinaria que o dano havia sido distribuído em algum outro padrão. Assim, o ofensor deveria ser compelido a dar apenas dinheiro suficiente para cada vítima secundária para compensar cada um deles pelo dano a eles causado injustamente por sua ofensa. Esta resposta decorre da ideia básica de restituição e mostra como uma teoria da restituição pode acomodar a demanda legítima de satisfação que as vítimas secundárias podem muitas vezes ter sem recorrer à punição.

Esta versão da resposta da vítima secundária também é, é claro, completamente impraticável. Mas isso não significa que a resposta em si é errada. Afinal, muitas vezes pode ser impraticável punir um criminoso submetendo-o precisamente à quantidade de sofrimento que se pensa ser merecedor, mas isso não significa que a punição seja equivocada. Simplesmente significa, em ambos os casos, que no mundo real muitas vezes não podemos fazer com precisão o que devemos fazer ou temos o direito de fazer. E aqui, como em outros relevantes casos semelhantes, se a lei não pode fazer exatamente o que deve ou pode fazer, isso não significa que não deva ou não possa fazer nada. Significa simplesmente que deve fazer o melhor que puder para se aproximar do que deve ou pode fazer. Considere, por exemplo, os processos amplamente divulgados contra os principais empresas de tabaco. Suponha, para fins de exemplo, que essas empresas prejudicaram injustamente milhões de fumantes e deveriam ter que pagar uma indenização a eles. Idealmente, o Estado identificaria todas as pessoas que foram injustamente prejudicadas pela fumaça do tabaco, direta ou indiretamente, determinaria a quantia exata em dólares do dano que cada pessoa havia sofrido, e usar isso como base para determinar a quantidade precisa de compensação devida a cada uma das milhões de vítimas envolvidas. Desde que fosse admissível para o estado fazer isso se pudesse, mas também porque, como questão prática, não pode o estado tentar aproximar esse resultado de forma razoável. Pode, por exemplo, receber um montante fixo pagamento das empresas e usá-lo para melhorar o sistema de saúde de maneiras que provavelmente beneficiariam aqueles que foram mais prejudicados pelas empresas de tabaco. Da mesma forma, então, dado que seria permitido para o estado obrigar o ladrão a pagar a todos os membros da comunidade precisamente a compensação que lhes devia, mas dado também que isso seria praticamente impossível, o estado pode tentar aproximar esse resultado de maneira razoável. Pode, por exemplo, obrigar o assaltante pagar uma quantia à vista para a prefeitura, que usaria o dinheiro para contratar um patrulheiro extra, ou dois, ou três, dependendo de quantos policiais poder era necessário para restaurar a comunidade ao seu nível anterior de bem-estar, e que distribuiria os novos oficiais da maneira mais condizente a trazer os maiores benefícios para aqueles que sofreram o maior prejuízos decorrentes do roubo (BOONIN, 2008, p. 228).

Assim, para Boonin, a teoria da restituição é certamente capaz de permitir a compensação de outras vítimas não imediatas. Além disso, pode-se afirmar que a punição pelo menos proporciona satisfação para as vítimas não imediatas, então seria possível argumentar que a restituição da vítima imediata também ajudaria a restaurar o bem-estar das vítimas secundárias. Por outras palavras, o bem-estar das vítimas secundárias pode ser maximizado ao constatar que a vítima foi compensada pelos danos que sofreu e ao saber que o crime foi, de fato, reconhecido e tratado. Isso, para os retributivistas, é um sentimento de satisfação mais saudável e mais virtuoso do que a satisfação derivada da imposição de dor ao ofensor. Por isso Boonin entende que a teoria pode ser feita de modo que a compensação também possa ser paga às vítimas secundárias, o que certamente seria melhor para seu bem-estar do que punir o ofensor (dado que a essas vítimas secundárias também será dada a oportunidade de opinar sobre como gostariam de ser compensados). No entanto, mesmo que a teoria não fosse capaz de permitir a compensação de vítimas secundárias da mesma forma que permite a compensação de vítimas imediatas, ainda assim não se seguiria que as vítimas secundárias do crime estariam em melhor situação sob um sistema de punição.

Uma objeção contra a alegação de que a teoria da restituição pura pode permitir vítimas secundárias é que se permitirmos a compensação de vítimas secundárias por meio, por exemplo, de um pagamento fixo pelo ofensor à cidade a ser usado para restaurar o bem-estar das vítimas secundárias, isso seria o mesmo que exigir que o infrator pagasse uma multa. Pagar uma multa, no entanto, é uma punição. Assim, exigir a compensação de vítimas secundárias sob a teoria da restituição significaria que a teoria teria um aspecto punitivo, e é precisamente contra isso que a teoria está argumentando.

Boonin sugere que há, de fato, uma diferença entre pagar uma multa e pagar uma quantia em dinheiro como restituição. A diferença é que, no caso anterior, a multa é punitiva. No último caso, porém, não é essa a intenção. A intenção com a restituição é simplesmente restaurar o bem-estar das vítimas secundárias, e se a forma de fazer isso é extrair pagamentos da própria pessoa responsável por seu sofrimento, então é isso que deve ser feito (BOONIN, 2008, p. 229). Por outro lado, a restituição (mesmo em casos de vítimas secundárias) não precisa ser puramente monetária. Por exemplo, se o que os vizinhos decidiram é que a melhor coisa para um infrator (digamos, alguém que vandalizou a casa de um dos vizinhos depois de beber demais) é procurar reabilitação

para seu problema com a bebida, de modo que é improvável que ele repita o crime, então é isso que deve ser exigido dele.

Outra objeção levantada contra a ideia de compensar vítimas secundárias envolve a questão de certos crimes ganharem mais ou menos atenção do público do que outros. A ideia por trás dessa objeção é simplesmente a seguinte: suponha que o mesmo crime seja cometido por duas pessoas diferentes, mas o segundo crime gera mais publicidade do que o primeiro (fazendo com que mais pessoas sintam medo e insegurança) e, assim, o segundo crime gera mais vítimas secundárias. A teoria da restituição pura pareceria implicar que o crime que gerou mais publicidade teria que exigir que o infrator pagasse mais do que o outro infrator pelo mesmo crime. No entanto, isso não parece ser justo. Na verdade, essa objeção faz parte de um problema ainda maior que, em alguns casos, o dano gerado pelo crime de um infrator estará fora de seu controle. Outra questão surge quando, por exemplo, duas pessoas diferentes em situações diferentes entram em brigas de bar por motivos semelhantes. No entanto, em um caso, a vítima estava fisicamente muito mais fraca ou tinha uma condição médica (fato desconhecido pelo agressor) e sofreu muito mais danos físicos do que a vítima na outra situação. Parece que sob a teoria da restituição pura, o segundo infrator deveria mais restituição do que o primeiro - mas isso não parece justo considerando o fato de que ambos os infratores cometeram o mesmo crime (WILKINSON, 1996, p. 40).

Boonin menciona que há formas de responder à objeção quanto ao envolvimento da sorte na atividade criminosa: que um ofensor só é responsável pelo dano que uma pessoa razoável poderia ter previsto. Além disso, ele observa que, embora a questão da sorte possa dificultar os casos de determinação da restituição, é importante ter em mente que a punição também enfrenta o mesmo problema (BOONIN, 2008, pp. 230-231).

Na verdade, em alguns casos, um ofensor será obrigado a compensar todo o dano que causou (independentemente de o dano ter ou não ter sido previsto), mas em outros casos, o infrator só será obrigado a compensar o dano que poderia razoavelmente ter sido previsto. Isso ocorre porque é importante evitar casos em que um pequeno crime poderia sair do controle e causar muito mais danos e prejuízos do que o previsto. Por exemplo, vejamos o seguinte cenário: numa brincadeira, alguém decide cobrir a casa de um vizinho com papel higiênico. O vizinho acorda de manhã e encontra sua casa coberta de papel higiênico e, ao tirar o papel higiênico de uma árvore do quintal, cai e sofre ferimentos graves. Sua mãe, cuja saúde já está em péssimo estado, fica sabendo dos ferimentos do

filho e sofre um ataque cardíaco. Como seu filho está no hospital, ele não consegue chegar até ela rápido o suficiente para levá-la ao hospital, então ela não é tratada e acaba morrendo. Nesse caso, seria errado imputar ao responsável por cobrir a casa com papel higiênico a morte da mãe da vítima. Talvez até seja injusto exigir que ele compense sua vítima pelos honorários hospitalares porque, neste caso específico, seria difícil prever que isso acontecesse. O máximo que se poderia prever como resultado dessa pegadinha era um vizinho zangado e nada mais. Por outro lado, danos não previstos não podem ser completamente ignorados. Por exemplo, se um ladrão armado planeja roubar uma loja de conveniência, mas não pretende usar sua arma, ainda assim, após ser provocado pelo dono da loja, dispara instintivamente sua arma contra o dono da loja e acaba causando ferimentos ou potencialmente a morte do proprietário, então, em tal caso, o ladrão deve ser responsabilizado pela lesão ou morte do dono da loja. Isso porque, embora ele não tivesse planejado usar a arma, ele certamente poderia ter previsto o dano potencial que uma arma de fogo causaria. Esses são dois casos fáceis de usar para julgar a responsabilidade. Em suma, ao tentar determinar quanto dano um ofensor é responsável, deve ser analisado o caso concreto e determinar a responsabilidade da mesma maneira que se faria em um sistema de punição clássico.

5.3 FORMAS DE COMPENSAÇÃO

Além de se discutir os conceitos de restituição e compensação, temos que explicitar, também, a forma que a compensação pode ser efetivada, ou seja, o que é aceitável e o que não é aceitável em termos de compensação.

Enquanto alguns (como Barnett) parecem se concentrar apenas na compensação em forma monetária (que inclui, por exemplo, um infrator abrindo mão de sua propriedade ou ganhos futuros para reembolsar suas vítimas), outros (como Boonin) permitem a compensação ser em forma monetária, bem como não monetária (incluindo, por exemplo, colocar uma tornozeleira eletrônica em um infrator ou encarcerá-lo para restaurar a segurança de suas vítimas). É claro que a compensação em meios monetários será aceitável em muitos casos. No entanto, uma das maiores razões pelas quais se move a teoria da restituição pura é permitir que as vítimas realmente tenham voz no sistema de justiça criminal. Assim, por esta mesma razão, deve-se permitir meios de compensação não monetários, também, para todos os casos em que a vítima deseja algo do ofensor que

não seja dinheiro, ou casos em que a compensação monetária não será suficiente para restaurar o bem-estar da vítima. Isso ocorre porque, como sugere Scott Gallagher, intervenções não monetárias como a prisão esticam o conceito de restituição ao seu ponto de ruptura e se afastam tanto do conceito de restituição que a justificativa se torna implausível. Assim, compensação não monetária não incluiria prisão, mas pode incluir, por exemplo, exigir que o infrator conserte manualmente uma loja que ele vandalizou ou retirar todo o papel higiênico que espalhou pela casa do vizinho. Dessa forma, a teoria da restituição pura é aquela que permite formas monetárias e não monetárias de compensação, dependendo do que melhor restaurar o bem-estar da vítima (GALLAGHER, 2016, p. 86). Para Gallagher,

As intervenções não monetárias, como a prisão, esticam o conceito de restituição ao seu ponto de ruptura e se afastam tanto do conceito de restituição que a justificativa se torna implausível. Também acredito que uma linha deve ser traçada quando os direitos humanos estão em questão e, portanto, minha visão sobre compensação não monetária não inclui prisão, mas pode incluir, por exemplo, exigir que o infrator conserte manualmente uma loja que ele vandalizou (GALLAGHER, 2016, p. 86).

Como vimos, a teoria da restituição pura permite formas monetárias e não monetárias de compensação, dependendo do que melhor restaurar o bem-estar da vítima, Ressaltando-se sempre que a restituição envolve, necessariamente, dois componentes principais: abster-se de punir os transgressores e exigir que os infratores compensem suas vítimas

5.4 EFEITO DO CRIME NA OBJEÇÃO DO ESTADO

Além da questão da compensação das vítimas do crime, pode-se argumentar que as vítimas imediatas (e mesmo as vítimas secundárias) não são as únicas prejudicadas pelo crime. Na verdade, o próprio Estado tem suas próprias razões para exigir que o ofensor seja punido. Talvez seja por isso que a maioria das acusações criminais são apresentadas pelo governo (em parte porque age como representante do povo, mas também como representante de si mesmo). O crítico pode até sugerir, como fez Arthur Ripstein, que, quando crimes de corrupção são cometidos, tipicamente não há nenhuma vítima em particular além do estado, e assim podemos supor que apenas o estado tem interesse em punir as transgressões cometidas contra ele, e quando crimes contra

particulares são cometidos, o ofensor não apenas prejudica sua vítima, mas também comete um crime contra a ordem pública, e porque a ordem pública é violada, o estado tem interesse em justificá-la (RIPSTEIN, 1999, p. 156).

O crime prejudica o Estado ao desafiar a supremacia da lei. Quando um ofensor conscientemente age contra uma determinada lei, ele está, de certo modo, insinuando que está acima dela. Assim, um proponente da punição pode argumentar que a punição para tais crimes serve para manter as leis que foram quebradas. Como tal, podem ser vistos como uma forma de danos punitivos devidos ao Estado.

Outra razão pela qual o Estado tem justificativa para punir um infrator é porque o crime impede o estado de cumprir seu dever de proteger seu povo. Como resultado, a resposta apropriada a um crime deve tanto reivindicar a lei quanto reivindicar os direitos da vítima. Em resumo, punir um ofensor serve para assegurar ao povo do estado que ele ainda está protegido e que o estado não falhou com ele.

A punição é uma forma de o Estado denunciar atos ilícitos. Serve para comunicar ao ofensor (bem como aos membros do Estado) que as ações do ofensor (que muitas vezes incluem priorizar seus próprios fins privados sobre os direitos e liberdades dos outros) não são permitidas e não serão toleradas.

Assim, a objeção geral aqui implica que a teoria da restituição pura não pode dar conta dessas considerações, uma vez que, ao concentrar toda a sua atenção na compensação das vítimas do crime, não leva em consideração o Estado e as razões do Estado para exigir medidas punitivas ser tomadas contra os infratores.

Os defensores do restitutivismo arguirão que, embora não se possa negar que o Estado possa ser prejudicado pelo crime nem que o estado tenha um papel significativo a desempenhar quando a violação da lei está em questão, não se aceita a implicação de que a punição é a única maneira de atingir esses fins (ou que a pura restituição é incapaz de alcançá-los). Para demonstrar que a pura restituição é capaz de atingir esses fins, é importante notar duas coisas. A primeira é que a principal preocupação do Estado é o bem-estar de seu povo. Isso significa que, embora pareça que o estado (como instituição) é prejudicado pelo crime, ele só é prejudicado pelo crime porque membros individuais do estado são prejudicados pelo crime. Isso significa que o Estado pode reivindicar o nome da lei reivindicando os direitos das vítimas. Essa reivindicação, no entanto, não precisa ser feita por meio de punição. A justificação pode ser conseguida simplesmente através do estado exigindo que o ofensor compense sua(s) vítima(s). Este poder de exigir que o

ofensor compense a(s) sua(s) vítima(s) servirá também para denunciar atos ilícitos e demonstrar ao infrator a supremacia da lei e o poder do Estado, fazendo com que ele entenda que não está acima dela. A segunda coisa a observar é que não é incompatível com a teoria da restituição pura exigir que um ofensor pague à sua vítima (por meio de dinheiro, recursos ou esforço) mais do que apenas as perdas factuais que a vítima sofreu. Na verdade, a restituição provavelmente exigirá uma compensação do infrator que assegure que seu crime não compensa. Assim, o fato de o Estado ter razões para punir os infratores que vão além do bem-estar das vítimas (como denunciar crimes ou manter o nome da lei) não é um problema para a teoria da restituição pura (BOONIN, 2008, p. 236).

5.5 OBJEÇÃO DE DANOS IRREPARÁVEIS

A objeção aos danos irreparáveis sustenta que, embora o objetivo da teoria seja compensar as vítimas pelos danos sofridos, ela falha em levar em consideração os danos que simplesmente não podem ser reparados. Estupro e assassinato são dois desses danos. Uma grande preocupação para o crítico é que, se o dano não puder ser reparado e a punição estiver fora de questão, então, quando crimes graves ocorrerem, nenhuma medida será tomada para lidar com eles. O que isso significará, em última análise, é que um ladrão terá que compensar sua vítima pela perda de propriedade, enquanto um esturador pode cometer seu crime e continuar vivendo sua vida normalmente como se nada tivesse acontecido. Isso, é claro, não é algo com o qual um crítico ou mesmo um proponente da teoria se sinta confortável.

Uma maneira de responder à objeção de danos irreparáveis é alegar, como Boonin faz, que “se a restituição pura deve ser rejeitada porque, em alguns casos, não podemos extrair a restituição a que teríamos direito, então a punição também teria que ser rejeitada porque, em alguns casos, não podemos impor a punição a que teríamos direito” (BOONIN, 2008, p. 237) Ele então passa a apresentar o exemplo de um assassino que está morrendo de câncer e tem apenas alguns dias de vida (com uma qualidade de vida tão ruim que é essencialmente indiferente a viver ou morrer). Boonin argumenta que, também no caso de punição, às vezes é impossível infligir a quantidade de dano a um ofensor que se acredita ter causado, mas isso não significa que o estado deva se abster de fazer qualquer coisa. O mesmo pode ser dito da restituição. Assim, argumenta Boonin:

O fato de os ofensores não poderem reparar danos irreparáveis não conta contra a teoria da pura restituição. Mesmo que um ofensor não possa reparar totalmente todo o dano que causou nos casos apontados pelos defensores da objeção dos danos irreparáveis, há muitas coisas que ele pode fazer para obter uma compensação parcial. Isso é suficiente para garantir que aqueles que cometem infrações graves enfrentem sérias consequências, mesmo se (talvez especialmente se) não puderem reparar totalmente os danos que causaram. E isso basta para estabelecer que os delitos envolvendo dano irreparável não fornecem nenhuma razão para acreditar que a punição é necessária (BOONIN, 2008, p. 237).

A resposta de Boonin é um tanto insatisfatória, no entanto. Isso ocorre porque, ao equiparar o exemplo de um assassino moribundo a casos de danos irreparáveis, ele falha em reconhecer que o caso anterior é um raro caso atípico, enquanto os últimos são muito comuns, pois muitos crimes, de fato, causam danos irreparáveis. No entanto, concordamos com o ponto de Boonin de que talvez haja casos em que o dano não pode ser reparado, mas isso não implica que permitimos que os infratores sejam isentos de pagar qualquer restituição. É um erro pensar que este é um caso de “tudo ou nada” (que se não podemos reparar totalmente os danos, então nem devemos tentar). Além disso, para complementar o argumento de Boonin é importante pensar na restituição como fazendo o máximo possível para restaurar o bem-estar da vítima (dentro dos limites). Se a restituição for pensada desta forma, mesmo que um ofensor não possa restaurar totalmente o bem-estar de suas vítimas, pelo menos ele as terá feito melhor do que estariam sob um sistema sem restituição.

Outra objeção afirma que há algo perturbador em atribuir uma quantia em dinheiro ao que, por exemplo, uma vítima de estupro passou e sugerir que é isso que fará com que o dano desapareça. Em outras palavras, atribuir algum valor monetário aos danos causados por crimes graves, como o estupro, de certa forma, subestimaria os danos sofridos pela vítima.

Boonin tenta responder a essa objeção alegando que se um médico cometesse um erro grave ao tratar um paciente e, como resultado, o deixasse paralisado, ninguém sugeriria que o fato de o paciente aceitar dinheiro por danos compensatórios significaria que ele não sofria ou que as ações do médico eram permissíveis. Da mesma forma, uma vítima de estupro aceitando compensação monetária não significaria que o que a vítima passou não foi um grande problema ou que as ações do estuprador foram de alguma forma aceitáveis (BOONIN, 2008, p. 238).

Mais uma vez não é satisfatória a resposta de Boonin. Isso ocorre porque é compreensível que algumas vítimas de estupro possam se sentir desconfortáveis em aceitar dinheiro do esturador (talvez porque sintam que colocar uma quantia monetária no dano causado a elas implicaria que seu trauma, saúde psicológica e autoestima são algo que as pessoas possam colocar um preço ou, pior, que as pessoas possam não acreditar em suas acusações devido à suposição de que estão simplesmente atrás do dinheiro de alguém).

A teoria da restituição pura permite que as vítimas opinem sobre o que desejam - portanto, se desejam uma compensação monetária e se sentem à vontade para solicitá-la, sabendo que é isso que ajudará a restaurar seu bem-estar, então eles podem fazê-lo. Se, no entanto, o que eles querem é apenas um reconhecimento de que foram injustiçados e prejudicados ou se o que eles querem é recuperar sua sensação de segurança ou buscar aconselhamento, então essa também pode ser uma maneira pela qual o ofensor pode restaurar seu bem-estar. O importante a observar aqui é simplesmente que as vítimas, sob a teoria da restituição, tendo uma palavra a dizer sobre como o crime deve ser tratado e uma palavra a dizer sobre o que melhor promoveria seu bem-estar, estão em melhor situação do que estariam sob um sistema de punição onde eles não têm a mesma voz.

Assim, embora a compensação total possa não ser possível em alguns casos, a vítima ainda pode ser parcialmente compensada pelo dano sofrido. No entanto, questiona-se como a teoria da restituição pura lidará com casos em que nem mesmo a compensação parcial é possível - em particular, como a teoria pode explicar casos de assassinato, onde a vítima não pode mais ser indenizada.

Uma resposta simples a essa objeção, conforme apresentada por Abel e Marsh, é que: “a família imediata ou os próximos da vítima de assassinato seriam indenizados em tais casos” (ABEL; MARSH, 1984, pp. 161 e 183-4).

Outra resposta, dada por Boonin, é que:

Há três alegações que são difíceis de negar: a reivindicação de transferibilidade (que o dinheiro “devido por uma pessoa a outra pode ser transferido para um terceiro [se] a pessoa original que é devida [dinheiro] falecer antes que a dívida possa ser reembolsada”), a reivindicação de substituíbilidade (que se pessoa não pode pagar a outra o que lhe deve, ela é obrigada a substituir o que deve por algo de valor igual (ou quase igual) e a alegação de preço (de que “é possível, pelo menos em princípio, colocar um valor na vida de uma pessoa” e que “negar essa afirmação seria dizer que a vida [de alguém] não vale nada”). A combinação dessas três reivindicações fornece uma resposta à objeção apresentada acima. Resumindo, precificação significa que há um preço para a vida perdida, substituíbilidade significa que a perda da vida pode ser reembolsada com algo de valor comparável (neste caso, o dinheiro seria uma

substituição aceitável) e transferibilidade significa que se a vítima imediata não pode ser reembolsada, então o dinheiro que lhe é devido pode ser transferido para seu espólio ou, nos casos em que ninguém é deixado para trás para receber o dinheiro, o estado o cobraría (BOONIN, 2008, p. 241-242)

Assim, de acordo com Boonin, qualquer pessoa que aceite as reivindicações de transferibilidade, substituíbilidade e preço deve estar disposta a aceitar a resposta de que, mesmo em casos de assassinato, a restituição ainda pode ser extraída do infrator.

Dessa forma, para os retributivistas puros, em casos de assassinato, aqueles que são imediatamente afetados pelo assassinato devem ser os únicos a serem compensados por sua perda. Isso significa que são eles que terão uma palavra a dizer sobre o que será necessário para que seu bem-estar seja restaurado. Nos casos em que a vítima de assassinato não tem família ou entes queridos, o infrator ainda precisará indenizar as vítimas secundárias (ou seja, os vizinhos imediatos da vítima, por exemplo) cuja sensação de segurança, conforto e bem-estar geral são afetados por o assassinato (talvez através de dinheiro pago pelo ofensor para aumentar a segurança ou alguma outra forma apropriada de compensação decidida pelas vítimas secundárias).

5.6 OBJEÇÃO EM RELAÇÃO AOS CRIMES TENTADOS

Essa objeção questiona como a teoria da restituição pura pode explicar os casos em que alguém pretende causar dano, mas falha (e, portanto, não causa nenhum dano). Um exemplo disso seria um caso de tentativa de homicídio em que uma arma falha. Lembre-se que, sob esta teoria, se nenhum dano for causado, o Estado não pode punir o ofensor ou exigir dele qualquer tipo de compensação. Miller defende essa linha de argumentação. Para ele:

Uma maneira de responder a isso seria simplesmente afirmar que, se nenhum dano for causado, talvez o pretense ofensor não precise compensar ninguém por nada, porque nenhuma compensação é necessária. Mais uma vez, o objetivo da teoria é restaurar o bem-estar das vítimas, compensando-as pelo dano. Se nenhum dano for causado ou se não houver vítimas, então nada precisa ser feito. Miller defende essa linha de argumentação (MILLER, 1978, p. 359).

Contudo, essa resposta não pode ser considerada persuasiva ou satisfatória. Isso ocorre porque tentar matar alguém ou tentar roubar um banco ou colocar drogas na bebida de alguém na tentativa de tirar vantagem são crimes, mesmo que não consumados, e

certamente a maioria das pessoas não se sentiria confortável com um sistema legal onde tais tentativas de crimes não fossem tratadas.

As tentativas fracassadas causam medo e ansiedade na vítima, e o medo e a ansiedade são uma espécie de dano. Portanto, a compensação ainda é necessária nesses casos. Dagger, no entanto, se opõe a essa resposta e argumenta que “equivale a dizer que a descoberta de uma tentativa malsucedida de crime, e não o crime em si, é o que torna a tentativa criminosa” (DAGGER, 1991, p. 33). Ou seja, os casos em que a vítima desconhece a intenção do ofensor de causar danos não serão considerados prejudiciais e, portanto, não exigirão compensação. No entanto, na maioria dos casos, se um crime é tentado contra um indivíduo e o ofensor é pego, então a vítima ficará sabendo imediatamente ou acabará por saber disso, e quando essa tentativa de dano vier à tona, a vítima sofrerá um dano que o ofensor deve então compensar. No caso raro de uma tentativa fracassada nunca ser descoberta pela vítima, talvez seja necessário concluir que nenhum dano ocorreu e, portanto, nenhuma compensação é necessária. No entanto, também é importante notar que a punição também não pode explicar casos de tentativas frustradas em que a vítima nunca chega a saber da tentativa de crime. Por exemplo, alguém que tenta drogar alguém, mas falha e passa despercebido, não é punido mesmo sob um sistema de punição. Ele só é punido se for pego e, se for pego, a vítima certamente ficará sabendo disso.

Outra resposta à objeção das tentativas fracassadas é a resposta “dano pela exposição ao risco” (ELLIN, 2000, p. 309). Essa resposta sugere que tentativas fracassadas expõem as vítimas a um risco de serem prejudicadas e, como com maior probabilidade de serem prejudicados estão em pior situação do que aqueles com menor probabilidade de serem prejudicados, segue-se que os ofensores, ao fazer com que as vítimas fiquem em um estado pior, estão prejudicando-as e, portanto, devem pagar uma restituição.

5.7 OBJEÇÃO DE PERIGO NÃO PREJUDICIAL

A próxima objeção contra a teoria da restituição é semelhante à objeção das tentativas fracassadas. No entanto, essa objeção se concentra nos casos em que um indivíduo expõe outros a riscos de forma não intencional, mas negligente (e sem realmente causar danos). Em outras palavras, os críticos da teoria questionam como se

poderia lidar com crimes como dirigir embriagado. Parece que, mais uma vez, porque nenhum dano é causado a ninguém, o motorista embriagado não precisa pagar nenhuma restituição ou indenizar ninguém e, portanto, está livre de quaisquer consequências por dirigir embriagado. Sob um sistema onde dirigir embriagado é punível mesmo nos casos em que nenhum acidente é causado, Miller diz:

O receio aqui, é claro, seria que, se não houvesse consequências para dirigir embriagado, por exemplo, muito mais pessoas tentariam dirigir alcoolizados e a porcentagem de acidentes nas estradas aumentaria, prejudicando muito mais pessoas do que seria o caso (MILLER, 1978, pp. 359-60).

Para a teoria retributivista, o medo de ser prejudicado por um motorista bêbado é prejudicial em si mesmo. Para nos sentirmos seguros na estrada, precisamos saber se todos os outros estão totalmente alertas, sóbrios e competentes ao dirigir. Quando percebemos um motorista bêbado desviando na estrada, ficamos nervosos e nos sentimos inquietos, e isso, em si, é um dano pelo qual devemos ser compensados. Assim, um motorista bêbado precisaria compensar os outros motoristas (e talvez pedestres) na estrada, por exemplo, pagando uma quantia em dinheiro ao estado por policiais extras para patrulhar as estradas, ou ser obrigado a ir para a reabilitação, etc.

Boonin, por sua vez, argumenta que:

Essa resposta não pode ser usada para explicar os casos em que um motorista embriagado não é notado pelos outros (e, portanto, os outros motoristas na estrada não sofrem danos por medo de serem feridos pelo motorista embriagado). No entanto, se a direção embriagada de um indivíduo é completamente boa (ou seja, ele não está desviando na estrada ou batendo em algo ou alguém) a ponto de nenhum outro motorista poder dizer que ele bebeu, então (1) talvez ele não precise pagar nenhuma restituição (o fator dissuasor neste caso seria que eles teriam que pagar a restituição se algo acontecesse) e (2) motoristas bêbados que não são notados pelos outros dificilmente serão pegos e tratados sob qualquer sistema (mesmo o sistema de punição que temos agora) (BOONIN, 2008, p. 256).

Diante disso, podemos concluir que a objeção de perigo não prejudicial não seria um problema para a teoria da restituição pura.

5.8 OBJEÇÃO DO OFENSOR RICO

Outra objeção contra a teoria da restituição pura é o que se chama de "objeção do ofensor rico". Pelo dano, e se essa quantia de dinheiro for (mais ou menos) a mesma para

todos os infratores que cometerem aquele crime em particular, então os infratores de classe média sofrerão muito mais do que os infratores ricos (que mal perceberiam a perda do dinheiro). Isso, no entanto, claramente não parece justo. Além disso, uma segunda preocupação é que os ofensores ricos não sejam dissuadidos de se envolver em atividades criminosas se a quantia que eles pagam pela restituição for uma quantia que eles mal notarão e/ou perderão.

A resposta de Barnett a essa objeção é simplesmente que:

As pessoas ricas se preocupam com a posição social, portanto, mesmo que não percam o dinheiro que perderão compensando suas vítimas, o fato de ser processado colocará sua posição social em risco será um bom impedimento (BARNETT, 1998, p. 182).

No entanto, não parece ser uma resposta convincente por duas razões. A primeira é que esse certamente não pode ser o caso de todos os infratores ricos. A segunda é que, se levarmos a sério a resposta de Barnett, então podemos muito bem não ter um sistema para lidar com atividades criminosas porque estaríamos operando sob a ideia de que ninguém que gostaria de garantir seu status social cometeria um crime em primeiro lugar.

Abel e Marsh, por sua vez, tentam responder a essa objeção sugerindo que tanto os infratores ricos quanto os de classe média ou pobres deveriam ser obrigados a saldar suas dívidas e não deveriam simplesmente comprar seus crimes (ABEL; MARSH, 1984, p.185). No entanto, também não é uma resposta convincente. Se tudo o que se quer garantir sob a teoria da restituição pura é o bem-estar das vítimas, não está claro como forçar os malfeitores a pagar suas dívidas fará alguma diferença para a vítima que receberá a mesma indenização. Na verdade, levaria mais tempo para a vítima ser compensada. Assim, não fica claro como essa resposta pode ser defendida sem o risco de fazer da restituição uma forma de punição.

Boonin tenta responder a essa objeção de duas maneiras. A primeira é sugerindo que o infrator rico causará mais danos pelo mesmo crime do que o infrator de classe média porque a vítima de seu crime sentirá que pagando apenas uma quantia em dinheiro que talvez seja insignificante para o ofensor rico, ele não terá aprendido a lição e provavelmente cometerá um novo crime. Assim, a sensação de conforto e segurança da vítima continuará em risco, e seu bem-estar não será restaurado. No entanto, é mais provável que o bem-estar dessa mesma vítima seja restaurado se a mesma quantia de dinheiro vier de um infrator de classe média, pois a vítima pode sentir que o infrator de

classe média (que terá que desistir de uma quantia em dinheiro que claramente terá um impacto sobre ele) terá muito menos probabilidade de repetir o crime. Assim, sugere Boonin, para superar esse problema, a teoria teria de exigir que o infrator rico compensasse sua vítima com mais dinheiro do que o infrator de classe média pelo mesmo crime. Em alguns casos, ele propõe, seria necessário impor uma forma de compensação não monetária ao infrator rico para restaurar o bem-estar de sua vítima (isso pode incluir, por exemplo, usar um monitor de tornozelo, pagar para que a polícia o siga por perto o tempo todo, ou até mesmo encarceramento (BOONIN, 2008, pp. 260-1).

No entanto, há uma diferença que Boonin parece não reconhecer entre punição e restituição neste caso, e é que, sob a teoria da restituição pura, é possível que alguém rico possa simplesmente descobrir quanto custaria, por exemplo, para estuprar alguém ou matar alguém, e esteja preparado para pagar essa quantia se for pego. No entanto, o mesmo não pode ser dito de um sistema de punição, onde um infrator, rico ou pobre, terá muito mais a perder (ou seja, sua liberdade).

Os reabilitacionistas ofereceriam uma resposta alternativa à objeção do ofensor rico, no sentido de que a compensação não precisa ser puramente monetária. A parte importante da teoria da restituição pura é que ela permite que as vítimas opinem sobre o que deve ser feito (até certo ponto). O que isso significa é que haverá uma negociação sobre o que a vítima deseja e o que é permitido esperar do ofensor. Não haverá uma quantia fixa de dinheiro que o infrator possa estar disposto a abrir mão antes de cometer um crime, ou seja, “comprar seu crime”.

5.9 A OBJEÇÃO DO OFENSOR POBRE

A objeção do ofensor pobre é exatamente o oposto (ainda que um pouco semelhante) à objeção do ofensor rico. Essa objeção argumenta que nos casos em que o ofensor é extremamente pobre ou indigente, dois problemas ocorrerão: 1) a vítima não será indenizada pelo dano sofrido, e 2) o ofensor não será dissuadido de se envolver em atividades criminosas, sabendo que tem muito pouco (ou nada) a perder (HOEKEMA, 1991, pp. 338-9 e HERSHENOV, 1999, p. 84).

No caso, temos que concluir que a restituição pode, mais uma vez, ser não monetária. Isso pode incluir, por exemplo, exigir que o ofensor vá para a reabilitação ou obtenha uma educação ou adquira um emprego para saldar sua dívida com a vítima. Além disso, é importante observar que não é apenas o caso que a punição também falha em ser

um impedimento nos casos em que o ofensor não tem quase nada a perder, mas essa punição também falha em compensar a vítima nesses casos. Em outras palavras, sentenciar um homem extremamente pobre a uma prisão perpétua, onde sua vida pode ser de igual qualidade (ou talvez melhor, em algumas circunstâncias) do que nas ruas, não só falhará em dissuadir o infrator, mas a vítima também não receberá nenhum tipo de indenização ou poderá opinar sobre o que deve ser feito para que seu bem-estar seja restabelecido. Além do mais, se tanto a prisão quanto, por exemplo, exigir que o infrator adquira uma educação ou um emprego ou busque reabilitação, falham em dissuadir os indivíduos pobres de cometerem crimes, então, no mínimo, pode-se argumentar que a segunda opção irá ser melhor, em geral, para todos os envolvidos, visto que uma educação e um emprego resultarão em menos reincidências no futuro. O encarceramento, por outro lado, é conhecido por falhar como um impedimento em muitos casos, especialmente devido ao fato de que, após cumprir uma pena de prisão, os ex-infratores se veem incapazes de encontrar empregos e reconstruir suas vidas, recorrendo assim a uma vida de crime.

Simplificando, para os restitutivistas puros, o encarceramento não apenas falha em impedir que os indivíduos pobres recorram à atividade criminosa, mas, em muitos casos, os empurra para isso. Assim, mais uma vez, a questão do pobre infrator é um problema muito menor para a teoria da restituição pura do que para a punição.

5.10 OBJEÇÃO DA DISSUAÇÃO INSUFICIENTE

Essa objeção contra a teoria da restituição pura surge de uma preocupação de que compensar as vítimas por crimes não será suficiente para impedir que criminosos em potencial cometam esses crimes. O exemplo apresentado por Boonin para ilustrar essa objeção é o de roubar uma barra de chocolate. Se alguém rouba uma barra de chocolate de uma loja (que tem, digamos, mais 19 barras de chocolate) e essa pessoa é pega, então não houve muito dano a ela, exceto pela perda de uma única barra de chocolate. Assim, tudo o que o ladrão de bombons deve fazer para restaurar o bem-estar do dono da loja é devolver o bombom ou pagar o preço que teria pago se tivesse comprado o bombom. O que isso significa é que, se o ladrão da barra de chocolate tivesse escapado impune do furto, ele teria ficado uma barra de chocolate mais rico. No entanto, se for pego, ele não ficará pior do que estaria antes de tentar roubar a barra de chocolate. Assim, sustenta a

objeção, infratores em potencial terão um incentivo para cometer crimes sob a teoria da restituição pura (BOONIN, 2008, p. 264).

Pode-se argumentar, por outro lado, que quanto menores forem as chances de um crime ser detectado, maiores serão os danos secundários e, portanto, mais restituição o infrator terá que pagar. Isso porque, por exemplo, se roubar um bombom é tão fácil, isso vai obrigar o dono da loja a ter que instalar um sistema de segurança, sabendo que provavelmente acontecerá de novo se não o fizer. Parte do custo do sistema de segurança pode então ser o que o ladrão da barra de chocolate deve compensar o dono da loja se for pego, e isso é suficiente para impedir que o ladrão da barra de chocolate tente fazê-lo em primeiro lugar. Por sua vez, se as chances de escapar impune de um crime forem extremamente baixas, os danos secundários serão menores.

Sobre a questão da dissuasão, diz Boonin:

Eu tenho argumentado que a prática da restituição pura, quando devidamente compreendida, fornece dissuasão suficiente. Mas é importante enfatizar, ao concluir esta discussão, que eu não disse que a pura restituição proporcionaria o máximo de dissuasão. Se a restituição fornecer um boa quantidade de dissuasão, por exemplo, então restituição somada a punição presumivelmente forneceria ainda mais. Mas esse fato oferece pouco conforto para o crítico da teoria da restituição pura. Afinal, é quase sempre verdade que poderíamos fazer mais para impedir as pessoas de infringir a lei do que agora se faz. Poderíamos, por exemplo, dobrar as penalidades atuais para cada ofensa criminal. Poderíamos instalar câmeras de vigilância em cada canto de cada quarteirão e em cada cômodo de cada edifício, incluindo cada casa particular. Poderíamos obrigar todos os cidadãos a usar um uniforme global Monitor de tornozelo com sistema de posicionamento o tempo todo. Poderíamos obrigar cada cidadão a contribuir com uma amostra de DNA para ser armazenada em um banco de dados nacional, e assim por diante. O fato de podermos aumentar a dissuasão fazendo essas coisas não significa que devemos fazê-las. E o mesmo acontece com o fato de que poderíamos aumentar a dissuasão acrescentando punição à pura restituição. O fato de que a pura restituição não forneceria o máximo de dissuasão, portanto, não representa um problema. E assim, considerações de dissuasão não fornecem uma razão para rejeitar a teoria da restituição pura. O fato de podermos produzir ainda mais dissuasão envolvendo a punição não mostra que a punição é necessária (BOONIN, 2008, p. 267).

Uma alternativa à objeção de dissuasão insuficiente seria a seguinte: devido ao fato de que cabe à vítima decidir o que o ofensor pode fazer para efetivar a restituição, o fator dissuasor para o ofensor será não saber o que a vítima deseja para ser indenizada - o que pode incluir indenizá-la com uma quantia em dinheiro que fará com que o crime não valha a pena ser cometido.

A preocupação final que surge ao considerar um sistema operando sob a teoria da restituição pura é a seguinte: como o Estado pode exigir que os ofensores compensem

suas vítimas sem a ameaça de punição? Considere o seguinte exemplo: alguém rouba uma barra de chocolate e é pego e obrigado a devolver a barra de chocolate ou pagar o preço da barra de chocolate ou talvez devolver o preço da barra de chocolate mais uma quantia em dinheiro para compensar a loja em face da sensação recém-desenvolvida de insegurança do proprietário. No entanto, o ladrão da barra de chocolate se recusa a fazer qualquer uma dessas coisas - e então, o que poderá ser feito? Ou seja, o que poderia ser feito sob a teoria da restituição pura nesses casos?

Na verdade, a ameaça de punição pode ser utilizada como último recurso para obrigar os infratores a cumprirem o seu dever de indenizar as suas vítimas. Mas, para os retributivistas puros, tais punições não poderiam ser prejudiciais física ou mentalmente - isso pode incluir, por exemplo, tirar a carteira de motorista de um indivíduo ou apreender seu carro, mas não pode incluir aprisioná-lo, torturá-lo ou envergonhá-lo publicamente. Mais uma vez, isso só seria usado como último recurso quando um infrator simplesmente se recusa a cumprir a lei. Ou seja, a punição é usada apenas como um meio de obter uma compensação e não para prejudicar o ofensor.

E como seria para o retributivismo uma medida não punitiva a ser tomada contra infratores extremamente perigosos que se mostram incapazes de serem dissuadidos e provavelmente continuarão a cometer crimes graves, como estupro, assassinato, incêndio criminoso, furto, agressão, roubo, etc. Mais uma vez, a razão pela qual digo utiliza-se a expressão “não punitiva” é porque seu objetivo não é prejudicar os ofensores, mas simplesmente compensar as vítimas (primárias e secundárias) restaurando sua sensação de segurança. Em casos como os descritos acima, para os retributivistas puros: (1) Todo esforço deve ser feito para reabilitar os infratores. O Estado deve trabalhar para determinar quais fatores os levaram a cometer tais crimes e trabalhar para encontrar uma maneira de reintegrá-los à sociedade como cidadãos cumpridores da lei. Ao fazê-lo, devem ser tratados com humanidade e bem (ou seja, como tratamos todos os outros), porque eles são, afinal, seres humanos dignos de serem tratados com respeito e dignidade, independentemente do que suas circunstâncias os levaram a fazer. (2) Devemos trazer o encarceramento apenas como último recurso (um plano de backup quando tudo mais falhar e eles forem um grande risco para o resto da sociedade). Mas, mesmo assim, deve-se garantir que eles sejam bem tratados e tenham o máximo de liberdade possível.

Ou seja, o entendimento no retributivismo é que podemos restaurar o bem-estar das vítimas restaurando sua segurança, e isso pode ser feito sem tratar os ofensores como

sub-humanos (trancá-los e tirar sua liberdade, espancá-los por mau comportamento, envergonhá-los e deixar de prepará-los para vida fora da prisão). Esse é o pensamento da teoria restituição pura e que coloca reflexões importantes para questionar a eficácia e a justiça da punição na perspectiva do retributivismo positivo.

CONCLUSÃO

O questionamento deste trabalho residiu no âmbito da finalidade da pena, ou ainda, na definição de quais são as razões necessárias para justificar que o Estado imponha um dano a determinados cidadãos. Tanto no direito penal como no campo filosófico, discute-se qual seria o objetivo da punição, isto é, o que seria o certo a se fazer com a pessoa que age ilicitamente, transgredindo as regras estatais e quais seriam as razões de fazê-lo. Este foi o tema da presente tese: entender qual é a finalidade da punição e por qual razão a sociedade inflige danos deliberados a seus cidadãos, excluindo-os do processo político e restringindo sua liberdade de ir e vir. E, mais especificamente, investigamos a pertinência da teoria retributivista, analisando suas características básicas e, especialmente, suas lacunas, o que é de suma importância, tendo em vista que a maioria dos sistemas punitivos contemporâneos têm por base os princípios retributivistas.

Como devidamente ressaltado, nenhuma das teorias da punição consegue sozinha dar uma resposta integral às complexas questões que envolvem a justificação da punição: o que justifica a prática geral da punição? A quem pode a punição ser aplicada? E como nós podemos punir? Simplificar estas respostas utilizando somente uma teoria deixaria o complexo instituto da punição sem solução satisfatória, razão pela qual a penalidade deve ter mais de uma finalidade. Sobretudo, fazer uso apenas da teoria retributivista parece ser um limitador significativo.

Tanto o objetivo preventivo utilitarista de impedir que o crime volte a ser praticado pelo infrator ou pelos demais membros da sociedade, como a finalidade retributivista de fazer justiça pelo ato do criminoso, impondo uma pena como resposta do Estado a um delito passado, bem como a própria restituição, são fortes justificativas para a prática da punição. Essas finalidades se completam: a teoria utilitarista, ao almejar a prevenção do crime, volta sua visão da justificativa da punição para o futuro; já o retributivismo, ao pretender a vingança e o retorno do mal cometido, mira o objetivo da pena para o passado, e o restitutivismo pretende compensar a vítimas pelos danos sofridos, levando-se em consideração o bem jurídico tutelado no caso em concreto.

Concluimos, então, que o utilitarismo serve para explicar o objetivo geral justificador e o retributivismo no que concerne a quem o Estado pode punir, ou seja, um infrator pela infração cometida.

Acerca desta questão – a quem pode ser aplicada a punição –, a ideia retributivista de que somente quem comete um crime pode ser castigado, não admitindo a punição de inocentes, é a que mais atinge a finalidade de justiça. Já a teoria utilitarista, ao analisar uma ação apenas por suas consequências benéficas, fere este importante princípio, admitindo a punição de inocentes quando causar prazer ao maior número de pessoas for o menor entre dois males. E o restituvismo se apoia na premissa de que se deve abster de punir os infratores e exigir que os transgressores compensem suas vítimas.

Neste ponto, se exige uma diferenciação entre a teoria retributivista como objetivo geral justificador e a retribuição na distribuição, que é a garantia que somente quem violou a lei e a fez voluntariamente pode ser punido. O princípio da distribuição na retribuição é algo tão extraordinariamente importante que deve ser obedecido mesmo quando a lei violada for imoral, revelando, dessa forma, que punir apenas um infrator por sua infração é, em verdade, um mecanismo de consagração da justiça.

No que concerne à forma de se punir, ou melhor, no que diz respeito à quantidade de punição, reconhecemos que a severidade é regulada pelo princípio da proporcionalidade, de forma que haja harmonia entre o delito e a pena.

O retributivismo não deve extrapolar os limites da proporcionalidade, devendo-se impedir a aplicação de penas cruéis, degradantes e que sejam maiores que a gravidade do crime, limitando, assim, a severidade da punição. A quantidade de pena, além de obedecer à proporcionalidade, deve ser suficiente para desestimular a prática da infração penal.

As consequências do crime permanecem não apenas em relação a um homem, mas envolve a todos. Tanto a prática de um delito como a sua punição atingem direta ou indiretamente três grupos distintos de pessoas: o infrator, a sociedade e a vítima. Assim, para cada sujeito da relação, a pena terá uma finalidade específica.

Analisando a justificação da punição sob a ótica do infrator, devemos primeiramente avaliar o meio mais eficaz de persuadi-lo a desistir da prática punitiva. O que amedronta efetivamente um transgressor a ponto de fazê-lo desistir do seu intento criminoso, muito mais do que a severidade da punição, é a certeza do seu cumprimento. Ressaltar a importância da infalibilidade da punição não significa dizer que a pena não deve ser rigorosa. Quando alguém se propõe a infringir uma regra legal, a questão da severidade da pena não tem tanta importância.

Observamos esta característica notadamente nos atuais sistemas penais, onde nem mesmo a pena de morte foi capaz de reduzir o número de homicídios. Os esforços do

infrator se concentrarão em buscar maneiras de não ser flagrado, assim a probabilidade de receber uma sanção em retribuição ao seu crime é o maior fator desestimulante. A pena sem aplicabilidade, independentemente do seu rigor, enfraquece todo o sistema punitivo. A solução encontrada baseia-se, dessa forma, na certeza da aplicação da pena em retribuição ao ato delitivo.

Esta certeza de punição não pode se desassociar da ideia de que, sob o ponto de vista do criminoso, a pena é merecida e tem que ser uma retribuição ao mal causado, como defende a escola retributivista. Ao pensar em praticar uma ação delitiva, o transgressor tem que ter a certeza da sua retribuição, ou melhor, que o Estado não o deixará impune, devolvendo o mal merecido pelo mal imerecido.

Seria perfeito que toda punição contasse com a característica da certeza, pois com exceção do que age sob o efeito de alguma discriminante, ninguém ousaria cometer uma infração se de antemão tivesse a convicção de que receberia do Estado uma retribuição ao mal cometido. A sociedade deve ter seus membros desestimulados da prática delitiva através do exemplo da punição ao infrator que, por sua vez, merece receber um castigo pelo crime cometido.

A razão de punir não se exaure na pessoa do criminoso; o crime traz consequências também à vítima e à sociedade. Em relação à vítima, o ofensor deve ressarcir-la, oferecendo-lhe uma satisfação ou um bem que tenha a capacidade de remir o dano sofrido, que é a proposta do restitutivismo, um bem geral capaz de compensar, ao menos parcialmente, os crimes em sua generalidade, no que se refere ao sentimento de injustiça vivenciado pela vítima. O anseio da vítima sempre se manifesta no clamor por justiça, e nada poderia ser mais justo do que retribuir ao infrator o mal causado. Nenhum outro bem poderia aliviar o sentimento de injustiça do que a sensação de que a justiça foi feita ao presenciar seu agressor pagar pelo mal cometido. Dessa forma, a justificação da pena em relação à vítima do crime deve ser retributiva e restitutiva.

Ao ser constatada a ocorrência de um crime, a sociedade voltará sua atenção ao agir do Estado em coibir ou não os atos lesivos a suas regras. Não reprimir de forma apropriada leva à sensação de impunidade e, de certa forma, incentiva a prática delitiva; já a reprimenda munida de certeza e severidade serve de exemplo e advertência de que todo ato ilegal ensejará uma reação estatal, na forma de punição.

A justificação da pena se dá, assim, por sua consequência benéfica, ou melhor, pela prevenção da prática de novos crimes. A prevenção é obtida através do exemplo que

a efetiva punição do infrator gera na coletividade, sendo de certa forma uma consequência lógica da retribuição ao infrator pelo crime cometido. Não há que falar-se em prevenção sem a prévia definição de que todo aquele que cometer um delito será punido – ou seja, o caráter preventivo surge da certeza que toda atitude delitiva sofrerá uma punição.

Uma das mais importantes razões de punir, indubitavelmente, é a redução da incidência de crimes, servindo de advertência à sociedade que o Estado punirá todo aquele que não obedecer às regras penais. A finalidade da pena em relação à sociedade é, portanto, a prevenção geral.

A imposição da pena revela o Estado castigando o criminoso que o merece, com três objetivos simultâneos: retribuir o mal causado, fazer justiça à vítima e prevenir a prática de novos delitos. A punição evidencia, assim, uma mensagem de castigo, de justiça e de admoestação ou censura, tanto para o infrator como para toda a sociedade. Punição seria um mal merecido e dotado de prevenção da prática de novos delitos.

O castigo é, dessa forma, útil não apenas por produzir prazer ao maior número de pessoas objetivando a prevenção de novos crimes, como poderia definir um utilitarista, nem somente porque o criminoso o merece, como argumentaria um retributivista. A utilidade da punição está no seu caráter misto: retributivo, preventivo e restitutivo.

Assim, diante do questionamento sobre quais motivos justificam a imposição de uma pena restritiva dos direitos fundamentais dos cidadãos, as escolas filosóficas buscam construir uma linha de pensamento delimitando a finalidade da punição. Destacamos não apenas o utilitarismo e o retributivismo, como também as teorias denominadas mistas, por mesclarem os fundamentos da prevenção utilitarista com os da retribuição, bem como a teoria da restituição.

O objetivo geral justificador, então, deve ser um sistema misto e equilibrado que engloba tanto a retribuição ao criminoso pelo mal causado como a prevenção da prática de novos delitos, de forma que apenas quem praticou um crime voluntariamente pode ser punido, garantindo-se, ainda, que a pena esteja em conformidade com o princípio da proporcionalidade. Entendemos que a punição não pode ser aplicada sem um objetivo justificador, não sendo admissível punir simplesmente por punir. É primordial que haja um fundamento tanto na elaboração das leis penais como na aplicabilidade da punição. Assim, o objetivo geral justificador da pena deve englobar três teorias da punição, sendo utilitarista, retributivista e restitutivista, consagrando, então, uma teoria mista.

Assim, concluímos que o utilitarismo (preventivista), o retributivismo negativo e o restitutivo devem complementar o retributivismo, diante da complexidade do instituto da punição. Em outras palavras, os resultados que a presente tese apresenta são de que as lacunas no retributivismo concluem pela necessidade de uma teoria mista no que tange às razões de punir.

Enfatizamos, por fim, que analisamos, nesta tese, as razões de punir sob o prisma do retributivismo, destacando suas características centrais e, sobretudo, as suas lacunas, que entendemos que devem ser preenchidas pelo utilitarismo (preventivismo), pelo retributivismo negativo e pelo restitutivo. Para tanto, observou-se o pensamento filosófico na conceituação da finalidade da punição e nas razões pelas quais se deve punir. O utilitarismo, projetando a função da pena para o futuro (*forward-looking*), objetivando a prevenção de novos delitos. O retributivismo, ao enxergar a pena como consequência do delito, voltando sua visão para o passado (*backward-looking*), apontando como seu fundamento o merecimento e o castigo ao infrator. E o restitutivo, em que o Estado deve obrigar as pessoas que descumpriram a lei a compensarem suas vítimas pelo dano que elas erroneamente causaram.

Concluímos, assim, que tais teorias devem complementar o retributivismo, diante da complexidade do instituto da punição e, assim, a razão de punir deve se constituir num sistema misto e equilibrado, abrangendo a retribuição ao infrator pelo mal cometido, a prevenção de novos delitos e a restituição à vítima pelo mal causado, levando-se em consideração o bem jurídico tutelado no caso em concreto, concluindo-se, dessa forma, pela necessidade de ser adotada uma teoria conglobante.

REFERÊNCIAS

ABEL, C. F.; MARSH, F. H. *Punishmentt and Restittuttion: A Restittuttionary Approach to Crime and the Criminal*. Westport, CT: Greenwood Press, 1984.

ACTON, H. B. *The Philosophy of Punishmentt*. London: Macmillan, 1969.

ADLER, J. *The Urgings of Conscience: A Theory of Punishmentt*. Philadelphia: Temple University Press, 1991.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas Edson Bini. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

_____. *Política*. Tradução Antônio C. Amaral e Carlos de C. Gomes. Lisboa: Vega, 1998.

_____. *Metafísica*. Tradução Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1969.

ARMSTRONG K. G. *The Retributivist Hits Back*. In Acton, ed., *Philosophy of Punishmentt*, pp. 138–58, 1961.

AVIO, K. L. Economic, Retributive and Contractarian Conceptions of Punishment. *Law and Philosophy*, Vol. 12, pp. 249–86, 1993.

BAIER, K. E. Is Punishment Retributive? In Acton, ed., *Philosophy of Punishmentt*, 1969, pp. 130–7. 1955.

BARNETT, Randy. Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice. *Ethics*, Vol. 87, No. 4, 1977, pp. 279-301.

BEAN, P. *Punishmentt: A Philosophical and Criminological Inquiry*. Oxford: Martin Robertson, 1981.

BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>. Acesso em 10 fevereiro 2018.

BEDAU, H. A. Retribution and the Theory of Punishment. *Journal of Philosophy*, Vol. 75, No. 11 (November), pp. 601–20, 1978.

BENN, S. I. An Approach to the Problems of Punishment. *Philosophy*, Vol. 33, No. 127, pp. 325–41, 1958.

BENTHAM, J. *O panóptico*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

_____. *Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos*. São Paulo: Edijur, 2002.

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

BERMAN, M. Rehabilitating retributivism. *Law and Philosophy*, Vol. 32, N. 1, p. 83-8, 2013.

BETTIOL, G. *Direito penal*. Tradução e notas Paulo José da Costa Junior e Alberto Silva Franco. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v.1.

_____. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.1.

_____. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BLANSHARD, B. *Retribution Revisited*. In MADDEN ET AL., eds., *Philosophical Perspectives on Punishment*, pp. 59–81, 1968.

BLUMOFF, T. Justifying Punishment. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 14, No. 2 (July), pp. 161–211, 2001.

BOONIN, D. *The Problem of Punishment*. New York: Cambridge University Press, 2008.

BRADLEY, G. V. Retribution and the Secondary Aims of Punishment. *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 44, pp. 105–23, 1999.

BUSTOS RAMIREZ, J.; MALARÉE, H. H. Pena y Estado. In: BUSTOS RAMIREZ, J. *Bases críticas de un derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982, p. 143-149.

CAPEZ, F. *Curso de processo penal*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARNELUTTI, F. *As Misérias do processo penal*. São Paulo: Pillares, 2006.

CARVALHO NETO, I. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CEDERBLUM, J. The Retributive Liability Theory of Punishment. *Public Affairs Quarterly*, Vol. 9, No. 4 (October), pp. 305–15, 1995.

CHRISTOPHER, R. The prosecutor's dilemma: bargains and punishments. *Fordham Law Review*, Vol. 72, p. 94-168, 2003.

COITINHO, D. Rawls e a justificação da punição. *Trans/form/Ação*, Vol. 40, No. 3, 2017, pp. 67-92. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732017000300067. Acesso em 18 abril 2018.

DAGGER, Richard. Restitution: Pure or punitive? *Criminal Justice Ethics*, Vol. 10, No. 2, 1991, pp. 29–39.

_____. Playing Fair with Punishment. *Ethics*, Vol. 103, No.3, 1993, pp. 473-88.

DAY, J. P. Retributive Punishment. *Mind*, Vol. 87, pp. 498–516, 1978.

DIAS, J. F. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, M. C. L. C. A concepção de ética no utilitarismo de John Stuart Mill. *Discurso: Revista do Departamento de Filosofia da USP*, São Paulo, N. 44, p. 235-260, 2014.

DIMOCK, S. Retributivism and Trust. *Law and Philosophy*, Vol. 16, pp. 37–62, 1997.

DIMOULIS, D. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DOLINKO, D. Some thoughts about retributivism. *Ethics*, Vol. 101, No. 3, p. 537-559, Apr. 1991.

DOSTOIÉVSKI, F. *Os Irmãos Karamazov*. Tradução: Natália Nunes e Oscar Mendes. São Paulo: Abril Cultural, 1970.

ELLIN, Joseph. Restitutionism Defended. *The Journal of Value Inquiry*, Vol. 34, 2000, pp. 299-317.

ERWIN, James. “The Norwegian prison where inmates are treated like people”. *The Guardian*, 25 Feb. 2013.

ESTEFAM, A. *Direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

EZORSKY, G. Retributive Justice. *Canadian Journal of Philosophy*, Vol. 1, No. 3, pp. 365–8. 1972.

FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/26328996/direito-e-razao---luigi-ferrajoli>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

FERREIRA, G. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FLETCHER, G. *Rethinking Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2000.

FLEW, A. The Justification of Punishment. In Acton, ed., *Philosophy of Punishment*, 1969, pp. 83–102. 1954.

- FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 34. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.
- FREITAS, J. *As grandes linhas da filosofia do direito*. Rio Grande do Sul: EDUCS, 1986.
- GARRIDO, V.; STANGELAND, P.; REDONDO, S. *Princípios de criminologia*. 2. ed. Valência: Tirantlo Blanch, 2001.
- GAFFNEY, P. The Morality of Legal Retribution. *Contemporary Philosophy*, Vol. 16, No. 5, pp. 11–17. 1994.
- GALLAGHER, Scott. The Limits of Pure Restitution. *Social Theory and Practice*, Vol. 42, No. 1, 2016, pp. 74–96.
- GARCIA, J. L. A. The Rights–Interpretation of Desert. *Dialogos*, Vol. 56, pp. 143–56, 1990.
- _____. Deserved Punishment. *Law and Philosophy*, Vol. 8, No. 2, pp. 263–77, 1989.
- _____. Two Concepts of Desert. *Law and Philosophy*, Vol. 5, pp. 219–35, 1986.
- GOLDMAN, Alan H. 1979. The Paradox of Punishment. In SIMMONS ET AL., eds., *Punishment*, 1994, pp. 30-46.
- GOMES, A. T. *O fundamento de validade do Direito: Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- HAMPTON, J. The Retributive Idea. In MURPHY; HAMPTON, *Forgiveness and Mercy*, pp. 111–61, 1988.
- HARE, R. M. Punishment and Retributive Justice. *Philosophical Topics*, Vol. 14, No. 2 (Fall), pp. 211–23, 1986.
- HASSEMER, W. *O Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- HART, H. L. A. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. Oxford: Clarendon Press, 1968.
- HEGEL, G.W. F. *The philosophy of right*. Oxford: Oxford University Press, 1942.
- HERSHENOV, David. Restitution and Revenge. *The Journal of Philosophy*, Vol. 96, No. 2, 1999.
- HILL JR, T. E. Kant on wrongdoing, desert and punishment. *Law and Philosophy*, Vol. 18, No. 4, p. 407-441, 1999.
- HOEKEMA, David. Trust and Obey: Toward a New Theory of Punishment. *Israel Law Review*, Vol. 25, Nos. 3-4, 1991, pp. 332-50.

HUME, D. *An enquiry concerning the principles of morals*. 1912. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/ebooks/4320>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

INGRAM, D. *Filosofia do Direito*. Porto Alegre: Artmed, 2010.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. The prosecutor versus Jean Kambana: case n. ICTR 97-23-S. 4 Sept. 1998. Disponível em: <http://hrlibrary.umn.edu/instree/ICTR/KAMBANDA_ICTR-97-23/KAMBANDA_ICTR-97-23-S.html>. Acesso em: 23 jul. 2017.

JESCHECK, H. H. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução Mir Puig e Muiioz Conde. Barcelona: Bosch, 1981. v. 1.

JESUS, D. E. *De direito penal: parte geral*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.1.

JOHNSON, O. A. Retributive Punishment and Humbling the Will. *The Journal of Value Inquiry*, Vol. 19, pp. 155–61, 1985.

KANT, I. *A metafísica dos costumes*. Tradução de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

_____. *A metafísica dos costumes*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

_____. *Analítica do sublime*. Tradução de Valério Rohden e Antônio Marques. São Paulo: Forense Universitária, 1995.

_____. *Doutrina do direito*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

_____. *The metaphysics of morals*. Translated by M. Gregor. New York: Cambridge University Press, 1991.

KERSHAR, Stephen. The Structure of Rights Forfeiture in the Context of Culpable Wrongdoing. *Philosophia*, Vol. 29, pp. 57–88, 2002.

_____. *Desert, Retribution, and Torture*. Lanham, MD: University Press of America, 2001.

_____. A Defense of Retributivism. *International Journal of Applied Philosophy*, Vol. 14, No. 1, pp. 97–117, 2000.

_____. George Sher's Theory of Deserved Punishment, and the Victimized Wrongdoer. *Social Theory and Practice*, Vol. 23, No. 1, pp. 75–91, 1997a.

_____. The Basis of Deserved Punishment Is a Culpable Wrongdoing. *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Vol. 5, pp. 497–513, 1997b.

_____. The Justification of Deserved Punishment Via General Moral Principles. *Southern Journal of Philosophy*, Vol. 33, No. 4, pp. 461–84, 1995.

KLEINBERG, Stanley. “Criminal Justice and Private Enterprise”. *Ethics*, Vol. 90, No. 2, 1980, pp. 270-82

LAWTEACHER: the law essay professional. R V M’Naghten (1843) 8 E.R. 718; (1843) 10 Cl. & F. 200. [s.d.]. Disponível em: <<https://www.lawteacher.net/cases/r-v-m-naghten.php>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

LEMOS, R. M. A Defense of Retributivism. *Southern Journal of Philosophy*, Vol. 15, No. 1, pp. 53–66, 1977.

LEWIS C. S. The Humanitarian Theory of Punishment. In GRUPP, ed., *Theories of Punishment*, 1971, pp. 301–8. 1949.

LISZT, F. V. *A ideia do fim no direito penal*. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2005.

MACINTYRE, A. *Depois da virtude*. São Paulo: EDUSC, 2001.

MACKIE, J. L. Morality and the Retributive Emotions. *Criminal Justice Ethics*, Vol. 1, No. 1, pp. 3–10, 1982.

MARTIN, R. On the Logic of Justifying Legal Punishment. *American Philosophical Quarterly*, Vol. 7, No. 3 (July), pp. 253–9, 1970.

MCCARTHY, B. R. Utilitarian and Retributive Punishment. *Journal of Philosophy*, Vol. 64, No. 3, pp. 91–110, 1967.

McDERMOTT, Daniel. The Permissibility of Punishment. *Law and Philosophy*, Vol. 20, 2001, pp. 403-32

MILL, J. S. *Utilitarismo*. Portugal: Porto Editora, 2005. (Coleção Filosofia e Textos).

MILLER, Franklin G. Restitution and Punishment: A Reply to Barnett. *Ethics*, Vol. 88, No. 4, 1978, pp. 358–360.

MIR PUIG, S. *Estado, pena y delito*. Montevideo: B de F, 2012. (Maestros del derecho penal, n. 21).

MOORE, M. *Act and Crime: The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2010a.

_____. *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*. New York: Oxford University Press, 2010b.

_____. *Placing blame: a theory of criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

_____. Justifying Retributivism. *Israel Law Review*, Vol. 27, pp. 15–49, 1993.

_____. The Moral Worth of Retribution. In MURPHY, ed., *Punishment and Rehabilitation*, third edition, pp. 94–130, 1987.

MORRIS, H. Persons and punishment. *The Monist*, Vol. 52, No. 4, p. 475-501, 1968.

MUNDLE, C. W. K. Punishment and Desert. In Acton, ed., *Philosophy of Punishment*, 1969, pp. 65–81. 1954.

MURPHY, J. G. Legal moralism and retribution revisited. *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 1, No. 1, p. 5-20, Jan. 2007.

_____. The Retributive Emotions. In MURPHY; HAMPTON. *Forgiveness and Mercy*, pp. 1–10, 1988.

_____. *Does Kant Have a Theory of Punishment?* In MURPHY, *Retribution Reconsidered*, 1992, pp. 31–60. 1987.

NARVESON, J. Three Analysis Retributivists. *Analysis*, Vol. 38, pp. 194–9, 1974.

NUCCI, G. S. *Manual de direito penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017

PLATÃO. *Fédon*. Lisboa: Porto Editora, 1995. (Coleção Filosofia-Textos; 4).

POPPER, K. *Busca inacabada: autobiografia intelectual*. Lisboa: Esfera do Caos, 2008.

_____. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998. 2 v.

PRADO, L. R. P. *Curso de direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

PRIMORATZ, I. *Justifying Legal Punishment*. Atlantic Highlands, NJ, and London: Humanities Press International, 1989.

QUEIROZ, P. S. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RAMIREZ, Juan Bustos e MALARÉE, Hormazábal, *Pena y Estado, Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1982

RAWLS, J. Two Concepts of Rules. *The Philosophical Review*, Vol. 64, No. 1 (Jan., 1955), pp. 3-32, 1995.

_____. *A theory of justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971.

REALE, M. J. *Lições Preliminares de Direito*, 23ª ed, São Paulo: Saraiva, 1996

RIPSTEIN, Arthur. *Equality, responsibility, and the law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

RODRIGUES, A. M. *A determinação da medida da pena preventiva de liberdade: os critérios da culpa e prevenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ROXIN, C. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega Universidade, 2004.

SALGADO, J. C. *A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e igualdade*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, A. *Ética*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993.

SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e representação: livro IV*. Tradução Heraldo Barbuy, Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24881-24883-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

SCHÜNEMANN, B. Entrevista. Entrevistador: João Paulo O. Martinelli, Luís Greco. *Revista Liberdades*, No. 4, p. 9-13, maio/ago, 2010. Disponível em: <http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/5/_entrevista.pdf>. Acesso em: 20 maio 2017.

SHINTATI, T. M. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SIDGWICK, H. *História da ética*. São Paulo: Ícone, 2010.

SILVA, H. C. *Manual de execução penal*. 2. ed. Campinas, SP: Bookseller, 2002.

SINGER, P., M. G. Actual consequences of utilitarianism. *Mind*, Vol. 86, No. 341, p. 67-77, Jan, 1977.

SOUZA, P. S. X. *Individualização da pena no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

STERBA, J. P. Retributive Justice. *Political Theory*, Vol, 5, No. 3, pp. 349–62, 1977.

STRATHERN, P. *Uma breve história da economia*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2003.

TADROS, V. *The ends of harm: the moral foundations of criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

TOCQUEVILLE, A. *Democracy in America*. New York: Vintage Books, 1945.

WALLEN, A. Retributive justice. In:
ZALTA, E. N. (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford, CA:
Stanford University, 2016. Disponível em:
<<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/justice-retributive/>>. Acesso em: 20
maio 2017.

WILKINSON, Stephen. Restitution Without Punishment: Is It Enough to Make Criminals Pay? In HENRY TAM, ed., *Punishment, Excuses, and Moral Development*. Aldershot, UK: Avebury, 1996, pp. 35-53.

WILSON, J. The Purposes of Retribution. *Philosophy*, Vol. 58, pp. 521–7, 1983.