

# O problema moral da punição e as teorias de justificação da pena

## The moral problem of punishment and the theories of justification of penalty

  André Luiz Olivier da Silva<sup>1</sup>

  Tomás Grings Machado<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente trabalho aborda o problema moral da punição criminal e apresenta, para tal, os principais argumentos trazidos à tona pelas teorias justificadoras da punição. Quais são esses argumentos? Para responder a essa pergunta, pretende-se, por meio de um método analítico-descritivo, abordar a relação entre moralidade e Direito Penal a partir do problema da punição e das teorias de justificação das penas criminais, destacando que a pena criminal não é somente uma consequência jurídico-normativa da existência de um crime, mas é também uma resposta social que visa manifestar a reprovação à prática de uma ação que é considerada moralmente condenável. Em seguida, pretende-se refletir sobre a necessidade de justificação da punição, mostrando que tanto os retributivistas quanto os prevencionistas compreendem o Direito Penal como um mecanismo eficaz de controle social e até mesmo moral, enquanto os abolicionistas irão destacar que não há uma razão que justifique a punição ao mesmo tempo em

<sup>1</sup> Professor da Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Professor pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Professor dos Cursos de Graduação em Direito e Relações Internacionais da Unisinos. Foi Coordenador do Curso de Graduação em Direito da Unisinos entre 2010 e 2022. Integra o Núcleo Docente Estruturante (NDE) do Curso de Direito da Unisinos. Doutor em Filosofia (2013); Mestre em Filosofia (2009); Licenciado e Bacharel em Filosofia (2007); Bacharel em Direito (2007) pela Unisinos. Tem experiência nas áreas de Filosofia e Direito, centrando-se na relação entre Moral, Política e Direito. Pesquisa, principalmente, os seguintes temas: Hume, Empirismo; Kant; Hobbes, Contratualismo; Kelsen, Positivismo Jurídico; Direitos Humanos, Direitos Naturais, Direitos Morais, Fundamentação. É advogado. Email: aolivier-dasilva@yahoo.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9761722428678438>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2828-0596>.

<sup>2</sup> Professor da Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS (2017); Mestre em Ciências Criminais, pela mesma instituição (2008), em ambos os casos tendo cursado como bolsista da CAPES (bolsa PROSUP – modalidade II). Além disso, é Especialista em Ciências Penais pela PUCRS (2006). É Graduado em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (2005). Atualmente integra a comissão de Coordenação do Curso de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Também ministra aulas no Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal (UNISINOS). Advogado Criminal. E-mail: tomasmachado@unisinos.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5251402393827870>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6050-1542>.

que denunciam a falência da pena privativa de liberdade. Ao final, pretende-se repensar as teorias das finalidades da pena a partir de uma concepção pluralista, segundo a qual a pena, em suas múltiplas finalidades, serve para limitar o direito de punir do Estado na medida em que visa sempre encontrar um ponto de equilíbrio para que nenhum de seus fins se sobreponha aos demais. Essa concepção pluralista da pena depende de uma perspectiva minimalista do Direito Penal, pautada em direitos fundamentais e em direitos humanos.

**Palavras-chave:** punição criminal; justificação; pena.

**Abstract:** The present work addresses the moral problem of criminal punishment and presents, in order to such, the main arguments brought up by theories justifying punishment. Which are they these arguments? To answer this question, it is intended, through a method analytical-descriptive, approach the relationship between morality and Criminal Law from the problem of punishment and theories of justification of criminal penalties, highlighting that the criminal penalty is not only a legal-normative consequence of the existence of a crime, but it is also a social response that aims to express disapproval of the practice of an action that is considered morally reprehensible. Then, it is intended to reflect on the need to justification of punishment, showing that both retributivists and preventionists understand Criminal Law as an effective mechanism of social control and even moral, while abolitionists will point out that there is no reason to justify punishment at the same time that they denounce the bankruptcy of the custodial sentence. At end, it is intended to rethink the theories of the purposes of punishment from a pluralist conception, according to which the penalty, in its multiple purposes, serves to limit the right to punish the State insofar as it always aims to find a balance point so that none of its purposes take precedence over the others. This pluralistic conception of punishment depends on a minimalist perspective of Criminal Law, based on fundamental rights and on humans.

**Keywords:** criminal punishment; justification; penalty.

Data de submissão do artigo: Março de 2021

Data de aceite do artigo: Março de 2021

## Introdução

O presente trabalho aborda o problema da punição a partir da relação entre Direito e moral, analisando, ainda, as teorias de justificação da pena, com o intento de mostrar que a punição criminal, para além do problema jurídico, é também um problema essencialmente moral e que deve ser limitado pelo Direito. Primeiramente, pretende-se analisar o que é a punição criminal e qual a sua relação com a pena, que não é somente uma consequência jurídico-normativa da existência de um crime, mas é também uma resposta que visa manifestar a reprovação moral à prática de uma ação que é considerada moralmente condenável. A punição criminal, por sua vez, é fruto da frustração da expectativa de proteção e da indignação da sociedade frente à prática de uma conduta considerada criminoso. Após conceituar punição criminal, pretende-se investigar as principais teorias que se propõem a justificar a pena, quais sejam, o retributivismo e o prevencionismo. Essas teorias compreendem o Direito Penal e a pena como componentes de um mecanismo eficaz de controle social e até mesmo moral, enquanto o abolicionismo irá destacar que não há uma razão que justifique a punição ao mesmo tempo que denuncia a decadência da pena privativa de liberdade.

A partir da hipótese de que a punição é um problema primariamente moral, pretende-se mostrar que, num mundo ideal, o melhor a ser feito seria extinguir as penas criminais de todo sistema jurídico. Como isso não é uma alternativa viável a curto e médio prazos, cabe-nos identificar a justificação das penas criminais a partir de uma leitura balizada por direitos fundamentais e direitos humanos, tentando minimizar o impacto, desastroso, de políticas públicas pautadas pela priorização do Direito Criminal e da pena como resposta única. Nesse sentido, pretende-se mostrar os principais argumentos de cada uma dessas teorias na medida em que elas apresentam critérios para se limitar o *juspuniendi*. Pretende-se, com isso, propor uma justificativa minimalista que se apresente como viável, visto que visa reduzir os danos causados pelo sistema prisional que existe em todo ordenamento jurídico.

## A punição legal enquanto problema moral

Assim, o que é punição? Como podemos defini-la? A punição<sup>3</sup>, em sentido amplo, consiste na reprovação e imposição de qualquer castigo a alguém. Punir é essencialmente castigar; é infligir dor e sofrimento em razão de algo que tenha sido praticado sem uma justificação aceita e válida. Sendo assim, a punição estará presente quando, por exemplo, um criminoso é declarado culpado e mantido privado da sua liberdade em uma prisão, mas também ocorrerá quando pais punem seus filhos privando-os de fazer algo, bem como quando professores descontam notas dos seus alunos quando estes erram questões na prova, por exemplo. Nesse sentido, quando se diz que a punição visa infligir dor e sofrimento a alguém, é considerada não apenas a punição legalmente reconhecida como tal, mas também a punição que, muitas vezes, ocorre em contextos não-estatais, como a casa ou a escola, ou até mesmo de forma difusa e socialmente não organizada. No presente artigo, pretende-se focar na punição legal, que não se confunde com esta modalidade extralegal da punição. Esta visão extralegal constitui uma visão alheia e exterior ao sistema jurídico, sendo, portanto, caracterizada como uma modalidade extralegal ou até mesmo moral, mas não propriamente uma punição jurídica.

A punição jurídico-legal<sup>4</sup> é mais do que a mera reprovação e imposição de dor e sofrimento a alguém, podendo ser definida como a imposição legítima de restrição de direitos por parte da autoridade estatal. A punição restringe os direitos da pessoa considerada culpada por ter cometido uma ação tipificada como criminosa e por ter causado danos a terceiros. Acerca disso, afirma Bedau:

(...) é a imposição autorizada de privações – de liberdade ou privacidade ou outros bens aos quais a pessoa de toda

<sup>3</sup> Ver HONDERICH: 2006.

<sup>4</sup> Sobre a punição legal, conferir DUFF e HOSKINS: 2019.

forma tem direito, ou a imposição de encargos especiais – porque a pessoa foi considerada culpada por alguma violação criminal, normalmente (embora não invariavelmente) envolvendo dano a inocentes. (BEDAU: 2019, grifos do autor, tradução nossa).<sup>5</sup>

A punição é, por certo, algo penoso e que envolve dor e sofrimento. Hart vai nos dizer que, além de envolver dor e sofrimento, a punição legal surge como uma consequência a quem ofender as regras jurídicas e uma resposta à ofensa provocada por um infrator determinado, que deverá ser punido por uma autoridade legalmente constituída no âmbito de um sistema de regras jurídicas, após observado o devido processo legal. Além disso, a punição legal, destaca Hart<sup>6</sup>, deve ser caracterizada como a dor infligida intencionalmente pela autoridade estatal contra aquele que foi considerado culpado. A dor e o sofrimento ocasionado pela punição não podem ser acidentais, de modo que o Estado deve querer punir intencionalmente os seus culpados. Mas, por que o Estado deve querer punir os seus culpados? Por que punir?

Antes de prosseguirmos com essa discussão, convém salientar que a punição legal é íntima e moralmente ligada à ideia de pena criminal, em especial à ideia de pena privativa de liberdade, e, nesse sentido, se diferencia de outras penalidades, como multas e demais sanções administrativas. Ao definir a pena criminal, Feinberg destaca que a pena, estigmatizada pela prisão, possui uma característica expressiva e simbólica que a diferencia das outras penalidades, como uma multa de trânsito, por exemplo. Afirma Feinberg: “A punição, em suma, tem um significado simbólico ausente em grande parte de outros tipos de penalidades.”

<sup>5</sup>“(…) is the authorized imposition of deprivations — of freedom or privacy or other goods to which the person otherwise has a right, or the imposition of special burdens — because the person has been found guilty of some criminal violation, typically (though not invariably) involving harm to the innocent.” (BEDAU: 2019, grifos do autor).

<sup>6</sup> Afirma Hart: “(...) devo definir o caso padrão ou central da ‘punição’ em termos de cinco elementos: (i) Deve envolver dor ou outras consequências normalmente consideradas desagradáveis. (ii) Deve ser para uma ofensa contra as regras legais. (iii) Deve ser de um infrator real ou suposto por seu delito. (iv) Deve ser administrado intencionalmente por seres humanos que não sejam o agressor. (v) Deve ser imposto e administrado por uma autoridade constituída por um sistema jurídico contra o qual o crime foi cometido. (HART, 2008, 4-5, tradução nossa) [“(…) I shall define the standard or central case of ‘punishment’ in terms of five elements: (i) It must involve pain or other consequences normally considered unpleasant. (ii) It must be for an offence against legal rules. (iii) It must be of an actual or supposed offender for his offence. (iv) It must be intentionally administered by human beings other than the offender. (v) It must be imposed and administered by an authority constituted by a legal system against which the offence is committed.” (HART: 2008, 4-5)].

(FEINBERG: 1970; 98, grifos do autor, tradução nossa)<sup>7</sup>. O peso simbólico da pena criminal diz respeito ao elevado nível de desaprovação que a comunidade manifesta diante do cometimento de determinadas ações que são, porventura, consideradas crime. Nesse sentido, prossegue Feinberg:

Na melhor das hipóteses, em países civilizados e democráticos, a punição certamente expressa a forte **desaprovação** da comunidade pelo que o criminoso fez. Na verdade, pode-se dizer que a punição expressa o **juízo** (distinto de qualquer emoção) da comunidade de que o que o criminoso fez foi errado. (FEINBERG: 1970; 100, grifos do autor, tradução nossa).<sup>8</sup>

Enquanto ato comunicativo, a pena quer dizer algo, quer comunicar ao criminoso que o ato praticado por ele é considerado errado pela perspectiva coletiva e que não deveria ter sido praticado; bem como comunicar às demais pessoas que esse tipo de ato não será tolerado, para que não se repita. Todavia, o fenômeno da punição não é somente um fenômeno jurídico, ou sequer um fenômeno que possa ser explicado pela ótica estritamente jurídica. Isso porque a punição é, acima de tudo, um problema moral. Por detrás de toda punição há uma carga de moralidade muito grande envolvida, principalmente quando se analisa a pena privativa de liberdade, ou a prisão, pois é possível colocar em dúvida a ideia de que a prisão é um mecanismo estritamente jurídico de controle social. Mais do que jurídica, a prisão, a punição e a reprovação são instituições enraizadas na moralidade e usadas para manifestar a desaprovação moral de uma comunidade em relação a um crime praticado.

Um retributivista vai nos dizer que a reprovação que a pena criminal representa nada mais é do que a consequência de uma

<sup>7</sup> "Punishment, in short, has a symbolic significance largely missing from other kinds of penalties." (FEINBERG: 1970, 98, grifos do autor).

<sup>8</sup> "At its best, in civilized and democratic countries, punishment surely expresses the community's strong disapproval of what the criminal did. Indeed it can be said that punishment expresses the judgment (as distinct from any emotion) of the community that what the criminal did was wrong." (FEINBERG: 1970; 100, grifos do autor).

carga de reprovação moral que a comunidade anuncia para que fique evidente que a conduta praticada é moralmente errada, injusta e não tolerada pela coletividade. Ao contrário de outras penalidades, que não possuem a carga moral da pena criminal, esta última, retratada pela prisão, tem a função de produzir restrições aos direitos daquele que foi considerado culpado, responsável jurídica e moralmente pelo crime cometido. Em razão disso, é possível verificar nas posturas retributivistas um forte apelo à moralidade, buscando receitas para diminuir a criminalidade que são, não raras vezes, medidas moralistas e populistas que visam usar o Direito Penal para alterar e corrigir problemas exclusivamente morais<sup>9</sup>.

## A justificação da pena: entre motivos e consequências

Por que punir? Como justificar filosoficamente o problema da pena e da punição em matéria criminal? Como dar boas razões para fundamentar a aplicação das penas criminais? Tais perguntas visam a justificar o problema da punição, visto que uma das funções de qualquer sistema penal diz respeito justamente à aplicação da punição que é legalmente justificada. Justificar significa dar razões para se dizer que uma crença é verdadeira, como, por exemplo, a crença no Direito Penal e no sistema punitivo estatal. Pode-se dizer, inclusive, que pessoas no senso comum, e, principalmente, juristas e legisladores, acreditam que algumas formas de punir são melhores do que outras – e, mais do que isso, juristas e legisladores apresentam teorias para tentar mostrar que a crença numa concepção de Direito Penal e de sistema punitivo é verdadeira e deve ser aplicada no âmbito de determinado ordenamento jurídico. Quais são essas teorias? Quais são as teorias justificadoras da pena? Para responder a essas perguntas, duas teses centrais disputam o pódio dos argumentos: a tese deontológica e a tese utilitarista. A primeira aposta na função retributiva da pena, que tem por fim retribuir ao criminoso o mal que foi causado. A tese

<sup>9</sup> Sobre moralismo e a relação entre Direito e moralidade, verificar o debate entre Herbert Hart e Lord Devlin. Consultar as seguintes referências: HART: 1982; 16; PERRY: 1990; 93; DWORKIN: 1999; 927; CARON: 1969; 9; GEARY: 2002; 2; DEVLIN: 1965; 7.

utilitarista aposta suas fichas nas consequências da pena e, nesse sentido, aposta na intimidação e na prevenção de novos delitos.

## A pena como retaliação e castigo

A concepção deontológica da pena – também chamada de retributivismo – analisa a pena a partir da reprovação da escolha (livre) pela realização de uma ação criminosa e emerge da tradição filosófica de Kant e Hegel, ao pressupor uma vontade livre ao ser humano, em especial àquele que praticou um crime. Trata-se de uma perspectiva prescritivista e puramente subjetiva<sup>10</sup>, pois, ao pressupor uma vontade subjetiva, o enfoque da análise passa a ser o poder de escolha do indivíduo e o (abstrato) modo correto segundo o qual o agente “deve” agir e escolher o que é certo e justo, de acordo com um determinado critério, cabendo à pena o papel de reprovação por esta escolha considerada errada. O indivíduo pode escolher entre praticar ou não o crime. O sujeito era livre para escolher! – brada todo retributivista ao apontar para a *mens rea*<sup>11</sup> do agente criminoso no momento do crime. O sujeito é livre e pode ser responsabilizado pelo uso desta liberdade, vindo a sofrer as consequências jurídicas decorrentes da aplicação das penas criminais.

Segundo a tese retributivista, a pena revela-se como um fim em si mesmo. O seu objetivo é o castigo do criminoso, provocar sofrimento em retribuição pelo dano ocasionado, fazendo-o sofrer pela má escolha, pela vontade viciada. O raciocínio proposto por essa tese é que, no momento do ato, o agente criminoso era livre para escolher e decidir sobre seus atos e suas ações; era livre e estava no gozo de todas as capacidades e faculdades mentais, isto é, estava consciente. Ao pressupor a liberdade do agente, os

10 Trata-se de uma perspectiva subjetiva porque o ponto de partida da investigação é o sujeito que está sendo analisado – no caso, o agente criminoso. Observa-se que, segundo essa perspectiva filosófica, a epistemologia jurídico-penal gravita em torno de uma vontade livre, do contrário não se poderia falar em crimes e nem em execução de penas. Para que haja crime, é necessário que um agente cometa conduta típica, antijurídica e culpável, e a vontade deste agente, nas modalidades dolosa e culposa, é o núcleo duro da própria construção daquilo que é considerado como crime no momento da avaliação do acontecido. Trata-se da culpabilidade do agente criminoso, que é culpado na medida em que poderia querer o resultado diverso ao do crime praticado. Poderia não querer praticar o crime, mas assim o fez, vindo a provocar danos contra terceiros.

11 A expressão *mens rea* provem do latim e significa mente culpada, ou seja, diz respeito à intenção e ao elemento volitivo de uma pessoa quando da prática de um crime. É a culpabilidade do agente criminoso.

retributivistas querem, no fundo, saber se o acusado “merece” – no sentido de mérito (*deserve*) – ser ou não punido, pois, se o agente criminoso tinha condições de avaliar a sua própria ação e, mesmo assim, praticou o ato reprovável, vindo, por conseguinte, a causar dano, então, esse criminoso deverá sofrer com a aplicação de uma pena proporcional ao mal causado, conforme o provérbio latino “*punitur quia peccatum est*”: ao mal do crime é preciso contrapor o mal da pena.

Segundo a tradição filosófica, Kant<sup>12</sup> é um retributivista e argumenta que o direito de retaliação (*ius taionis*), no âmbito dos limites de um tribunal judicial, atribui igualdade ao caso concreto, ao retribuir o mal causado na mesma proporção que o mal praticado. Kant diz, ainda, que o mal imerecido provocado pelo crime é sempre um mal que o criminoso provoca a si mesmo, razão pela qual merece ser punido na mesma medida que o crime cometido. Diz Kant:

O mal imerecido que você causa a um outro do povo, portanto, é um mal que você faz a si mesmo. (...) Somente o direito de retaliação (*ius talionis*) pode oferecer com segurança – nos limites do tribunal, é evidente (não em seu juízo privado) – a qualidade e quantidade da punição; todos os outros critérios oscilando de um lado a outro e não podendo, devido a outras considerações imiscuídas, adequar-se ao veredicto da pura e estrita justiça. (KANT: 2013; 150, MC 332).

Os retributivistas, como Kant e Hegel<sup>13</sup>, procuram a exata medida da pena “justa”, ficando, assim, evidente a relação entre punição e justiça (mais evidente ainda é a relação entre o Direito

12 Embora a visão tradicional classifique Kant como um retributivista, Murphy pensa o contrário ao afirmar que não se pode inferir dos textos de Kant que ele seja um retributivista. Conferir: MURPHY: 1987; 509.

13 Para Hegel, o crime é a negação do direito e a pena é, por sua vez, a negação do crime, isto é, a negação da negação. O delito é a violação do ordenamento jurídico, quando se nega a vontade geral que assim quis que tal conduta fosse crime. Afirma Hegel: “O suprássumir do crime é retaliação, na medida em que é, segundo seu conceito, violação da violação, e em que o crime, segundo seu ser-aí, tem uma extensão qualitativa e quantitativa determinada, com isso, sua negação, enquanto ser-aí, tem também tal extensão. Mas essa identidade, que repousa sobre o conceito, não é a igualdade do caráter específico, porém no caráter sendo em si da violação, – [igualdade] segundo o valor da mesma.” (HEGEL; 123, § 101).

Penal e a moralidade), no sentido de que a pena deve ser distribuída a partir de critérios equitativos. Deve ser proporcional ao crime cometido, mas essa proporcionalidade é delimitada pelo próprio crime, no sentido de que a pena deve ser igual ao crime praticado. Se o agente criminoso matou alguém, então ele deve ser morto; se roubou, deve ter sua mão amputada, e assim por diante, na proporção exata e milimétrica do crime praticado. A aplicação da pena requer uma justa medida na distribuição equânime da retribuição. Por isso, a pena deve ser tal qual o dano causado, pois a justiça se realiza na medida em que retribui o criminoso com um castigo que é igual ao mal do crime praticado.<sup>14</sup>

Dentre os argumentos que intentam justificar o retributivismo e visam dizer porque o criminoso merece a pena, podemos destacar o argumento segundo o qual o criminoso deve perder a vantagem injusta obtida com o crime – e, por isso, devemos punir; ou o argumento segundo o qual devemos punir para satisfazer emoções como o ressentimento da sociedade e a culpa do agente criminoso; ou, ainda, segundo o qual, com a pena, o agente criminoso deve pagar uma dívida moral (Kant) ou jurídica (Hegel) com a vítima e a sociedade em geral. Todos esses argumentos revelam o moralismo e o uso do Direito Penal para tentar corrigir problemas que não são propriamente problemas jurídicos, mas, sim, problemas relacionados ao fenômeno moral.

## A pena como intimidação e prevenção

A concepção utilitarista<sup>15</sup> da pena – também conhecida por consequencialismo ou prevençionismo – analisa a punição a partir das consequências da ação criminosa e provém da tradição filosófica que remonta a Beccaria, Bentham e Feuerbach. A tese preventiva para justificar a pena aponta que a punição é um mecanismo útil

14 Veja também BITENCOURT: 2012, p.131-40; PRADO: 2013, 627-629; ZAFFARONI; PIERANGELI: 2013; p.114-6; ZAFFARONI; BASTISTA; ALAGIA; SLOKAR: 2003;114-115; CARVALHO: 2013; 53-60; RUIVO: 2012; 176-84.

15 É necessário advertir que não apenas os utilitaristas apresentam argumentos em defesa da concepção de pena a partir da prevenção de novos delitos, mas também as teorias do contrato social. Os contratualistas costumam pressupor o consentimento dos indivíduos para a formulação de um contrato social que estabeleça os crimes e fixe as penas correspondentes. Para uma versão contratualista, ver NINO: 1980.

de controle social, desde que produza consequências benéficas, isto é, desde que a pena intimide o criminoso e previna a prática de mais crimes dentro de uma sociedade. A pena deve prevenir a prática de futuros crimes, isso sempre visando, conforme a regra utilitarista, a maximização do bem-estar social.

Ao contrário do retributivismo, que prioriza a motivação do crime, no caso do prevenicionismo, o foco da discussão gira em torno do resultado da ação criminosa e dos seus efeitos e consequências, independente da consciência do agente criminoso com relação à reprovabilidade de sua conduta, de modo que também é chamada de teoria consequencialista da pena. A punição se justifica na medida em que produz efeitos benéficos no futuro, conforme preconiza o provérbio em latim "*punitur et ne peccetur*", isto é, pune-se para que o indivíduo não mais peque. Para um utilitarista, o comportamento criminoso já foi praticado e não há como voltar ao passado para desfazê-lo, restando, então, apenas olhar para o futuro. Aliás, a punição é um mal em si, um mal que deve ser evitado, de modo que o mais importante não é propriamente a punição, mas, sim, a prevenção para que novos crimes não venham a ocorrer, conforme preconiza Beccaria:

Mais vale prevenir os delitos que puni-los. Este é o principal objectivo de qualquer boa legislação, que é a arte de conduzir os homens ao máximo de felicidade ou ao mínimo de infelicidade possível, para falar segundo os cálculos dos bens e dos males da vida. (BECCARIA: 2009; 154).

A punição serve para prevenir a prática de novos crimes e é aqui que reside a ideia de pena útil e que ultrapassa a exclusiva ideia de reprovação. Não há serventia alguma em punir alguém só por punir, ou só para retaliar o mal causado. Para Bentham, a pena é um mau em si, que deve ser evitado, de modo que só se pode aplicar uma pena quando esta é claramente útil para evitar um mal maior ou a prática de novos crimes. Do contrário,

a punição será em vão e não servirá para nada e ninguém se beneficiará com ela – nem a sociedade nem o próprio agente criminoso. Afirma Bentham:

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; 65).

É importante observar que a razão utilitarista também se justifica a partir de uma concepção de moralidade, embora seja importante distinguir entre utilitarismo de ação e utilitarismo de regras. Toda e qualquer ação só pode ser considerada boa e correta se estiver alinhada ao princípio da utilidade. Mas não é só isso: todo sistema de regras, como é o caso de um sistema jurídico, também é pautado pela utilidade. Este princípio resume-se no bem-estar máximo, na medida em que busca ampliar a felicidade e prevenir ou evitar uma maior quantidade de dor e sofrimento, como, por exemplo, a redução dos índices de criminalidade. A utilidade, segundo Bentham<sup>16</sup>, é “a propriedade existente em qualquer coisa, propriedade em virtude da qual o objeto tende a produzir ou proporcionar benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade” (BENTHAM: 1974; 10, I.iii). No caso do sistema de regras que prevê a punição, este também se pauta pela utilidade, de modo a buscar sempre a felicidade de todos os envolvidos e, principalmente, o receio das penas.

O que tanto Bentham quanto Mill estão propondo é que haja um ou mais critérios de decisão para o legislador elaborar o Direito vigente relativo à aplicação das penas. Esses critérios são definidos a partir de um “cálculo” racional que avalia o custo-benefício de certas medidas no âmbito do sistema jurídico de penas e o saldo

<sup>16</sup> Mill também concorda que a utilidade é o fundamento da moralidade (MILL: 2005; 47).

de bem-estar de todos os indivíduos afetados pela ação. A partir deste cálculo, legisladores e julgadores devem ponderar sobre as consequências da execução da pena dada por determinada ação criminosa. Exige-se, em resumo, a maximização do bem-estar geral, o que não se apresenta como faculdade, mas como um dever moral do Estado frente aos cidadãos.

A pena não é um fim em si mesmo e deve servir como instrumento para a intimidação e a prevenção contra a criminalidade. No caso do prevencionismo, o olhar é voltado para o futuro e há a busca por prevenir que outros crimes semelhantes venham a ocorrer novamente. De certo modo, se observarmos o fenômeno jurídico da punição sob vários ângulos, veremos que, por um lado, o legislador, ao definir os crimes e as penas do ordenamento jurídico, volta o seu olhar para o futuro e para a prevenção de novos crimes, ao contrário do magistrado que, ao calcular a pena específica de cada réu, parece voltar-se ao passado do crime realizado e à retribuição pelo mal ocasionado. Seguindo a proposta de Mill<sup>17</sup>, Rawls<sup>18</sup> e Hart discutem o problema moral da punição a partir de uma distinção importante entre a justificação de uma prática e a justificação de uma ação particular no caso concreto.

Os utilitaristas enxergam na legislação que estrutura o sistema penal um meio para se atingir a finalidade do próprio Direito Penal, que deve ser um Direito Penal reformado, segundo o qual a prisão – e não os suplícios da tortura e a pena capital – pode se transformar numa técnica eficiente para aumentar o bem-estar e evitar a dor e o sofrimento contido em toda e qualquer forma de punição. A tese prevencionista defende a fixação de limites ao poder punitivo do Estado, sendo, assim, uma tese coerente com

17 Mill propõe a distinção entre a posição do juiz e a posição do legislador em relação à pena e ao problema da punição. Ver MILL: 1981; 944, VI, xii.2.

18 Rawls propõe dois conceitos de regras a partir da distinção entre a posição do legislador e a posição do juiz quando diante do direito de punir, isto é, uma distinção “entre justificar uma prática e justificar uma ação particular abrangida por ela” (RAWLS: 1955, 1, tradução nossa) [“(…) *between justifying a practice 1 and justifying a particular action falling under it (...)*” (RAWLS: 1955, 1)]. Rawls analisa o problema moral da punição a partir de duas perguntas distintas: “Por que punimos?” e “Por que esta pessoa será punida?”. Observe que a primeira pergunta é generalíssima e indaga sobre a punição a partir de uma visão mais geral de sua prática institucional. A segunda indaga a individualização da pena no caso concreto. Complementa Rawls: “Pode-se dizer, então, que o juiz e o legislador ocupam posições distintas e olham em direções diferentes: um para o passado, outro para o futuro. A justificativa do que o juiz faz, enquanto juiz, soa como a visão retributiva; a justificativa do que o legislador (ideal) faz, enquanto legislador, soa como a visão utilitarista.” (RAWLS: 1955, 6, tradução nossa). [“*One can say, then, that the judge and the legislator stand in different positions and look in different directions: one to the past, the other to the future. The justification of what the judge does, qua judge, sounds like the retributive view; the justification of what the (ideal) legislator does, qua legislator, sounds like the utilitarian view.*” (RAWLS: 1955; 6)].

a herança iluminista de racionalidade no que tange à aplicação da pena. No fundo, a pena é um instrumento de tutela e proteção dos cidadãos contra o arbítrio que, porventura, possa vir a surgir por parte do Estado.<sup>19</sup>

Vale ainda acrescentar que a corrente utilitarista de fundamentação da pena criminal pode ser desdobrada em dois grandes grupos. Um voltado a uma ideia de prevenção geral, voltada para a sociedade; e, uma segunda, específica, voltada para o indivíduo. Em linhas gerais podemos estabelecer que a ideia de prevenção geral busca justificar a punição por meio de uma perspectiva coletiva. É dizer: que ganhos a pena criminal é capaz de promover para uma sociedade? Com isso, podemos ainda ter, dentro da ideia de prevenção geral, a ideia de uma prevenção geral negativa que é expressa pela ideia forte de que comportamentos devem ser punidos como forma de, ao serem publicamente punidos, incutirem na população um fator de dissuasão a respeito da decisão acerca do cometimento de crimes, reforçando o sentido de pena e punição para além do efeito jurídico e prático da restrição de liberdade individual, enquanto verdadeira coação psicológica exercida.<sup>20</sup> De outra parte, a ideia de prevenção geral positiva busca fundamentar, a partir da pena, a ideia de que comportamentos não tolerados devem ser punidos, pois a punição destes comportamentos busca reforçar na sociedade a ideia de que tais atos não devem ser tolerados e aceitos dentro da sociedade, sendo a pena aqui um reforço da internalização destes valores<sup>21</sup>. Em síntese, os argumentos de prevenção geral buscam encontrar os fundamentos da pena a partir dos efeitos que se espera que a pena criminal venha a provocar na sociedade: por um lado, inibindo que a impunidade sirva de incentivo para novos crimes (prevenção geral negativa); e, por outro, que a punição sirva para a sociedade como forma de reforço das expectativas normativas criadas e de que os valores eleitos pela coletividade devem ser respeitados e protegidos, sendo a

19 Nesse sentido, veja-se BITENCOURT: 2012, 140-151; PRADO: 629-635; ZAFFARONI, PIERANGELI: 2013, 114-116; ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR: 2003, 117-130. CARVALHO: 2013, 61-69; RUIVO: 2012, 185-94.

20 FEUERBACH: 1972, 104-106; FEUERBACH: 2007, 85-86.

21 ROXIN: 1997, 91-92, JAKOBS: 1995, 8-14.

pena a forma racional e coletivamente organizada de comunicar isso (prevenção geral positiva).

Já no espectro da ideia de prevenção especial, a ideia central será o efeito da pena sobre o indivíduo que cometeu o crime. Ou seja, no campo da prevenção especial negativa, a ideia forte será o efeito de inocuidade do indivíduo para o cometimento de novos crimes, especialmente durante o período em que o mesmo cumpra uma pena privativa de liberdade. Por outro prisma, a ideia de prevenção especial positiva visa identificar os benefícios que a pena criminal é capaz de trazer para o indivíduo, especialmente a correção e disciplina absorvidas pelo processo de ressocialização pautado pelo sistema penal.<sup>22</sup>

## Críticas internas e externas às teorias de justificação da pena

O debate filosófico promovido pelas teorias justificadoras da pena pode auxiliar na compreensão não apenas dos pontos centrais de cada uma delas, mas também das críticas que elas costumam sofrer. É sabido que ambas se acusam mutuamente e o ponto fraco de uma é justamente o ponto mais interessante e robusto a ser defendido pela outra. Cada teoria reforça o seu ponto de vista na medida em que consegue apontar os defeitos da outra. Mas quais são essas críticas? Em que medida essas críticas reforçam os argumentos de uma em detrimento da outra?

Para responder a essas indagações, é preciso retomar uma distinção importante para analisar dado sistema jurídico como um sistema de regras, a saber, a distinção entre uma perspectiva interna e uma perspectiva externa à justificação teórica das penas. É importante observar que, quando se fala em justificação das penas, estamos falando em punição a partir de uma perspectiva interna ou internalista ao sistema jurídico, que diz respeito a uma análise sobre o sistema de regras jurídicas a partir de sua lógica

<sup>22</sup> ROXIN: 1997; 85-87; FEIJOO SANCHEZ: 2007; 167; FERRAJOLI: 1995; 264-274.

interna, a partir do funcionamento destas regras na prática, como prática institucional, conforme atuação de juristas e legisladores de determinado sistema jurídico. Neste caso, pode-se criticar esse ou aquele modelo justificatório, mas a base de sustentação do direito de punir não é colocada em dúvida, de modo que restaria apenas encontrar um modelo adequado de justificação das penas, sem colocar o próprio modelo em dúvida. No caso de uma crítica externa à justificação da pena, propõe-se uma alternativa que corre por fora do processo justificatório, colocando, inclusive, em dúvida o próprio argumento de que é possível fundamentar a pena. Na concepção externalista, é descrito como o legislador elabora a lei penal e como magistrados julgam e aplicam a pena, como se fossem observados de longe. Com isso, intenta-se uma crítica para além do Direito e com forte caráter sociológico, como faz o abolicionismo penal, corrente que defende a abolição da pena e do Direito Penal, dada a sua irracionalidade dentro do sistema penal. No presente texto, pretendemos enfatizar o ponto de vista interno à punição, analisando, em específico, as teorias justificadoras da pena, muito embora também iremos abordar o abolicionismo penal como uma corrente filosófica que faz uma crítica externa à punição e à execução das penas.

### **A estrutura interna das teorias justificatórias**

A análise será iniciada pela crítica interna às teorias da justificação da pena. Trata-se de uma crítica que surge do bojo do ordenamento jurídico, uma crítica que, de certo modo, defende a possibilidade de legitimação da punição estatal. A melhor maneira de se averiguar as possíveis críticas a serem endereçadas a cada uma das teses analisadas até o presente momento é ouvir o que cada uma delas tem a dizer sobre a teoria arquirrival. Quais são essas críticas? Quais críticas o prevencionismo dirige ao retributivismo? Como retributivistas reagem ao argumento utilitarista?

## Retribuição e vingança de sangue

A tese prevencionista irá essencialmente criticar a retaliação defendida pelo retributivismo, mostrando que esta teoria resvala sobre a vingança de sangue sem conseguir propriamente justificar a punição ou a sua finalidade. A tese retributivista é frágil porque não dá uma resposta ao problema da justificação da pena criminal e, em termos estritamente filosóficos, não explica o porquê de se punir. Ao partir da concepção de que todo mal deve ser retribuído com o mesmo mal causado, a tese retributivista já concebe a punição como um fato dado, como algo certo e absoluto, de modo que só restaria ponderar sobre como a punição será executada e ministrar a quantidade exata de pena a ser atribuída ao culpado.

A tese retributivista considera quase que exclusivamente o passado e o crime já praticado, buscando, com essa perspectiva, encontrar a medida da reprovação a ser atribuída. O papel do magistrado, ao julgar e condenar o acusado, ao individualizar a pena do réu culpado, é justamente esse: o de direcionar o seu olhar enquanto julgador para trás, para aquilo que já aconteceu quando o crime foi cometido. O juiz analisa os antecedentes do criminoso e a motivação para a realização do crime, e não se preocupa tanto assim com a prevenção de novos delitos – pois essa seria tarefa do legislador. Mais do que isso, quando contraposta à tese utilitarista da prevenção, o retributivismo não consegue explicar qual é a utilidade de se punir alguém quando o dano provocado pelo crime já foi infligido. Para Ferrajoli<sup>23</sup>, que é um defensor da pena útil, não há, na tese retributivista, uma justificação sobre o “por que punir?”, mas somente sobre o “como punir?” – afinal de contas, se o mal já está feito, por que punir? Assim, o processo de justificação da pena se perde nos modos e procedimentos sobre como iremos punir o criminoso, sem, ao menos, dar uma resposta ao problema filosófico proposto.

<sup>23</sup> FERRAJOLI: 1995.

Outro ponto frágil do retributivismo é a sua clara ligação com a ideia de uma “vingança de sangue”. A retribuição diz respeito à concepção de pena como vingança, seguindo os moldes da Lei de Talião, segundo a qual o dito “olho por olho, dente por dente” nos remete à ideia de igualdade absoluta entre o delito praticado e a aplicação da pena. A lei talional está incorporada em vários códigos da Antiguidade, como, por exemplo, no Código de Hamurabi (1770 a.C.), e, por estar ligada à ideia de vingança de sangue, sofre, desde o Iluminismo e do advento do Estado Liberal de Direito, com o fortalecimento das liberdades e garantias individuais, severas críticas, ao ponto de, hoje em dia, não encontrarmos mais juristas defensores de um ponto de vista puramente retributivo.

Assim como o inocente não faz por **merecer** a punição, o delinquente ou aquele que pratica o crime “merece” ser punido na proporção e na medida do crime praticado. A finalidade da pena seria então o castigo do delinquente. O agente criminoso tinha consciência do ato praticado, tendo condições de avaliar a sua própria atitude e saber que a sua ação estava errada, uma vez que caracterizada como crime, ou até por motivos morais, o que é pessoal e desafiador de se analisar. Mesmo assim, ele pratica o ato reprovável e criminoso e, por conseguinte, provoca danos ao bem jurídico tutelado pelo ordenamento, merecendo assim a punição – eis, em linhas muito gerais, a justificação retributivista.

Além disso, é importante destacar que a concepção retributiva da pena está ligada ao surgimento do Estado Moderno, mais precisamente ao Absolutismo, segundo o qual o poder estatal é centralizado nas mãos de um só homem – um monarca – e não há separação entre Estado e Governo. A frase enunciada pelo Rei Luís XIV (1638–1715), o Rei-Sol, segundo a qual “*O Estado sou eu*”, representa muito bem a ideia do Estado Absolutista. Essa visão do Estado – e, por conseguinte, a visão sobre o direito de punir – confunde não apenas o Estado com Governo como também confunde o Direito Penal com a moralidade, pois almeja encontrar a pena “justa”, como se fazer justiça fosse aplicar a régua do monarca que deveria cortar a cabeça de todo súdito que cometesse um delito.

A partir do Iluminismo, a tese puramente retributivista entrará em colapso e dará lugar para as justificativas a favor de orientações preventivas, como o utilitarismo e as teorias do contrato social e da utilidade das penas criminais na sociedade.

### **Prevenção e instrumentalização da pessoa humana**

A principal crítica, por outro lado, que se pode fazer à tese prevencionista, assim como a qualquer outra tese de cunho consequencialista, é a instrumentalização da pessoa humana, na medida em que, em tese, ao visar a máxima prevenção de novos crimes, poder-se-ia chegar ao cúmulo de punir inocentes para salvaguardar a utilidade pública. Na medida em que o utilitarismo gravita em torno da maximização do bem-estar social, poder-se-ia chegar à conclusão absurda de que, em alguns casos, seria útil a punição de inocentes.

Imaginemos, por exemplo, uma cidade atordoada pela prática de um crime atroz, como, por exemplo, abuso sexual e assassinato de crianças. Vamos supor, ainda, que não se sabe quem é o agente criminoso, embora os crimes tenham ocorridos e talvez até venham a ocorrer novamente. São crimes que podem incendiar o clamor popular por justiça e justiçaamentos, de modo que, numa tentativa desesperada de dar uma resposta imediata contra esses crimes, a população indignada pode começar a protestar nas ruas e vias públicas, exigindo a punição dos responsáveis. Vamos supor que tais protestos se iniciem e cheguem ao ponto de sair do controle, devido até mesmo ao próprio despreparo das instituições estatais – como a polícia – para lidar com esse tipo de situação. Diante desta situação de excepcionalidade e emergência, o prevencionista, se levar o lema da maximização do bem-estar social a sério, poderia concluir que o melhor a ser feito é encontrar um suspeito, um verdadeiro “bode expiatório”, e torná-lo culpado por crime que não cometeu. Isso apenas para arrefecer os ânimos da população indignada; fazê-la voltar para casa e sair das ruas. Ou,

então, punir os seus parentes, como a esposa, ou efetuar a prisão dos filhos inocentes para que o pai foragido venha a se entregar para ser preso pela polícia. Ou seja, a tese prevencionista estaria trancafiada à utilidade da pena e, em muitos casos difíceis, pode se confundir e já não perceber quando a punição é justa e quando é injusta. Nos casos em tela<sup>24</sup>, se maximizássemos o bem-estar, chegar-se-ia à punição injusta de um inocente.

A crítica contra a maximização ao absurdo do bem-estar social provém do retributivismo, mais especificamente do argumento kantiano fundado no imperativo categórico<sup>25</sup> de que nunca se deve tratar a humanidade, presente na condição de qualquer pessoa, como meio, mas sim como um fim em si mesmo. Não se pode instrumentalizar a pessoa humana. Diz Kant:

A pena judicial (*poena forensis*) (...) nunca pode servir meramente como meio para fomentar outro bem, seja para o próprio delinquente, seja para a sociedade civil, mas sim tem de ser infligida contra ele apenas porque ele cometeu o crime. Pois o homem nunca pode ser manipulado como mero meio para os propósitos de um outro. (KANT: 2013; 149, MC 331).

Essa crítica estrutura-se a partir do ponto forte da tese retributivista, segundo o qual seria injusto punir alguém para além do crime praticado e, ainda mais injusto, punir pessoas inocentes. Voltaremos a esse ponto na parte final do presente artigo, mas antes é preciso abordar a crítica externa ao problema da fundamentação da pena e da punição.

## Críticas externas

Do ponto de vista externo ao problema da punição, não há um enfrentamento da questão da justificativa filosófica da pena. Deste

<sup>24</sup> Ver exemplos semelhantes em HART: 2008; 11-12.

<sup>25</sup> Kant formula algumas versões para o imperativo categórico na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, mas é na obra *Metafísica dos Costumes* que residem as suas lições sobre Filosofia do Direito.

ponto de vista, a punição não é compreendida a partir de um sistema de regras jurídicas, mas sim a partir de aspectos sociológicos, psicológicos, culturais e históricos, ou seja, a partir de aspectos externos ao conceito intrínseco de punição em sentido jurídico. Sob esse ângulo, a punição é posta em dúvida, em especial quando se tenta comprovar empiricamente a eficácia da pena de prisão. As teorias justificadoras da pena podem ser, então, confrontadas por uma postura cética que põe em dúvida os fundamentos da punição. Trata-se do abolicionismo penal, que nega qualquer possibilidade para a legitimação da pena.

### **A abolição dos crimes e das penas**

O abolicionismo penal nega a possibilidade de qualquer justificação racional para a intervenção estatal no que tange à punição, visto que nem retributivistas e nem prevencionistas apresentam razões suficientes para justificar a violência, supostamente legítima, patrocinada pelo Estado. Para além das teorias de justificação da pena, o abolicionista implode a própria pretensão punitiva, ou o direito de punir do Estado, e olha a punição com muita desconfiança, uma desconfiança cética sobre a sua eficácia, em especial quando estamos diante da pena de prisão. O fenômeno da punição não é um fenômeno exclusivamente jurídico e, como vimos acima, depende de uma concepção moral – ou moralista – que lhe dê subsídios. Para a tese abolicionista, a punição é um problema moral e a moralidade constitui um fenômeno que é sempre subjetivo ao agente moral, conforme apregoa o relativismo moral. O abolicionismo se filia ao relativismo dos valores morais e, como uma proposta cética, tenta encontrar limites jurídicos contra o punitivismo desenfreado e a expansão do Direito Penal.

Os abolicionistas<sup>26</sup> irão propor a abolição do sistema penal, para que juristas e legisladores não mais falem em crimes e penas, mas em conflitos ou problemas, e em mediação desses conflitos. Afirma Hulsman:

<sup>26</sup> Para mais informações sobre o abolicionismo, verificar: CHRISTIE: 1977; 1981; HULSMAN: 1986; BOON/W: 2008.

**“É preciso abolir o sistema penal.** (...) Um sistema desta natureza é um **mal social.** (...) Longe de levar a uma situação alarmante, a abolição do sistema penal, da forma em que a vejo, será um sinal de renascimento do tecido social. (...) Na minha mente, abolir o sistema penal significa **dar vida às comunidades, às instituições e aos homens.**”  
(HULSMAN: 1993; 91-92, grifos do autor).

O mito de que a prisão pode ressocializar o criminoso cai por terra quando nos debruçamos sobre os números da massa carcerária em paralelo ao aumento da criminalidade. O número de criminosos reincidentes é altíssimo, criminosos que saem da prisão para cometer novos delitos. Embora legisladores e juristas, insuflados pelo senso comum das mídias digitais, apostem no Direito Criminal como a salvação dos problemas de toda sociedade, a prisão contamina a própria discussão sobre a justificação da punição como um todo e põe em dúvida a legitimidade do Direito Penal. A ineficácia deste tipo de pena é verificada pelas próprias condições materiais das instituições prisionais, que maculam a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos. Em razão de dificuldades estruturais, a prisão torna-se um lugar apto a provocar mais violência, motins, rebeliões, e muitas mortes. A prisão encontra-se falida desde o seu nascimento e, neste ponto, os abolicionistas estão corretos.

O argumento de que não há razão que justifique a pena criminal serve de alerta para percebermos que tanto a tese retributivista quanto a prevencionista propõem uma “justificação” para a punição e a pena criminal. Ambas acreditam que o Direito Penal é um mecanismo eficiente de controle social, o que, segundo a tese abolicionista, não seria viável do ponto de vista normativo. O abolicionismo coloca em dúvida o próprio Direito Penal e questiona não só a punição como também os sistemas de penas que punem criminosos nos diversos países do mundo. O que talvez escape a um abolicionista é a distinção entre o problema normativo da pena e o seu estigma, retratado principalmente na pena de prisão.

De todo modo, a desconfiança cética com relação à prisão é relevante para a epistemologia jurídico-penal. O ideal seria a abolição completa de toda forma de punição. Mas, não sendo isso factível no mundo contemporâneo, resta o alerta de que uma investigação sobre a justificação das penas não pode virar as costas para o fato de que a prisão é um instrumento falido e, se ainda iremos continuar punindo, o melhor a ser feito é substituir a pena privativa de liberdade por propostas pedagógicas ou terapêuticas. Será necessário substituir toda a semântica do Direito Penal para que a abolição venha a ocorrer, conforme argumentam Christie (1977) e Hulsman (1986) ao proporem que a discussão não se enfoque mais nos crimes e nas penas, mas, sim, na mediação de conflitos ou problemas. Mas deixemos o ponto de vista externalista do abolicionismo para discutir com mais atenção em outro momento e voltemos à concepção internalista, que é, no fundo, a perspectiva para se justificar filosoficamente a pena.

## Pluralismo e múltiplas finalidades da pena

Mesmo assombradas pelo abolicionismo, as teses retributivista e prevencionista apresentam pontos importantes que precisam ser levados em conta no processo de fundamentação das penas. Esses pontos são passíveis de críticas e ambas as teorias não só possuem os seus pontos fracos como também são a fonte das confusões conceituais que assolam a fundamentação da pena criminal, principalmente quando entram em disputas retóricas para saber qual teoria se sobrepõe à outra. Tais disputas insistem no mesmo equívoco: a de que a pena, por identificar um fundamento único, também necessitaria possuir uma finalidade única. Em razão disso, cabe refletir sobre as teorias da pena a partir de uma concepção pluralista das suas finalidades, observando-se que a pena possui múltiplas funções, dentre elas a retribuição, a intimidação e a prevenção – para não falar em tantas outras funções.

Como, então, equilibrar e ponderar as múltiplas finalidades da pena em uma teoria mista? Será necessário encontrar um ponto

de convergência e acomodar ambos os lados em uma só teoria, pois ambas as teses apresentam boas razões para se fundamentar a pena. Mais do que simplesmente acomodar as duas teses em uma teoria mista, será necessário inverter o eixo de sustentação das teses que intentam a justificação da pena e propor um giro interpretativo na epistemologia da pena criminal, para que juristas e legisladores não mais compreendam a pena como uma espécie de autorização ou legitimação para se punir e, por consequência, para a expansão inflacionária do Direito Penal. Para além do viés punitivista, as teorias justificadoras podem servir de obstáculo e limitação ao direito de punir do Estado, e é isso o que pretendemos demonstrar nesta próxima e última etapa do presente texto. Pretendemos mostrar que a defesa da tese pluralista dos fins da pena é o caminho inevitável a ser percorrido por todo aquele que intenta uma justificação filosófica a partir de um ponto de vista interno ao sistema jurídico – desde que a pena, com base em direitos fundamentais e em direitos humanos, sirva para colocar limites ao *juspuniendi*.

### As teses justificatórias e a limitação do sistema punitivo

Uma primeira barreira para impedir o crescimento exponencial do Direito Penal no âmbito da execução das penas provém da restrição proposta pela tese retributivista, segundo a qual não se poderia punir inocentes. A máxima restritiva dos retributivistas é que a execução das penas não só deve provocar a proporcionalidade entre crimes e penas, no sentido de se atribuir uma pena justa aos culpados, como deve também evitar injustiças, como a condenação de um inocente. Ora, tal tese é verdadeira, pois não se pode tolerar a punição de inocentes. Assim como é injusto atribuir uma pena desproporcional e desmedida ao criminoso, é também errado e injusto atribuir uma pena a quem não cometeu o crime. Nesse sentido, o argumento retributivista, enquanto fundamento para a pena criminal (a resposta para o “por quê punir?”), parece ser adequado a um modelo racional de Direito Penal.

Mesmo que com claras distorções produzidas pelo moralismo contido em todo evento associado à punição, a tese retributivista tem o mérito de provocar as teorias de justificação das penas a se debruçarem sobre a proporcionalidade e a medida equânime entre crimes e delitos. Infligir a pena justa significa, muitas vezes, não aplicar uma pena excessiva e até mesmo degradante. Trata-se de uma questão de justiça e de equidade na aplicação das penas, pois não faz o menor sentido punir crimes graves de modo mais brando do que os crimes leves, de modo que deve sempre existir proporção entre a gravidade do delito e a pena a ser atribuída. Menos sentido ainda faz em se punir um inocente – e esse é o ponto do qual não conseguimos abrir mão na teoria retributivista.

Desse modo, o ponto mais importante a ser destacado na tese deontológica é que ela pode servir para fixar limites para o direito de punir e, se combinada com a tese prevencionista, ambas podem servir para impedir a expansão do Direito Penal. Assim, a proibição de se punir inocentes impede que a maximização do bem-estar da sociedade se sobreponha ao interesse de indivíduos que são inocentes e auxilia a equalizar as duas teorias no âmbito de uma teoria mista de justificação da finalidade das penas.

Todo utilitarista há de concordar com a máxima que proíbe a punição de inocentes. Alguns dirão que, a longo prazo, a punição de inocentes poderia ser desastrosa, mas o fato é que a ideia de prevenção, sem a moderação do princípio proposto pelo retributivismo, pode nos levar a defender situações claramente injustas. Isso significa dizer que o cálculo racional de utilidade, no caso da proporcionalidade entre penas e delitos, não deve focar apenas para o lado da sociedade, isto é, para a maximização do bem-estar social. A pena deve ser proporcional ao crime praticado, diria um retributivista, ao estabelecer até onde podemos ir com a tese da prevenção geral.

Mas a restrição imposta pelo retributivista só faz sentido quando compreendida a partir de um pano de fundo utilitarista, que permite responder de forma mais completa ao questionamento acerca da finalidade que a punição deve assumir dentro

do sistema penal. A ideia de pena útil mostra que só faz sentido usar a pena criminal se a sociedade obtiver vantagens e benefícios com a punição. Aliás, o princípio da utilidade deve pautar todas as decisões públicas no âmbito de uma sociedade progressista e republicana. Sendo assim, a utilidade fornece claros limites a serem colocados para impedir o arbítrio do *juspuniendi*, pois nenhuma razão se apresenta para justificar a aplicação da pena se a sociedade não tiver, como contrapartida, algum tipo de benefício útil para o bem-estar da maioria da população.

Os limites estabelecidos pela tese da prevenção são fundamentais para a compreensão do problema da punição a partir de uma perspectiva consequencialista, pois a ideia de prevenção futura enquadra o Direito Penal dentro de um parâmetro de racionalidade, um parâmetro importante, mas que, se compreendido por conta própria, pode gerar respostas confusas e contraditórias ao sistema de penas. Ou seja, a tese prevencionista deve ser mesclada com a tese retributivista a fim de se encontrar um arranjo equânime na distribuição das penas, visando tanto a prevenção quanto a retaliação. Assim, o princípio da utilidade, materializado nas ideias de intimidação e prevenção de novos crimes, deve ser intercalado com outro princípio de justiça não menos importante e que diz respeito à ideia de pena justa.

O grande desafio do consequencialismo com a ideia de pena útil é produzir não somente benefícios para a sociedade, mas também para o próprio agente criminoso. A pena deve produzir benefícios ao agente criminoso, na medida em que a este é dada a chance de se ressocializar, e deve ser também benéfica para todos os cidadãos, no sentido de que a pena deve amedrontá-lo e removê-lo da ideia de praticar delitos.

Ferrajoli chama a atenção para duas versões tradicionais do utilitarismo, a saber, uma versão autoritária, baseada na expansão do Direito Penal e na utilidade dos governantes; e outra versão focada no mínimo sofrimento aos desviantes. Para Ferrajoli, a tradição deu ênfase para a versão autoritária, justificada pela máxima utilidade da maioria não-desviante, deixando de lado

o mínimo sofrimento dos criminosos. Diante deste contexto, Ferrajoli propõe um utilitarismo moderado, ao mostrar que a pena pode ser útil, desde que consiga equilibrar a máxima felicidade à sociedade e o mínimo sofrimento à minoria desviante, conforme o utilitarismo moderado de Ferrajoli, que propõe a máxima utilidade (entendida como felicidade ou bem-estar social) aos indivíduos não-desviantes que compõem a sociedade e o mínimo sofrimento à minoria desviante. Ferrajoli propõe um Direito Penal mínimo, voltado ao mínimo sofrimento do mais débil e com a devida imposição de limites contra o arbítrio do Estado.

As teorias de fundamentação da pena mostram, a partir de seus pontos fortes e também de suas críticas, que, atualmente, é inevitável a defesa de uma mistura entre retribuição e prevenção – ao menos, se quisermos justificar racionalmente a existência de finalidade(s) para a punição criminal. Do contrário, o acerto da crítica das teorias abolicionistas da pena e do sistema penal mereceria nosso crédito, contudo, uma análise mais detida não seria possível de ser empreendida neste texto. A maior parte dos juristas defende que a finalidade da pena reside numa teoria mista que agrega elementos tanto do retributivismo quanto do prevenicionismo, além de incluir, no bojo de suas teorias, outros tantos elementos que se candidatam como determinantes para a justificativa da pena, como, por exemplo, a ressocialização dos presos. Verifica-se, portanto, uma pluralidade de finalidades da pena, que serve para retaliar, mas que também serve para intimidar e prevenir a prática de novos delitos.

Assim como outros países, o ordenamento jurídico brasileiro adota a tese unificadora ou mista da pena, que atribui à pena a função não somente de retribuir o criminoso pelo crime cometido, mas também de prevenir a prática de novos delitos. A pena possui uma função tanto repressora quanto preventiva. Desde a exposição de motivos do Código Penal, antes mesmo da reforma de 1982, já restava claro que a função da pena é “reprimir e intimidar” o criminoso. No artigo 59, CP, ao estabelecer a fixação da pena, verifica-se a preocupação do legislador com a “reprovação

e prevenção do crime”. O legislador oscila entre o retributivismo e o prevencionismo na análise a respeito das finalidades da pena. O legislador vai além das duas teorias clássicas da justificação da pena e também atribui outras funções, como a ressocialização do preso, conforme se verifica no artigo 2º da Lei de Execuções Penais. No artigo 7º do Código Penal é estabelecida a possibilidade do perdão judicial, isto é, destaca-se a função retributivista ao prever o perdão judicial e o merecimento do criminoso a esse perdão.

## Conclusão

Ao chegarmos ao final do presente texto, podemos dizer que as propostas das duas teorias, quando devidamente delimitadas, podem apresentar boas razões para, de um lado fundamentar, e, de outro, indicar e legitimar as finalidades da pena criminal a partir de um ponto de vista interno à punição. A ideia de pena útil, na medida em que minimiza o sofrimento do condenado ao mesmo tempo em que maximiza o bem-estar social, pode contribuir com a justificação das penas e nos fazer compreender que a pena possui múltiplas funções, como a intimidação do criminoso e a prevenção geral contra novos crimes. Com efeito, é importante destacar que a maximização da utilidade não pode ocasionar penas excessivas e até mesmo degradantes, muito menos punir inocentes. É aqui que exsurge a ideia de pena justa, na medida em que se deve buscar proporcionalidade entre os delitos e as penas.

Ocorre que a pena é concebida por ambas as teorias como um eficiente mecanismo de controle social e até mesmo moral, pois se crê que o Direito Penal e o sistema punitivo possam resolver problemas que não são apenas problemas jurídicos. Por isso, juristas e legisladores estão tão empenhados em criminalizar as condutas; em usar o Direito Penal para, em uma série de tentativas frustradas, resolver problemas sociais, políticos, econômicos e morais; resolver problemas aos quais o Direito Penal nunca esteve preparado. A própria sociedade clama por essa expansão do Direito Penal. O absurdo é que apenas a criminalização de condutas não

diminui em nada os índices de criminalidade. Pelo contrário, acaba por aumentar os índices e oportunidades de cometimento de crimes e de punição. É preciso outro tipo de política pública que não propriamente priorize a pena criminal como resposta. Neste ponto, talvez os abolicionistas tenham razão quando dizem que a punição é um fenômeno moral ou moralista e que, por isso mesmo, deve ser abolida. Talvez já fosse o tempo de reivindicarmos um direito de não ser punido<sup>27</sup>, isto é, um direito de não sofrermos uma punição moral. Como isso não é uma alternativa viável a curto e médio prazos, quando uma massa de pessoas se encontra trancafiada atrás de grades, o melhor a ser feito é justificar a pena sempre sob a ótica dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, sempre a fim de minimizar e reduzir as distorções e os efeitos malignos do punitivismo. Diante da situação de que a punição é algo dado e certo, não nos parece ingênuo aceitar alguns argumentos oriundos de ambas as teorias e reafirmar, em parte, os argumentos propostos por cada tese, a fim de apresentar uma teoria mista segundo a qual a pena possui múltiplas finalidades.

Ao contrário do que muitos pensam, o problema da punição não é propriamente um problema exclusivamente jurídico, mas trata-se, sim, de uma questão moral. As teorias de justificação da pena possuem, em sua base estrutural, teorias morais que lhe dão sustentação, visto que a punição é um fenômeno essencialmente moral. O retributivismo, por um lado, foca a discussão na vontade, nos motivos e na culpabilidade do agente criminoso para parametrizar o quanto este deve receber como pena pelo crime cometido. O prevencionismo, por sua vez, vai destacar a inutilidade da mera retaliação pelo mal causado e propor a ideia de pena útil segundo a qual a pena deve intimidar o agente criminoso e prevenir, diante da sociedade, a prática de novos e futuros crimes. Nesse sentido, o objetivo principal do presente trabalho foi refletir sobre a relação entre Direito e moralidade a partir das teorias justificatórias da pena para mostrar que, em resumo, a pena é uma manifestação ou expressão simbólica da sociedade para representar a sua reprovação moral diante do crime.

<sup>27</sup> HUSAK: 2008; 92.

## Referências

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

BEDAU, Hugo Adam. KELLY, Erin. PUNISHMENT. *In*: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Winter 2019 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/punishment/>. Acesso em: 20 ago. 2020.

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

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

CARON, Yves. The Legal Enforcement of Morals and the So-Called Hart-Devlin Controversy. **McGill Law Journal**, vol.15, issue 1, 1969, pp.9 e ss

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHRISTIE, Nils. Conflicts as Property. **British Journal of Criminology**, v. 17, 1-15, 1977. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.bjc.a046783>. Acesso em: 20 dez. 2020.

CHRISTIE, Nils. **Limits to Pain**. London: Martin Robertson, 1981.

DEVLIN, Patrick. **The Enforcement of Morals**. London: Oxford University Press, 1965, 7.

DUFF, Antony. HOSKINS Zachary. LEGAL PUNISHMENT. *In*: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Winter 2019 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/legal-punishment/>. Acesso em: 20 ago. 2020.

DWORKIN, Gerald. Devlin Was Right: Law and the Enforcement of Morality. **William & Mary Law Review**, vol. 40, Issue 3, 1999, 927.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo José. **Retribución y prevención general**: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2007

FEINBERG, Joel, 1970, The expressive function of punishment. *In*: \_\_\_\_\_. **Doing and Deserving**. Princeton: Princeton University Press, 1970. 95-118.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: teoría del garantismo penal. Madrid: ed. Trotta, 1995.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Anti-Hobbes** (overo i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano). Milano: Giuffrè, 1972.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

GEARY, Roger. **Understanding Criminal Law**. London: Cavendish Publishing, 2002, 2.

HART, H. L. A. **Law, Liberty and Morality**. Oxford: Oxford University Press, 1982, p.16

HART, Herbert. **Punishment and responsibility**. New York: Oxford University Press, 2008.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Linhas fundamentais da filosofia do direito:** ou Direito natural e ciência do estado em compêndio. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

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

HULSMAN, Louk. Critical criminology and the concept of crime. **Contemporary Crises**, v. 10, 63–80, 1986. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/BF00728496>. Acesso em: 20 dez. 2020.

HULSMAN, Louk. The Abolitionist Case: Alternative Crime Policies. **Israel Law Review**, v. 25, 681–709, 1991. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/israel-law-review/article/abs/abolitionist-case-alternative-crime-policies/EAA551CE6B23484EB0D416E6D771F516>. Acesso em: 20 dez. 2020.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas.** Niterói: Luam, 1993.

HUSAK, Douglas. **Overcriminalization:** the limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 2008.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal.** Parte General: fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1997.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes.** Petrópolis: Vozes, 2013.

MILL, John Stuart. A system of logic ratiocinative and inductive. *In:* \_\_\_\_\_. **Collected Works of John Stuart Mill.** Toronto: University of Toronto Press, 1981. V. VIII. 640–1251.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo.** Tradução de Pedro Galvão. Porto: Porto Editora, 2005.

MURPHY, Jeffrie. Does Kant have a theory of punishment?  
**Columbia Law Review**, n. 87, 509, 1987. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1122669?seq=1>. Acesso em: 10 dez. 2020.

NINO, Carlos Santiago. **Los límites de la responsabilidad penal:**  
una teoría liberal del delito. Buenos Aires: Astrea, 1980.

PERRY, Michael J. **Morality, Politics and Law**. Oxford: Oxford  
University Press, 1990, 93.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. vol. 1: par-  
te geral, 12.ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Fundamentos. La estructura de la  
Teoría del Delito 2. ed. Madrid: Civitas 1997.

RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento da pena criminal:  
para além da classificação dicotômica das finalidades. **Revista  
Portuguesa de Ciências Criminais**, Coimbra, Ano 22, n.2, 175-  
99, abr./jun. 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro;  
SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro:** primeiro volume –  
Teoria Geral do Direito Penal, 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual  
de Direito Penal Brasileiro:** vol.1 Parte Geral, 10.ed. rev. atual.  
São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.