

O PROBLEMA DA JUSTIÇA PENAL

*Francesco D'Agostino**

1. A crise da justiça penal; 2. Prevenção, intimidação, emenda; 3. Culpa, responsabilidade, pena; 4. A pena como garantia da ordem da liberdade; 5. A expiação; 7. Perdoar e punir; 8. A teoria retributiva da pena e seus críticos;

1. A crise da justiça penal

É indubitável que a justiça penal na Itália se encontra em uma crise extremamente grave: estão sob os olhos de todos a arcaicidade de nossas normas processuais, a enorme duração dos procedimentos e das prisões preventivas, a superlotação dos presídios, o elevado número de crimes destinados a permanecer impunes e a difusão incontrolada de sempre novas formas de criminalidade. Se, pois, da consideração dos males, por assim dizer, estruturais, do ordenamento penal e penitenciário italiano passamos a uma consideração ainda mais geral e nos interrogamos sobre o sentido das penas que os nossos tribunais aplicam, o quadro aparece ainda mais desolador: o preceito constitucional (art. 27^º), que indica a reeducação do condenado como a finalidade específica da pena criminal, não tem nenhuma correspondência com a realidade efetiva de nosso país, senão naquela dimensão hipocritamente ideológica que emerge das contínuas declarações verbais da classe política e governamental. De fato, o universo da justiça penal é um mundo separado, talvez menos violento do que em geral vem descrito, privado, porém, de um sentido unitário no interior daquele senso global, que deveria governar todo o ordenamento jurídico. Parece estar perdida não só a resposta, mas o sentido mesmo da pergunta que cada um se põe quando reflete seriamente sobre a realidade da pena criminal: por que punir?

O radicar-se desta crise nas conhecidas carências organizativas e financeiras típicas do nosso país induz muitos observadores a avaliá-la redutivamente, como uma crise objetivamente grave sim, mas superável através de uma oportuna, ainda que árdua, política de reformas. Aqui não está em discussão, obviamente, a oportunidade, ou ainda, a urgência absoluta de reformas radicais do nosso sistema penal; mas se quer aventar a hipótese de que a crise de que tratamos – e das quais usualmente colhemos as dimensões mais ruidosas, como aquelas acima aludidas, que são, no entanto, as mais extrínsecas – seja bem mais radical e não resolúvel apenas através de manobras estritamente pragmático-organizativas. Isso é demonstrado pelo fato de que a crise da justiça penal é uma crise de época³, que atinge quase todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos e que parece ser não a consequência, mas às vezes a causa das trágicas disfunções institucionais a que se acenou. Se a pena está em crise, isto depende essencialmente da dificuldade que encontra o homem contemporâneo – aquele homem que, como justamente se observou, fez do repúdio do sofrimento o trato distintivo de sua ética – a continuar a dar ao “punir” o seu significado próprio, que é nem mais nem menos aquele de fazer sofrer segundo a justiça.

2. Prevenção, intimidação, emenda

Observa-se, de fato, que as teorias hoje mais difundidas sobre a função da pena (aquelas teorias que a reduzem, conforme o caso, à prevenção, à intimidação, à emenda ou à defesa social) tendem todas a esconder a objetiva dimensão punitiva e a romper o necessário radicamento jurídico, com o resultado de fazer da pena mesma um outro só, destinado a resultar incompreensível e contraditório ao senso comum. Estas teorias se caracterizam em definitivo por seu caráter extrajurídico; não pode, portanto, causar espanto que falhem substancialmente em seus escopos, dado que a pena só permanece, apesar de tudo, compreensível em sua essência no interior da lógica do direito e não tolera ser instrumentalizada para conseguir finalidades também nobres, mas a ela claramente estranhas. Limitemo-nos somente a alguns exemplos a partir da pena vista como técnica de emenda do réu (um conceito próximo àquele constitucional da “reeducação” do condenado): se o tomássemos a sério, dever-se-ia chegar ou a êxitos juridicamente aberrantes, como aquele de jamais pôr o réu em liberdade (detido talvez por crimes de pouca gravidade), quando este homem não der efetivas demonstrações de regeneração ou a verdadeiras formas de hipocrisia, como aquela de considerar emendado por definição o réu que de qualquer modo cumpriu uma pena proporcional à gravidade do crime cometido. Confundir a lógica pedagógico-psicológica (e, no limite, social) da emenda com aquela estritamente jurídica da expiação é fatal e põe os operadores jurídicos

em uma situação esquizofrênica: ou continuam a punir em nome da emenda, mesmo sabendo que o réu tem bem poucas probabilidades de se emendar pela aplicação da pena ou renunciam a punir, partindo do pressuposto que o cárcere é escola e não remédio para a delinquência: mas também neste caso caem em contradição, porque se a pena não emenda, a não aplicação da pena não produz nem mesmo, obviamente, emenda alguma⁴.

Diversas, mas análogas, são as dificuldades em que recaem os sustentadores da teoria da pena como prevenção dos crimes⁵. O caráter sociológico deste conceito se conjuga mal, de fato, com a rígida lógica que marca o princípio penalístico da legalidade. Esta impõe que a gravidade da pena seja pré-determinada ao evento criminoso e dosada sobre a efetiva relevância do crime; aquela teoria reclamaria, ao contrário, que a pena fosse determinada sobre a base de previsão dos possíveis crimes futuros e graduada com base não na gravidade, mas na frequência estatística das singulares tipologias dos mesmos crimes. O critério da prevenção tende, pois, quase irresistivelmente, a dilatar-se naquele da intimidação, onde o que emerge é a vontade social de impedir a todo custo a prática de crimes: vontade ingênua, certo, mas que acha nas massas, em certos momentos históricos, adesões profundas que se concretizam nos bem conhecidos e periódicos pedidos de aumentos indiscriminados de pena, de execuções exemplares, de processos sumários *etc.* Dinâmicas estas que têm – se é que têm – justificações políticas, de estado de emergência (e como tais encontram as únicas aplicações razoáveis, ainda que muito problemáticas, em caso de guerra), mas de modo algum justificações jurídicas. Quando se teoriza a pena como defesa social, isola-se de todo a lógica do direito. Residindo na “periculosidade” e não na objetividade da culpa o critério fundamental de individualização do crime, a teoria da defesa social tende, se quiser ser coerente, a igualar os sujeitos que efetivamente cometeram um crime aos sujeitos que apesar de não o terem cometido têm elevadas probabilidades estatísticas de cometerem (drogados, desviados, doentes mentais *etc.*). E pode-se ainda dizer: segundo a lógica da defesa social não deveria ser definitivamente sancionado quem apesar de ter cometido um crime, tem bem poucas probabilidades de cometer um outro. Parece claro neste ponto que a socialidade que a teoria da defesa social pretende tutelar é uma socialidade massificada, bem diversa daquela que é tutelada pelo direito e que é fundada sobre a coexistência de individualidades singulares livres e responsáveis⁶.

3. Culpa, responsabilidade, pena

Se as teorias não jurídicas da pena têm tido tanta difusão em nosso tempo (e têm conseqüentemente produzido tantos danos), isso depende por um lado da difusão novecentista das ciências humanas, que se iludiram (e continuam

Aquilo que chamamos um “mau uso da liberdade” – e que podemos também designar como “culpa” (em sentido subjetivo) e como “ilícito” (em sentido objetivo), ou ainda mais concretamente como “crime” material – é aquilo que, tornando “responsável” o sujeito, pede para receber uma “resposta”. Somente os eventos que não podem ser reconhecidos como um ato de liberdade devem ficar necessariamente sem resposta: quer lhe atribuamos ao acaso ou à necessidade, eles dali se unem e se abatem sobre o homem, que é chamado a tolerá-los, não a reagir contra eles. Mas quando esses mesmos eventos são atribuíveis a um sujeito, a reação não é mais evitável. Não todas as mortes (felizmente!) dependem de um homicídio, mas aquelas mortes que são provocadas por um homicídio, ainda que biologicamente análogas a qualquer outra morte, adquirem logo um caráter existencial particular. Não é possível “não responder” a um mau uso da liberdade, porque é a liberdade mesma a pretendê-lo. Não reconhecer a liberdade, quando ela existe, significa tornar não mais possível a coexistência. Com aqueles que para privilegiarem a si mesmos ofendem os outros não é mais possível coexistir: a coexistência mesma tende nestes casos a autodestruir-se (e a transformar-se em domínio de um, o mais forte, sobre os outros: um êxito não raro, mas ainda assim instável) ou a preservar-se através de formas não institucionalizadas (vingança) ou institucionalizadas (pena) de “resposta”.

4. A pena como garantia da ordem da liberdade

A analogia estrutural entre a vingança e a pena é bem visível e pode iluminar utilmente o nosso discurso. Por mais primitiva e violenta que possa, com justiça, parecer, a vingança é, em sua essência, jurídica, ainda que de uma jurisdição vivida mais emocional que racionalmente, mais individual que institucionalizada: ela pertence plenamente àquela lógica da coexistência simétrica que não pode tolerar que o delito fique impune⁹. Se a pena é superior à vingança, isto não depende do fim que a primeira persegue e que não é diferente daquele a que pretende o vingador (restabelecer a simetria existencial violada pelo crime), mas da modalidade de “resposta”: privada de medida, inquinada de ódio, na vingança; medida, sem paixão, na pena. Não é a mera satisfação do ofendido (satisfação o mais das vezes infantil ou inutilmente tardia) que justifica a pena (ou a vingança), mas a necessidade de garantir o princípio da coexistência, que impõe que quem indevidamente se exalta seja humilhado.

Punir implica fazer sofrer. Mas o sofrimento que é o resultado da pena não é uma qualificação extrínseca, um acessório (por assim dizer) da pena em si, que possa por necessidade (como muitos se iludem) ser retirado dela. O sofrimento é inerente à pena, já que a pena não tem outro fim além daquele de sub-

meter uma vontade arrogante, reduzindo-a, contra os seus mesmos impulsos, à simetria ordinária da coexistência. Impor a uma vontade livre um não querer, ou um querer diverso do que livremente queria é o sofrimento imposto pela pena. Eis porque entre todas as penas que a fantasia (às vezes sádica) da humanidade inventou, aquela que conheceu o maior sucesso foi a pena de morte, exatamente porque tira da vontade a possibilidade mesma de continuar a querer. Qualquer que seja o juízo moral a ser feito sobre a pena de morte (discussão que se afasta destas considerações), o seu significado fenomenológico é seguramente esclarecedor.

O sofrimento que a pena induz no réu não é, portanto, de *per se*, um sofrimento físico, nem, com maior razão, o sofrimento de quem, por exemplo, vê recair sobre sua família a vergonha de sua culpa. É a vontade do réu, e apenas ela, que através da pena é chamada a sofrer; e ela sofre pelo simples fato de não poder mais afirmar a si mesma (ou seja, querer) na ausência de todo limite. Aqui se torna compreensível o sentido mais autêntico da pena como “retribuição”, que tantas vezes é indevidamente confundido com o mais genérico (e pré-jurídico) conceito de “talião”. “Retribuir” não significa fazer o réu padecer o mesmo sofrimento material que ele causou à vítima (porque aqui se confirmaria plenamente a amarga observação de Pascal: matar o assassino significa fazer duas vítimas no lugar de uma¹⁰), mas fazer retroceder a sua vontade criminosa à comum medida coexistencial¹¹. Eis porque a individualização concreta dos conteúdos das penas não pode ser entregue ao empírico mecanismo do talião (uma atalho a que se recorreu muito freqüentemente na história), mas deve ser confiada a uma valoração histórico-política que é só limitadamente da competência do jurista. O que o jurista pode dizer é que algumas penas, que infelizmente a história conheceu e abundantemente praticou, devem ser consideradas aberrantes não só porque cruéis (pense-se na infinita variedade de penas físicas), mas também porque na maioria das vezes desviadas das finalidades juridicamente estruturais da pena. Uma determinação em positivo dos singulares e possíveis conteúdos das penas é certamente irrealizável, assim como é impensável uma codificação exaustiva e definitiva de todas as possíveis formas em que se pode concretizar uma vontade criminosa.

5. A expiação

Se com o crime o réu foge, digamos, da lógica da coexistência, através da pena ele é reinserido. Este é o único efeito real da pena, o único efeito não eventual, mas estrutural, o único efeito que é juridicamente relevante. Para o direito a expiação não coincide – como algumas vezes se crê – com a regeneração espiritual, com a conversão, com o arrependimento; é bem possível, sem dúvida, que o réu através da pena torne-se um outro em relação ao que era e re-

cupere aquela parte boa de si mesmo que se havia perdido com o delito; mas isto não é um resultado que se possa esperar que surja necessariamente da aplicação da pena. Tudo o que se refere aos movimentos do coração (e tal é a regeneração espiritual) não pode ser de modo algum produzido, somente pode ser no máximo “favorecido” e a aplicação da pena, se favorece indubitavelmente tal êxito, certamente não o “produz”.

O que a aplicação da pena realmente “produz” é a regeneração “jurídica” do réu que, só pelo fato de ter cumprido a pena – e por nada mais – é reinserido na ordem social, qualquer que tenha sido o seu efetivo movimento interior. Toca-se aqui a exterioridade da dimensão do jurídico, aquela exterioridade que sempre suscita turbamento, ironia, hostilidade, sobretudo quando é confrontada com o caráter de autenticidade que parece próprio da moral. Também era quem confunde esta exterioridade com um formalismo vazio ou pior, hipócrita. Se o direito é exterior, se é exterior a pena, isto depende do fato de que o direito coordena ações sociais e não dita lei alguma sobre a intenção, garantindo a ordem da liberdade coexistencial, não aquela do amor recíproco. O réu que cumpriu a pena, por isso não somente torna a merecer a nossa confiança; mas também readquiriu o inegável direito a uma reinserção na dialética social. Individualizando na expiação a função jurídica da pena, o direito reconhece que todo homem é portador de uma inata e irrenunciável dignidade, que o crime pode macular, mas jamais diminuir e que é precisamente o papel da pena reafirmar. A sanção penal não tem, portanto, nunca um caráter estritamente formal, até porque pressupõe um valor que formal não é, mas sim substancial, como aquele da dignidade do homem em geral e do réu em particular: pressuposição que implica necessariamente a confiança em sua eficácia expiatória (confiança que em algumas experiências jurídicas particulares, como a canônica, é particularmente enfatizada: não se pune para danar, mas para salvar a alma; a pena tem, portanto, como se diz, uma função “medicinal”). Mas exatamente porque se trata necessariamente de confiança e não de absoluta certeza, até porque é chamada a garantir uma possibilidade e não uma efetividade, a pena não pode pretender do réu nada além de ser efetivamente cumprida. Restabelecido o equilíbrio coexistencial rompido pelo crime, garantida a ulterior possibilidade de coexistência através da pena, o direito exauriu a sua função: o reinserimento “efetivo” do réu no social espera outras dinâmicas extra ou meta-jurídicas. O direito penal garante somente uma possibilidade, sem a qual nenhuma posterior técnica de reinserimento social do réu é pensável e praticável. Não é, pois, o direito, mas a solidariedade social ou o acolhimento fraterno que podem fornecer a quem cumpriu uma pena as devidas motivações psicológicas e ideais para não recair na espiral do delito e àqueles que reacolherem o réu na comunidade a necessária força moral para afastar de seu ânimo todo o rancor e preconceito.

6. O dever de punir

As considerações desenvolvidas podem ser resumidas em uma conhecida – e frequentemente mal-compreendida – afirmação hegeliana: aquela para a qual o réu tem um verdadeiro e próprio direito à sua pena¹². É óbvio que no plano empírico o réu considera normalmente a pena de modo bem diverso e tende a vê-la como uma imposição e, no limite, como uma violência que ele é obrigado a padecer; mas aquilo contra o qual ele instintivamente se rebela (o dever “sofrer”) é justamente o que lhe permite o devido reinserimento na comunidade social. Negar que a pena seja um direito do réu significa considerar que o réu, por causa do crime que cometeu, tenha perdido todo o seu direito e antes de qualquer outro aquele mesmo de poder expiar as suas culpas; significa considerá-lo, contra toda razão humana e jurídica, irrecuperável *a priori* para a coexistência social. Um réu, ao qual não venha reconhecido o direito à pena, é de fato portador de um juízo de inexpiabilidade de sua culpa. Mas como não há um homem que, por mais culpável que seja, cesse com isso de ser homem, assim não há culpa que, por mais grave que seja, não possa ser expiada. Mesmo a pena de morte – criticável sob outros perfis – não era infligida, enquanto pena, a partir do pressuposto da inespiabilidade da culpa do réu, mas ao contrário a partir da idéia que somente através dela alguma gravíssima culpa poderia ser de fato expiada. O perdão que ritualmente o verdugo pedia ao condenado (e que não raro recebia dele) simbolizava significativamente o fato de que, quando condenado, o réu readquiriria a sua plena dignidade humana, ao ponto de poder instaurar com o carrasco uma extremada (e no limite sublime) relação moral, como aquela que se instaura entre quem perdoa e quem é perdoado¹³.

Afirmar que o réu tem direito à pena significa negar que tal direito possa ser reivindicado por algum outro sujeito. Se ser punido é um direito, isso significa que punir terá sempre e tão-somente o aspecto jurídico de “dever”. Em significativa consonância com a lógica da pedagogia, também a ciência do direito não tolera – como já se disse – que quem comine uma pena ache uma (mesquinha) satisfação em ver a humilhação e o sofrimento do punido¹⁴. Nesse sentido, provavelmente, deve-se ler o significado profundo dos preceitos de Deuteronômio 32, 35: *Mibi vindictam: et ego retribuam* e de Mateus 7, 1: *Nolite iudicare ut non iudicamini*¹⁵: exatamente porque quem pune reconhece (implicitamente) a dignidade de quem é punido, o punir não é mais ação, por assim dizer, privada, que concerne somente ao ofendido e ao ofensor, mas pública; uma ação que reafirma (paradoxalmente) a universal paridade de todos os seres humanos (e, portanto, tanto dos juizes como dos julgados), como chamados e destinados à liberdade. O juiz (e, a seu modo, o pedagogo) não tem nenhum título para punir, a não ser aquele de ser destinatário do dever de fazê-lo, quando

a punição parece como a única possibilidade (jurídica ou pedagógica) de garantir a subsistência do sistema da liberdade. Vista como necessária, a aplicação da pena torna-se então o encargo mais específico e delicado do Estado, cuja razão última de ser é exatamente aquela de garantir aos concidadãos a possibilidade da coexistência¹⁶. O monopólio estatal sobre a justiça penal não é, portanto, compreendido, como freqüentemente fazem os juspositivistas, como voltado a reforçar o poder do Estado e a consolidar a supremacia sobre os cidadãos, mas como a melhor técnica (historicamente bastante recente, aliás) de desprivatizar o julgamento. É uma exigência que se observa com plena clareza nos ordenamentos jurídicos “evoluídos” e não menos presente também nos ordenamentos que (impropriamente) classificamos como “primitivos”, enquanto pré-estatais: nestes a desprivatização do julgamento é de fato geralmente obtida através de dinâmicas arbitrais, com freqüência significativamente complexas, geridas em sua maioria pelos anciãos ou ainda por “terceiros”, rigorosamente imparciais em relação às partes do conflito.

Que a pena não seja vista em função do Estado (mas, no máximo, que seja este a ser visto em função da pena) é importante também para compreender a presença da sanção penal no ordenamento canônico - uma presença que, particularmente em épocas de triunfante juspositivismo ou estatismo jurídico, foi considerada com assombro. Como se o caráter não-estatal do ordenamento eclesial tornasse sem sentido o recurso à pena. Ora, mesmo tendo o direito canônico como peculiaridade o entrelaçar continuamente a lógica da justiça com a lógica da caridade (recorde-se a bela fórmula do cânon 2.214, § 2º do Código de 1917: *Meminerint Episcopi..., se pastores, non percussores esse, atque ita praeesse sibi subditis oportere, ut non in eis dominantur, sed illos tanquam filios et fratres diligant*¹⁷), não há dúvida que a sua dimensão penal seja estruturalmente jurídica (e neste sentido a pena canônica é inconfundível com a penitência sacramental), porque é unida à dimensão coexistencial daquela peculiaríssima *societas* que é a Igreja. Todos os três diversos tipos de penas canônicas (as penas medicinais ou censuras, as penas expiatórias e as penitências) não servem para garantir a Igreja enquanto tal (assim como a pena criminal não serve para garantir o Estado), mas para garantir a possibilidade do fiel expiar sua culpa. É a particularíssima forma de coexistência que é própria da Igreja, enquanto ordenamento, que torna peculiares as sanções penais; mas que estas existam também na Igreja, porque a Igreja outra coisa não é que uma *societas*, é igualmente evidente. A pena canônica confirma, não nega, os caracteres estruturais da pena em geral.

7. Perdoar e punir

Entre as esperanças (ou os sonhos) persistentes da humanidade, coloca-se aquele de um mundo sem juízes e sem imputados, sem crimes e sem prisões,

no qual o respeito de todos para com todos torne supérfluo o exercício da justiça penal¹⁸. Tal mundo pode (e talvez deva) ser desejado, mas não pode certamente ser estudado teoricamente: ele é o fruto dos anelos de belas almas e deve permanecer presente na mente de todos pelo menos como sinal da nostalgia de uma existência diversa da que experimentamos quotidianamente¹⁹. O verdadeiro problema da extinção do direito e em particular do direito penal é um outro: se se pode teorizar primeiro e praticar depois a abolição da pena criminal tal como a conhecemos, com o seu indubitável caráter de dura repressividade.

Se se reduz este problema ao da “humanização” das penas criminais a resposta não é difícil. A individualização concreta das penas individuais é sempre – como já se acenou – historicamente condicionada, dado que é sempre condicionada aquela dimensão do “mau uso da liberdade”, para a qual reconduzimos a estrutura, o em si, do ilícito. Os reclames humanitários no direito penal representam muito bem um aspecto do espírito de nosso tempo e a ela é prestada toda a atenção devida. Se, no entanto, se pensa que a pena deva desaparecer, porque em si é desumana, está se afirmando algo diverso, que não pode ser compartilhado. Toda pena, inclusive a mais moderada, é, de certo modo, estruturalmente desumana, porque golpeia intencionalmente o sujeito no exercício de sua liberdade. Deste ponto de vista, a pena, qualquer pena, não pode não perturbar o observador e deixar de provocar nele um sentimento de compaixão. Mas ao mesmo tempo essa compaixão não pode de *per se* traduzir-se em uma instância de remissão da pena, porque aquele que se compadecer não tem por isso o direito de perdoar se não tem o direito de infligir a pena; e ninguém, como se viu, tem o direito de punir: alguns, somente alguns, têm, ao contrário, o dever.

Deve-se concluir que não há espaço na justiça penal para o perdão? Em certo sentido sim. As formas mais conhecidas de renúncia à aplicação da pena por parte do ordenamento jurídico (anistia, graça, perdão judiciário, liberdade condicional *etc.*) também são qualificadas segundo diversas lógicas de um ponto de vista estritamente jurídico-dogmático; todas, porém, pressupõem um tipo de usura temporal, que separa o réu do crime cometido, tornando assim quase impossível (ou inútil) continuar a imputá-lo a ele. Em nenhum destes casos é correto falar de perdão, assim como não há nenhuma relação com o perdão a ocorrência de possíveis causas de justificação ou atenuantes, que tornem de qualquer modo escusável o fato ilícito cometido. Quem é escusável é justificado, não perdoado. Mas então, em que caso o perdão poderia substituir a pena? Aparentemente em nenhum caso, se é verdade que o perdão só é ele mesmo quando é realmente gratuito, quando nada na personalidade e nas ações do réu poderia justificar o crime cometido e induzir assim o ofendido a achar razoáveis motivos para perdoá-lo. Ou o perdão tem por objeto o imperdoável

ou não é realmente um perdão autêntico: pode ser clemência, pode ser esquecimento, pode ser indulgência, desculpa, um suportar paciente, mas não perdão. O perdão é ele mesmo quando é absurdo aos olhos do mundo, quando é imotivado, absolutamente livre de boas razões, quando quem é perdoado não merece de fato sê-lo; assim como a caridade só é ela mesma, quando se dirige a todos e, em particular, a quem não merece de fato ser amado²⁰.

Se o perdão é assim, é evidente que não pode jamais estar em alguma relação dialética com a justiça penal. Apenas quem foi realmente ofendido, apenas a vítima poderia perdoar o culpado, mas – como se disse – não é a vítima que é chamada a julgar e a punir. Na justiça penal, a vítima e o culpado não se acham nunca realmente cara-a-cara: entre eles se ergue como um diafragma a sociedade que através de seus juizes é chamada a gerir os resultados de um ato, freqüentemente privado, como é o delito. Exatamente porque não é o ofendido, o juiz não pode e não sabe perdoar²¹. Mas aquilo que ele sabe e pode, isto é, punir, tem um objetivo último não diferente daquele do perdão: a expiação, que através do perdão se realiza em um só instante miraculoso, é também o objetivo último, mesmo se lento e fatigante de se conseguir, da pena. O jurista bem sabe que na vida existem também os milagres; e que um culpado pode verdadeiramente ser recuperado em um momento, graças à força imprevisível do perdão. Mas sabe também que os milagres não são institucionalizáveis e quando, de boa fé, se procura fazê-lo, só se obtém uma trágica caricatura. O perdão é uma palavra de amor que sana toda ferida, a palavra para a qual o direito se inclina com tudo de si mesmo, mas que ele não pode substituir. De todas as atividades práticas através das quais a existência humana se estrutura, o direito penal é aquela em que mais transluz a nostalgia da caridade²².

8. A teoria retributiva da pena e seus críticos

Na apresentação de uma inteligente antologia dedicada aos problemas do direito penal²³, os organizadores Marinucci e Dolcini se livram das “novas ideologias retributivas”, afirmando que elas “tendem a imprimir um desvio regressivo da política criminal, reduzindo o direito penal a mero instrumento de conservação social e de canalização de necessidades punitivas irracionais”²⁴. Sobre a canalização das necessidades punitivas irracionais voltaremos mais adiante; observemos agora, ao contrário, como nestas linhas é pressuposta uma particular concepção do direito penal, que o reduz a funções de uma técnica social não jurídica, como aquela da política criminal. Mas não é este um ponto que possa ser pressuposto; se o direito penal tem ou não uma estrutura específica própria que seja de qualquer modo reconhecida e justificada (analogamente pode-se propor o problema para o direito em geral: tem uma estrutura própria ou é uma mera função da política social?) é questão que pede para ser tra-

tada explicitamente. Quem defende a teoria retributiva da pena o faz geralmente porque está consciente de que esta é a única teoria da pena que é compatível com uma visão não reducionista do direito, com uma teoria que sem negar as íntimas conexões do direito com a política social e criminal (e com a economia e com a moral e com todas as outras atividades práticas do homem), reconhece na lógica do direito um *quid* de absolutamente específico, que não é subordinado a nenhuma outra lógica. Pela via da generalização descendente e refazendo as análises de Cotta²⁵, diremos que este *quid* que é tutelado pelo direito pressupõe a paridade ontológica dos sujeitos, garante a recíproca simetria, estabelece a paridade dos direitos e dos deveres e impõe a justa aplicação da pena. Estes critérios são justificáveis e defendíveis além e antes de toda consideração de política criminal (e nisto se vê a autonomia estrutural do direito); que a sua aplicação possa “imprimir um desvio regressivo da política criminal” pode ser verdadeiro (e incomoda); mas pode igualmente ser verdadeiro que a sua pontual defesa e aplicação pode, ao contrário, imprimir a uma particular política criminal um desvio progressivo: imaginemo-lo reconhecido e aplicado em um regime totalitário ou racista, como por exemplo hoje o da África do Sul²⁶. Quando a política criminal (e social) das classes no poder é ela mesma regressiva, abandonar os princípios retribucionistas do direito penal em favor de princípios preventivos ou, pior ainda, de defesa social equivale a favorecer clinicamente os detentores do poder contra as classes que eles oprimem e fazer do direito – esta vez sim! – um “mero instrumento de conservação social”. Em resumo, os críticos da teoria retributiva trabalham a partir de um abstrato e iluminístico modelo de “política criminal”, que eles assumem sem mediação nenhuma, como obviamente de estampa progressista e, logo, por definição “bom”; segue-se, coerentemente tendo em vista estas premissas, que ou a lógica do direito (penal) se subordina à tal política ou torna-se *ipso facto* “má”, isto é, regressiva e conservadora. A realidade infelizmente é mais complexa. A política criminal (e aquela social em geral) não é nunca definível em abstrato, posto que vive sempre e somente no concreto da história (e a história, sabe-se, é às vezes “boa” e às vezes “má” e, de qualquer maneira, não é nunca – com grande dor para quem ama o profetismo – uni-direcionada e constantemente voltada para o melhor); o direito, que vive também ele na história, conhece, porém, diferentemente da política, uma dimensão meta-histórica, que não se atém aos seus conteúdos materiais (variáveis), mas à sua estrutura: ele constitui e garante a coexistência humana como coexistência dos sujeitos que se reconhecem como simétricos e responsáveis. Teorizar a pena como retribuição não comporta, de *per se*, uma escolha de política criminal nem regressiva, nem progressista, aliás, não comporta nenhuma escolha de política criminal. O teórico do direito, de fato, deve respeitar as competências que não são suas e a política criminal não é da competência (específica) do jurista (assim como, ana-

logamente, uma correta política criminal deverá respeitar as irrenunciáveis instâncias estruturais do direito). A teoria retributiva da pena, ao invés de condicionar uma particular escolha de política criminal, assinala, ao contrário, o correto âmbito de explicação, que coincide de fato com o respeito do indivíduo enquanto coexistente: a defesa (do inocente) e a punição (do culpado) são as duas formas concretas de respeito à pessoa realizadas pelo direito penal.

Duas palavras agora sobre o retribucionismo como “canalização das necessidades punitivas irracionais” (para retomar ainda as palavras de Marinucci e Dolcini). Não quero sustentar que nenhum retribucionismo jamais prove de uma irracional necessidade de punir; assim como creio que também se pode admitir que alguns ferozes anti-retribucionistas podem ser movidos por uma antitética, mas igualmente irracional, necessidade de excusar os réus, sempre e de qualquer maneira. É, de resto, afirmação antiga e maliciosa que a inocência está bem longe de encontrar tanta compreensão e tanta proteção quando o delito²⁷. O problema do retribucionismo não é, obviamente, psicológico ou empírico, mas teórico: pode-se sustentar (como parecem fazê-lo Marinucci e Dolcini) que o desejo de punir seja sempre irracional? Uma pretensão como essa é de *per se* muito dúbia, dado que se põe em contradição não somente com o senso comum (que, como é conhecido, é decisivamente retribucionista), mas com uma antiga e nobre tradição filosófica: de Cícero a Santo Tomás, por, exemplo; o desejo de ver punido um delito é considerado realmente virtuoso²⁸ e em Kant a justiça penal é considerada como objeto de um específico imperativo categórico²⁹. O único modo de esvaziar o interior (por assim dizer) do desejo de punir é demonstrar que não pode haver um objeto, isto é, que nenhum homem, que tenha cometido um crime, por mais grave que seja, seja jamais verdadeiramente culpado. Se a culpa não existe, se a culpa é um mito, a pena é certamente sem sentido e o desejo de punir é certamente irracional.

Que a culpa não exista, que a existência humana seja em si inocente, já foi sustentado³⁰, mas talvez seja muito dizer que tenha sido também demonstrado. Mas o verdadeiro ponto não é este; também admitindo que se possa defender (com qualquer sofisma) a inexistência da culpa, disso não deriva a possibilidade de abolir em nível de práxis social toda referência à responsabilidade. Não somos mais culpados, mas continuamos todos a sermos considerados responsáveis³¹. Um êxito bem curioso para uma doutrina que pretende ser libertária! Desapareça a pena como retribuição, mas seja praticamente substituída pela pena como defesa social. Deve desaparecer (porque irracional!) o desejo de punir; deverá, porém, ficar (como eliminá-la?) a necessidade de defender a sociedade contra todo ato que a ameace.

Abolir a culpa comporta nada mais nada menos que abolir a imagem tradicional do homem, como ser responsável por suas ações e substituí-la por aque-

la de um “ser coletivo dominado”³², para o qual o direito tende a tornar-se ao final um luxo inútil. Há muitas técnicas para defender a coesão e a estabilidade social, bem mais eficientes que o direito; são todas técnicas que ignoram a unicidade do indivíduo e conseqüentemente ignoram que se o direito existe é justamente para proteger essa unicidade. O desejo de ver punidos os crimes, ao contrário de ser irracional, corresponde a uma racionalidade profunda (ainda que para muitos inconsciente): aquela de ver garantido pelo direito o sistema da coexistência intersubjetiva. A supressão (ou a abolição) de tal desejo não é uma vitória sobre a irracionalidade, mas o sinal do triunfo sobre a racionalidade própria do direito de uma racionalidade de sentido diverso: a racionalidade da massificação.

* Francesco D'Agostino é Professor Titular de Filosofia do Direito da Universidade de Roma II – *Tor Vergata* e Presidente Honorário do *Comitato Nazionale per la Bioetica* (órgão público italiano). A tradução do artigo foi feita por Daniel Nunes Pêcego.

Notas

1 O presente artigo foi publicado originalmente como terceiro capítulo in D'AGOSTINO, Francesco. *La sanzione nell'esperienza giurídica*, 5 ed., Turim: Giappichelli, 1999, pp. 101-127. Mesmo não sendo recentíssimo, o artigo tece interessantes ponderações jus-filosóficas acerca da teoria retribucionista da pena, além de analisar as idéias de prevenção, defesa social e abolicionistas (ainda que não diretamente). De qualquer modo, a crise no sistema penal só tem se agravado, tanto na Itália, quanto no Brasil. (N. T.)

2 Artigo 27 da Constituição da República Italiana: As penas não podem consistir em tratamentos contrários ao sentido de humanidade e devem tender à reeducação do condenado. (N. T.)

3 Esta crise foi estudada com muita acuidade in MATHIEU, V. *Perché punire? Il colosso della giustizia penale*, Milão, 1978. Apesar de ter aspecto de panfleto, este ensaio é o de maior relevância teórica já dedicado nos últimos anos à filosofia do direito penal.

4 Sobre a dialética entre emenda e expiação, cfr. o livro, muito bem documentado, de WIERTZ, A. *Strafen, Bessern, Heilen. Möglichkeiten und Grenzen des Strafvollzugs*, Munique, 1982.

5 A teoria da prevenção na sua versão mais atual, aquela da “prevenção geral” talvez esteja hoje entre as mais aceitas. Ótimo material a respeito foi recolhido na antologia organizada por ROMANO, M. e STELLA, F. intitulada *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bolonha, 1980. Úteis referências nas observações de AMATO, A. *Sulla teoria della prevenzione generale dei reati in “Rivista internazionale di Filosofia del Diritto”*, 58, 1981, pp. 492-502.

6 Cfr. CAVALLA, F. *La pena come problema. Il superamento della concezione razionalistica della difesa sociale*, Pádua, 1979.

7 Este ponto é bem discutido com clara e forte simplicidade por LEWIS: “Alguém, particularmente iluminado, proporrá banir qualquer

concessão de retribuição ou de mérito em sua teoria acerca das punições e daria a ela somente um valor de advertência para os outros e de reforma para o criminoso. Ele não vê que, assim fazendo, torna injusta qualquer punição. Que coisa é mais imoral que infligir, como exemplo para os outros, uma pena a mim que não a mereço? E se a merecesse, deveria admitir o direito de “retribuição”. E que coisa é mais ultrajante que submeter-me a um não desejado processo de progresso moral sem o meu consenso, (ainda uma vez) se não o mereço?” (LEWIS, C. *Il problema della sofferenza*, trad. it., Bréscia, 1957, p. 96). Uma defesa mais articulada do retribucionismo, em clara polêmica com as teorias “humanitárias” da pena, foi desenvolvida no artigo de LEWIS, C. *The humanitarian Theory of Punishment*, in “University of Melbourne Law Review”, 1953, pp. 228 ss.

8 Poderia parecer indispensável neste ponto ao menos um aceno ao espinhoso problema da existência efetiva de uma liberdade humana (ou, se assim se preferir, do livre-arbítrio). Se o homem não fosse livre, mas determinado (e as possibilidades de um invencível condicionamento são múltiplas: biológicas, psicológicas, culturais etc.) cessaria mesmo a possibilidade de se falar de uma “culpa” do réu e em consequência não haveria mais sentido introduzir a categoria de “responsabilidade”. Ora, à parte todas as considerações que se poderiam fazer acerca disso (somente para a dimensão sociológica, aquela talvez que mais proximamente toca o nosso discurso, reenvio ao belo livro de GURVITCH, G. *Determinismi sociali e libertà umana*, trad. it., Roma, 1969), é fato que a negação do livre arbítrio não comporta completamente de *per se* a negação da pena: em um sistema de determinismo universal, no qual não existisse, por hipótese, nenhum espaço para uma ação realmente livre (porque, se houvesse, ainda que muito pequeno, o princípio da pena seria de qualquer forma salvo, dado que ao menos para este teria sentido falar de “responsabilidade”), como seria determinado o evento (materialmente, mas não subjetivamente) criminoso, assim seria considerado determinado o evento punitivo. Não se pode, em outras palavras, considerar livre o juiz (ou livre a so-

cidade) para não punir (ou de dar à pena um significado diverso daquele da punição), quando se julga que o réu não seja nunca livre para agir de outro modo que não do que efetivamente agiu. Este argumento anti-determinístico é tão antigo quanto a polémica entre a liberdade e o determinismo. Encontramo-lo, em forma brilhantemente anedótica, na *Vita di Zenone* escrita por Diógenes Laércio: “Conta-se que uma vez chicoteava um servo que havia roubado; tendo este lhe dito: ‘Era-me destinado roubar’, Zenão acrescentou: ‘Também o ser espancado’”. (cfr. DIÓGENES LAÉRCIO, *Vite dei filosofi*, VII. 1.23, trad. it. Bari, 1976, p. 251).

9 CÉ COURTOIS, G. *La Vengeance, du désir aux institutions in La Vengeance. Études d’ethnologie, d’histoire et de philosophie*, vol. 4, 1984, pp. 6-45.

10 “Faut-il tuer pour empêcher qu’il n’y ait des méchants? C’est en faire deux au lieu d’un. *Vince in bono malum*” (*Pensées*, 911, Brunschvicg) (“É preciso matar para impedir que haja maus? É fazer dois no lugar de um: Vence o mal com o bem.” [N. T.]).

11 A retribuição penal, portanto, não repristina o *status quo*, mas cria uma nova situação de equilíbrio coexistencial. Se não se compreende isso, não se compreende nada do retribucionismo e se continua a opor-lhe como objeção o inútil argumento (apesar disso clássico: acha-se já maravilhosamente formulado no Protágoras [324b] de Platão) segundo o qual retribuir é inútil, porque não serve para anular o que de qualquer modo já se deu, ou seja, o delito. Também Jankelevitch recai nesta incompreensão: “*la justice restauratrice défait la chose faite (res facta), mais le fait-d’avoir-fait (feicisse) est indéfaisable, - autrement dit on ne peut faire qu’il n’ait pas été fait, ni qu’il soit non-fait (infectum); car la temporalité ou quoddité du temps est inexterminable!*” (cfr. JANKELEVITCH. *Traité des vertus*, tomo II, *Les Vertus et l’Amour*, Paris-Montreal, 1070, p. 688). O ponto é que a pena (retributiva) não é em absoluto destinada a cancelar o passado, a transformá-lo de *res facta* em *infectum*, mas a instaurar (para o réu) a possibilidade de um novo *facere*.

12 É a doutrina exposta no § 100 dos *Lineamenti di Filosofia del diritto*. Para algum aprofundamento, limito-me a remeter a POLIN, R. *La notion de peine dans la philosophie du droit de Hegel, in AA. VV., Rétribution et justice pénale*, Paris, 1983, pp. 85-94 e, para um estudo sistemático, a PRIMORATZ, I. *Banquets Geist. Hegels Theorie der Strafe*, Bonn, 1986. Algumas indicações também em meu ensaio *L’anima del reo. Osservazioni in margine alla teoria hegeliana del diritto penale in D’AGOSTINO. F. Diritto e Secolarizzazione. Pagine di filosofia giuridica e politica*, Milão, 1982, pp. 81-92. Para uma síntese eficaz das críticas à doutrina hegeliana, cfr. DEIGH, J. *On the right to be punished: Some Doubts, in Ethics*, 94, 1984, pp. 191-211.

13 Fica o fato de que também em nível simbólico, a pena de morte não pode nunca chegar a purificar-se de uma certa aura de desumanidade que a acompanha necessariamente. Uma bela – e pouco conhecida – página de Hegel (que também foi um defensor da licitude e juridicidade da pena capital) é muito esclarecedora a esse respeito: “Na execução pública de um condenado à morte vemos um homem indefeso, atado, cercado por uma numerosa escolta, preso com capangas infames, que vem conduzido ao patíbulo e ali, ainda inerte, alvo das imprecações e orações do padre que o malfeitor repete gritando, para embotar a consciência daquele instante. Morre assim. O soldado morto a golpes de sabre ou que cai abatido pelo chumbo invisível não nos suscita uma impressão semelhante àquela da execução do malfeitor. Sentimos, creio eu, que naquele instante supremo, foi tirado de um homem o direito de defender sua própria vida. A morte em batalha pode causar pesar, mas não suscita a impressão humilhante que nos vem da morte daquele outro. O primeiro, de qualquer modo, ainda exercitou o direito natural de defender a própria vida e caiu apenas porque o adversário afirmou-se num direito igual. O sentido de revolta que nasce de ver lançado à morte um homem desarmado por obra de um exagerado número de armados, não se transforma em fúria nos espectadores apenas porque para eles é *sagrada a sentença da lei*. Mas nem mesmo esta idéia basta para remover de todo aquela impressão produzida pela visão imediata do

fato. A idéia de que os carrascos são servidores da justiça não foi jamais suficiente para reprimir o modo de sentir instintivo que marca de infâmia o ofício e a classe daquelas pessoas que, na presença de todo o povo, podem matar a sangue frio um indefeso, que cumprem o seu serviço como instrumentos cegos, à maneira das feras às quais em um tempo se lançavam os criminosos.” Este fragmento que foi publicado no apêndice da biografia hegeliana de ROSENKRANZ. *Georg Wilhelm Hegel's Leben*, Berlim, 1844, p. 527 é agora traduzido na antologia de citações hegelianas de MERKER. *Hegel, Detti memorabili di um filosofo*. Roma, p. 134.

14 É, no entanto, bem freqüente que através do julgamento se instaure uma espécie de perversão psicológica, que conduz inevitavelmente àquilo que Canetti eficazmente chamou de *o prazer de condenar*. Quem condena relega por isso mesmo o condenado a um grupo de “inferiores” e ao mesmo tempo coloca a si mesmo em um grupo de “melhores”. “Eleva-se rebaixando os outros”. Mesmo a neutralidade do juiz é, sob este perfil, aparente: “Em todo caso, de fato - escreve Canetti - ele se enumera entre os bons. A legitimação de seu ofício se funda sobretudo sobre o fato de que ele pertence inalteravelmente ao reino do bem, como se fosse algo nato.” (CANETTI, *Massa e Potere*, trad. it. Milão, 1972, pp. 324-325). Eis porque o ofício do juiz sempre se manifesta ambivalente: se de um lado o juiz parece quase *ut minister Dei* (“como ministro de Deus” [N.T.]) (assim, SANTO TOMÁS. *Sum. Theol., IIa-IIae, q. 60, art. 2, ad 2*), de outro é acusado duramente: *“Inexcusabilis es, o homo omnis qui iudicas: in quo enim alterum iudicas, teipsum condemnas; eadem enim agis quae iudicas”* (Rom 2,1). (“Por isso és inexcusável, ó homem, quem quer que sejas, que te arvoras em juiz. Porque, julgando a outrem, condenas a ti mesmo, pois praticas as mesmas coisas, tu que julgas” [N.T.]). A solução da antinomia sobre o plano teórico se dá somente reconhecendo que o juiz o é porque destinatário de um dever e não porque exercita um direito; sobre o plano existencial, no entanto, a antinomia é provavelmente destinada a restar sempre aberta, porque nenhum juiz poderá realmente, em plena consciência permanecer

insensível ao prazer de condenar: *“Si dixerimus quia peccatum non habemus, nosipsos seducimus”* (1 Jo 1,8). (“Se dissermos que não temos pecado, engano-nos a nós mesmos” [N.T.]).

15 “Minha é a vingança: e Eu retribuirei” e “Não julgueis para não serdes julgados”, respectivamente. (N. T.)

16 “A legislação penal tem um caráter público e não privado porque é o ente público por excelência, o Estado, que tem a tarefa de fazê-la valer. E já que a lei penal funda a possibilidade de relações livres em geral – e tal possibilidade precede e condiciona a possibilidade desta ou daquela relação específica – a função do Estado, que tem a tarefa de fazê-la valer, pode-se bem dizer que seja antecedente àquela de qualquer sociedade particular. Se, de fato, as relações sociais não fossem antes de tudo possíveis em geral e em linha de princípio, não seria possível, depois, nem mesmo este ou aquele tipo de relação singular. Seria, no entanto, inverter completamente a verdade dizer que a legislação penal tem caráter público *porque* visa defender o Estado; ela tem caráter público *porque o Estado deve assumir seu encargo* e somente quando o assume pode reivindicar o título de “sociedade perfeita”. Qualquer outra tarefa do Estado é secundária, compreendida aquela de defender os cidadãos de inimigos externos. De fato, se esta tarefa não for desenvolvida (como muitas vezes não é), os cidadãos, na pior das hipóteses, se associariam a um outro Estado: por outro lado, não pode nunca acontecer que não estejam sujeitos a nenhum Estado (ou qualquer coisa de equivalente), porque não haveria possibilidade de relações entre eles” (assim MATHIEU, *Perché punire?*, cit., p. 141).

17 “Lembrai-vos Bispos ..., sois pastores, não mercenários, de modo que vos convém conduzir os fiéis, que não domineis sobre eles, mas amei-os como filhos e irmãos.” (N.T.)

18 Cfr. VERDIER, R. *Une justice san passion, une justice sans bourreau, in La Vengeance, op. cit.*, vol. 3, pp. 149-153.

19 Kant sublinha com palavras muito belas es-

te ideal da razão: “uma constituição da liberdade humana – a maior possível – segundo leis, as quais fazem, assim, que a liberdade de cada um subsista junto dos outros (não já uma constituição da maior felicidade, posto que esta se seguirá já de si), é em todo caso uma idéia necessária, a qual deve ser posta como fundamento, não somente do primeiro esboço de uma constituição política, mas igualmente de todas as leis... Quanto mais a legislação e o governo forem dirigidos de acordo com esta idéia, tanto mais raras serão sem dúvida as punições; e é então de todo razoável (como sustenta Platão) que em um perfeito ordenamento da legislação e do governo não seja mais necessária nenhuma pena. Ora, se bem que este último caso não possa jamais se realizar, é todavia perfeitamente justa a idéia a qual propõe este *maximum* como arquétipo, para fazer assim que com base nisto a constituição jurídica dos homens se avizinha sempre mais da maior perfeição possível. Com efeito, qualquer que seja o grau supremo ao qual deve prender-se a humanidade e o quão grande possa ser o abismo que permanece necessariamente aberto entre a idéia e a sua realização, ninguém pode nem deve determiná-lo, precisamente pelo fato de que compete à liberdade ultrapassar todo limite determinado” (KANT, I. *Crítica della ragion pura*, tr. it. Colli, Milão, 1976, pp. 377-379). Este trecho é oportunamente lembrado também em MANCINI, I. *Sui fondamenti della pena*, in “*Hermeneutica*”, 1982, p. 57.

20 “O perdão perdooa tudo a todos e para sempre; ele protesta loucamente contra a evidência do crime, não já negando esta evidência, não já, nem mesmo, na esperança de redimir, *post factum*, o criminoso, nem mais ainda, pelo duelo ou gosto de escândalo, mas opondo ao delito o paradoxo de sua infinita liberdade e de seu amor gratuito. E no momento em que o crime for inescusável e inesquecível, em que ao menos os ofendidos o perdoem: é tudo quanto eles podem fazer por ele.” In JANKELEVITCH. *Il perdono*. Trad. it., Milão, 1968, pp. 225-226.

21 O ponto é perfeitamente percebido por SANTO TOMÁS. *Sum. Theol.*, Ila-IIae, q. 67, art. 4 e IIIa, q. 46, art. 2, ad. 3.

22 É esta a inspiração profunda no ensaio recolhido in COTTA. *Itinerari esistenziale del diritto*, Nápoles, 1972.

23 Cfr. MARINUCCI, G. e DOLCINI, E. *Diritto penale in trasformazione*, Milão, 1985.

24 *Idem*, p. VIII.

25 Refiro-me sobretudo ao *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontogenomologia giuridica*, Milão, 1985, pp. 119 ss.

26 Refere-se obviamente ao regime do *Apartheid*. (N. T.)

27 “*Il s'en faut bien que l'innocence ne trouve autant de protection que le crime*” (La Rochefoucauld, *Maximes*, 465, trad. it., Milão, 1978, p. 238). (“Seria bom que a inocência achasse tanta proteção quanto o crime” [N. T]).

28 *Sum. Theol.*, Ila-IIae, q. 108, art. 2.

29 Cfr. *La metafisica dei costumi*, trad. it., Bari, 1970, pp. 164 e ss. Sobre a teoria kantiana da pena, ver a inteligente síntese de NAUCKE, W. *Le droit pénal rétributif selon Kant*, in *Rétribution et justice pénale*, cit., pp. 73-84 e o amplo e documentadíssimo estudo de CATTANEO, M. A. *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Milão, 1981.

30 Naturalmente penso em Nietzsche.

31 É a justa observação feita por BAUMGARTNER et ESER na introdução da antologia organizada por eles. *Schuld und Verantwortung. Philosophische und juristische Beiträge zur Zurechenbarkeit menschlichen Handelns*, Tübingen, 1983, p. 4.

32 Cfr. BALLARINI, A. *Essere collettivo dominato. Nietzsche e il problema della giustizia*, Milão, 1982.

Referências Bibliográficas

AMATO, A. *Sulla teoria della prevenzione generale dei reati* in “*Rivista internazionale di Filosofia Del Diritto*”, 58, 1981.

- BALLARINI, A. "Essere collettivo dominato". *Nietzsche e il problema della giustizia*, Milão, 1982.
- BAUMGARTNER et ESER (org.). *Schild und Verantwortung. Philosophische und juristische Beiträge zur Zurechenbarkeit menschlichen Handelns*, Tübingen, 1983.
- CANETTI. *Massa e potere*, trad. ital., Milão, 1972.
- CATTANEO, M. A. *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Milão, 1981.
- CAVALLA, F. *La pena come problema. Il superamento della concezione razionalistica della difesa sociale*, Pádua, 1979.
- COURTOIS, G. *La Vengeance, du désir aux institutions in La Vengeance. Études d'ethnologie, d'histoire et de philosophie*, vol. 4, Paris, 1984.
- COTTA, S. *Itinerari esistenziale del diritto*, Nápoles, 1972.
- _____. *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milão, 1985.
- D'AGOSTINO, Francesco. *La sanzione nell'esperienza giuridica*, 5 ed., Turim: Giappichelli, 1999.
- _____. *L'anima del reo. Osservazioni in margine alla teoria hegeliana del diritto penale in Diritto e secolarizzazione. Pagine di filosofia giuridica e politica*, Milão, 1982.
- DEIGH, J. *On the right to be punished. Some doubts in Ethics*, 94, 1984.
- DIÓGENES LAÉRCIO. *Vite dei filosofi*, VII.1.23, trad. Ital., Bari, 1976.
- GURVITCH, G., *Determinismi sociali e libertà umana*, trad. it., Roma, 1969.
- HEGEL, G. *Lineamenti do Filosofia del diritto*.
- JANKELEVITCH. *Il perdono*. Trad. it., Milão, 1968.
- _____. *Traité des vertus*, tomo II, *Les Vertus et l'amour*, Paris-Montreal, 1970.
- KANT, I. *Critica della ragion pura*, trad. ital. Colli, Milão, 1976.
- _____. *La metafisica dei costumi*, trad. ital. Bari, 1970.
- LA ROCHEFOUCAULD. *Maximes*, 465, trad. ital., Milão, 1978.
- LEWIS, C. S. *Il problema della sofferenza*, trad. it., Bréscia, 1957.
- _____. *The humanitarian Theory of punishment in University of Melbourne Law Review*, Melbourne, 1953.
- MANCINI, I. *Sui fondamenti della pena*, Hermeneutica, 1982.
- MARINUCCI, G. et DOLCINI, E. (org.) *Diritto penale in trasformazione*, Milão, 1985.
- MATHIEU, V. *Perché punire? Il colapso della giustizia penale*, Milão, 1978.
- NAUCKE, W. *Le droit pénal rétributive selon Kant in Rétribution et justice pénale*.
- PASCAL, Blaise. *Pensées*, Brunschvieg.
- PLATÃO. *Protagore*.
- POLIN, R. *La notion de peine dans la philosophie du droit de hegel in AA. VV. Rétribution et justice pénale*, Paris, 1983.
- PRIMORATZ, I. *Banquos Geist. Hegels Theorie der Strafe*, Bonn, 1986.
- ROMANO, M. et STELLA, F. (org.). *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bolonha, 1980.
- ROSENKRANZ. *Georg Wilhelm Hegels Leben*, Berlim, 1844.

SANTO TOMÁS. *Summa Theologica*.

VERDIER, R. *Une justice sans passions, une justice sans bourreau in La Vengeance*, vol. 3.

WIERTZ, A., *Strafen, Bessern, Heilen. Möglichkeiten und Grenzen des Strafvollzugs*, Munique, 1982.

O problema da justiça penal

Palavras - chave: Pena -
Retribuição - Filosofia do Direito

A discussão acerca da finalidade e fundamentos jurídicos e filosóficos da pena é antiga e polêmica. O artigo em questão pretende inserir esta problemática na grande crise - já não recente - por que passa o sistema penal, que teria uma de suas causas exatamente na visão desfocada das funções da pena, fruto da ética contemporânea. Utilizando como argumento principal o conceito de coexistência, o autor defende a teoria retribucionista da pena, em detrimento das demais tendências de prevenção, defesa social e mesmo abolicionistas, todas metajurídicas. A pena (e não se entra na questão da forma de aplicação em concreto) seria, então, necessária para se restabelecer a coexistência rompida pelo crime praticado, promovendo-se, assim, a reinserção jurídica do criminoso.

The problem of criminal justice

Key-words: penalty – retribution –
Philosophy of Law

The discussion concerning the legal and philosophical purpose and beddings of the penalty is rather old and controversial. This article intends to insert this problem in the great crisis - although it is not recent – of the criminal system, that would have among its causes a blurred vision of the functions of the penalty, which results from the contemporary ethics. Using as main argument the coexistence concept, the author defends the retributive theory of the penalty, in detriment of the other trends of prevention, social defense and even abolitionism, all meta-legal. The penalty (and it is not question of the form of application in concrete) would be, then, necessary to recover the coexistence breached for the practiced crime, by the promotion, of the legal reinsertion of the criminal