

As teorias retributivas no pensamento anglo-americano contemporâneo

Adriano Teixeira

Como citar este artigo: TEIXEIRA, Adriano. As teorias retributivas no pensamento anglo-americano contemporâneo. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 4, p. 15-57, 2019. DOI: [10.46274/1809-192XRICP2019v4p15-57](https://doi.org/10.46274/1809-192XRICP2019v4p15-57).



AS TEORIAS RETRIBUTIVAS NO PENSAMENTO ANGLO-AMERICANO CONTEMPORÂNEO ¹

RETRIBUTIVISM IN THE RECENT ENGLISH-SPEAKING DEBATE

Prof. Dr. Adriano Teixeira

*Doutor e mestre em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität München.
Professor do Mestrado Profissional - Linha Direito Penal Econômico - da FGV/SP*

Recebido em: 09/05/2019

Aprovado em: 11/07/2019

Última versão do autor em: 26/07/2019

Área do Direito: Direito Penal

Resumo:

Apesar de seu “ressurgimento” nos últimos anos, a teoria da retribuição é rechaçada praticamente de imediato pela opinião dominante na Alemanha, em razão de uma equiparação com as teorias da pena do idealismo alemão. Entretanto, esse posicionamento ignora o desenvolvimento que a teoria da retribuição teve nos últimos anos, especialmente no âmbito de discussão anglo-saxão. Neste trabalho, será apresentada esta última discussão, com o intuito de demonstrar que a teoria da retribuição é muito mais complexa e refinada do que acredita a opinião dominante alemã.

Palavras-chave:

Retribuição. Teorias da pena. Pena. Deontologismo. Consequencialismo. Filosofia analítica.

¹ Esse texto baseia-se na tradução espanhola do manuscrito original (em alemão) realizado por Lucía Solavagione, publicada em *EnLetra: Derecho Penal*, Ano IV, número 7, 2019, pp. 35-77. A primeira versão desse texto foi produzida e apresentada oralmente no âmbito do Seminário de Filosofia do Direito, realizado pelo Prof. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann, na Ludwig-Maximilian-Universität, em Munique, no semestre de verão de 2012.

Abstract:

Despite its 'renaissance' in the last few years, the theory of retribution is almost immediately rejected by most German scholars. The main reason for this rejection is related to an alleged equivalence between retributivism and the justification of punishment provided by German idealism. However, this rejection ignores that the theory of retributivist punishment has been recently developed in an astonishing manner in the English-speaking debate. In this article I will present this debate in order to show that the theory of retributivist punishment is more complex and refined than the classic theory of retribution that most German scholars have in mind.

Keywords:

Retribution. Justification of punishment. Punishment. Deontology. Consequentialism. Analytic philosophy.

Sumário: 1. Introdução. 2. Esclarecimentos terminológicos. 3. O resurgimento do retribucionismo na filosofia do direito penal anglo-americana. 4. Variantes da teoria da retribuição. 4.1. Teorias negativas da retribuição. 4.2. Teorias positivas da retribuição. 5. Conclusão.

1. Introdução

Tradicionalmente, associa-se, de maneira quase automática, a teoria retributiva da pena às “teorias absolutas” do Idealismo alemão, mais especificamente às formulações de KANT e HEGEL². Ainda que nas últimas décadas se tenha observado um renascimento das teorias absolutas de matriz idealista, por meio da detalhada e renovada exegese dos clássicos³, na literatura jurídico-penal dominante⁴ ainda se afirma que

² HÖRNLE, *Straftheorien*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, p. 15.

³ Crítico sobre esse aspecto: SCHÜNEMANN, “Aporien der Strafrecht in Philosophie und Literatur – Gedanken zu Immanuel Kant und Heinrich von Kleist”, em *FS-Lüderssen*, Baden-Baden, Nomos, 2002, p. 327; MAÑALICH, “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva” em *InDret*, n.º 2, 2015, p. 3 e ss.; ZIFFER, “Acerca del ‘resurgimiento’ del retribucionismo” em *En Letra Derecho Penal*, 6, 2018, p. 34.

⁴ Cfr., PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2012: “O renascimento da teoria retributiva, entretanto, não tem sido adequadamente trabalhado na teoria geral do delito”, p. 17, também p. 87 ss.; KLOCHE; MÜLLER “Zur Renaissance der Vergeltung – Ringpublikationsprojekt ‘Prävention und Zurechnung – Präventionsorientierte Zurechnung?’”, em *Strafverteidiger*, n.º 9, 2014, pp. 370 ss.

a teoria retributiva, em sua versão pura, “praticamente já não é mais defendida”⁵ ou que sequer “é cientificamente sustentável”.⁶

Na discussão anglo-americana, diferentemente, a teoria da retribuição possui uma influência significativa. Na atualidade, o retributivismo (como lá é denominada essa teoria)⁷ compõe provavelmente – desde seu surgimento na década de 1970, como consequência da decadência teórica e prática do utilitarismo na filosofia moral e política – a posição majoritária entre os anglo-americanos⁸. Observando-se a minuciosa discussão anglo-saxônica sobre as teorias da pena, pode-se já questionar a mencionada tese da (apriorística) insustentabilidade científica da teoria retributiva. Diferentemente do debate alemão, o retributivismo anglo-saxão não se prende às formulações de KANT e HEGEL, mas busca outros caminhos metodológicos, ancorados sobretudo na filosofia analítica.

Diante disso, o objetivo deste breve estudo é apresentar um panorama sobre o desenvolvimento da teoria da retribuição no âmbito anglo-saxônico. Pretende-se analisar suas variantes – sem pretensão de abarcar exaustivamente todos os autores e seus argumentos – e responder à seguinte pergunta: a retribuição ainda tem lugar na justificação normativa⁹ da pena estatal?

Acima de tudo, será demonstrado que o retributivismo é uma teoria multifacetada e instigante, cujo tratamento por meio da filosofia do direito anglo-americana constitui um desafio para as críticas tradicionais que se fazem contra ela e com a qual a discussão tradicional sobre os

⁵ STRATENWERTH; KUHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Tomo 1, 6º Ed. 2011, § 1 n.m. 14.

⁶ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Tomo 1, 4º Ed. 2006, § 3 n.m. 7; referindo a esse, JOECKS, em: JOECKS; MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2011, Tomo 1, Introdução (n.m. 54).

⁷ Neste trabalho serão utilizadas as expressões “teoria da retribuição” e “retributivismo” como sinônimos.

⁸ Com referências posteriores: DOLINKO, “Retributivism, Consequentialism, and the Intrinsic Goodness of Punishment”, em *Law and Philosophy*, n.º 16, 1997, p. 507; CHRISTOPHER, “Deterring Retributivism: The Injustice of Just Punishment”, em *Northwestern University Law Review*, n.º 96, 2002, p. 847; BAGARIC; AMARASEKARA, “The Errors of Retributivism”, em *Melbourne University Law Review*, n.º 24, 2000, p. 126; KAISER, *Widerspruch und Harte Behandlung*, Berlim, Duncker & Humblot, 1998, p. 136; HUSAK, “Malum Prohibitum and Retributivism” em DUFF; GREEN (eds.), *Defining Crimes: Essays on the Special Part of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 70.

⁹ Para a distinção entre um enfoque descritivo e um normativo, ver HÖRNLE, *supra* nota 1, p. 1.

fins da pena, de matriz romano-germânica, pode aprender, ainda que ao fim não se queira considerar a retribuição como justificação única ou suficiente da existência da pena como instituição.

Antes de descrever o fenômeno do renascimento do retributivismo no âmbito anglo-americano (em: III) e de, na sequência, avaliar suas vertentes (em: IV), é necessário realizar alguns esclarecimentos conceituais prévios (em: II).

2. Esclarecimentos terminológicos

Diferentemente da tradição romano-germânica, no mundo anglo-americano não se distingue entre teorias da pena absolutas e relativas¹⁰, mas entre utilitaristas (ou consequencialistas)¹¹ e retributivas. Na discussão anglo-americana, a teoria da retribuição não coincide necessariamente com a teoria absoluta da pena, ou seja, com aquela que pretende justificar a pena sem consideração das consequências do castigo. Nessa tradição, recebe a denominação “teoria da retribuição” (“retributivismo”)¹², em termos gerais, toda teoria que considere a culpabilidade, ou o merecimento (“desert”), como elemento normativo relevante para a justificação da pena. Considerações orientadas às consequências podem ser levadas em conta, mas não necessariamente. Existem diversas respostas à questão sobre *qual* papel normativo esse elemento (culpabilidade ou merecimento) pode ou deve desempenhar.

A respeito desse debate, podem ser observadas basicamente três posições. Por um lado, é defendido que o retributivismo é uma postura que entende que só deve ser punido aquele que se demonstra culpado ou, em outras palavras, que a culpabilidade (em sentido amplo¹³) é uma condição *necessária* da pena¹⁴. MICHAEL MOORE, por exemplo, sustenta o contrário, afirmando que a culpabilidade moral é não apenas

¹⁰ Com ulteriores referências e crítica a respeito, HÖRNLE, *supra* nota 1, p. 3; em sentido semelhante, um ponto de vista diferenciador também em GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht: Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlim, Duncker & Humblot, 2009, p. 354 ss.

¹¹ A teoria utilitarista da pena é definida por Joel Feinberg da seguinte forma: “punishment of the guilty is at best a necessary evil justified only as a means to the prevention of evil greater than itself”. FEINBERG, “The classic debate”, em FEINBERG; COLEMAN (eds.), *Philosophy of Law*, Belmont, Wadsworth, 7.ª ed. 2004, p. 799.

¹² Ver HUSAK, “Broad Culpability and the Retributivist Dream”, em *Ohio State Journal of Criminal Law*, n.º 9, 2012, p. 450, nota 7.

¹³ Sobre as diversas acepções do termo culpabilidade em direito penal, ver TEIXEIRA, *Teoria da aplicação da pena: Fundamentos de determinação judicial da pena proporcional ao fato*, 2015, p. 115 e ss.

¹⁴ QUINTON, “On punishment”, em *Analysis*, n.º 14, 1954, p. 138.

necessária, mas também *suficiente* para a justificação da pena¹⁵. Por fim, entende-se também que a retribuição – ou compensação da culpabilidade – não é um requisito necessário nem suficiente para justificar a pena, mas apenas *uma boa razão* para infligi-la.¹⁶

Diante dessa ambivalência, não seria adequado realizar uma valoração global nem, especialmente, uma crítica generalista à teoria da retribuição no âmbito anglo-americano. Certas objeções que poderiam ser formuladas a algumas dessas posições não seriam pertinentes caso dirigidas a alguma das outras. Por essa razão, no presente trabalho, consideram-se três variantes como substrato da concepção básica da teoria da retribuição na discussão anglo-saxônica.

A primeira variante pode ser denominada como teoria *negativa*, enquanto as outras duas podem ser classificadas sob o rótulo de teorias *positivas* da retribuição¹⁷, dentre as quais, por sua vez, podem ser subclassificadas em teorias absolutas ou próprias e teorias relativas ou impróprias da retribuição¹⁸. Segundo a teoria negativa – cujos principais expoentes, no início do renascimento retributivista, foram JOHN RAWLS e H.L.A. HART¹⁹ –, a retribuição é um fator de limitação na justificação da pena; ela funciona, em relação *ao autor do delito*, como um elemento legitimador. A teoria positiva, ao contrário, dá ênfase à retribuição ou ao restabelecimento da justiça como força ativa da justificação da pena *enquanto instituição*²⁰, ou seja, tanto perante o autor do delito, como frente à sociedade²¹. Logo, o fato de ao autor se impor uma

¹⁵ MOORE, *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 88.

¹⁶ ZAIBERT, *Punishment and Retribution*, London, Routledge, 2006, pp. 5-6, *passim*.

¹⁷ Sobre essa classificação básica, ver: MACKIE, “Morality and the retributive emotions”, em *Criminal Justice Ethics*, n.º 1, 1982, p. 4.

¹⁸ Essa classificação se corresponde, fundamentalmente, à taxonomia de MOORE, *supra* nota 14, p. 156 ss., p. 156 ss., e de GRECO, *supra* nota 9, p. 463, que subdividem a teoria retributiva em uma variante deontológica e uma consequencialista.

¹⁹ Ver abaixo IV. 1.

²⁰ MURPHY, *Retribution Reconsidered*, Springer, 1992, p. 22: “The retributively just or deserved punishment is not merely a limit on the pursuit of utilitarian deterrence but is itself the general justifying aim”; similar, DOLINKO, “Some thoughts about retributivism”, em *Ethics*, n.º 101, 1991, p. 542; PRIMORATZ, *Justifying Legal Punishment*, Humanity Books, 1989, p. 148.

²¹ Sobre essa distinção ver SCHÜNEMANN, “Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie”, em IDEM et al. (eds.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, Heidelberg, C.F.

pena individual na medida de sua culpabilidade teria um valor positivo intrínseco²². Dentro das teorias positivas, as teorias absolutas e relativas se distinguem pelo fato de que, nas últimas, as consequências sociais da pena ou considerações vinculadas à teoria do Estado teriam um papel (ao menos negativo ou limitante) de legitimação. Então, a culpabilidade do autor não fundamenta, por si só, uma obrigação categórica de punir^{23 24}. Ambas estariam fundamentadas tanto por princípios éticos – orientados pela culpabilidade moral – como jurídicos – com ênfase à infração da lei.²⁵

3. O ressurgimento do retributivismo na filosofia do direito penal anglo-americana

Até a década de 1960, a teoria da retribuição parecia estar extinta no mundo de língua inglesa²⁶. Ela era considerada a-científica, primitiva, irracional, vista como mera manifestação de uma sede de vingança²⁷. A partir do século XIX, prevaleceram concepções utilitaristas sobre a justificação da pena e da prática penal. Eram comuns condenações destinadas à ressocialização e à neutralização do autor e, eventualmente, à

Müller, 1998, p. 112; HÖRNLE, *supra* nota 1, p. 5; HUSAK, “Why Criminal Law: A Question of Content?”, em *Criminal Law and Philosophy*, n.º 2, 2008, p. 108.

²² RAWLS, “Two concepts of rules”, em *The Philosophical Review*, n.º 64, 1955, p. 5.

²³ A teoria absoluta da pena é usualmente definida como a que pretende justificar a pena com independência de uma finalidade externa a ela, enquanto a relativa como aquela que quer atribuir à pena uma determinada finalidade social (assim, por todos NEUMANN; SCHROTH, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1980, pp. 4-5). Neste trabalho se tomará intencionalmente essa classificação para distinguir entre diferentes enfoques *dentro* do retributivismo. Por isso, no conceito de “teoria relativa da retribuição” se incluirá tanto a postura que considera a consequência social da pena (como limitação), como a variante que atribui ao êxito social da pena um valor justificante positivo.

²⁴ De início, destaca-se que a classificação da teoria da retribuição anglo-saxônica aqui proposta não é cronológica, apesar de a teoria negativa da retribuição – a primeira citada – datar-se do início do retorno do retribucionismo.

²⁵ Essa taxonomia se encontra em *Feinberg*, *supra* nota 10, p. 800.

²⁶ HAMPTON, “Liberalism, retribution and criminality”, em COLEMAN; BUCHANAN (eds.), *In Harm's way: Essays in honor of Joel Feinberg*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, p. 168.

²⁷ BRAITHWAITE; PETTIT, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1990, p. 2; TONRY, “Thinking about punishment”, em IDEM (ed.), *Why Punish: A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 3.

prevenção geral²⁸. Em meio às décadas de 1960/70, porém, observa-se um ressurgimento do retributivismo na filosofia moral anglo-americana²⁹. Esse fenômeno pode ser visto como uma reação ao fracasso das teorias utilitaristas da pena e da prática penal a elas associada³⁰. Esse impulso de reação baseou-se em considerações de natureza tanto pragmática como teórico-filosófica.

Objecções quanto ao funcionamento prático do sistema criminal da época foram relevantes para o descrédito do sistema penal utilitarista³¹. Por exemplo, criticou-se a aplicação de penalidades com o objetivo de neutralização ou ressocialização do agente, que ficava a cargo não de juízes togados, mas de funcionários da burocracia estatal, e não raro por tempo indeterminado. Esse corpo burocrático da administração, organizados em conselhos denominados “parole boards” era quem determinava quando o infrator poderia retornar, “sem riscos”, para a sociedade³². Por outro lado, o fracasso da prática penal utilitarista deveu-se à *ineficácia* de seus métodos para a redução da criminalidade, sobretudo no que se refere à não diminuição da taxa de reincidência por meio de programas de ressocialização, provocando a conhecida expressão de MARTINSON “nothing works”.³⁴

²⁸ KAISER, *supra* nota 7, p. 136.

²⁹ Cfr. DUFF, *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 8; ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 9; BEDAU, “Retribution and the theory of punishment”, em *The Journal of Philosophy*, n.º 75, 1978, p. 601; MATRAVERS, “Is Twenty-first Century Punishment Post-desert?”, em TONRY (ed.), *Retributivism Has a Past: Has it a Future?*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 30.

³⁰ Cfr. apenas WALKER, “Modern Retributivism”, em GROSS/HARRISON (eds.), *Jurisprudence: Cambridge Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 73; DUFF, *supra* nota 28, p. 7; TONRY, *supra* nota 26, p. 5.

³¹ WALKER, *supra* nota 29, p. 73.

³² BRAITHWAITE; PETTIT, *supra* nota 26, p. 4; KAISER, *supra* nota 7, p. 136. Um conselho de liberdade condicional (“parole board”) podia dizer se e quando o condenado podia ser libertado.

³³ Como reação a isso, VON HIRSCH (1976) contribuiu consideravelmente para o renascimento do pensamento retributivista, com seu livro “Doing Justice”, na medida que introduziu a expressão “just deserts” na discussão e defendeu a aplicação de uma pena proporcional ao fato. A respeito: GARDNER, “The Renaissance of Retribution”, em *Wisconsin Law Review*, 1976, p. 781 ss.; BAGARIC; AMARA-SEKARA, *supra* nota 7, p. 132; GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago, University of Chicago Press, 2001, p. 59; ZIFFER, *supra* nota 2, p. 40.

³⁴ MARTINSON, “What works?”, em *The Public Interest*, n. 35, 1974, p. 22 e ss.

A crítica também se amparou em considerações filosóficas. No plano teórico-filosófico, apontou-se, por um lado, à possibilidade de punição de inocentes enquanto consequência necessária do argumento utilitarista (abaixo, 1) e, por outro lado, a instrumentalização do autor do crime (abaixo, 2).

1. A objeção fundamental contra a teoria utilitarista da pena relaciona-se com os *direitos do inocente*³⁵. O pensamento puramente orientado às consequências da ação estatal permitiria *logicamente* o castigo de um inocente³⁶⁻³⁷. O problema consiste, segundo seus críticos, na circunstância de que a teoria utilitarista da pena – em especial segundo a variante de seu principal expoente, JEREMY BENTHAM – justificaria a proibição da punição do inocente unicamente em razão de sua (in)eficácia preventiva³⁸. Sendo assim, segundo a perspectiva utilitarista, seria logicamente possível aplicar uma pena injusta, sempre que esta, de algum modo e em algum momento, pudesse produzir efeitos positivos. Não existiria segundo a lógica utilitarista, uma razão *ética* contra penas injustas: sua aplicabilidade dependeria de contingências, em outras palavras, do acaso³⁹.

³⁵ Cfr. EWING, *The Morality of Punishment with Some Suggestions for a General Theory of Ethics*, 1929, p. 17.

³⁶ QUINTON, *supra* nota 13, p. 134; MABBOTT, “Punishment”, em *Mind. New Series*, n. 48, 1939, p. 152; DUFF, *supra* nota 28, p. 8; MCCLOSKEY, “A non-utilitarian approach to punishment”, BAYLES (ed.), *Contemporary Utilitarianism*, Gloucester, Peter Smith, 1968, p. 246 ss.; TEN, *Crime, Guilt and Punishment: A Philosophical Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 1987, p. 13 ss.; WOLF, *Verhütung oder Vergeltung?*, 1992, p. 39.

³⁷ Alguns sustentam que também a teoria da retribuição é consistente com o castigo de um inocente, cfr. BAGARIC; AMARASEKARA, *supra* nota 7, p. 140; RUSSELL, *supra* nota 7, p. 898 ss. Dado que a teoria da retribuição estaria obrigada ao castigo de todos os autores culpáveis, na prática haveria inocentes que seriam necessariamente castigados por erro. Nisso se recorre criticamente à “teoria do efeito duplo”. Sobre o tema, ver KAPLOW; SHAVELL, *Fairness versus Welfare*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2002, p. 336 ss.

³⁸ Ver BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1907, p. 170 ss. Bentham afirma que a pena, em si mesma, é um mal. Em relação ao princípio da utilidade (“principle of utility”), a pena poderia ser justificada apenas na medida em que sirva à evitação de um mal maior. Por isso, a pena não deveria ser aplicada quando ela fosse *desmotivada* (“groundless”), *ineficaz* (“inefficacious”), *contraproducente* (“unprofitable”) e demasiadamente *cara e inútil* (“needless”).

³⁹ MCCLOSKEY, *supra* nota 35, p. 247. O conhecido experimento mental, por meio do qual estaria demonstrado o compromisso do utilitarismo com o castigo do inocente, provém de McCloskey: em uma região em que existem conflitos raciais, um homem negro viola uma mulher branca. O homem não pode ser encontrado e, se ninguém é castigado, pode ser que se desate uma onda de violência. O comissário

Nesse sentido, os teóricos retributivistas argumentam que o princípio retributivo contém em si mesmo o princípio da culpabilidade e que esse seria incompatível com – ou alheio às – teorias da pena puramente teleológicas⁴⁰. A insuficiência do princípio da culpabilidade reconstruído sob a fundamentação utilitarista⁴¹, indicaria a plausibilidade inicial da teoria da retribuição.⁴²

2. Outra preocupação dos teóricos retributivistas se vincula ao tratamento do autor culpado⁴³. Sustentou-se que a teoria utilitarista implicaria tratar o infrator não como um agente autônomo, mas como mero objeto usado para o alcance de fins externos (prevenção, neutralização, etc.)⁴⁴. Nesse ponto, recorre-se ao princípio da *proibição de instrumentalização*, formulado por IMANNUEL KANT, segundo o qual “el hombre no puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (*Sachenrecht*)”⁴⁵. Como consequência disso, apenas a pena retributiva seria moralmente

pode impedir isso se detiver outro homem e, por meio da criação de provas falsas, aplicar-lhe um castigo de modo exemplar. Dado que essa alternativa produziria melhores consequências, o utilitarista deveria ver-se obrigado a aceitá-la., MCCLOSKEY, *supra* nota 35, p. 249., o exemplo corresponde à versão modificada de TEN, *supra* nota 35, p. 13; sobre o tema também BAURMANN, *Folgerorientierung und subjektive Verantwortlichkeit*, Baden-Baden, Nomos, 1981, p. 34; GRECO, *supra* nota 9, p. 244

⁴⁰ Cfr. apenas QUINTON, *supra* nota 13, p. 134 ss. Sobre o tema, BAURMANN, *supra* nota 38, pp. 16-17.

⁴¹ SCHÜNEMANN, *supra* nota 20, p. 114.

⁴² Esse caráter reativo do renascimento do retributivismo anglo-americano pode ser ilustrado por meio das palavras de McCloskey: “It is these difficulties of utilitarianism –of act- and rule-utilitarianism- and the facts which give rise to these difficulties which give to the retributive theory, that the vicious deserve to suffer, its initial plausibility.” MCCLOSKEY, *supra* nota 35, p. 254.

⁴³ DUFF, “Responsibility, Restoration, and Retribution”, em TONRY (ed.), *Retributivism Has a Past, Has it a Future?*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 64

⁴⁴ MURPHY, *Retribution, Justice and Therapy: Essays in the Philosophy of Law*, Dordrecht, D. Reidel, 1979, p. 95; GREENAWALT, “Punishment”, em *Journal of Criminal Law and Criminology*, n.º 74, 1983, p. 353; BURGH, “Do the guilty deserve punishment?”, em *The Journal of Philosophy*, n.º 79, 1982, p. 195.

⁴⁵ KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Edición t.VIII, Berlin, Suhrkamp, p. 453, [N.T. a citação em espanhol foi retirada de KANT, *La metafísica de las costumbres* [trad. Adela CORTINA ORTS e Jesús CONILL SANCHO], Tecnos, 1996, p. 166]; críticos a respeito DUFF, *supra* nota 28, p. 13; p. 929 ss.; ROXIN, *supra* nota 5, § 3, n.º m. 57; GRECO, *supra* nota 9, pp. 455-456; HÖRNLE, “Claus Roxins straftheoretischer Ansatz”, em *FS- Roxin zum 80. Geburtstag*, Berlin, Walter de Gruyter, 2011, p. 14.

correta, pois ela respeitaria a dignidade humana e trataria o autor como um indivíduo autônomo⁴⁶. Dessa forma, a teoria retributiva seria a única teoria da pena suscetível de ser defendida moralmente.⁴⁷

O retributivismo anglo-americano, que surge da contestação ao pensamento penal utilitarista, não é uma concepção monolítica. Ele se desenvolveu por meio de diversas variantes e permanece, até hoje, como um grupo de diferentes teorias com vantagens e desvantagens próprias. Tratarei disso em seguida.

4. Variantes da teoria da retribuição

4.1. Teorias negativas da retribuição

No início do ressurgimento do retributivismo, desenvolveu-se uma versão modesta⁴⁸ da teoria da retribuição, que abriu as portas para o desenvolvimento de variantes mais contundentes⁴⁹. O núcleo das reflexões guiava-se pela intenção de evitar as consequências indesejáveis – especialmente a possibilidade lógica do castigo do inocente – que derivavam das teorias utilitaristas da pena. O postulado central das teorias negativas pode ser assim resumido: somente quem o merece, quem é culpável, deve ser punido. A culpabilidade seria, portanto, uma condição *necessária* da pena⁵⁰. Segundo essa concepção, as considerações orientadas às consequências – como a prevenção, neutralização, ressocialização, etc. – são adicionalmente necessárias para a legitimação da pena enquanto instituição⁵¹. Dois célebres defensores desta versão do retributivismo no mundo anglo-saxão são JOHN RAWLS e H. L. A. HART.

⁴⁶ MOORE, *supra* nota 14, p. 151: “Respecting the autonomy of criminals is the grain of truth in the otherwise misleading slogan that ‘criminals have a right to retributive Punishment.’”; MARKEL, “What Might Retributive Justice Be? An Argument for the Confrontational Conception of Retributivism”, em WHITE (ed.), *Retributivism: Essays on Theory and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 51.

⁴⁷ MURPHY, *supra* nota 43, p. 95.

⁴⁸ DOLINKO, *supra* nota 19, p. 542 e ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 130, falam de um “modest retributivism”.

⁴⁹ KAISER, *supra* nota 7, p. 140.

⁵⁰ Daí também a denominação comum da teoria “lógica” ou “minimalista” da retribuição, cfr. COTTINGHAM, John, “Varieties of retribution”, em *The Philosophical Quarterly*, n.º 29, 1979, p. 240-241; ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 127.

⁵¹ Por isso, a teoria negativa da retribuição é também conhecida como “compromise theory” (TEN, *supra* nota 35, p. 78; KORIATH, “Über Vereinigungstheorien als Rechtfertigung staatlicher Strafe”, em *Jura*, 1995, p. 625), “mixed theories” (GOLDMAN, “Toward a new theory of punishment”, em *Law and Philosophy*, n.º 1, 1982,

a) Em seu clássico ensaio “Two Concepts of Rules”, JOHN RAWLS pretende conciliar entre si as teorias utilitarista e retributiva⁵². Para tanto, distingue entre a justificação de uma práxis⁵³ e a justificação de um ato particular que forma parte dessa práxis⁵⁴. A tese do autor é a seguinte: “Os argumentos utilitaristas valem para questões relacionadas à práxis, enquanto argumentos retributivos circunscrevem-se à aplicação de regras particulares a casos particulares”⁵⁵. Nesse sentido, o juiz olha apenas para o passado e o legislador para o futuro. A teoria da retribuição conecta-se à justificação da função do juiz; para a função do legislador, valem as teorias utilitaristas⁵⁶. RAWLS não vê na teoria retributiva nenhum valor para a justificação da pena enquanto *instituição*. Segundo a concepção de RAWLS, a pena é concebida como uma práxis⁵⁷ determinada por regras, na qual as decisões não podem ser tomadas “case by case”⁵⁸. As regras são

p. 62; MOORE, *supra* nota 14, p. 92; HONDERICH, *Punishment: The Supposed Justifications Revisited*, Londres, Pluto Press, 2006, p. 163 ss.) ou consequencialismo “side-constrained” (DUFF, *supra* nota 28, p. 11).

⁵² RAWLS, *supra* nota 21, pp. 3-32.

⁵³ No original: “practice”. Aqui, como em outros termos e citações, o autor toma a tradução de JANTZEN, extraída de HÖFFE (ed.), *Einführung in die Utilitaristische Ethik*, 4.^a ed. 2008, p. 135 ss.

⁵⁴ RAWLS, *supra* nota 21, p. 3.

⁵⁵ RAWLS, *supra* nota 21, p. 3, [N.T. a citação em espanhol foi retirada de: RAWLS, *Teorías sobre la Ética*, México, Fondo de cultura económica, 1974, p. 213].

⁵⁶ RAWLS, *Zwei Regelbegriffe*, p. 139.

⁵⁷ RAWLS explica que uma regra constituem-se por generalizações ulteriores de experiência (cf. HÖFFE, *supra* nota 52, p. 35). “En contraposición a la mira sumaria, las reglas de las prácticas son anteriores, lógicamente, a los casos particulares” sustenta o autor (RAWLS, *supra* nota 55, p. 158; [N.T. A citação em espanhol foi retirada de: RAWLS, “Dos conceptos de reglas”, em *Teorías sobre la Ética*, Fondo de cultura económica, 1974, p. 237]. Dado que a regra possui um estado contingente, em um caso concreto – em que uma determinada conduta produziu as melhores consequências –, um indivíduo seria livre para se opor a ela. Nessa concepção seria inclusive incorreto falar de regra. Por exemplo: em uma guerra, o governo do país A considera que só são vantajosos os ataques estratégicos a alvos militares e não a alvos civis. Isso ocorre porque o governo do país inimigo B não tem aprovação suficiente dos cidadãos nem do parlamento para investir mais na guerra. Se os cidadãos do país B fossem assassinados por causa dos ataques de A, a população e o parlamento de B poderiam exigir um reforço nas defesas militares. Então, a proibição do país A de não matar civis de B seria uma regra. Não obstante, nada impede o país A de, em determinadas situações, assassinar certos cidadãos de B, quando isso implicaria, por exemplo, a uma chance importante de ganhar a guerra ou a vitória definitiva.

⁵⁸ RAWLS, *supra* nota 55, p. 158; [N.T. A citação em espanhol foi retirada de: RAWLS, “Dos conceptos de reglas”, em *Teorías sobre la Ética*, Fondo de cultura económica,

constitutivas da práxis e não podem ser infringidas⁵⁹. Uma dessas regras da práxis “penal” é justamente: uma pessoa apenas pode ser punida se for culpável, ou seja, se tiver violado a lei⁶⁰. Em um sistema hipotético no qual o juiz poderia, inadvertidamente, impor uma pena a um inocente, esse atuar judicial não constituiria uma pena (“punishment”), mas sim uma instituição hipotética chamada “telishment”, cujo estabelecimento ou manutenção não seria justificável desde um ponto de vista utilitarista, já que ela ou fracassaria, ou provocaria muita insegurança⁶¹.

O projeto de RAWLS de justificar a pena através de uma espécie de utilitarismo de regras foi objeto de inúmeras objeções⁶². Segundo os críticos, o utilitarismo de regras não está em condições de evitar a possibilidade lógica do castigo do inocente ou de uma pena injusta⁶³, pois é inevitável que, em algum momento, ele se transforme em utilitarismo de ações⁶⁴. Em um caso hipotético, no qual uma decisão excepcional que contrariasse a regra (por exemplo, punir um inocente) produzisse a melhor consequência (por exemplo, o resgate de centenas de vida ou a evitação de uma guerra civil), não existiria razão alguma (à exceção de um fetichismo suspeito em relação à regra⁶⁵) pela qual um utilitarista – qualquer que seja a variante do utilitarismo que este siga – se opusesse ao sacrifício de um suposto infrator⁶⁶. Não será respondido nesse espaço a pergunta sobre se

1974, p. 237]: “Según esta concepción, pues, las reglas no generalizan las decisiones de los individuos que aplican el principio utilitarista directa e independientemente a los casos particulares que se van presentando. Por el contrario, las reglas definen una práctica y en sí son sujeto del principio utilitarista.”

⁵⁹ RAWLS menciona o beisebol como exemplo de prática (RAWLS, *supra* nota 21, p. 25). O futebol também poderia ser um exemplo. Nesse sentido, um gol, um impedimento ou um escanteio, não existiriam independentemente das regras que constituem a prática.

⁶⁰ RAWLS, *supra* nota 21, p. 7.

⁶¹ RAWLS, *supra* nota 21, p. 11-12.

⁶² MCCLOSKEY, “Two Concepts of Rules’—A Note”, em *The Philosophical Quarterly*, n.º 22, 1972, p. 344 ss.; PRIMORATZ, *supra* nota 19, p. 118; TEN, *supra* nota 35, 67 ss.; HENKE, *Utilitarismus und Schuldprinzip bei der schuldunabhängigen Strafe im angelsächsischen Rechtskreis*, Bonn, tese de doutorado, 1990, p. 301 ss.; ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 120; GRECO, *supra* nota 9, pp. 245-246.

⁶³ Cfr. MCCLOSKEY, *supra* nota 35, pp. 253-254; ver também KAISER, *supra* nota 7, p. 147.

⁶⁴ BAURMANN, *supra* nota 38, p. 35.

⁶⁵ HÖFFE, *supra* nota 56, p. 36.

⁶⁶ TEN, *supra* nota 35, p. 70.

o utilitarismo de regras é capaz de resistir a esta crítica⁶⁷. Aqui apenas deve ser destacado que RAWLS teve como objetivo fundamentar a proibição do castigo do inocente, de forma independente da teoria retributiva⁶⁸. Não obstante, fundamentou esta proibição com base em uma exclusiva atenção formal a regras, sem oferecer razões materiais ou éticas. No caso de, por exemplo, o legislador decidir criar um delito prescindindo da culpabilidade, no modelo de RAWLS não existira nenhuma consideração ética, no sentido de justiça material, que contra isso militaria.⁶⁹

b) O filósofo do direito britânico HERBERT HART viu a necessidade de desenvolver uma teoria da pena complexa, com o objetivo de encontrar um compromisso entre diferentes e – em parte opostos – princípios⁷⁰. Segundo esse autor, no marco de uma sólida teoria ética da pena, esses princípios deveriam desempenhar papéis em diferentes níveis.⁷¹

Para HART, seria necessário distinguir entre retribuição como *finalidade justificatória geral* do sistema penal⁷² e retribuição como princípio de *distribuição* (“distribution”) – isso é, a respeito da pergunta de contra

⁶⁷ Um desenvolvimento minucioso da discussão sobre o utilitarismo e da relação entre ambas as variantes – utilitarismo de ações e de regras – desborda das competências técnicas do autor. Para um panorama a esse respeito, ver RAWLS, *supra* nota 57, pp. 28–41.

⁶⁸ Nesse trabalho deve se entender o conceito de “fim” em sentido amplo. Portanto, não serão abarcados apenas fins “no sentido da desejada utilidade social” (NEUMANN; SCHROTH, *supra* nota 22, p. 4). Ou seja, fins como a obtenção de justiça retributiva estão incluídos nesse conceito.

⁶⁹ Esse não é um exemplo absurdo. Tipos penais que prescindem da aferição de culpabilidade – como “strict liability offenses” – existem no sistema jurídico norte-americano atual. Um tipo penal de “strict liability” existe quando não se prevê nenhum requisito subjetivo para um elemento do tipo penal. (DUBBER, *Einführung in das US-amerikanische Strafrecht*, Munique, C.H. Beck, 2005, pp. 59–61 y 74–76). Isso demonstra que a discussão não se reduz a mero academicismo e que uma fundamentação sólida do princípio da culpabilidade é uma importante tarefa em todo sistema jurídico.

⁷⁰ HART, “Prolegomenon to the Principles of Punishment”, em *Proceedings of the Aristotelian Society*, n.º 60, 1959, p. 1.

⁷¹ HART, *supra* nota 69, p. 3.

⁷² Hart tem uma visão crítica da teoria positiva da retribuição, à medida que ele afirma que: “Though in fact I agree with Mr. Benn in thinking that *these all either avoid the question of justification altogether or are in spite of their protestations disguised forms of Utilitarianism*, I shall assume that Retribution, defined simply as the application of the pains of punishment to a offender who is morally guilty, may figure among the conceivable justifying aims of a system of punishment.” (p. 9, o itálico é meu).

quem deve ser aplicada a pena.⁷³ O valor da retribuição na distribuição da pena seria completamente independente de seu valor como finalidade justificatória geral⁷⁴. Por isso, seria possível defender, ao mesmo tempo, a prevenção como finalidade justificatória geral da pena e o princípio de retribuição na distribuição individual do castigo.⁷⁵

Na discussão relativa às causas de justificação e exculpação, HART tenta atribuir um significado ao princípio da culpabilidade ou da responsabilidade que independe da finalidade da pena. Por exemplo, quando alguém, atuando em erro de tipo, comete um homicídio, este não é castigado devido a exigências de justiça ou de equidade, sem considerações sobre o fim geral da pena⁷⁶. Esse princípio funcionaria, portanto, como uma barreira (*side-constraint*⁷⁷) contra a ingerência do poder punitivo do Estado⁷⁸. Por essa razão, HART critica a afirmação dos teóricos retributivos de que os obstáculos contra a proibição de punição do inocente e contra a imposição de penas injustas seriam consequências exclusivas da teoria da retribuição⁷⁹. Por outro lado, HART descarta o intento de autores como JEREMY BENTHAM de justificar essas consequências exclusivamente mediante argumentos utilitaristas^{80 81}. O compromisso de HART com um “princípio da culpabilidade”⁸² independente se faz

⁷³ HART, *supra* nota 69, p. 9; a respeito, PÉREZ BARBERÁ, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena”, em *InDret*, n.º 4, 2014, p. 7.

⁷⁴ HART, *supra* nota 69, p. 12.

⁷⁵ HART, *supra* nota 69, p. 11.

⁷⁶ HART, *supra* nota 69, p. 14.

⁷⁷ Sobre esse conceito: NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974, 28 ss.; DUFF, *supra* nota 28, p. 11; GRECO, *supra* nota 9, p. 136

⁷⁸ BAGARIC; AMARESEKARA, *supra* nota 7, p. 150.

⁷⁹ HART, *supra* nota 69, p. 18: “Retributionist (in General Aim) have not paid much attention to the rationale of this aspect of punishment; they have usually (wrongly) assumed that it has no status except as a corollary of Retribution in General Aim”.

⁸⁰ BENTHAM, *supra* nota 37, 1907, p. 170.

⁸¹ HART, *supra* nota 69, p. 19.

⁸² Chama a atenção que Hart não tenha dado um nome a esse princípio. Veja-se, por exemplo, o seguinte fragmento: “It is therefore impossible to exhibit the principle by which punishment is excluded for those who act under the excusing conditions merely as a corollary of the general Aim – Retribution or Utilitarian – justifying the practice of punishment. Can anything positive be said about this principle except that it is one to which we attach moral importance as a restriction on the pursuit of any aim we have in punishing?” (HART, *supra* nota 69, p. 21). Provavelmente uma razão disso é que este princípio não estava presente na discussão anglo-americana ou, pelo menos, não em um estágio desenvolvido.

visível em sua enérgica crítica à figura da “strict liability”⁸³. Seria possível dizer que HART, ao contrário de RAWLS, não concebe o princípio da culpabilidade como um princípio inerente à pena enquanto instituição, mas como uma decisão normativa embasada em considerações de *fairness*, autonomia, liberdade de escolha e justiça⁸⁴, o que poderia ser compatível com uma teoria teleológica da pena.⁸⁵

c) As teorias de RAWLS e de HART foram criticadas com o argumento de que elas sofreriam das típicas deficiências das teorias mistas da justificação da pena⁸⁶, ou que seriam cientificamente incoerentes⁸⁷. Essa crítica, contudo, é pouco convincente. Uma teoria não deve ser rejeitada apenas com o argumento de que diferentes princípios são inconciliáveis entre si. Em especial HART realiza uma clara distinção entre a questão da justificação da pena estatal e a questão dos limites dessa ingerência. Esse proceder metodológico é correto, já que somente assim se pode distinguir entre justificação da pena frente ao autor do crime e justificação da pena frente à sociedade.⁸⁸

Em essência, a “teoria negativa da retribuição” (pelo menos na variante de HART) coincide, em parte, com a tentativa, presente na tradição romano-germânica, de conciliar culpabilidade e prevenção, independentemente de ideias retributivas e utilitaristas, ou seja, de construir um direito penal orientado às consequências, mas vinculado a um princípio da culpabilidade ou da responsabilidade, limitador do poder punitivo estatal⁸⁹. Da análise da teoria negativa deve, não obstante, ficar

⁸³ Ver *supra* nota 69.

⁸⁴ Cfr. PRIMORATZ, *supra* nota 19, p. 137.

⁸⁵ Objetou-se que Hart não teria fornecido nenhuma fundamentação para seu princípio da responsabilidade ou que ele simplesmente o pressupôs. Assim, HENKE, *supra* nota 61, p. 298-299; BAURMANN, *supra* nota 38, p. 44.

⁸⁶ KAISER, *supra* nota 7, pp. 149-149, referido a JAKOBS; GOLDMAN, *supra* nota 50, p. 58 ss.

⁸⁷ KAISER, *supra* nota 7, pp. 149-149, referido a JAKOBS; GOLDMAN, *supra* nota 50, p. 58 ss.

⁸⁸ SCHÜNEMANN, *supra* nota 20, p. 114; ROXIN, em BRITZ (ed.), *Grundfragen staatlichen Strafrechts: FS für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, 2001, p. 703; GRECO, *supra* nota 9, p. 248 ss.; HÖRNLE, *supra* nota 1, p. 4-5; criticamente, PAWLIK, *supra* nota 3, p. 71, nota 345; PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 72, pp. 8 e ss., 14.

⁸⁹ Cfr. apenas SCHÜNEMANN, em IDEM (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlim, Walter de Gruyter, 1984, p. 159, passim (“El fin preventivo fundamenta la necesidad de la pena y el principio de culpabilidad limita su permisibilidad”, p. 187); SCHÜNEMANN, em HIRSCH/WEIGEND (eds.), *Strafrecht*

claro que a formulação de um princípio da culpabilidade – independente de considerações consequentialistas e desvinculado também de ideias retributivas – não constitui, em absoluto, uma obviedade.

4.2. Teorias positivas da retribuição

Ainda que as deficiências das teorias utilitaristas da pena tenham sido combatidas, em parte, pela “teoria negativa da retribuição”, para alguns autores, esse limitado impulso retributivo foi insuficiente. Nasceram, então, esforços no sentido de desenvolver uma teoria da retribuição mais audaciosa, da qual, como indicado, surgiram as variantes *própria ou absoluta* e *imprópria ou relativa*.

a) Teorias absolutas ou próprias da retribuição

Dentro das teorias da pena defendidas no âmbito anglo-americano que pretendem justificar a pena renunciando de maneira consciente a considerações de conveniência ou de utilidade, podem ser mencionadas, entre outras, a conhecida *teoria da justiça distributiva ou do fairness* – que se fundamenta primordialmente em argumentos de filosofia do direito – e a teoria da retribuição de MICHAEL MOORE – na qual predominam considerações de filosofia moral.

aa) Em seu influente ensaio “Persons and Punishment”, HERBERT MORRIS delineou sua teoria da “unfair advantage”.⁹⁰ MURPHY⁹¹ e FINNIS⁹² aderiram a essa concepção e, posteriormente, subscreveram-na também outros autores⁹³, formulando algumas recomendações para me-

und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, p. 157 ss.; BAURMANN, *supra* nota 38, p. 41 ss.; ROXIN, *supra* nota 5, § 3, n.º m. 37, 51; GRECO, *supra* nota 9, p. 248, *passim*, erige o princípio da culpabilidade como barreira deontológica. Sobre isso cfr. FLETCHER, George, “Utilitarismus und Prinzipiendenken im Strafrecht”, en ZStW, n.º 101, 1989, p. 814, quem não considera os penalistas alemães contemporâneos como utilitaristas, apenas que seriam de fato “ovelhas em pele de lobo”.

⁹⁰ MORRIS, “Persons and Punishment”, em *The Monist*, n.º 52, 1968, p. 475 ss., que posteriormente, contudo, desistiu de sua própria interpretação em favor de uma teoria da pena paternalista, cfr. MORRIS, “A Paternalistic Theory of Punishment”, em *The Philosophical Quarterly*, n.º 18, 1981, p. 263 ss.

⁹¹ MURPHY, *supra* nota 43, p. 100 ss., que faz a ressalva de que a teoria não seria aplicável em uma sociedade injusta. Posteriormente ele – como Morris – rechaçou a teoria da equidade (*fairness*), cfr. MURPHY, *supra* nota 19, p. 24.

⁹² FINNIS, “The Restoration of Retribution”, em *Analysis*, n.º 32, 1972, pp. 131-135.

⁹³ SCHER, *Desert*, Princeton, Princeton University Press, 1987, pp. 69-90; SADURSKI, “Theory of punishment, social justice, and liberal neutrality”, em *Law and*

lhorá-la. Neste trabalho, serão apresentadas unicamente as linhas fundamentais dessa teoria e, adiante, a principal crítica contra ela – a valoração da totalidade dos argumentos pro e contra existentes demandaria um trabalho independente. A teoria parte da premissa de que a regulação da vida em sociedade apresenta vantagens e desvantagens. Uma das vantagens consiste na proteção que o cidadão recebe contra a ingerência alheia em sua esfera individual de liberdade; e uma das desvantagens, no exercício de autocontrole sobre as inclinações potencialmente lesivas à esfera alheia de liberdade. Quando uma pessoa se liberta intencionalmente dessa restrição e intervém na esfera de liberdade de terceiro, ela obtém uma vantagem injusta (“unfair advantage”) em relação aos cidadãos respeitadores das regras. Nesse sentido, a injustiça do delito não repercute somente na vítima, mas também em todos os demais cidadãos que se comportam conforme o direito. O autor de um delito seria, desse modo, um “free-rider”, ou seja, um “parasita social” que só utiliza os benefícios do sistema, sem suportar os ônus necessários⁹⁴. O mal da pena serviria, então, para reestabelecer o equilíbrio entre benefícios e ônus (“benefits and burdens”). A pena seria, portanto, uma exigência de justiça distributiva e sua função consistiria na eliminação da vantagem injusta obtida pelo autor.

A teoria da justiça distributiva foi energeticamente criticada. Primeiro questionou-se a própria ideia de vantagem injusta (“unfair advantage”). A proibição penal de certas condutas, como o homicídio qualificado ou o estupro, não constituiria nenhuma desvantagem para o cidadão comum, dado que a maioria das pessoas se abstém naturalmente de tais condutas, não em razão da proibição legal. A maioria dos cidadãos não precisa, normalmente, se autocontrolar para não matar ou estuprar. Ou seja, a observância desse tipo de norma proibitiva não representaria, em regra, um ônus para os cidadãos.⁹⁵

Essa teoria tampouco seria capaz de explicar como a pena estatal é capaz de efetivamente reestabelecer o equilíbrio entre vantagens

Philosophy, n.º 7, 1988, pp. 351–373; DAVIS, “Criminal Desert and Unfair Advantage”, em *Law and Philosophy*, n.º 12, 1993, pp. 133–156.

⁹⁴ MORRIS, *supra* nota 89, p. 477; MURPHY, *supra* nota 43, p. 82; FINNIS, *supra* nota 91, p. 133.

⁹⁵ PRIMORATZ, *supra* nota 19, p. 147; HAMPTON, “The Intrinsic Worth of Persons: Contractarianism in Moral and Political Philosophy”, em FARNHAM (ed.), *The Intrinsic Value of Persons: Contractarianism in Moral and Political Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 109–110; DUFF, *supra* nota 28, p. 22; HOERSTER, *Muss Strafe Sein?*, Munique, C.H. Beck, 2012, pp. 40–41.

e desvantagens. Ou a pena, nesse caso, cumpre a função de uma metáfora⁹⁶ ou representa uma reparação material e, dessa forma, se converte em teoria de justiça distributiva material, o que implicaria sua total transformação⁹⁷.

Outra objeção está relacionada com a capacidade de rendimento da teoria para a fixação da pena. Se a medida da vantagem injusta dependeria do nível de autocontrole necessário para a abstenção de cometer um delito, a sonegação de impostos – cuja missão é, para o cidadão médio, muito mais tentadora e para cuja abstenção se requer uma maior força inibitória – deveria ser mais duramente punida que o homicídio qualificado ou o estupro⁹⁸. Mas se apenas a violação formal do direito como tal é entendida como uma vantagem injusta, então não haveria nenhum parâmetro para determinar a gravidade da pena, já que, nesse sentido, um homicídio qualificado não seria mais injusto que um furto⁹⁹.

Por fim, deve-se concordar HÖRNLE, quando ela afirma que a teoria do *fairness* não é uma teoria da pena independente e completa, mas, em essência, apenas parte do fundamento para legitimar a imposição de um mal perante o infrator.¹⁰⁰

bb) Outra fundamentação positiva da teoria da retribuição se fundamenta basicamente em considerações de filosofia moral¹⁰¹. Essa versão absoluta da teoria é principalmente – quando não, exclusivamente – defendida pelo filósofo estado-unidense MICHAEL M. MOORE. Em sua grandiosa obra “Placing Blame”, MOORE formula a provavelmente mais elaborada e audaciosa teoria retributiva da atual discussão anglo-saxônica¹⁰². Esse autor se sobressai em seu projeto de defender

⁹⁶ VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 8.

⁹⁷ HOERSTER, *supra* nota 94, p. 42.

⁹⁸ BURGH, *supra* nota 43, p. 209; DOLINKO, *supra* nota 19, p. 545; VON HIRSCH, *supra* nota 95, p. 8.

⁹⁹ KAISER, *supra* nota 7, p. 151.

¹⁰⁰ HÖRNLE, *supra* nota 44, p. 19; HÖRNLE, *supra* nota 1, p. 55.

¹⁰¹ Essa variante da teoria da retribuição também é denominada “retributivismo intrínseco”, cfr. HONDERICH, *supra* nota 50, pp. 24-25; BAGARIC; AMASE-RAKARA, *supra* nota 7, p. 156.

¹⁰² Cfr. HUSAK, “Retribution in Criminal Theory”, em *San Diego Law Review*, n.º 37, 2000, p. 959: “In Placing Blame, Michael Moore presents a very ambitious theory of the criminal law – perhaps the most comprehensive and far-reaching examination of the philosophical foundations of the criminal law since Jeremy Bentham”; ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 153.

um sólido e quase “puro” retributivismo por meio de uma estratégia original de justificação.

(1) Uma das pretensões claras de MICHAEL MOORE é a de “purificar” a teoria retributiva e outorgar um núcleo normativo sólido à ideia de retribuição. Para tanto, ela deveria, primeiramente, livrar-se de todas as “interferências” de outras concepções “menos puras”. Aqui é necessário distinguir claramente entre teorias *próprias* e *impróprias* da retribuição. As primeiras seriam fundamentalmente diferenciáveis das teorias negativas e de toda teoria que inclua um componente teleológico. Segundo MOORE, a teoria retributiva não implica que a culpabilidade moral seja apenas uma condição necessária da pena. Antes, a culpabilidade moral do infrator deveria representar uma condição *suficiente* da pena¹⁰³. Para MOORE, o retributivismo é uma teoria completamente linear. Segundo ele, a responsabilidade moral (“desert”) é suficiente para considerar uma pena como justificada, o que significa que a sociedade não teria simplesmente um direito a castigar, mas o *dever* de fazê-lo. Portanto, estaríamos obrigados a criar instituições por meio das quais a consecução da retribuição seja possível.¹⁰⁴

(2) MOORE critica a teoria utilitarista pura da pena, apontando para o déficit, já mencionado acima, da possibilidade lógica do castigo do inocente¹⁰⁵. Por outro lado, para refutar as teorias mistas¹⁰⁶, que unem elementos de retribuição e prevenção, MOORE serve-se de uma estratégia diferente. Por meio de um experimento mental, busca demonstrar que, quando nos vemos confrontados com a comissão de um delito

¹⁰³ Como reação a seus críticos, Moore busca explicar o que significa “condição suficiente” da pena. Os críticos (em especial DOLINKO, *supra* nota 19), não haviam, segundo Moore, notado o caráter sensível ao contexto da palavra “suficiente”. O merecimento seria uma razão *prima facie* para punir. Poderia haver razões mais importantes contra a aplicação da justiça retributiva em forma de pena, como a existência de direitos inalienáveis do autor (como, por exemplo, a dignidade humana), que impediria que a tortura fosse manejada como pena. Não obstante, os críticos são quem arcaíam com o ônus da prova de assinalar razões mais relevantes para prescindir da aplicação da pena. Em outro texto, “Moore admite que o ponto distintivo da teoria retributiva é o fato de que a retribuição ou a compensação da culpabilidade é vista como um bem imanente. Isso significa que, junto à sua deontológica teoria retributiva, poderia ser defendida uma teoria retributiva consequencialista. (MOORE, *supra* nota 14, pp. 156-157).

¹⁰⁴ MOORE, *supra* nota 14, p. 91.

¹⁰⁵ MOORE, *supra* nota 14, pp. 94-95.

¹⁰⁶ Principalmente as teorias de HART y de VON HIRSCH (p. 93).

grave, nossos instintos retributivistas latentes se ativam, motivo pelo qual não seria necessário recorrer a nenhum tipo de razão teleológica. No transcurso dessa estratégia de justificação intuicionista, MOORE menciona o caso do estuprador e ladrão Chaney¹⁰⁷. Nesse caso hipotético, no lapso temporal entre o delito e a publicação da sentença de estupro e roubo, Chaney sofre um acidente em razão do qual perde todos os seus impulsos sexuais e, portanto, deixa de representar um perigo para as mulheres por violações futuras. Ademais, Chaney recebe uma herança milionária, de modo tal que é absolutamente improvável que volte a roubar no futuro. Dessa forma, não haveria razões de prevenção especial para seu castigo. Finalmente, deve-se imaginar que o Estado tem a possibilidade de simular a imposição de uma pena frente à sociedade, de modo que tampouco existiriam razões de prevenção geral que justificariam a aplicação da pena. Se, apesar de tudo isso, ainda quisermos que este sujeito seja castigado, devemos ser sinceros ou, nas palavras de MOORE, “sair do armário” (“bring out of the closet”), rechaçar qualquer teoria mista e nos “revelarmos” como teóricos retributivistas¹⁰⁸. Como o próprio MOORE reconhece, isso não oferece ainda nenhuma fundamentação positiva da teoria retributiva, mas apenas mostra que as teorias contrárias a ela são insustentáveis¹⁰⁹.

MOORE leva a sério a crítica usual que aponta para o caráter duvidoso da fundamentação “emocional” do retributivismo¹¹⁰. Assim,

¹⁰⁷ MOORE, *supra* nota 14, p. 100. Esse experimento mental é uma modificação do caso real do estuprador Chaney. Chaney (State v. Chaney, 477 P 2d 441 – Alaska Sup. Ct. 1970).

¹⁰⁸ MOORE, *supra* nota 14, p. 103. A argumentação de John Kleinig é similar. Ele trabalha o seguinte experimento mental: um nazista criminoso é encontrado em uma ilha inóspita, na qual teve uma vida edílica por trinta anos. Ele não deseja deixar a ilha nem tampouco causar problemas, mas não se arrepende de nada. Seu castigo não traria consigo nenhuma consequência positiva. Segundo Kleinig, seria justo que esse criminoso fosse punido. Nos termos do autor: “The principle that wrongdoer deserve to suffer seems to accord with our deepest intuitions concerning justice” (KLEINIG, *Punishment and Desert*, La Haya, Springer, 1973, p. 66-67). Ao contrário: ROXIN, *Strafrecht AT § 3A, n.º m. 44*, quem, ao contrário, vê nesses casos uma necessidade de prevenção geral para o castigo. Diferentes são as respostas de Ten, que quer castigar o criminoso nazista, excepcionalmente, por uma razão retributiva, apesar que os delitos de menor potencial ofensivo estariam justificados por razões teleológicas (TEN, *supra* nota 35, p. 80 ss.).

¹⁰⁹ MOORE, *supra* nota 14, p. 103.

¹¹⁰ MOORE, *supra* nota 14, p. 119: “the most serious objections to retributivism as theory of punishment lies on the emotional base of retributive judgements”.

discute a filosofia da vingança de NIETZSCHE, segundo a qual a necessidade da retribuição é uma manifestação de ressentimento, sadismo e hipocrisia¹¹¹. MOORE busca refutar essa crítica, afirmando que se pode provar que os valores retributivos não estão necessariamente vinculados a esses sentimentos obscuros.

Contudo, seria possível, segundo MOORE, recorrer a duas emoções positivas em favor da teoria retributiva. Uma seria a “indignação moral” (“moral outrage”) perante o delito: quem se irritasse frente a um crime ultrajante, como os descritos no exemplo de Chaney, demonstraria ter emoções virtuosas, que se diferenciaram de um mero ressentimento¹¹². As reações antirretributivas (ou seja, aquelas contrárias à imposição da pena no exemplo de Chaney) careceriam desse sentimento solidário e seriam manifestação de indiferença para com o valor da vítima¹¹³. O outro sentimento que comporia a fundamentação emocional positiva da teoria da retribuição seria a “culpa subjetiva” (“guilt”). MOORE fala do sentimento de culpa que uma pessoa virtuosa experimentaria estivesse ela na posição de autor de um delito grave¹¹⁴. Quando alguém, na posição de infrator, considera que *deveria* – e não somente que *poderia* – ser castigado, isso constituiria bom indício empírico sobre a correção da teoria da retribuição.¹¹⁵

Para a justificação do retributivismo, MOORE parte, assim, de um método não fundacionista, que consiste em reconhecer um princípio geral que opere como fundamento de nossas valorações individuais sólidas, por meio do qual as últimas representariam boas evidências da verdade do primeiro¹¹⁶. Segundo essa metodologia, no marco da legitimação da pena, a teoria da retribuição seria a melhor explicação de nossas reações intuitivas a casos como o de Chaney.¹¹⁷

¹¹¹ MOORE, *supra* nota 14, p. 120.

¹¹² MOORE, *supra* nota 14, p. 144.

¹¹³ MOORE, *supra* nota 14, p. 144.

¹¹⁴ MOORE, *supra* nota 14, p. 147.

¹¹⁵ MOORE, *supra* nota 14, pp. 148, 164.

¹¹⁶ MOORE, *supra* nota 14, pp. 107, 161-162. Essa seria uma justificação “coerentista”, uma posição holística. Ver, sobre isso, do mesmo autor: “Moral Reality” y “Moral Reality Revisited”, em MOORE, *Objectivity in Ethics and Law*, Farnham, Ashgate, 2004.

¹¹⁷ MOORE, *supra* nota 14, p. 109, recorre a outras “histórias”, que deveriam igualmente dar lugar a uma resposta retributiva, como o exemplo da ilha formulado por KANT (*Die Metaphysik der Sitten*, p. 455): “Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y

(3) Ademais, MOORE associa sua teoria retributiva – enquanto teoria da pena – a seu moralismo legal (“legal moralism”) – enquanto teoria da criminalização¹¹⁸. Para MOORE, o moralismo jurídico é o correlato do retributivismo¹¹⁹. Se se considera que um comportamento imoral sempre merece pena, então todas as imoralidades, e somente estas, deveriam ser criminalizadas e punidas¹²⁰. Assim, a pura imoralidade do comportamento seria suficiente para justificar uma proibição legal, desde que respeitado o princípio da legalidade¹²¹. Esse seria o único caminho para alcançar o bem da justiça retributiva^{122 123}. O moralismo jurídico de MOORE não é, no entanto, ilimitado. A imoralidade de um comportamento seria uma razão *prima facie* para sua criminalização. Não obstante, valores liberais como pluralismo, tolerância e autonomia

diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia.” [N.T. a citação em espanhol foi tirada de KANT, *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, 1996, pp. 168 s.]. Para um comentário sobre esse exemplo ver GRECO, “A Ilha de Kant”, em IDEM; MARTINS, Antonio (eds.), *Direito penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012*, São Paulo, Marcial Pons, 2012, pp. 263-280, pp. 263 ss.

¹¹⁸ MOORE, *supra* nota 14, p. 186. Sobre a relação entre a teoria da pena e da criminalização de MOORE, HUSAK (*Overcriminalization: the Limits of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 197) assinala: “To his credit, Moore understands the implications of a theory of punishment for a theory of criminalization.”

¹¹⁹ MOORE, *supra* nota 14, pp. 71-73 y 661.

¹²⁰ Para uma diferenciação entre ameaça de pena e imposição de pena, ver: HÖRNLE, *supra* nota 1, p. 12. Cfr. também FRISCH, Wolfgang, “Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention”, em SCHÜNEMANN *et al.* (eds.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, Heidelberg, C.F. Müller, 1998, p. 144, que explica que somente a teoria da retribuição só serviria para justificar a imposição de pena.

¹²¹ O autor faz uma exceção nos crimes contra a humanidade, como o caso de Eichmann e os crimes julgados em Nuremberg (MOORE, *supra* nota 14, p. 187 y pp. 660-661).

¹²² MOORE, *supra* nota 14, p. 661.

¹²³ O que é moral ou imoral não se determina por meio das valorações morais da maioria. É possível, segundo Moore, determinar objetivamente a imoralidade de uma conduta. Segundo o realismo jurídico, o legislador teria acesso à verdade objetiva dos pensamentos éticos (por exemplo, se a tortura animal e o adultério são corretos ou incorretos) e poderia, por isso, impor a moral por meio do direito (MOORE, *supra* nota 14, p. 645).

prevaleceriam frequentemente sobre o bem menor que é o castigo de pequenas imoralidades¹²⁴. Por essa razão MOORE se autodenomina um liberal.¹²⁵

(4) Como assinalado anteriormente, pode-se afirmar que MOORE desenvolveu uma teoria consistente e robusta que, não obstante, recebeu diversas – e, em parte, convincentes – críticas:

(i) A versão mais forte da teoria retributiva, que sustenta o dever estatal de castigar na necessidade de retribuição, é associada frequentemente a uma política criminal conservadora e reacionária¹²⁶. Dessa forma, sustenta-se que o retributivismo seria insensível às contingências dinâmicas do mundo real e que seu predomínio nos Estados Unidos seria a causa da manutenção da pena de morte¹²⁷, da brutalidade e do abarrotamento do sistema penal¹²⁸. Ao teórico retributivo atribui-se a pecha de “sádico” ou “fanático religioso”¹²⁹. Essa crítica é, no entanto, pouco convincente. Como sustenta acertadamente KLEINIG¹³⁰, estigmas generalizantes como esses não ajudam o desenvolvimento da discussão¹³¹. Ademais, a teoria da retribuição não está de nenhum modo comprometida com penas cruéis ou desumanas ou com a pena de morte¹³². Ao contrário, ela propõe uma gradação da pena que respeite o princípio da proporcionalidade.¹³³ Por último, é duvidoso que a agenda conservadora dos Estados Unidos (“war on crime”, “law and order”, etc.), com leis como, por exemplo, a californiana “three-strikes-and-you-are-out”¹³⁴,

¹²⁴ MOORE, *supra* nota 14, p. 187.

¹²⁵ MOORE, *supra* nota 14, p. 655.

¹²⁶ Cf. BRAITHWAITE; PETTIT, *supra* nota 26, p. 6.

¹²⁷ Ver DOLINKO, *supra* nota 19, pp. 537-538; crítico sobre a postura: ZAIBERT, *supra* nota 15, pp. 106/107.

¹²⁸ WHITMAN, “A Plea against Retributivism”, em *Buffalo Criminal Law Review*, n.º 7, 2004, p. 91; BRAITHWAITE; PETTIT, *supra* nota 26, p. 7.

¹²⁹ ARMSTRONG, “The Retributivist Hits Back”, em *Mind*, n.º 70, 1961, pp. 471-472.

¹³⁰ KLEINIG, *supra* nota 107, p. 2.

¹³¹ Em sentido semelhante GRECO, *supra* nota 116, p. 10.

¹³² MOORE, *supra* nota 14, p. 88; ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 111.

¹³³ GRECO, *supra* nota 116, pp. 9.

¹³⁴ Segundo essa lei, aquele que pela terceira vez reincide na comissão de um delito pode ser castigado com pena privativa de liberdade de 25 anos ou com prisão perpétua (TONRY, *supra* nota 26, p. 23). Para uma análise crítica, ver: DUBBER, “The Unprincipled Punishment of Repeat Offenders: A Critique of California’s Habitual Criminal Statute”, em *Stanford Law Review*, n.º 43, 1990, pp. 193 ss.

seja uma consequência direta da teoria da retribuição. Práticas como essa são consequência de políticas estritas de segurança e controle social, mais do que exigências de justiça.¹³⁵

(ii) Contra a teoria absoluta da retribuição, tem-se sustentado que a vinculação direta entre culpabilidade e pena carece de fundamentação e que a justificação retributiva da pena seria *circular*¹³⁶. A pura afirmação de que a pena é um bem em si mesmo significaria negar a necessidade de sua justificação¹³⁷. Ainda mais insuficiente seria a afirmação de que a pena é justa pois é merecida¹³⁸. No melhor dos casos, poder-se-ia afirmar que o retributivismo seria explicável socio-biologicamente, isso é, como sentimento imanente de toda a sociedade¹³⁹. Uma pena desprovida de qualquer utilidade seria, porém, absurda.¹⁴⁰ Contudo, essa crítica também pode ser taxada de circular, na medida em que exija que a teoria retributiva ofereça argumentos *consequencialistas* para a justificação da pena¹⁴¹. É possível dizer que a teoria de MICHAEL MOORE é capaz de, pelo menos, afastar a crítica da circularidade. Como foi exposto, MOORE busca, a partir da generalização de respostas retributivas particulares (como o experimento mental de KANT mediante o exemplo da ilha ou o caso do estuprador Chaney) derivar um princípio retributivo e assim demonstrar que a retribuição é um

¹³⁵ Ver a esse respeito GARLAND, *supra* nota 32, pp. 193 ss., *passim*; DUBBER, *Victims in the War on Crime: The Use and Abuse of Victim's Right*, New York, NYU Press, 2002, pp. 1, 324 *passim*.

¹³⁶ BEDAU, *supra* nota 28, p. 616; SCHÜNEMANN, *supra* nota 19, p. 114; RUSSELL, *supra* nota 7, p. 955; FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal* (trad. ZOMER SICA *et al.*), 3.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 240; HONDERICH, *supra* nota 50, p. 24 (“Circular retributivism is an instance of the fallacy where the supposed reason is identical with the supposed justification”). Similar BRAITHWAITE; PETTIT, *supra* nota 26, p. 164.

¹³⁷ BENN, “An Approach to the Problems of Punishment”, em *Philosophy*, n.º 33, 1958, p. 327.

¹³⁸ HONDERICH, *supra* nota 50, p. 163.

¹³⁹ MACKIE, *supra* nota 16, p. 3; SCHÜNEMANN, *supra* nota 20, p. 119; KLAPOW; SHAVELL, *supra* nota 36, p. 354.

¹⁴⁰ BENN, *supra* nota 136, p. 329. TEN, *supra* nota 35, p. 75 (“is a strange notion of justice whose demands benefit nobody”); HOERSTER, *supra* nota 94, p. 125.

¹⁴¹ MURPHY, *supra* nota 43, p. 78-79; MOORE, *supra* nota 14, p. 111; HUSAK, “Why Punish the Deserving?”, en *Nous*, n.º 26, 1992, p. 451; GRECO, *supra* nota 9, p. 472; IDEM, *supra* nota 116, p. 8. Similar, BEDAU, *supra* nota 28, p. 616; similar STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.^a ed., Munique, Vahlen, 2011, § 1 n.º m. 11; JOECKS, *supra* nota 5, n.º m. 55 (Introdução).

bem intrínseco, que deveria ser promovido mediante a pena¹⁴². Isso é simplesmente uma fundamentação não consequencialista e não fundamentacionista da justificação de pena, mas ainda assim uma fundamentação.¹⁴³ Questão à parte é se essa fundamentação da ingerência punitiva estatal é adequada. Sob esse aspecto, a teoria da retribuição de MOORE é refutável, de diversas maneiras.

(iii) A crítica provavelmente mais decisiva à teoria retributiva de MOORE – e que poderia também se aplicar a todas as demais teorias absolutas da retribuição – coloca-se em um plano fundamental. O retributivismo não é capaz de explicar o *papel do Estado* no castigo penal. Nesse sentido, HUSAK argumenta que o que *merecem* os malfeitores – especialmente os do experimento mental introduzido por MOORE – não é necessariamente uma pena *estatal*¹⁴⁴. Isso significa que o merecimento (a culpabilidade por um delito) nem sempre seria uma condição suficiente de uma pena formal¹⁴⁵. HUSAK apresenta o caso hipotético¹⁴⁶ de alguém que comete um fato hediondo (como o do exemplo Chaney), que, por um equívoco legislativo, não está tipificado como delito. O irmão da vítima encontra o autor do delito e decide se vingar, aplicando-lhe exatamente o mesmo sofrimento causado à vítima e que corresponde proporcionalmente a seu merecimento. HUSAK coloca então a pergunta se nossas intuições retributivas estariam, desse modo, satisfeitas, como exige MOORE. Sua resposta é afirmativa¹⁴⁷. O autor chega, assim, à conclusão de que a pena estatal não seria o único meio para a consecução da retribuição. Esse tipo de experimento mental mostraria que o que nossas intuições de fato exigem é que o autor sofra, mas não necessariamente que o castigo seja infligido pelo *Estado*¹⁴⁸. No entanto, contra esse argumento poderia ser replicado que

¹⁴² HONDERICH, *supra* nota 50, p. 24.

¹⁴³ Se esse método intuicionista é adequado, isso é uma pergunta metafísica que aqui não pode ser respondida. Sobre isso, ver a análise do filósofo australiano MACKIE em MOORE, *supra* nota 14, p. 177 ss.

¹⁴⁴ HUSAK, *supra* nota 101, p. 970; similar, BAGARIC/AMARASEKARA, *supra* nota 7, p. 165; VON HIRSCH, *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*, Berlim, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005, p. 42.

¹⁴⁵ HUSAK, *supra* nota 101, p. 970 ss.

¹⁴⁶ HUSAK, *supra* nota 101, p. 971.

¹⁴⁷ HUSAK, *supra* nota 101, p. 972. Husak apresenta também uma variação desse caso. Nessa, não existe lacuna legal, mas o irmão da vítima se vinga antes que o autor do delito seja detido pela polícia.

¹⁴⁸ HUSAK, *supra* nota 101, p. 973.

há necessidade de que a resposta retributiva se realize pelo Estado, tendo em vista a proibição da violência privada¹⁴⁹. Porém, MOORE afirma expressamente que evitar a justiça pelas próprias mãos – que seria, ademais, um argumento consequencialista – não constitui uma função da teoria da retribuição.¹⁵⁰

Existe outro problema com a afirmação de que a compensação ou retribuição da culpa – como bem imanente – é uma condição suficiente de justificação da pena estatal. Este surge quando se compara o tratamento do Estado relativo ao merecimento *negativo* com a postura estatal diante do merecimento *positivo*. Não é compreensível por que razão o Estado estaria obrigado a castigar o merecimento negativo (um crime), mas não premiar o positivo. A recompensa por atitudes valiosas – como, por exemplo, empreendimentos artísticos, científicos ou desportivos de destaque – poderia ser vista como dotada de valor positivo intrínseco. Apesar disso, ninguém afirmaria que o Estado é obrigado a premiar tais pessoas, com independência das consequências positivas e dos custos (para a sociedade) que derivariam disso.¹⁵¹

Assim, argumenta-se que, apesar de MOORE desenvolver coerentemente a ideia de restabelecimento da justiça por meio da pena, falta-lhe fundamentar de modo convincente o papel do Estado nesse processo¹⁵². Em outras palavras, a teoria retributiva absoluta, de base moral, fracassa na explicação do dever do Estado na realização de uma justiça retributiva.¹⁵³

¹⁴⁹ Husak reconhece esse problema, mas, apesar dele, mantém sua conclusão. Ele afirma simplesmente que outros meios poderiam satisfazer a exigência de justiça retributiva.

¹⁵⁰ Ver *supra*, nota 140.

¹⁵¹ DOLINKO, *supra* nota 19, p. 542; HUSAK, *supra* nota 101, p. 974; similar, LÜDERS-SEN, “Muss Strafe sein?”, em *FS-Hassemer*, Heidelberg, C.F. Müller, 2010, p. 476. Seria possível considerar a recompensa estatal de um mérito como uma forma de estímulo para o desenvolvimento de determinadas atividades, mas isso estaria justificado por razões teleológicas e não simplesmente por um mandamento de justiça.

¹⁵² Em sentido idêntico também ROSEBURY, “Moore’s Moral Facts and the Gap in the Retributive Theory”, em *Criminal Law and Philosophy*, n.º 5, 2011, p. 371.

¹⁵³ Greco objeta que essa crítica é circular. Ela seria somente uma variação da crítica da indiferença às consequências, que também se revelou circular. Alguém poderia afirmar que a obtenção da justiça é um objetivo legítimo do Estado, o que de fato faz o Tribunal Constitucional alemão (GRECO, *supra* nota 116, pp. 7-9, com referência a BVerfGE t. 36, p. 174 (186); t. 63, p. 45 (61); t. 107, p. 104 (118 s.); t. 122, p. 248 (272)). Com efeito, considera-se que a promoção da justiça retributiva por meio da

Por último, outra crítica feita contra essa versão da teoria retributiva aponta para o seu inarredável compromisso com uma teoria antiliberal da criminalização. Afirma-se que haveria uma conexão direta entre a teoria retributiva moral e o moralismo jurídico, que propõe que toda conduta imoral deve ser reprimida através da pena¹⁵⁴. Nesse sentido, ROXIN sustenta que, caso se considere que a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, ele não poderia se valer de uma pena que prescinde de qualquer utilidade social¹⁵⁵. Essa crítica da incoerência ou incongruência, contudo, não afeta a construção teórica de MOORE, pois ele tampouco defende uma teoria da criminalização consequencialista (como a teoria do bem jurídico), mas sim o já mencionado o moralismo jurídico. MOORE enxerga o Estado como portador da tarefa de aplicar o castigo penal – como retribuição – contra comportamentos moralmente incorretos. No entanto, MOORE tenta conciliar sua teoria com o liberalismo¹⁵⁶, sem muito sucesso, todavia¹⁵⁷. A estratégia de MOORE para se aproximar do liberalismo consiste na fixação de limites *ad hoc* para o moralismo jurídico, como o princípio da legalidade, os ideais de liberdade, autonomia e, inclusive, considerações sobre custos e eficiência¹⁵⁸. Desse modo, ele se declara, ao final, um liberal¹⁵⁹.

pena é um fim legítimo do Estado, no entanto, deve-se comprovar que persegui-lo é apropriado, necessário e conveniente (PIEROTH; SCHLINK, *Grundrechte - Staatsrecht II*, 27.^a ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2011, p. 67). Uma resposta completa a essas perguntas, considerando toda a problemática da dogmática dos direitos. Uma resposta completa a essas perguntas, considerando toda a problemática da dogmática dos direitos fundamentais, não se pode formular no marco deste trabalho. Contudo, à primeira vista, ante à gravidade da ingerência, dos custos consideráveis vinculados a ela e da abstração do objetivo, castigar unicamente por razões de justiça retributiva afigura-se como uma intervenção estatal desproporcional e, portanto, injustificada. Inclusive o Tribunal Constitucional alemão rechaça a retribuição como fim único da pena (com referências ver ROXIN, “Strafe und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, em *FS-Volk*, Munique, C.H. Beck, 2009, p. 613).

¹⁵⁴ Ver ZAIBERT, “The Moralism Strikes Back”, em *New Criminal Law Review*, n.º 14, 2011, p. 145.

¹⁵⁵ ROXIN, *supra* nota 5, § 3 n.º m. 8; Recentemente, esse pensamento foi utilizado por GRECO, *supra* nota 116, p. 12, como argumento de coerência.

¹⁵⁶ MOORE, *supra* nota 14, p. 661 ss.

¹⁵⁷ Cfr. MURPHY, “The State’s Interest in Retribution”, em *Journal of Contemporary Legal Issues*, n.º 5, 1994, p. 285 ss.; ver também HAMPTON, *supra* nota 25, p. 99 ss.; ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 167 ss.; IDEM, *supra* nota 153, p. 139 ss.

¹⁵⁸ MOORE, *supra* nota 14, pp. 660–665.

¹⁵⁹ MOORE, *supra* nota 14, p. 665.

Como destaca ZAIBERT, na construção de MOORE, as finalidades (resultados) liberais justificariam os meios (princípios) potencialmente antiliberais¹⁶⁰. Isso revela-se inadequado. Ainda que as limitações do moralismo mencionadas por MOORE possam ser contundentes, o moralismo jurídico segue sendo uma teoria da criminalização perigosa e antiliberal, dado que não compartilha da necessária reserva (ou temor¹⁶¹ ou pessimismo¹⁶²) em relação à violência estatal.¹⁶³

(iv) Na teoria absoluta da retribuição, igualmente problemática é a dimensão de valor concedida à pena retributiva. Nesse ponto, é questionável o postulado dessa teoria, segundo o qual o *dever de punir o culpado* coloca-se no mesmo plano valorativo da *proibição da punição do inocente*¹⁶⁴. Já intuitivamente, é de se supor que é de fato ruim que o autor de um delito escape à pena, mas é ainda pior que um inocente seja punido por um fato que não cometeu¹⁶⁵. O dever de punir o culpado é menos contundente que a proibição de punir o inocente. A correção dessas intuições é demonstrada por GRECO por meio de uma variante (ou inversão) do exemplo da ilha de KANT. O autor propõe imaginar que em uma ilha vivem diversas tribos inimigas, que durante gerações travaram guerras sanguinárias entre si. Descobre-se que um grande homem – que, com seu carisma, havia conseguido manter a paz na ilha – cometeu um delito. Sua punição, contudo, levaria à dissolução da sociedade. Segundo a ideia de retribuição, fielmente desenvolvida, o homem deveria ser punido e a sociedade dissolver-se-ia. Nesse caso, deixar de puni-lo, para evitar consequência tão drástica, afigura-se a solução mais razoável, mais condizente com nossas intuições.¹⁶⁶

Por outro lado, numa situação oposta, tampouco estaríamos dispostos a castigar a um inocente, ainda que disso resultassem as melho-

¹⁶⁰ ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 174.

¹⁶¹ ZAIBERT, *supra* nota 153, p. 149.

¹⁶² GRECO, *supra* nota 9, p. 287 ss.

¹⁶³ Para outras críticas ao “novo” moralismo jurídico de Moore, ver HUSAK, *supra* nota 117, p. 196 ss.

¹⁶⁴ MOORE, *supra* nota 14, p. 160.

¹⁶⁵ Cfr. apenas HUSAK, *Retributivism in Extremis*, 2012, p. 11.

¹⁶⁶ GRECO, *supra* nota 9, p. 234; IDEM, *supra* nota 116, p. 11. KAPLOW; SHAVELL (*supra* nota 36, p. 312) oferecem outro exemplo: poder-se-ia imaginar um mundo em que a metade da população mata a outra metade e, posteriormente, julga a si mesma. Nesse mundo a retribuição seria completa e perfeita. No entanto, uma situação como essa parece absurda e absolutamente indesejável.

res consequências possíveis¹⁶⁷. Nesses casos, talvez, MOORE poderia renunciar a sua resposta absolutista em favor de uma solução consequencialista, valendo-se de sua deontologia “Threshold”. Segundo esta, as consequências de uma ação não exercem, até certo ponto, nenhum papel na determinação de sua moralidade. No entanto, quando esse ponto é excedido, as consequências devem ser sim levadas em consideração. Assim, uma regra deontológica pode, excepcionalmente, não ser respeitada a fim de evitar consequências extraordinárias terríveis¹⁶⁸. Assim seria possível, por exemplo, justificar a tortura de um inocente (v. gr., a filha de um terrorista) para salvar uma cidade inteira¹⁶⁹. Logo, podemos assumir, com boas razões, que MOORE estaria de acordo em não punir o “grande homem” do exemplo proposto por GRECO. Mas se a deontologia “Threshold” fosse aplicável, deveríamos, do mesmo modo, admitir o castigo de um inocente, sempre que com isso se pudesse evitar graves consequências indesejadas. Se a tortura ou o homicídio de um inocente fossem permitidos para salvar uma cidade, estaria a fortiori igualmente permitido “somente” punir um inocente com a mesma finalidade. Dessa forma, seria mantida a simetria entre a punição do culpado e a não punição do inocente, dado que ambos seriam – em circunstâncias normais – permitidos ou proibidos em igual medida; e, em situações extraordinárias, exceções a ambos imperativos seriam igualmente admissíveis. Por conseguinte, pode-se chegar à conclusão de que *uma teoria da pena que conceda valor idêntico à necessidade de retribuição e ao princípio da culpabilidade é insustentável*.

b) Teorias relativas ou impróprias da retribuição

As teorias *relativas ou impróprias* da retribuição são, como é de se esperar, menos contundentes. Contrariamente às teorias absolutas, o retributivismo relativo permite o influxo de considerações teleológicas na justificação da pena. A “visão [puramente] orientada para o passado” é deixada de lado em favor da – ao menos em parte – “visão orientada ao futuro”.¹⁷⁰

¹⁶⁷ Ver acima, nota de rodapé 38, o prefácio de McCloskey. Greco oferece um exemplo similar (sua “ilha 3”). Sobre isso ver: GRECO, *supra* nota 9, p. 274, IDEM, nota 118, p. 12.

¹⁶⁸ MOORE, *supra* nota 14, p. 719.

¹⁶⁹ MOORE, *supra* nota 14, pp. 724 y 734. A evitação da tortura de dois inocentes não justificaria a tortura de apenas um deles, mas sim a destruição de uma cidade inteira.

¹⁷⁰ Sobre essa distinção, HONDERICH, *supra* nota 50, p. 17 ss.

A teoria imprópria da retribuição pode ser subdividida em duas variantes. A primeira entende que a retribuição da culpabilidade é um bem imanente, que deve ser maximizado sem exclusão de considerações consequencialistas, oferecendo uma justificação *prima facie* da pena. Diversamente, de acordo com a segunda variante, a pena retributiva teria sim um valor intrínseco, mas se justificaria apenas se apresentar uma utilidade social *adicional*, como, por exemplo, a prevenção de futuros delitos.

aa) MICHAEL MOORE diferencia sua teoria absoluta da retribuição (que ele denomina “deontológica” ou “relativa ao agente”) da variante “consequencialista” ou “neutra ao agente”, segundo a qual o fato de o autor culpado ser condenado é uma boa situação, que deve ser maximizada, ainda que isso implique que alguns culpados escapem da pena¹⁷¹. Ou seja, não existiria um dever categórico de compensação da culpabilidade, mas sim um imperativo relativo ou *prima facie*¹⁷². Dentro dessa corrente, a ideia de retribuição tem sido abordada de diferentes formas. Limitar-me-ei a apresentar dois representantes da vertente: uma autora clássica (JEAN HAMPTON, abaixo [1]) e um jovem autor (LEO ZAIBERT, abaixo [2]).

(1) Antes de defender uma teoria paternalista (“the moral education theory”)¹⁷³, HAMPTON sustentara uma *teoria expressiva* da pena¹⁷⁴ orientada à vítima, que denominou “nova” teoria retributiva¹⁷⁵. HAMPTON considera a retribuição como um componente importante, mas não único, de um sistema penal estatal moral e respeitável. Para ela, as respostas retributivas não devem ser necessariamente punitivas.¹⁷⁶

Segundo a autora, a retribuição constitui a reação necessária frente a um ataque à dignidade ou valor da vítima, a uma lesão moral (“moral

¹⁷¹ MOORE, *supra* nota 14, p. 156.

¹⁷² MOORE, *supra* nota 14, p. 157.

¹⁷³ HAMPTON, “The moral education theory of punishment”, em *Philosophy & Public Affairs*, n.º 13, 1984, pp. 208-238.

¹⁷⁴ Aparentemente, a ideia de uma teoria expressiva da pena foi tratada cientificamente pela primeira vez por Joel FEINBERG (*Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, New Jersey, Princeton University Press, 1970, p. 118). Dada a quantidade de autores do âmbito anglo-saxônico que defendem uma espécie de teoria da pena expressiva, simbólica e comunicativa (como HONDERICH, PRIMORATZ, KLEINIG, FLETCHER, GROSS, DUFF, VON HIRSCH, entre outros), uma valoração de todas as posições extrapolaria o escopo deste trabalho.

¹⁷⁵ HAMPTON, “An Expressive Theory of Retribution”, em CRAGG (ed.), *Retributivism and its Critics*, Franz Steiner Verlag Wiesbaden, 1990, p. 1; IDEM, *supra* nota 94, p. 108.

¹⁷⁶ HAMPTON, *supra* nota 94, pp. 108-109.

injury”)¹⁷⁷. Essa não deve ser confundida com o sofrimento físico ou psíquico da vítima, pois isso não seria nem condição necessária nem suficiente de uma lesão moral¹⁷⁸. O delito simbolizaria, assim, uma degradação do valor da vítima, o que não necessariamente deve ser associado com danos materiais¹⁷⁹. Nesse sentido, o conteúdo expressivo do delito revelar-se-ia importante. Se o autor não foi punido, comunicar-se-ia à vítima e à sociedade que a posição da vítima é menoscabada. A retribuição seria, desse modo, a resposta a essa injustiça, cuja função seria a defesa do valor da vítima. A reação retributiva refutaria a falsa mensagem de superioridade frente à vítima e confirmaria seu estado de igualdade originário, derivado de sua humanidade.¹⁸⁰

No entanto, segundo HAMPTON, o Estado não estaria, em todos os casos, obrigado a executar uma retribuição em face de um delito. A retribuição não seria um dever moral absoluto. Em certos casos, outras finalidades estatais legítimas (como a prevenção ou a educação moral) podem acabar sendo mais importantes que a retribuição. HAMPTON assume, assim, uma concepção de pena pluralista, apesar de que para ela a retribuição continua sendo a justificação primordial da pena¹⁸¹. Sua teoria enxerga na retribuição expressiva a resposta fundamental para a infração moral, que o Estado pode levar a cabo ou não através da pena.

(2) LEO ZAIBERT nos oferece uma análise crítica do retributivismo. Partindo de um *conceito neutro* de pena¹⁸², ZAIBERT sustenta o seguinte: a retribuição – ou justiça compensatória da culpabilidade – seria, *em si mesma*, um *bem*¹⁸³, e não simplesmente um bem instrumental para a consecução de outros fins (como a prevenção de futuros

¹⁷⁷ HAMPTON, *supra* nota 94, pp. 115-116.

¹⁷⁸ HAMPTON, *supra* nota 94, p. 120.

¹⁷⁹ HAMPTON, *supra* nota 94, pp. 129-130.

¹⁸⁰ HAMPTON, *supra* nota 94, p. 135.

¹⁸¹ HAMPTON, *supra* nota 94, pp. 148-149.

¹⁸² ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 36. Segundo sua definição, existe uma pena quando A, como reação a um comportamento incorreto de B, o reprova e lhe aplica um mal para que B sofra. Por isso, o Estado não é um sujeito necessário e o conceito de pena prescinde de qualquer elemento justificatório. Sua definição deveria satisfazer tanto os retributivistas, como os preventivistas. Com isso, Zaibert quer evitar um entrave terminológico (*supra* nota 15, pp. 27, 75), ou seja, uma confusão entre os níveis da definição e da justificação. Sobre isso, entre outros: PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 72, p. 4 ss.

¹⁸³ ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 202 ss.

delitos). A fundamentação dessa proposta se ancora em considerações morais-estéticas inspiradas no filósofo britânico GEORGE EDUARD MOORE¹⁸⁴. Segundo este, a combinação de dois males não causa, necessariamente, um mal maior, ou seja, a existência de dois males pode constituir um mal menor que a existência de apenas um deles. No marco da pena retributiva, dois grandes males – maldade e sofrimento – podem conformar uma unidade orgânica (“organic whole”) com valor positivo¹⁸⁵. A consequência disso é que, quando a pena é merecida (“deserved”), ela não seria apenas um mal necessário, mas de fato um *bem* intrínseco¹⁸⁶. Por outro lado, a *culpabilidade não seria condição necessária nem suficiente da pena*¹⁸⁷. Nesse sentido, a retribuição representaria uma justificação moral *prima facie* da pena¹⁸⁸, que pode ser superada em face de princípios normativos ou bens instrumentais. Haveria casos em que a justificação retributiva não pode ser derrotada, contudo, e este é o ponto central, em outros é derrotável¹⁸⁹. A culpabilidade (“desert”) do autor seria, contudo, a única razão e sempre, ao menos, uma boa razão para a imposição de uma pena.¹⁹⁰

A concepção de ZAIBERT pode ser distinguida da teoria negativa da retribuição, das teorias absolutas e, por certo, também das teorias puramente consequencialistas¹⁹¹. Apesar de o autor oferecer um desenvolvimento da teoria da retribuição, essa não goza da solidez – e intransigência – de uma concepção absoluta, como a de MICHAEL MOORE. Na medida em que ZAIBERT se esforça em oferecer unicamente uma justificação da pena de natureza *moral ou estética*, ele não logra dar uma resposta satisfatória à pergunta acerca da legitimação da pena *estatal*. Permanece sem resposta de que modo considerações retributivas e eventuais razões instrumentais contrárias devem ser sopesadas, o que ele mesmo reconhece ao final de sua monografia.¹⁹²

¹⁸⁴ Vier G.E MOORE, *Principia Ethica*, Revised Edition, Cambridge, University Press, 1993, p. 232 ss., *passim*.

¹⁸⁵ G.E. MOORE, *supra* nota 183, p. 264; ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 208.

¹⁸⁶ ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 214.

¹⁸⁷ ZAIBERT, *supra* nota 15, pp. 5–6, *passim*.

¹⁸⁸ ZAIBERT assinala que, quase sempre, são normalmente as justificações políticas as que poderiam oferecer uma justificação *ultima facie*, dado que elas são mais abrangentes e não tão impugnáveis como as justificações morais. (ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 199).

¹⁸⁹ ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 199 s.

¹⁹⁰ ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 203.

¹⁹¹ ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 214.

¹⁹² ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 216.

(3) As teorias retributivas relativas não sofrem, é verdade, das insuficiências da versão absoluta. A renúncia ao dever absoluto do Estado de retribuir mediante uma pena e o foco em seu fundamento moral fazem dessas versões mais simples também mais atrativas. Não obstante, elas também possuem debilidades sensíveis. Nesse sentido, não oferecem nenhum argumento que permita justificar a pena *estatal*. Isso não significa que o problema de justificação da pena não seja um problema ético. O ponto é que estamos falando de uma intervenção estatal extremamente gravosa no direito fundamental de liberdade do cidadão. Nesse contexto, não se pode deixar de discutir as funções e atribuições do Estado. Considerações de teoria do Estado não têm aqui apenas uma função complementar, mas central. A ameaça estatal da pena e a sua imposição é sempre um tema que se vincula à relação entre cidadão e Estado. É duvidoso se uma teoria da justificação da pena estatal pode aprender algo valioso da legitimação, por exemplo, de penas religiosas ou familiares. Considerações simbólicas ou estéticas sem inclusão de argumentos de teoria do Estado não estão em condições de oferecer parâmetros para a legitimação da ingerência punitiva estatal.

c) Teorias mistas: retribuição e prevenção

Por último, devem ser consideradas aquelas teorias que, apesar de entenderem que é legítimo e necessário que a pena persiga finalidades preventivas, são classificadas sob a tradição do retributivismo. Segundo as teorias mistas, o Estado pode impor uma pena a um cidadão porque este a merece, mas somente quando, ao mesmo tempo, se obtém mediante isso uma utilidade social, em forma de prevenção de delitos¹⁹³. A diferença dessa vertente em relação às tradicionais teorias preventivas é que, apesar de postular a prevenção como um requisito necessário da justificação da pena, não a enxerga como um requisito suficiente¹⁹⁴.

Essa concepção da teoria mista, no mundo anglo-saxão, é sustentada por dois dos filósofos do direito (penal) contemporâneos mais importantes: DOUGLAS HUSAK (abaixo, [1]) e ANDREW VON HIRSCH (abaixo, [2]).

(1) Como mencionado acima, HUSAK não pensa que o dever ou o direito do Estado de punir origine-se unicamente da culpabilidade ou

¹⁹³ Assim como descreveu MOORE, *supra* nota 14, p. 93.

¹⁹⁴ BAGARIC; AMARASEKARA, *supra* nota 7, 166.

do merecimento do autor¹⁹⁵. Ele entende, ao contrário, que a circunstância de o autor receber o que “justamente merece” (just desert) tem um valor positivo intrínseco, independentemente de ganhos utilitaristas¹⁹⁶. Contudo, para ele, considerações consequencialistas deveriam sim ser levadas em consideração na legitimação da pena *estatal*.¹⁹⁷

Segundo HUSAK, a justificação da pena estatal possui dois requisitos: que o Estado se aproxime do ideal de justiça e que o castigo agregue algum valor no mundo¹⁹⁸. HUSAK não nega o valor positivo da pura retribuição¹⁹⁹. Porém, posto que a pena é aplicada pelo Estado e não por Deus, ela deveria trazer consigo algum valor adicional, que possa superar os “três problemas tradicionais da imposição da pena” (*the drawbacks of punishment*), a saber: os altos custos financeiros da pena, a possibilidade não insignificante de erros e a sujeição a abusos do sistema penal.²⁰⁰

Na busca por esse valor, ou melhor, na busca do elemento que gere o valor apto a compensar as desvantagens da pena, HUSAK rechaça qualquer função simbólica ou expressiva da pena. A desaprovação frente ao autor do delito não pode, por si, justificar a pena como instituição²⁰¹. Isso também seria aplicável à teoria da “unfair advantage”: a busca isolada por justiça distributiva tampouco prevaleceria em face dos “drawbacks of punishment”²⁰². HUSAK chega à conclusão de que o componente adicional buscado para a justificação da pena pode unicamente consistir na expectativa de que a pena contribua para reduzir o número de delitos²⁰³. Assim, a prevenção geral, ao lado do restabelecimento da justiça ou da compensação da culpabilidade²⁰⁴, seria requisito necessário para

¹⁹⁵ HUSAK, *supra* nota 150, pp. 447-464 (“Mere conformity with abstract principles cannot suffice to justify the punishment of the deserving, irrespective of whatever drawbacks accompany it”); IDEM, *supra* nota 101, pp. 959-986; IDEM, “Holistic Retributivis”, em *California Law Review*, n.º 88, 2000, pp. 991-1000.

¹⁹⁶ HUSAK, *supra* nota 20, p. 110.

¹⁹⁷ HUSAK, *supra* nota 150, p. 451.

¹⁹⁸ HUSAK, *supra* nota 150, p. 454.

¹⁹⁹ HUSAK, *supra* nota 194, p. 998, IDEM, *supra* nota 150, p. 451 (“I concede that there may be some prima facie rightness in the repaying of evil with evil”); IDEM, nota 164, p. 7.

²⁰⁰ HUSAK, *supra* nota 150, p. 450.

²⁰¹ HUSAK, *supra* nota 150, p. 457.

²⁰² HUSAK, *supra* nota 150, p. 458.

²⁰³ HUSAK, *supra* nota 150, p. 459; IDEM, *supra* nota 20, p. 112.

²⁰⁴ Por isso não seria permitida a imposição da pena para além da culpabilidade (merecimento) (HUSAK, *supra* nota 150, p. 562).

a justificação da pena. Por essa razão, deveríamos estar preparados para renunciar à punição dos delitos “impreveníveis” (*nonpreventable offenses*)²⁰⁵. Isso significa que a concepção de HUSAK contém amplas implicações de política criminal, já que, antes de afirmar a legitimidade de proibições penais, sempre teríamos que refletir sobre sua aptidão preventiva (geral), o que poderia abrir a porta para descriminalizações.²⁰⁶

Pode-se chegar à conclusão de que a posição de HUSAK é muito próxima da teoria negativa da retribuição, apresentada ao início deste estudo. Em sua concepção, a culpabilidade ou o merecimento (“desert”) é uma razão débil para que o Estado imponha uma pena²⁰⁷. O papel negativo do “desert” é, para HUSAK, muito mais importante²⁰⁸, ou seja, sua ausência é decisiva para a ilegitimidade da pena²⁰⁹. O aspecto retributiva da postura de HUSAK pode ser reduzido quase a uma defesa robusta do princípio da culpabilidade, motivo pelo qual sua teoria pode ser comparada com a conhecida combinação “alemã” entre culpabilidade e prevenção.²¹⁰

(2) Apesar de VON HIRSCH ser considerado no âmbito anglo-ameriano como um dos expoentes do ressurgimento do retributivismo²¹¹, ele defende, na verdade, uma teoria dualista da pena, que inclui a função de expressar censura em face do autor do delito e de prevenção geral²¹². A suposição central de VON HIRSCH é que os dois componentes da pena (censura e imposição de um mal) são analiticamente distintos.²¹³

²⁰⁵ Um delito seria não-prevenível (“nonpreventable”) quando as vantagens de sua realização revelam-se excelentes e ele, em si, não se mostra especialmente grave. (HUSAK, *supra* nota 150, p. 462).

²⁰⁶ Essas implicações são desenvolvidas profundamente por Husak na obra “Overcriminalization” (*supra* nota 117).

²⁰⁷ HUSAK, *supra* nota 164, p. 8.

²⁰⁸ HUSAK, *supra* nota 164, p. 11: “I hope that desert provides something close to a necessary condition for justified punishment. [...] the reason not to punish that applies to those who do not deserve to be punished is much more stringent than the reason to punish that applies to those who do deserve to be punished”.

²⁰⁹ HUSAK, *supra* nota 164, p. 11.

²¹⁰ Ver nota de rodapé 97.

²¹¹ Sobre isso, GARDNER, *supra* nota 32, pp. 781-815.

²¹² Ver VON HIRSCH, *supra* nota 88.

²¹³ VON HIRSCH; HÖRNLE, “Positive Generalprävention und Tadel”, em SCHÜNEMANN *et al.* (eds.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, Heidelberg, C.F. Müller, 1998, *passim*.

A censura fundamentaria a legitimação ética da pena frente ao autor do delito. A sanção penal funcionaria principalmente como uma comunicação moral com o autor que, dessa forma, seria tratado como um agente autônomo, capaz de valorar moralmente seu comportamento a partir da mensagem normativa²¹⁴. Ademais, a censura representada pela pena estaria referida também à vítima que, mediante isso, toma conhecimento de que sofreu uma injustiça através do comportamento culpável de um terceiro.²¹⁵

Não obstante, segundo VON HIRSCH, a censura não seria suficiente para justificar a imposição física de um mal, realidade inescapável da pena tal qual a conhecemos. O puro fortalecimento da credibilidade da mensagem moral de censura não seria capaz de fundamentar suficientemente o “duro tratamento” (hard treatment) ao qual o condenado se submete²¹⁶. A imposição de um mal através da pena cumpriria uma função preventiva, na medida em que oferece uma “razão prudencial” para os cidadãos se absterem de cometer um delito. Isso, consequentemente, associado a uma razão normativa, manifestada no elemento de censura da sanção criminal.²¹⁷

Como o modelo de HUSAK, a concepção de VON HIRSCH tem implicações político-criminais, eis que essa justificação dualista permitiria renunciar à pena enquanto instituição, na medida em que ela não se mostre útil sob o aspecto preventivo.²¹⁸

(3) Essas versões da teoria retributiva que incluem expressamente considerações teleológico-preventivas apresentam-se plausíveis. Elas tratam duas questões fundamentais – a fundamentação e os limites da pena – desde uma perspectiva que inclui aspectos éticos e políticos – ou de teoria do Estado²¹⁹. Não obstante, pela mesma razão

²¹⁴ VON HIRSCH, *supra* nota 95, p. 11; IDEM, *supra* nota 155, p. 49. No entanto, a reação real do autor não teria nenhuma relevância: “Não se defende aqui uma teoria da penitência, segundo a qual a reação em face do delito se determina segundo os sentimentos despertados no autor, como vergonha, arrependimento ou outros sentimentos similares”. (VON HIRSCH, *supra* nota 155, p. 49).

²¹⁵ VON HIRSCH, *supra* nota 143, p. 49.

²¹⁶ VON HIRSCH, *supra* nota 95, p. 12; IDEM, *supra* nota 143, pp. 53–54.

²¹⁷ VON HIRSCH, *supra* nota 95, p. 12; IDEM, *supra* nota 143, p. 54.

²¹⁸ VON HIRSCH, *supra* nota 95, p. 14; IDEM, *supra* nota 143, p. 56.

²¹⁹ Ainda que a abordagem de VON HIRSCH – entender a reprovação estatal como uma valoração moral do comportamento do autor – se mostre questionável sob o prisma da necessária distinção entre direito e moral. Assim GRECO, *supra* nota 9,

mostram-se supérfluas, pois em suas conclusões praticamente em nada diferem das tradicionais teorias preventivas da pena “limitadas pelo princípio da culpabilidade”.²²⁰

5. Conclusão

O retributivismo é uma teoria de diversas facetas, que não pode ser reduzida a um único enunciado normativo, nem tampouco criticada de maneira genérica. Apesar de, neste trabalho, ter sido avaliada como uma teoria que não é capaz de oferecer uma justificação da pena como instituição, em face de todos os destinatários – o autor do delito e a sociedade –, ela não pode ser rechaçada precipitadamente, como usualmente ocorre na discussão de matriz romano-germânica.

Por um lado, a discussão sobre os fins da pena no âmbito anglo-saxão demonstra que a ideia da retribuição ou merecimento (“desert”) pode exercer diferentes papéis na justificação da pena. Por outro lado, o debate anglo-americano sobre teoria da pena, em especial desde o fracasso do utilitarismo e o ressurgimento do retributivismo, ensina que o estabelecimento de um princípio de culpabilidade sobre uma base puramente utilitarista ou consequencialista – como sói ocorrer, por exemplo, na Alemanha e nos países pertencentes ao seu raio de influência teórica – não se pode sustentar. Por isso, quem, enquanto teórico da prevenção, queira se ater ao princípio da culpabilidade, encontra-se frente a um desafio cuja resposta não é nada simples.

Referências

- ARMSTRONG, K. G., “The Retributivist Hits Back”, em *Mind*, n.º 70, 1961.
- BAGARIC, Mirko/AMARASEKARA, Kumar, “The Errors of Retributivism”, em *Melbourne University Law Review*, n.º 24, 2000.
- BAURMANN, Michael, *Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit*, Baden-Baden, Nomos, 1981.
- BEDAU, Hugo Adam, “Retribution and the theory of punishment”, em *The Journal of Philosophy*, n.º 75, 1978.
- BENN, Stanley Isaac, “An Approach to the Problems of Punishment”, em *Philosophy*, n.º 33, 1958.

pp. 500-501, que considera ilegítima a reprovação moral constitutiva – ou reprovação – (diferentemente da declaratória); e ROXIN, *supra* nota 154, p. 603.

²²⁰ A expressão é de Roxin, *supra* nota 154, p. 61.

BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1907.

BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1990.

BURGH, Richard, “Do the guilty deserve punishment?”, em *The Journal of Philosophy*, n.º 79, 1982.

CHRISTOPHER, Russell, “Deterring Retributivism: The Injustice of ‘Just’ Punishment”, em *Northwestern University Law Review*, n.º 96, 2002.

COTTINGHAM, John, “Varieties of retribution”, em *The Philosophical Quarterly*, n.º 29, 1979.

DAVIS, Michael, “Criminal Desert and Unfair Advantage”, em *Law and Philosophy*, n.º 12, 1993.

DOLINKO, David, “Some thoughts about retributivism”, em *Ethics*, n.º 101, 1991.

_____. “Retributivism, Consequentialism, and the Intrinsic Goodness of Punishment”, em *Law and Philosophy*, n.º 16, 1997.

DUBBER, Markus, *Einführung in das US-amerikanische Strafrecht*, Munique, C.H. Beck, 2005.

_____. “The Unprincipled Punishment of Repeat Offenders: A Critique of California’s Habitual Criminal Statute”, em *Stanford Law Review*, n.º 43, 1990.

_____. *Victims in the War on Crime: The Use and Abuse of Victim’s Right*, New York, NYU Press, 2002.

DUFF, R. Antony, *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

_____. “Responsibility, Restoration, and Retribution”, em TONRY, Michael (ed.), *Retributivism Has a Past, Has it a Future?*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

EWING, Alfred C., *The Morality of Punishment with Some Suggestions for a General Theory of Ethics*, Routledge, 1929.

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

_____. “The classic debate”, em FEINBERG, Joel/COLEMAN, Jules (eds.), *Philosophy of Law*, Belmont, Wadsworth, 7.^a ed. 2004.

FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal* (trad. ZOMER SICA et al.), 3.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

FINNIS, John, “The Restoration of Retribution”, em *Analysis*, n.º 32, 1972.

FLETCHER, George, “Utilitarismus und Prinzipiendenken im Strafrecht”, em *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.º 101, 1989.

FRISCH, Wolfgang, “Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention”, em SCHÜNEMANN et al. (eds.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, Heidelberg, C.F. Müller, 1998.

GARDNER, Martin R., “The Renaissance of Retribution”, em *Wisconsin Law Review*, 1976.

GARLAND, David, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago, University of Chicago Press, 2001.

GOLDMAN, Alan H., “Toward a new theory of punishment”, em *Law and Philosophy*, n.º 1, 1982.

GRECO, Luís, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie: Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlim, Duncker & Humblot, 2009.

_____. “A Ilha de Kant”, em ÍDEM; MARTINS, Antonio (eds.), *Direito penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012*, São Paulo, Marcial Pons, 2012.

GREENAWALT, Kent, “Punishment”, em *Journal of Criminal Law and Criminology*, n.º 74, 1983.

HAMPTON, Jean, “The moral education theory of punishment”, em *Philosophy & Public Affairs*, n.º 13, 1984.

_____. “An Expressive Theory of Retribution”, em CRAGG, Wesley (ed.), *Retributivism and its Critics*, Wiesbaden, Franz Steiner Verlag, 1990.

_____. “Liberalism, retribution and criminality”, em COLEMAN, Jules; BUCHANAN, Allen (eds.), *In Harm's way: Essays in honor of Joel Feinberg*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

_____. “The Intrinsic Worth of Persons: Contractarianism in Moral and Political Philosophy”, em FARNHAM, Daniel (ed.), *The Intrinsic Value of Persons: Contractarianism in Moral and Political Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

HART, Herbert Lionel Adolphus, “Prolegomenon to the Principles of Punishment”, em *Proceedings of the Aristotelian Society*, n.º 60, 1959.

HENKE, Martin, *Utilitarismus und Schuldprinzip bei der schuldunabhängigen Strafe im angelsächsischen Rechtskreis*, Bonn, tesis doctoral, 1990.

HOERSTER, Norbert, *Muss Strafe sein? Positionen der Philosophie*, Munique, C.H. Beck, 2012.

HONDERICH, Ted, *Punishment: The Supposed Justifications Revisited*, Londres, Pluto Press, 2006.

HÖRNLE, Tatjana, *Straftheorien*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2011.

_____. “Claus Roxins straftheoretischer Ansatz”, em HEINRICH, Manfred; JÄGER, Christian; SCHÜNEMANN, Bernd (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, Berlim, Walter de Gruyter, 2011.

HUSAK, David, “Why Punish the Deserving?”, em *Nous*, n.º 26, 1992.

_____. “Retribution in Criminal Theory”, em *San Diego Law Review*, n.º 37, 2000.

_____. “Holistic Retributivis”, em *California Law Review*, n.º 88, 2000.

_____. “Malum Prohibitum and Retributivism” em DUFF, Antony; GREEN, Stuart (eds.), *Defining Crimes: Essays on the Special Part of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

_____. “Why Criminal Law: A Question of Content?”, em *Criminal Law and Philosophy*, n.º 2, 2008.

_____. “Broad Culpability and the Retributivist Dream”, em *Ohio State Journal of Criminal Law*, n.º 9, 2012.

_____. *Retributivism in Extremis*, 2012.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlim, Duncker & Humblot, 1996.

JOECKS, Wolfgang, em JOECKS, Wolfgang; MIEBACH, Klaus (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB*, t. 1, Munique, C.H. Beck, 2011.

KAISER, Hanno, *Widerspruch und harte Behandlung*, Berlim, Duncker & Humblot, 1999.

KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, t.VIII, Berlim, Suhrkamp, 1997, p. 453 [*La metafísica de las costumbres* [trad. Adela CORTINA ORTS e Jesús CONILL SANCHO], Madrid, Tecnos, 1996.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven, *Fairness versus Welfare*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2002.

KLEINIG, John, *Punishment and Desert*, La Haya, Springer, 1973.

KLOCKE, Gabriele; MÜLLER, Henning, “Zur Renaissance der Vergeltung – Ringpublikationsprojekt ‘Prävention und Zurechnung – Präventionsorientierte Zurechnung?’”, em *Strafverteidiger*, n.º 9, 2014.

KORIATH, Heinz, “Über Vereinigungstheorien als Rechtfertigung staatlicher Strafe”, em *Jura*, 1995.

LÜDERSSEN, Klaus, “Muss Strafe sein?”, en HERZOG, Felix *et al.* (eds.), *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C.F. Müller, 2010.

MABBOTT, John D., “Punishment”, em *Mind. New Series*, n.º 48, 1939.

MACKIE, John, “Morality and the retributive emotions”, em *Criminal Justice Ethics*, n.º 1, 1982.

MAÑALICH, Juan Pablo, “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva” em *InDret*, n.º 2, 2015.

MARKEL, Dan, “What Might Retributive Justice Be? An Argument for the Confrontational Conception of Retributivism”, em WHITE, Mark (ed.), *Retributivism: Essays on Theory and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

MARTINSON, Robert, “What works? – questions and answers about prison reform”, en *The Public Interest*, n.º 35, 1974.

MATRAVERS, Matt, “Is Twenty-first Century Punishment Post-desert?”, em TONRY, Michael (ed.), *Retributivism Has a Past: Has it a Future?*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

MCCLOSKEY, H. J., “A non-utilitarian approach to punishment”, em BAYLES, Michael D. (ed.), *Contemporary Utilitarianism*, Gloucester, Peter Smith, 1968.

_____. “Two Concepts of Rules’—A Note”, em *The Philosophical Quarterly*, n.º 22, 1972.

MOORE, Michael, *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

_____. *Objectivity in Ethics and Law*, Farnham, Ashgate, 2004.

MOORE, George Edward, *Principia Ethica*, Revised Edition, Cambridge, University Press, 1993.

MORRIS, Herbert, “Persons and Punishment”, em *The Monist*, n.º 52, 1968.

_____. “A Paternalistic Theory of Punishment”, em *The Philosophical Quarterly*, n.º 18, 1981.

MURPHY, Jeffrie, *Retribution, Justice and Therapy: Essays in the Philosophy of Law*, Dordrecht, D. Reidel, 1979.

_____. *Retribution Reconsidered*, Springer, 1992.

_____. “The State’s Interest in Retribution”, en *Journal of Contemporary Legal Issues*, n.º 5, 1994.

NEUMANN, Ulfrid; SCHROTH, Ulrich, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1980.

NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books 1974.

PAWLIK, Michael, *Das Unrecht des Bürgers*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2012.

_____. *Person, Subjekt, Bürger*, Berlim, Duncker & Humblot, 2004.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena”, em *InDret*, n.º 4, 2014.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard, *Grundrechte - Staatsrecht II*, 27.ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2011.

PRIMORATZ, Igor, *Justifying Legal Punishment*, Humanity Books, 1989.

QUINTON, Anthony, “On punishment”, em *Analysis*, n.º 14, 1954.

RAWLS, John, “Two concepts of rules”, em *The Philosophical Review*, n.º 64, 1955.

_____. *Teorías sobre la Ética*, México, Fondo de cultura económica, 1974.

ROSEBURY, Brian, “Moore’s Moral Facts and the Gap in the Retributive Theory”, em *Criminal Law and Philosophy*, n.º 5, 2011.

ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 4.ª ed., Munique, C.H. Beck, 2006.

_____. “Strafe und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, em HASSEMER, Winfried *et al.* (eds.), *In Dubio pro Libertate: Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, Munique, C.H. Beck, 2009.

SADURSKI, “Theory of punishment, social justice, and liberal neutrality”, em *Law and Philosophy*, n.º 7, 1988.

SCHÜNEMANN, Bernd, “Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur - Gedanken zu Immanuel Kant und Heinrich von Kleist”, em PRITTWITZ, Cornelius *et al.* (eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden, Nomos, 2002.

_____. “Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland”, em HIRSCH, Hans Joachim/WEIGEND, Thomas (eds.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Berlim, Duncker & Humblot, 1989.

_____. “Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht”, em ÍDEM (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlim, Walter de Gruyter, 1984.

_____. “Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie,” em ÍDEM et al. (eds.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, Heidelberg, C.F. Müller, 1998.

SHER, George, *Desert*, Princeton, Princeton University Press, 1987.

SHAFER-LANDAU, Russ, “The Failure of Retributivism”, em *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, n.º 82, 1996.

STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.ª ed., Munique, Vahlen, 2011.

TEIXEIRA, *Teoria da aplicação da pena: Fundamentos de determinação judicial da pena proporcional ao fato*, 2015.

TEN, Chin Liew, *Crime, Guilt and Punishment: A Philosophical Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 1987.

TONRY, Michael “Thinking about punishment”, em ÍDEM (ed.), *Why Punish: A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

VON HIRSCH, Andrew, *Censure and Sanctions*, Oxford, Oxford University Press, 1993.

VON HIRSCH, Andrew, *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*, Berlim, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005.

VON HIRSCH, Andrew; HÖRNLE, Tatjana, “Positive Generalprävention und Tadel”, em SCHÜNEMANN et al. (eds.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, Heidelberg, C.F. Müller, 1998.

WALKER, Nigel, “Modern Retributivism”, em GROSS, Hyman; HARRISON, Ross (eds.), *Jurisprudence: Cambridge Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1992.

WHITMAN, James, “A Plea against Retributivism”, em *Buffalo Criminal Law Review*, n.º 7, 2004.

ZAIBERT, Leo, *Punishment and Retribution*, London, Routledge, 2006.

ZIFFER, Patricia, “Acerca del ‘resurgimiento’ del retribucionismo” em *En Letra Derecho Penal*, n.º 6, 2018.