

CONTRATO, VIRTUDES E O PROBLEMA DA PUNIÇÃO

Denis Coitinho Silveira
Unisinos/CNPq

Resumo: O objetivo desse artigo é investigar o problema da justificação da punição, a saber, como é possível justificar normativamente o dano intencional retributivo reprobatório infligido pelo Estado aos ofensores? Nossa estratégia será tentar conectar a função corretiva e os eventos de remorso, arrependimento e perdão do âmbito privado da punição com o domínio público, de forma a questionar a correção normativa da punição legal. Posteriormente, veremos como o contratualismo pode justificar a instituição da punição de uma forma mais eficiente e como a ética das virtudes pode ser um atrativo modelo quando pensamos em quem punir e o quanto. Por fim, defenderemos que uma teoria moral mista seria desejável para melhor resolver os complexos problemas da justificação da punição.

Palavras-chave: Contrato, virtudes, responsabilidade moral, punição.

Abstract: The purpose of this article is to investigate the problem of the justification of punishment, namely, how is possible to justify the reprobative retributive intentional harm inflicted by the state to the offenders? Our strategy will be try to connect the corrective function of punishment, as well the events of remorse, repentance, and forgiveness of the private sphere with the public domain, in order to discuss the normative correction of legal punishment. Following this, we shall see how contractualism may justify the institution of punishment in a more efficient way and how virtue ethics can be a powerful model in relation to who should be punished and in what measure. Finally, we shall set out the reasons why a mixed moral theory can better solve the complex problems involved in the justification of punishment.

Keywords: *Contract, virtues, moral responsibility, punishment.*

I

Queremos refletir sobre o problema da punição em razão de dois motivos centrais, a saber, um empírico e outro normativo. O motivo empírico é que punição legal não parece estar conseguindo alcançar seu objetivo central de prevenir futuros crimes e obter estabilidade social, haja visto o alto índice de reincidência observado no sistema punitivo brasileiro, bem

como o elevado aumento proporcional da população carcerária em geral. A razão normativa é que parece problemática a forma como habitualmente se justifica a instituição da punição, seja apelando para os critérios retributivista ou consequencialista, ou mesmo para as teorias educativa ou expressivista. O problema que nos ocuparemos é a respeito de como justificar moralmente a punição, isto é, como justificar normativamente o dano intencional retributivo reprobatório infligido pelo Estado aos ofensores que agiram erroneamente e são responsáveis por seus atos?

Mas, do que é mesmo que estamos tratando quando falamos de punição? Iniciemos com a identificação de alguns aspectos que parecem estar envolvidos na instituição da punição legal para, posteriormente, formularmos uma definição inicial. Ela parece ter relação com:

- (i) reprovar os agentes responsáveis que descumpriram a lei ou que cometeram um ato ilícito sem desculpas apropriadas, especialmente, reprovar o dano causado por esses atos;
- (ii) causar dano ou sofrimento aos que descumpriram a lei;
- (iii) agir intencionalmente para causar dano ou sofrimento;
- (iv) retribuir de alguma forma o dano causado pelos ofensores;
- (v) contar com uma autoridade legítima para causar o dano intencional.

Assim, creio que podemos definir a punição legal, inicialmente, como um dano ou sofrimento intencional reprobatório retributivo infligido pelo Estado aos ofensores, tomados como responsáveis e que não possuem desculpas apropriadas. Embora tomemos a punição geralmente como uma instituição política, gostaria de alargar essa definição de punição para a conectar especialmente com o âmbito interpessoal, pois isso será fundamental para o meu argumento. Se olharmos para a punição no contexto de uma família, por exemplo, podemos compreender que a punição implica, também, em ser uma ação reprobatória e retributiva de algum ato errado cometido por um filho que é responsável, por exemplo, que visa causar algum tipo de sofrimento, e é realizada por uma autoridade legítima, os pais. Mas, diferentemente da punição estatal, a punição familiar visa corrigir o caráter do agente que agiu erroneamente e não apenas causar sofrimento como retribuição. Isso também parece uma característica importante da punição como ocorre nas Forças Armadas ou na escola. Esse alargamento, creio, nos permite identificar qual é o gênero e as espécies de punição. Como gênero, a punição se mostra como um ato reprobatório, retributivo que causa um dano intencional a um agente responsável, mas que intenciona a correção do seu

caráter, e é feita por uma autoridade legítima. Entretanto, parece existir duas espécies de punição: a interpessoal e a legal. A especificidade da punição legal é que a legitimidade de sua autoridade é política, o que implica contar com o Direito Penal para dizer o que será crime e o Estado para instituir esse sistema. Outra diferença importante é que o erro é público e não privado como no caso da punição familiar ou de outra instituição não pública.

O nosso problema é ver como podemos justificar essas ações reprobatórias retributivas que intencionam causar dano ou sofrimento, considerando que é um erro moral o causar sofrimento. Mesmo assumindo que aqueles que descumpriram a regra ou a lei são responsáveis por suas ações e que as regras e leis são justas, ainda assim teríamos um problema moral, a saber: como pode do fato da pessoa responsável descumprir uma regra ou lei justa seguir a permissão moral para uma autoridade legítima causar dano ao agente, sendo que isso não é permitido em situações regulares?

Veja-se que no âmbito familiar não é difícil ver que a justificação moral de causar sofrimento com um castigo, a perda da mesada ou mesmo com uma palmada, é com a expectativa de crescimento moral do filho. Quer dizer, a punição é tomada como uma oportunidade para reflexão de que algo de errado ocorreu, por exemplo, um ato de *bullying* e, assim, que possa gerar um sentimento de culpa e ter por consequência o arrependimento. Finalmente, após o arrependimento, espera-se que o agente se desculpe do ato e possa obter o perdão. Mas, e com a instituição política da punição seria o mesmo?

Vejamos algumas das várias respostas que já foram dadas a esse problema e o que pensamos serem os seus limites. Um esclarecimento inicial: quando falamos no problema da justificação da punição legal, estamos falando de três problemas interconectados, mas que possuem diferenças específicas, a saber: há o problema do por que devemos punir, a quem punir e o quanto punir. Assim, o problema da justificação adquire maior clareza ao falarmos na justificação da instituição da punição (J1), na justificação dos atos particulares punitivos (J2) e na justificação da penalidade propriamente dita (J3). Essa distinção parece importante uma vez que as várias respostas que já foram dadas ao problema não se mostram capazes de responder adequadamente às três questões simultaneamente.

Iniciemos com o retributivismo. Atitudes reativas de censura e punição tem por base o mérito (J1) e a base do mérito é a culpa do agente em ter agido erroneamente (J2), sendo a punição proporcional ao ato errado culpável (J3). Para o retributivismo, a pessoa que age erroneamente mereceria sofrer de forma proporcional ao seu erro, tendo por foco a culpa do agente, isto é, um ato do passado. O problema central de J1 é que ela quer causar sofrimento ao

culpado por ter agido erroneamente, querendo retribuir o mau causado. Isso é um problema moral, pois parece problemático justificar esse querer, uma vez que duas coisas consideradas más não se transformam em um bem automaticamente. Isso parece implicar num retrato equivocador de uma pessoa má, que por sua própria vontade, intencionalmente age contra as regras justas da sociedade que beneficiam à todos, inclusive à ele. Mas e as condições de escolha? São elas apropriadas? E o aspecto de responsabilidade coletiva, não seria importante levá-lo em conta?

O mérito dessa concepção é que ela parece responder apropriadamente a J2 e J3, uma vez que a culpa pelo ato errado justificaria corretamente o ato particular de punição e a proporcionalidade parece ser uma resposta adequada em relação a quantidade correta. Veja-se que nesse modelo os direitos dos agentes são respeitados, pois nenhuma pessoa pode ser punida a menos que seja culpada de um crime. Também, ela não pode sofrer uma punição maior do que o crime cometido. Mesmo assim, alguns problemas podem ser apontados. Um deles é que essa concepção parece implicar em moralismo jurídico, uma vez que o crime nada mais é do que um ato tomado como errado moralmente que foi convertido em um erro público. Veja-se o caso de Oscar Wilde. Ele foi condenado a dois anos de prisão, com trabalhos forçados, por praticar atos homossexuais em 1895. Ele foi culpado do ato e dois anos de prisão pareciam apropriados por ter cometido atos imorais com diversos rapazes. Mas, a homossexualidade é mesmo um erro moral? Não haveria uma certa arbitrariedade na determinação do que conta como crime?¹

Como contraponto ao retributivismo, o modelo utilitarista parece responder muito bem a J1, mas não parece dar uma resposta apropriada a J2 e J3, uma vez que eles serão tomados apenas como meio para J1. Vejamos isso em maior detalhe. A justificação da instituição punição se daria pela eficácia social, isto é, pela prevenção. Ela quer prevenir futuros atos errados e alcançar estabilidade social. A punição se justificaria por seus resultados sociais de prevenir futuros crimes, uma vez que ela teria um papel inibidor, além de querer propiciar uma sensação de segurança aos cidadãos. Assim, as boas consequências sociais é que seriam uma condição necessária e suficiente para a instituição da punição. Até aqui tudo bem, uma vez que há uma unanimidade de que uma instituição política tem por finalidade a eficácia social. O problema é que, para tal fim, ela poderia punir o inocente e, mesmo punindo o culpado, trataria o agente puramente como meio e não como fim nele

¹ Para uma compreensão mais completa dos argumentos retributivistas, ver MURPHY, 1973, p.217-231, inclusive com uma detalhada explicação da concepção kantiana e hegeliana de retributivismo.

mesmo. Quer dizer, não se consideraria o agente como tendo direitos que não poderiam ser desrespeitados. Vejam-se as práticas reabilitacionistas que querem modificar o agente através de cirurgias ou com uso de certos medicamentos que pretendem “curar o doente”, como é o caso da castração química. Esse tipo de prática não parece moralmente justificada por tratar o agente como um objeto e não como um ser autônomo. Um problema conectado ao mencionado acima é que o consequencialismo pode punir demasiadamente o culpado ou mesmo não puni-lo se isso implicar em maior eficácia social. Porém, isso não parece moralmente adequado a partir de nossa sensibilidade moral que valora positivamente a dignidade e a autonomia das pessoas.²

Por outro lado, alguns modelos mistos procuram congregiar os aspectos positivos das concepções anteriormente referidas, a saber, apelando para J1 pelos melhores resultados sociais, isto é, pela prevenção de futuros erros cometidos, com a cláusula de só punir o culpado (J2). A ideia geral seria integrar consequencialismo com retributivismo, como uma forma de olhar tanto o futuro quanto o passado. A concepção de Rawls é um exemplo de um modelo deste tipo, bem como a de Hart e a de Brink. Hoje esses modelos são tomados como um retributivismo negativo.

A proposta de Rawls é usar um argumento coerentista dizendo que a regra que aprovaria a punição do inocente visando o bem social (*telishment*) não seria aprovada por nossos juízos ponderados. A forma de ver isso é através de um procedimento em que (i) um legislador ideal não criaria uma regra que permitisse o *telishment* porque haveria um grande risco de abuso do poder discricionário dos juízes, bem como invalidaria a legitimidade da punição aos olhos dos cidadãos e (ii) um juiz ideal seguiria a regra da punição ideal mesmo quando, em um caso particular, se esperaria melhores consequências com a sua violação (RAWLS, 1955, p. 21-29). O argumento de Hart parece similar, uma vez que a justificção geral da punição se daria pela minimização dos erros futuros com a maximização da liberdade. Hart concorda com Bentham que a prática da punição pode ser justificada pelas boas consequências de evitar ações erradas no futuro e, também, faz uso da distinção retributivista entre culpado e inocente a fim de valorizar a liberdade. Uma diferença importante é que a regra da justiça que restringe a punição ao inocente é inteiramente instrumental para Hart (HART, 1959-1960, p. 8-11). De forma similar, o retributivismo fraco de Brink procura conectar as

² Ver TADROS, 2013, p.31-40, para um melhor entendimento da concepção consequencialista de punição e sua distinção da concepção instrumentalista, bem como para mais detalhes do reabilitacionismo, ver WALKER, 1991.

considerações retributivistas sobre o mérito do ato errado culpável com as considerações consequencialistas sobre por que e quanto punir os ofensores. Veja-se que nesse modelo o ato errado culpável estabelece apenas uma razão *pro tanto* para J2, excluindo o sofrimento e podendo até incluir o perdão (BRINK, 2012, p.498-500).

Mesmo considerando os avanços dessas concepções mistas ao resolverem algumas das importantes questões que estamos investigando, especialmente a moralidade parcial de J1, creio que elas não conseguem oferecer um fundamento adequado para J2 e J3, especialmente se olharmos para certos problemas como o da dissimilaridade entre moralidade e legalidade e para os elementos arbitrários da punição e da pena. Vejamos.

II

O primeiro problema a que faço referência é o da dissimilaridade entre a moralidade e a legalidade, tanto na perspectiva dos eventos envolvidos como na sua temporalidade. Creio ser uma questão incontroversa que a moralidade é uma base fundamental para a legalidade, de forma que o que se considera errado, mau e injusto na comunidade moral passa a valer no âmbito público em forma de leis que proibirão os atos tidos como errados ou injustos. E a recíproca é verdadeira. Dou alguns exemplos do que estou dizendo. Foi a consideração moral a respeito da igualdade racial por parte da comunidade moral que exigiu uma mudança legal que criminalizou o racismo no Brasil. De forma similar, foi a nossa compreensão moral sobre a igualdade entre homens e mulheres que exigiu a supressão dos “crimes contra honra” no Código Penal Brasileiro. Mas, também é verdadeiro que a lei que criminalizou o racismo e a violência contra as mulheres no Brasil auxilia na modificação da consciência moral da comunidade, a tornando mais tolerante e igualitária.³

Mas, o que constitui mesmo a moralidade? A esfera moral pode ser entendida a partir do uso de conceitos normativos morais na nossa linguagem, tais como “certo”, “errado”, “dever”, que pretendem proibir, obrigar ou incentivar certas ações. Por exemplo, cotidianamente proferimos juízos morais na comunidade, dizendo que “a tortura é injusta”, “é errado mentir ou quebrar a promessa”, que “devemos ser solidários”. Além disso, a

³ Mesmo um positivista como Hart não parece ter problema em admitir uma base moral do direito, o que não é a mesma coisa que dizer que a base do direito se encontraria nos valores morais que existiriam em separado do âmbito factual, tais como contidos nas leis divinas ou naturais. Hart reconhece, bem como Bentham e Austin, uma “interseção entre direito e moral”. Ver HART, 1958, p.598-599.

moralidade parece mobilizar nossos afetos e sentimentos. Se um amigo mente para mim, eu posso sentir ressentimento e censurá-lo pelo ato. Ele, por sua vez, pode sentir remorso pela ação cometida que me causou sofrimento e pedir desculpas pela mentira. No fim das contas, se eu reconhecer que suas desculpas foram sinceras, eu posso perdoá-lo. E, além da pergunta do como devemos agir, parece que a moralidade também nos impulsiona a perguntar que tipo de pessoas devemos ser. E, assim, elogiamos alguém por ser solidário e fiel, bem como censuramos outros por seu egoísmo e inveja.

O ponto que ressaltei é que há uma continuidade entre a moralidade e legalidade e procurei explicar o que está envolvido, ao menos parcialmente, no âmbito moral. Para a punição, é importante perceber que o seu fundamento normativo parece se constituir na censura moral ou, ao menos, que a censura moral é uma condição normativa necessária para a punição. Quer dizer, é porque censuramos moralmente alguém pelo ato de roubo ou estupro, por exemplo, considerando que o agente era responsável e estava numa situação adequada para escolher, que parece correto punir o ofensor com uma dada penalidade. Provavelmente, com a perda temporária da liberdade. Veja-se que crianças e adultos insanos não são passíveis de punição em razão de não serem tomados como moralmente responsáveis por suas ações, o que parece implicar não serem censuráveis moralmente, e isto por não possuírem uma condição central tanto para a censura moral como para a punição que é a capacidade de autocontrole reflexivo do agente.⁴

O problema é que parece existir uma dissimilaridade entre os eventos identificados no âmbito moral e na punição pública. Veja-se que os sentimentos e atitudes de remorso, arrependimento e perdão, por exemplo, fundamentais para a moralidade, parecem não terem um papel tão relevante na instituição da punição legal, a não ser na mitigação da pena. Mas, não parecem exercerem um papel relevante na constituição da mesma ou até na sua supressão.

Passo para o problema de descontinuidade temporal. Uma diferença importante entre censura e punição legal é que a censura moral pode ser diacrônica e a punição é sincrônica por sua essência. Veja-se que a censura pode mudar com o tempo, ela pode enfraquecer e até desaparecer, como no caso do perdão, em que uma pessoa perdoa o ato cometido pelo ofensor em razão de seu pedido de desculpas e arrependimento. Numa situação como essa, o agente não sentiria mais ressentimento, não julgaria mais o seu ofensor como tendo

⁴ Rosen defende, de forma apropriada ao meu ver, que uma teoria das sanções morais é anterior a uma teoria da punição e isso em razão de tanto a censura e a punição requererem a capacidade de autocontrole reflexivo do agente. Ver ROSEN, 2015, p.84-85. Ver, também, WALLACE, 1994, p.13-16.

um caráter vicioso e nem a relação entre eles continuaria deteriorada. Mas com a punição legal não ocorre o mesmo. A pena para alguém que foi julgado e condenado não muda com o tempo, isto é, ela permanece inalterada, independente do ato cometido ter sido perdoado pela vítima em razão do arrependimento e remorso do ofensor. É claro que se pode identificar diacronia também, uma vez que as leis mudam e podem até retroagir. Mas a punição é sincrônica em razão do sistema legal obter sua legitimidade e até existência a partir de sua continuidade, o que parece exigir uma coerência diacrônica do sistema legal, isto é, um elemento comum no tempo.⁵

Vejamos um caso para ilustrar esse ponto. Imaginemos uma mulher de quarenta anos, vítima de estupro, que oito anos após o crime acaba perdendo o seu jovem agressor em razão de seu pedido de desculpas e sua demonstração de arrependimento. Do ponto de vista moral, o problema parece resolvido. Mas, do ponto de vista legal, o juiz não poderia revogar a sentença de 14 anos de prisão e, assim, o ofensor ficará detido por mais seis anos. Isto é justo? É certo que a razão para tal seria tentar garantir a segurança de toda a comunidade, não vendo o caso apenas como uma questão privada. Mas, necessariamente, se obterá segurança com o cumprimento integral da pena?

Um outro caso que penso exemplificar bem o que estou tentando ressaltar foi a recente soltura de 6.000 detentos de prisões federais por tráfico de drogas nos EUA. Em abril de 2014, a *United States Sentencing Commission* reduziu drasticamente as penas para muitos crimes não violentos ligados às drogas, tais como tráfico de cocaína e crack. Como mudou a lei que trata do tráfico de drogas e a penalidade atribuída ao ato em razão dele não mais sofrer a mesma censura moral, parece que haveria uma injustiça em manter inalterada a sentença daqueles que foram presos nos anos 80 e 90, período em que ainda vigorava a guerra contra às drogas e, assim, penas mais duras. Esse é um exemplo de diacronia na punição, mas que não é regra no sistema penal em nenhum país, nem nos EUA. Parece que se não tivesse havido a pressão do próprio Chefe do Departamento de Justiça, Eric Holder, bem como se não existisse um esforço bipartidário para diminuir o número de pessoas encarceradas por tráfico de drogas, os que foram presos nos anos 80 e 90 provavelmente continuariam na cadeia, uma vez que a lei, de forma geral, não é retroativa.⁶

⁵ Raz defende a existência e continuidade do sistema legal, de forma que ele deve ter uma coerência diacrônica. Ver RAZ, 1980, p.211-212. Sobre a continuidade do sistema legal, ver SPAGNOLO, 2015, p.162-163.

⁶ Ver a reportagem de Michael Schmidt, publicada no jornal *The New York Times*, em 6 de outubro de 2015.

O segundo problema que quero abordar é o da arbitrariedade da punição e da pena. Veja-se que casos de sorte circunstancial e resultante podem revelar alguns elementos arbitrários da punição. O caso de Adolfo Eichmann creio se encaixar bem no que estou querendo apontar. Eichmann foi tenente-coronel da SS e responsável pela logística de extermínio, isto é, pela identificação e transporte de milhões de pessoas para os diferentes campos de concentração. Com a derrota da Alemanha, fugiu para a Áustria e, posteriormente, para a Argentina, lugar onde foi capturado em 1960. Levado à Israel, foi acusado e considerado culpado dos crimes contra humanidade e contra o povo judeu, dentre as 15 acusações. Em 1961 foi condenado à morte por enforcamento e executado em 1 de junho de 1962. Meu ponto é que se ele não tivesse retornado para Alemanha em 1933, e tivesse continuando a trabalhar com o seu pai na Áustria, ou mesmo se ele tivesse permanecido trabalhando como vendedor, provavelmente ele teria levado uma vida tranquila e correta, dado o seu caráter disciplinado e cumpridor de ordens e, provavelmente, não teria sido punido. É claro que continuaríamos tendo razões para censurá-lo por ter entrado no Partido Nazista e na SS em 1932. Mas, não teríamos uma justificação para puni-lo com a morte apenas por sua filiação a um partido que defendia práticas de eugenia. Não haveria aqui um problema de arbitrariedade da punição em razão de sua má sorte circunstancial? Também não seria arbitrário punir apenas o motorista imprudente que atropela uma criança, considerando um outro motorista imprudente que não encontra nenhuma criança no seu caminho?⁷

Também parece existir uma desproporção entre a violação dos direitos da vítima e dos criminosos, pois em alguns casos a pena do criminoso é desproporcionalmente maior do que o crime que é cometido, como nos crimes contra a propriedade ou mesmo nos crimes de tráfico de drogas. Veja-se que a punição excessiva de um agente culpado parece análoga com a punição do inocente, uma vez que o total pelo qual a punição de uma pessoa culpada excede o que tomamos como justo parece ser moralmente equivalente ao total da punição de uma pessoa inocente.⁸

Com essas considerações feitas, deixem-me agora retomar a afirmação de que os modelos híbridos, a despeito de seus avanços, seriam insuficientes. Tanto para Rawls, Hart, assim como para Brink, J1 se daria pela prevenção de

⁷ Sobre sorte circunstancial e resultante, ver NAGEL, 1976, p.57-59. Ver, também, ZIMMERMAN, 2002, p.571.

⁸ Alan Goldman apresenta esse problema da desproporção entre a violação dos direitos das vítimas e dos criminosos para a justificação da punição. Em suas palavras: "Em nossa sociedade tal privação de liberdade é uma porção pequena dos danos sofridos na prisão como punição por um crime contra a propriedade" (GOLDMAN, 1995, p.49).

futuros crimes. É claro que essa posição é um avanço, pois já não quer causar sofrimento ao agente que é culpado da ofensa, olhando para frente de maneira apropriada. Entretanto, não parece refletir o aspecto da correção do caráter do agente que se mostra essencial no âmbito familiar. Se a especificidade “pública” da punição legal não for um motivo suficiente dessa diferença apontada, penso que a razão do porque devemos punir deva incluir esse aspecto corretivo. Também, J2 e J3 apresentam avanços importantes, uma vez que só se poderá punir o culpado e não o inocente, bem como toma a proporcionalidade como critério da pena, o que assegura os direitos dos indivíduos. Entretanto, elas não refletem necessariamente os sentimentos e atitudes de remorso e perdão, que são fundamentais na censura moral, para a constituição da pena ou sua supressão, da mesma forma que não refletem necessariamente a diacronia da censura nas práticas punitivas. Também se mostram insuficientes para capturar os casos de sorte resultante e circunstancial no âmbito da punição. Não parecem considerar o aspecto coletivo da responsabilidade e nem o raciocínio apropriado que teríamos que ter para a determinação do certo e errado e esclarecer a sua gradação.

No restante do texto apresentaremos um esboço de uma concepção normativa híbrida entre contratualismo e ética das virtudes para a justificação da punição, procurando superar as limitações já apontadas. Para tal, (III) iniciamos esclarecendo as condições de responsabilidade moral e punição, com especial atenção para os tipos de censura que estarão envolvidas nas práticas punitivas. Posteriormente, (IV) veremos como o contratualismo pode justificar a instituição da punição de uma forma mais eficiente e (V) como a ética das virtudes pode ser um atrativo modelo normativo quando pensamos em quem punir e o quanto. Por fim, (VI) defenderemos que um modelo normativo misto seria desejável para tratar dos problemas da justificação da punição.

III

Na seção anterior apontamos para um paradoxo da responsabilidade moral e punição e também dissemos que a censura parece ser uma condição normativa necessária para a punição. Mas quais são mesmas as condições de responsabilidade moral e legal do agente e qual seria a natureza da censura nos casos de punição legal? Parto de um exemplo para esclarecer esse ponto.

Imaginemos dois amigos, Augusto e Beto. Num certo dia, Beto conta para Augusto que está saindo com uma mulher casada e que ele se sente mau por isso, tanto por estar traindo sua esposa, Cássia, como, também, por estar traindo o marido de sua amante que, pelo que sabe, é uma boa pessoa.

Imaginemos que a resposta de Augusto seja que Beto não está agindo corretamente, que ele não deveria ser infiel à sua mulher e que ele deveria tentar terminar esse caso. Aqui já podemos identificar as condições aristotélicas de responsabilidade moral, uma vez que estamos tratando de uma ação que é censurável por manifestar um traço comportamental não desejável no agente, a deslealdade, por exemplo, considerando que essa ação foi voluntária e que passou por um processo de deliberação e escolha.⁹ Beto é culpado do ato; esse ato é errado; ele não foi obrigado a fazê-lo; ele não tem desculpas apropriadas. Ele deliberadamente escolheu ter um caso com uma mulher casada e trair a sua esposa, Cássia e, com isso, colocar em perigo seu casamento e, no limite, colocar em jogo a felicidade de seus filhos. A censura feita por Augusto parece pressupor que Beto é um agente responsável, isto é, que ele escolheu, de alguma forma, fazer o que fez, o que parece implicar não vê-lo como alguém que estivesse determinado a trair, como tendo um certo tipo de compulsão sexual. Censuramos os agentes que pensamos terem uma capacidade de autocontrole reflexivo. Mas, qual é a natureza mesma da censura envolvida aqui e quais seriam as suas condições normativas?

Um primeiro aspecto que podemos observar é que a censura envolve um juízo de reprovação a uma ação errada que viola uma norma moral mutuamente aceita. Ela parece envolver uma avaliação negativa do caráter vicioso do agente ou da ação errada. Essa dimensão é o que Gary Watson chama de um juízo aretaico negativo, como o juízo proferido por Augusto dizendo que Beto “não deveria ser infiel a sua esposa”.¹⁰ Agora imaginemos que Beto diga que a mulher com quem ele está saindo é Bárbara, a mulher de Augusto. Não pareceria crível que Augusto apenas proferisse algum juízo adicional de reprovação a Beto, dizendo que ele “deveria ser leal aos amigos”. O caso parece que envolveria alguma emoção reativa, isto é, um sentimento de ressentimento em razão da traição do amigo e da mulher. Nessa dimensão das atitudes reativas, não apenas se condena uma ação ou um traço de caráter, mas se tem uma reação emocional como ressentimento ou indignação em

⁹ Não é claro se seria necessária ou não a capacidade do agente agir de outro modo para ser responsável, uma vez que aquele que adquiriu um traço de caráter virtuoso, agirá, *ceteris paribus*, sempre virtuosamente, não estando aberto para ele a possibilidade de agir diferentemente. Mas, isso não quer dizer que o agente virtuoso não será responsável. Por outro lado, essa instância das possibilidades alternativas parece estar aberta ao menos na ação inicial que possibilitou a posterior formação do hábito. Ver ARISTÓTELES, 1999, III, 1-5, 1109b30 – 1114a31.

¹⁰ Essa concepção de responsabilidade como atributabilidade (*attributability*) revela uma face aretaica, uma vez que a ação do agente reflete a qualidade de seu caráter. Isso mostra uma concepção de censura ligada ao mérito do agente em conduzir a sua vida de uma forma virtuosa ou viciosa. Nessa concepção, não há qualquer distinção entre censurar alguém e fazer juízos de censurabilidade. Ver WATSON, 1996, p.229-240.

razão de alguém falhar em levar os outros em consideração.¹¹ De forma similar, parece que a traição de Beto faria com que as disposições e expectativas de Augusto mudassem em relação ao que ele sentia anteriormente por Beto. Antes, ele se preocupava com a felicidade do amigo e queria que tudo de bom lhe acontecesse. Após o ocorrido, faz todo sentido imaginar que esse conjunto conativo positivo mude e, assim, a censura envolveria o responder de forma apropriada às ações morais erradas que deterioram as relações dos agentes.¹²

Veja-se que o que fizemos até aqui foi tentar precisar as condições de responsabilidade moral. Para um agente ser tomado como moralmente responsável ele parece dever contar com uma capacidade para avaliar reflexivamente a correção do ato, de forma que se essa ação manifestar um traço de caráter não desejável por não garantir uma vida bem-sucedida, considerando que essa ação foi voluntária, passou pelo processo de pesar razões e escolha e não é facilmente desculpável, ela será passível de censura. O que fizemos foi ressaltar o aspecto epistêmico da responsabilidade, de forma a sublinhar a competência moral requerida ao agente, que seria a de saber o que é certo e errado ou virtuoso e vicioso e ter uma capacidade disposicional adequada de agir a partir desse conhecimento. Mas, seria a liberdade um componente importante aqui? Quer dizer, o agente deveria ter controle sobre a ação de forma que ele, ao agir, poderia ter agido diferentemente? Com certeza, ele deverá ter algum tipo de controle sob sua ação ou a mesma será vista como determinada e, logo, não responsável. Mas que tipo de controle seria requerido? Fazendo uso da distinção de Fischer, parece que o fundamental para as diferentes dimensões de censura que fizemos referência seria o agente ter o controle de direcionamento, isto é, ter uma capacidade adequada de identificar razões morais e, também, uma capacidade moderada de agir a partir delas, não sendo necessária uma capacidade de agir de outra forma, isto é, ter um controle regulativo.¹³

¹¹ Strawson defende que as atitudes reativas são uma resposta emocional que damos às ações erradas que podem retirar nossa boa vontade em relação àqueles que agiram erroneamente. Ver STRAWSON, 1962, p.5-7. Ver WALLACE, 1994, p.18-50 e DARWALL, 2006, p.90, para a compreensão das atitudes reativas como demandas e responsabilidade moral como obrigatoriedade (*accountability*).

¹² Essa engenhosa concepção de censura de Scanlon ressalta um aspecto conativo e implica em uma concepção de responsabilidade como *answerability*. "Na interpretação que ofereço, censura normalmente envolve mais que uma avaliação, mas não é um tipo de sanção. Censurar uma pessoa por uma ação, na minha concepção, é tomar que ação indica algo sobre a pessoa que deteriora a nossa relação com ela (...)" (SCANLON, 2010, p.122-123).

¹³ Para Fisher e Ravizza, a responsabilidade moral não requer o tipo de controle que envolve a existência de possibilidades alternativas genuinamente abertas ao agente, o que não quer dizer que a responsabilidade não

Isso parece ser assim, pois mesmo considerando a verdade de uma tese determinista, de forma a ver o agente como não tendo a capacidade de agir de outro modo, parece que continuaríamos sentindo ressentimento e teríamos uma alteração em nossas disposições e intenções. No caso de Augusto, parece que mesmo a compreensão teórica de uma suposta ausência de controle regulativo tanto de Beto como de Bárbara não anularia o seu ressentimento com a traição, bem como, provavelmente, não modificaria a alteração sofrida em suas disposições e expectativas em relação a ambos. As condições de censurabilidade do caso, assim, parecem requerer a racionalidade e a razoabilidade do agente, quer dizer, a capacidade de identificar razões morais e reagir adequadamente à elas, respondendo de forma apropriada às demandas por justificação. A dimensão metafísica da responsabilidade não parece ter relevância aqui.

Agora, quais seriam as condições adicionais para a punição, especialmente para a punição legal? Para o agente ter responsabilidade legal ele precisa ter uma capacidade para entender o que é o ato ilícito, isto é, o que é crime. Se ele age de forma ilícita, sabendo que isso é crime, então, o Estado, além de ter o direito, passa a ter o dever de puni-lo. Veja-se que crime, assim entendido, é um erro público. Com isso, precisamos contar com o Direito Penal para determinar o que é crime e com o Estado para instituir o Direito Penal. Mas, o que faz um ato ser criminalizado? Em geral, é um ato errado que causa danos aos outros. Adicionalmente, se o agente manifestar intenção nesse ato errado danoso, isto é, se existir *mens rea*, a penalidade será maior, o que parece apontar para a relevância do mérito. Ao que tudo indica, também nesse âmbito público de censura, as condições de imputabilidade recairão na capacidade racional do agente em identificar o que é o ato ilícito e agir de acordo, evitando cometê-lo. E isso parecerá mais adequado se existirem condições equitativas para a escolha dos agentes entre cumprir o que a lei estabelece para a proteção da sociedade ou cumprir a pena, mas não parece ter relação com algo como o livre-arbítrio.

Agora, o que isso nos diz em relação ao caso dos dois amigos? Uma primeira conclusão é que Beto não poderá ser punido, uma vez que deslealdade e infidelidade não são crimes. Augusto pode censurar Beto, mas não pode puni-lo, considerando que a autoridade da punição legal é pública, bem como o erro é público e não privado. Ele poderia terminar a amizade com Beto, mas não poderia puni-lo, bem como poderia querer ter um caso

requerirá um tipo de controle. Ela exigirá um controle na sequência real da ação. Ver FISCHER; RAVIZZA, 1998, p.34-41.

com Cássia, mas isso seria apenas vingança. Agora, em relação à Bárbara, Augusto não poderia puni-la, além de censurá-la? Imaginemos que Augusto após saber da traição fosse conversar com a esposa e a censurasse fortemente, dizendo que ela foi desleal, infiel, que ele perdeu toda confiança nela e que quer o divórcio. Imaginemos que Bárbara demonstrasse arrependimento por ter tido um caso com o melhor amigo de Augusto, demonstrasse se sentir culpada e pedisse perdão. Augusto poderia puni-la? Tudo indica que sim, uma vez que ele poderia aceitar continuar casado e procurar aplicar alguma punição à esposa, por exemplo, tendo um caso com alguém ou demonstrando indiferença a ela durante um certo tempo. O que eu gostaria de chamar atenção é que esse caso não permite uma punição no âmbito público, mas a permite em um âmbito interpessoal. Nessa dimensão, a punição vai além da censura. Mas, o que vai além? Parece ser um desejo de correção do caráter do agente. A punição para Bárbara teria a função de corrigir o caráter desleal da esposa, sendo uma oportunidade para que ela identificasse o quanto ele é importante em sua vida e que ela deveria levar os seus sentimentos mais à sério e não voltar a trai-lo. Parece apontar para uma perspectiva de reconciliação. Mas, onde ficaria essa dimensão na punição legal? Seria a especificidade do “público” uma razão suficiente para a ausência dessa função corretiva? Não parece ser o caso.

Vejamos agora a natureza da censura nos atos de punição, particularmente a especificidade da censura legal. Em primeiro lugar, ela parece envolver mais que um juízo de censurabilidade. Pode-se dizer, privada ou publicamente, que ser egoísta é errado, mas isso não é uma razão para punir o indivíduo por algum ato egoísta. Quando se pune alguém, algo vai além de apenas fazer um juízo moral de censurabilidade. Emoções e disposições parecerem serem mobilizadas.

Então, a punição parece envolver alguma emoção reativa, seja de indignação, ressentimento ou, mesmo, desapontamento. A censura que precede uma punição é uma atitude reativa emocional ao erro cometido pelo agente. Parece mais adequada ao âmbito privado, como no caso de se sentir ressentimento pela traição, mas também é apropriada ao âmbito público, como no caso de se sentir indignação pelo ato de estupro. Nesse caso, a atitude reativa é de toda a comunidade política.

Em segundo lugar, no âmbito específico da punição legal, a censura parece ter relação com um tipo de resposta dada pelo Estado ao ofensor que modifica as suas disposições com ele porque essa ação errada deterioraria as relações na comunidade política. A partir dessa concepção scanloniana de censura, uma razão que o Estado teria para punir um ofensor que sequestrou uma pessoa, por exemplo, seria a de que esse tipo de ato errado deteriora as

relações sociais, ocasionando, provavelmente, insegurança e trazendo por consequência a instabilidade social.

Em terceiro lugar, a censura parece envolver um tipo de comunicação, isto é, a censura seria um tipo de comunicado de que o agente agiu erroneamente, seja um erro privado, tal como a infidelidade, seja um erro público, tal como o assassinato. Veja-se que a censura de Augusto à Bárbara parece contar com esse aspecto comunicativo muito claramente, a saber, a censura e punição teriam a função de deixar claro o erro que ela cometeu, a saber, a traição de sua confiança e esclarecer que isso é inaceitável. No âmbito coletivo, parece que a censura legal ao assassino teria a mesma função de expressar que ofensor cometeu um erro, o assassinato, e que isto é inaceitável para a convivência na comunidade política.¹⁴

Além do aspecto expressivista identificado na punição, creio que podemos perceber, em quarto lugar, um papel corretivo que é evidente ao menos no âmbito interpessoal. Além de comunicar que praticar *bullying* na escola é errado, a punição dada ao filho parece pretender que ele reflita sobre o que fez, reconheça as razões que ele teria para não agredir, se arrependa do ato cometido e que não cometa mais abusos. Quer dizer, a punição nessa esfera tem uma expectativa na mudança do caráter do agente. Parece ser igual no caso de Augusto e Bárbara.

Importante ressaltar que eu estou defendendo uma concepção funcional de censura. A ideia geral seria ver qual é a função da censura e, então, tentar identificar qual estado mental ou atividade que melhor se encaixa a sua função e isso aliado a uma concepção evolutiva de censura.¹⁵ No caso da punição, a função da censura parece ser uma atitude reativa ao ato errado que retiraria nossa boa vontade em relação ao agente, atitude tanto emocional como disposicional, além de ter uma função comunicativa a respeito do ato que foi errado e uma expectativa corretiva sobre o caráter do agente. Ambas funções da censura são diacrônicas, isto é, elas admitem modificações, podendo enfraquecer ou até desaparecer. Veja-se que o perdão

¹⁴ Angela Smith defende uma concepção de censura como protesto moral que revela claramente essa natureza comunicativa. Ver SMITH, 2013, p.43. Coleen Macnamara diz que, tal como uma punição ou reprovação, uma exigência moral é um ato comunicativo que impõe um ônus normativo. Ver MACNAMARA, 2011, p.91

¹⁵ Creio que uma forma interessante de compreender essas diversas dimensões da censura seja através de uma perspectiva evolucionista do cérebro, que adaptou antigas funções à novos usos. Isso poderia explicar as diversas dimensões da censura que, por um lado, parecem respostas emocionais negativas ao ato errado e, por outro, parecem atitudes reativas cognitivamente mais sofisticadas, nos apontando para uma linha evolutiva entre raiva, emoções morais de ressentimento, indignação ou culpa, disposições, comunicado, desejo de correção, punição. Ver McGEER, 2013, p.167-170. Sobre a evolução dos sistemas primitivos do cérebro, ver LINDEN, 2007, p.05-27.

de Augusto à Bárbara e mesmo à Beto, se esse tivesse se arrependido e se desculpado apropriadamente, poderia implicar no desaparecimento do ressentimento, tal como poderia significar uma nova alteração nas suas disposições e expectativas em relação a ambos. Assim, não haveria mais nada a comunicar em razão de se acreditar que o caráter deles já estaria corrigido. O problema é que a punição legal é sincrônica, não conseguindo refletir esse importante aspecto moral da censura.

Se a moralidade é uma base fundamental para a legalidade, de forma a ver a censura moral como um fundamento normativo da punição legal, tanto no sentido emocional, conativo, comunicativo e corretivo, então deveria existir uma similaridade a respeito de sua ordem temporal, bem como uma congruência entre os eventos existentes em ambos os fenômenos. Mas, dado que a censura é diacrônica e a punição legal é sincrônica, bem como os eventos de arrependimento e perdão, centrais na moralidade parecem não serem essenciais na esfera da punição legal, a justificação normativa da punição não parece adequada. No restante do texto, vejamos como o contratualismo e a ética das virtudes podem nos auxiliar a resolver esse paradoxo.

IV

O contratualismo parece nos oferecer uma resposta bastante consistente para a questão do por que devemos punir. De forma simples, J1 se daria pelo critério normativo do consenso, isto é, pelo critério de aceitabilidade. Agentes racionais e cidadãos razoáveis concordariam que a punição daqueles que cometeram crimes é permissível pelo fato de que o próprio ofensor teria consentido com um sistema de direito que possibilitasse tais atos punitivos, consentindo com as consequências legais de sua ação. Assim, a instituição da punição seria normativamente justificada porque as partes a teriam escolhido como o meio mais racional de lidar com aqueles que podem vir a descumprir a lei, reconciliando a autonomia do agente com a autoridade estatal coercitiva.

Uma vantagem inicial é que o contratualismo parece incluir os acertos dos modelos retributivista e consequencialista, uma vez que tanto garantirá os direitos dos indivíduos como terá uma preocupação com a estabilidade social. Vejamos. O criminoso é tomado como uma pessoa que deve ser punida porque ele aceitaria livremente essa consequência normativa por seu erro e, assim, ele é visto como tendo sua autonomia moral respeitada e não como uma mera coisa a ser manipulada. Por outro lado, a instituição da punição deve servir para uma melhoria social através da prevenção de futuros crimes,

garantindo a segurança dos cidadãos. A restrição é que a estabilidade social desejada não pode ferir os direitos individuais dos ofensores.

O que é comum em todas as teorias contratualistas é o argumento de que a justificação de uma regra se daria pela aceitação voluntária dos envolvidos. Agora, sobre como seriam as partes contratantes, que tipo de contrato e quais as suas restrições, não há uma resposta unânime. Sobre a primeira questão, algumas teorias tomam os contratantes como agentes racionais, enquanto outras os tomam como racionais e razoáveis. Também, há teorias contratualistas que defendem um tipo de consenso ideal, em que partes hipotéticas aprovariam a instituição da punição, enquanto há outras que defendem um consenso literal, em que cidadãos razoáveis aprovariam a punição legal em razão do valor positivo em ter certas formas de controle sobre o que acontece com eles. Sobre as restrições do contrato, alguns defendem uma restrição formal na escolha, sendo que outros dizem que o agente deve ter conhecimento total das circunstâncias.

Deixem-me exemplificar isso. Para Finkelstein, agentes racionais, com um conhecimento máximo de suas circunstâncias, concordariam com a instituição da punição com base no fato de que eles veriam a si mesmos como beneficiários do efeito preventivo de tal sistema punitivo (FINKELSTEIN, 2001, p.330-336). De forma similar, Nino defende que a punição seria consentida por um agente como uma consequência normativa da ofensa feita voluntariamente. Quer dizer, o consenso seria alcançado quando o ato fosse voluntário e o agente soubesse das consequências normativas em questão, o que implica considerar que o critério normativo do consenso nos daria uma justificação moral *prima facie* para exercitar o correlativo poder legal de punir o ofensor (NINO, 1983, p.297-300). Por outro lado, Murphy diz que numa teoria contratualista da punição, o agente, por ser racional, desejaria a sua própria punição desde que, em uma posição hipotética de escolha, as partes tivessem escolhido a instituição da punição como o meio mais racional de lidar com aqueles que podem vir a descumprir as regras (MURPHY, 1973, p.229-230). Isso parece capturar a forma com que Rawls aborda a questão, dizendo que as partes, em tendo acordado sobre os princípios de justiça numa situação hipotética, veriam como racional autorizar medidas punitivas para manter as instituições justas dada a possibilidade de alguns não agirem com senso de justiça (RAWLS, 1971, p.240-241, 270, 314-15, 575-77).

Agora, para além dessas diferenças, podemos ver que é o consentimento dado pelos agentes para a garantia de seus direitos o que funda a sua obrigação, sendo a sociedade formada por indivíduos com diversidade moral e que é o contrato que estabelece os limites do que cada um pode demandar ao outro. Faz sentido, assim, imaginar que as partes contratantes escolheriam a instituição da

punição ao menos por seu efeito estabilizador. Agora, se imaginarmos que as partes, além de autointeressadas são razoáveis, penso que poderíamos ver algumas vantagens adicionais para J1. A primeira vantagem desse contratualismo não hobbesiano seria o de ressaltar o aspecto coletivo de escolha e responsabilidade moral, além de propiciar um raciocínio correto para a determinação do erro e para esclarecer a sua gradação. Ele parece expressar um ponto de vista moral comum, refletindo os valores socialmente compartilhados e quais desses valores morais são mais importantes em nossas vidas. Veja-se que temos um modelo de deliberação coletiva, uma vez que a escolha pelas regras não seria feita por um indivíduo isolado, mas sim realizada pelo conjunto das pessoas racionais e razoáveis a partir de sua aceitabilidade.

Em Scanlon, por exemplo, o ato errado é aquele que seria proibido por um princípio que não poderia ser razoavelmente rejeitado pelos envolvidos. Em Rawls, o justo é especificado por princípios que seriam escolhidos pelas partes em uma situação de simetria. Dessa forma, tem-se a autonomia individual respeitada. Além disso, é fundamental as condições equitativas da escolha, bem como a necessidade das instituições serem justas, e isso nos remete para uma perspectiva coletiva de responsabilidade.¹⁶ Veja-se o caso Eichmann a que fizemos referência anteriormente. Ao invés de apenas puni-lo individualmente, seria mais adequado ver qual seria a responsabilidade comum da sociedade ao ter permitido o nazismo e, então, buscar por reparações desse erro passado, erro que não foi cometido apenas por um agente livre isolado, mas por um conjunto de pessoas. Assim, creio que teríamos razões para elogiar a coragem de Sophie Scholl, por exemplo, mas não para punir Adolf Eichmann, uma vez que a sua escolha não teria sido feita sob condições adequadas, isto é, feita sob instituições justas. Modelos contratualistas desse tipo parecem capturarem corretamente essa importante assimetria entre elogio e censura.¹⁷

Outra vantagem, é que esse modelo normativo parece resolver os casos de arbitrariedade da punição e pena. Note-se a concepção de censura de Scanlon. Ela

¹⁶ Nino diz que as condições apropriadas para a escolha são o conhecimento da lei e dos fatos relevantes, a capacidade de prevenção do ato ilícito e a compreensão da possibilidade de sofrer a punição como consequência necessária de tal ato. Ver NINO, 1983, p.297-300. Scanlon afirma que a normatividade da punição deriva do fato de que o criminoso, ao descumprir a lei, teria consentido com as consequências legais de sua ação. Assim, a punição seria justificada pelos indivíduos poderem evitá-la escolhendo apropriadamente, tendo oportunidade equitativa de evitar falhar em seguir a lei. Ver SCANLON, 2003, p.227-232; 2015, p.110. Ver, também, RAWLS, 1971, p.241.

¹⁷ Essa assimetria se daria em razão da percepção de que todo ser humano é também produto de certas condições naturais e sociais que estão além do controle do indivíduo e, assim, seria legítimo elogiar as pessoas por realizações que são em grande parte o resultado de uma educação anterior e fatores sociais, mas não seria legítimo censurá-las por esses fatores. Ver WOLF, 1990, p.79-85. Para responsabilidade substantiva, ver SCANLON, 1998, p.251-267.

é uma resposta conativa negativa para alguém que agiu de forma a deteriorar a sua relação com os outros. É por isso que poderíamos censurar mais o motorista imprudente que atropelou uma criança, pois além de colocar a nós todos em perigo, essa ação prejudicou ainda mais os pais da criança. Em termos de punição, podemos dizer que o ato errado do agente é uma razão para a modificação das disposições normais que o Estado tem com os seus membros. Como a ação do ofensor deteriora as relações sociais, a punição e sua intensidade seria uma consequência lógica da modificação dessas disposições públicas em relação ao ofensor (SCANLON, 2010, p.123-152).¹⁸

De forma similar, poderíamos explicar porque as penas para tráfico de drogas não seriam arbitrárias. Elas seriam uma resposta do Estado ao ato que prejudica nossas relações. Acontece que nas décadas de 80 e 90 se entendia o tráfico e consumo de drogas como uma ação que realmente deteriorava as nossas relações sociais. Essa compreensão mudou recentemente, parecendo coerente a diminuição das penas para esses crimes. Se poderia dizer que é arbitrário o que se identifica como erro. Mas, o erro é aquilo que seria proibido por uma regra que ninguém poderia razoavelmente rejeitar, sendo o errado determinado consensualmente a partir do que seria razoável. De que forma isso seria arbitrário?

Deixem-me destacar que esse contratualismo parece ter proximidade com a teoria expressivista da punição, de forma que medidas punitivas serviriam para comunicar ao ofensor a censura que ele merece por seus crimes, sendo uma expressão de desaprovação pública ao ato ilícito cometido. A punição diz a todos que o ofensor não tem o direito de fazer o que fez. Veja-se que há uma dimensão pública importante aqui, uma vez que o crime é um erro público, isto é, aquilo que a comunidade política vê como um erro moral e que deve ser prevenido. Com isso, tanto é necessária a esfera legislativa como a esfera judiciária para a especificação desse erro, distinguindo claramente as concepções privadas de bem com a esfera dos direitos dos cidadãos. Essa distinção é também essencial para o contratualismo, bem como a identificação dos cidadãos como membros da comunidade normativa. Veja-se que J1 seria alcançada pelo seu importante papel

¹⁸ De forma similar, Thomson diria que há uma diferença entre os *moral records* desses agentes, uma vez que apenas em um caso houve a morte da criança, semelhante a situação do juiz real e contrafactual, em que apenas um aceitou suborno. Ver THOMSON, 1989, p.214. Um problema apontado por Shoemaker é que censura moral e legal teriam diferentes funções e estruturas e, assim, nenhuma concepção moral de censura poderia ser estendida a uma concepção legal. Em Scanlon, por exemplo, a censura moral seria simétrica e uma resposta às atitudes do agente e a punição seria assimétrica e uma resposta ao que o agente de fato fez. Ver SHOEMAKER, 2013, p.111-117. Discordo dessa interpretação. Penso que o exemplo do motorista imprudente que mata uma criança é esclarecedor para mostrar que a censura tem relação também com o que o indivíduo de fato fez. E a relação na punição legal também é simétrica, uma vez que todos os cidadãos são iguais perante à lei, podendo todos serem responsabilizados e punidos.

de comunicar quais são os limites normativos para a convivência, quer dizer, por especificar mais claramente os direitos dos indivíduos, bem como os deveres morais que são públicos.¹⁹

Essa demarcação entre os valores morais privados dos valores morais públicos é uma importante marca liberal do contratualismo. E isso parece trazer por consequência um tipo de neutralidade ética do Estado, uma vez que não seria adequado dizer qual o bem a ser protegido e que tipo de valores morais privados as pessoas deveriam professar. Quer dizer, há uma recusa ao paternalismo e isso parece ser coerente com o respeito à autonomia do cidadão. Agora, uma limitação na forma de justificar a punição é que ele não parece apontar para a função de correção do caráter do agente. Uma explicação que se poderia dar é que, como o contratualismo quer evitar o paternalismo e defender o liberalismo, uma instituição política não deveria legislar sobre a esfera íntima de seus membros, recomendando quais valores morais deveriam ser perseguidos. Nesse sentido, a especificidade do “público” na punição legal poderia ser uma razão suficiente para explicar a ausência desse aspecto corretivo do caráter. Mas, não penso ser esse o caso, uma vez que Estados liberais determinam, para além dos direitos, quais são os deveres públicos de seus membros, por exemplo, o dever de ser civilizado ou razoável, o dever de cidadania, bem como o dever de imparcialidade como é exigido para agentes públicos, por exemplo, a um juiz.

Uma vez que Estados liberais exigem o respeito aos deveres públicos não haveria um motivo específico para ele não assumir o compromisso tanto com a formação do caráter de seus membros em relação a essas normas políticas, bem como com a correção do caráter quando do caso de alguns de seus cidadãos não cumprirem com os deveres que foram aceitos por todos. Dizer que as instituições teriam um importante papel na formação e correção moral-política de seus membros não parece ser contraditório com a defesa da autonomia do agente. E isso possivelmente esclareça por que não se poderia adotar apenas um sistema restitutivo puro, como o defendido por Boonin, uma vez que modelos contratualistas têm uma forte preocupação com o que é comum e, assim, não consideraria um resultado justo se apenas se restituísse um indivíduo isolado pelo dano sofrido. Parece haver um problema social relevante até mesmo quando um ato privado de ofensa é cometido e isso não parece ser capturado pelo restitutivismo puro.²⁰

¹⁹ Feinberg diz que a punição “é um instrumento convencional para expressar atitudes de ressentimento e indignação, e juízos de desaprovação e reprovação (...)”, tendo um forte significado simbólico. Ver FEINBERG, 1970, p.98.

²⁰ A teoria da restituição pura de Bonin afirma que se o ofensor é responsável por ter erroneamente causado dano a uma vítima, então, o Estado deve obrigar o ofensor a restituir a vítima ao mesmo nível de bem-estar que

V

Por sua vez, a ética das virtudes parece ser um modelo normativo bastante consistente para pensarmos sobre J2 e J3. E isso se dá porque a ética aristotélica estabelece uma estreita conexão entre a responsabilidade moral do agente e o seu caráter (*êthos*), isto é, com o traço comportamental permanente que é desejável por garantir uma vida boa, recaindo sobre a fórmula geral de tomar um ato como correto como o aprovado por um agente virtuoso, que é o que busca um fim bom e delibera adequadamente sobre os meios. Parece implicar em uma concepção de responsabilidade moral que exige que o agente reflita como ele deve viver, além de oportunizar um modelo de raciocínio moral que leva em conta as circunstâncias relevantes do caso.²¹

Iniciemos com J2. Deve-se punir os agentes que cometeram atos perversos, considerando que o ato foi voluntário e o agente foi responsável, e isto significa dizer que se punirá àqueles que manifestaram um traço de caráter vicioso na sua ação que causa dano a alguém, o que não possibilita uma vida bem-sucedida, considerando o bem-estar de toda comunidade. A punição tem o papel de oportunizar ao agente corrigir o seu caráter através da identificação de razões morais, isto é, ela oportuniza uma reflexão de que a ação que ele realizou é proibida porque é moralmente errada e que não deveria ser realizada. Assim, tanto a deslealdade na esfera interpessoal quanto o roubo na esfera legal parecem recair sob o mesmo gênero da punição, diferindo apenas em sua espécie, isto é, sobre a sua autoridade legítima e o tipo de erro, isto é, se privado ou público.

Veja-se que essa forma de pensar a punição revela uma forte semelhança com a teoria da educação moral de Hampton. Para essa teoria, a punição não é entendida como uma forma de condicionar um agente a fazer o que a sociedade quer que ele faça, mas é vista como uma maneira de ensiná-lo que ele agiu erroneamente e que a ação cometida é proibida porque moralmente errada e que não deveria ter sido feita exatamente por essa razão. J2 se daria, então, pelo respeito à liberdade das pessoas e pela possibilidade delas apreenderem o que é certo e errado dentro da comunidade

a vítima usufruía antes da ofensa. Mas, o Estado não deve punir o ofensor, isto é, não deve causar dano. Ver BONIN, 2008, p. 218-224. O problema é que essa concepção parece drasticamente individualista. Vejamos um exemplo. Um ladrão rouba meu vizinho, mas isso também causa dano à comunidade. Gera ansiedade, faz que se instale sistemas de segurança, baixa o valor dos imóveis e aumenta o valor do seguro. Há um aspecto social importante aqui que não parece ser captado adequadamente pela teoria reutilitativa. Ver HOEKEMA, 1991, p.343.

²¹ Hursthouse apresenta o modelo da ética das virtudes da seguinte forma: P.1. Uma ação é correta sse ela for aquela que um agente virtuoso faria em certas circunstâncias. P.1a. Um agente virtuoso é aquele que age virtuosamente, isto é, aquele que tem e exercita as virtudes. P.2. Uma virtude é um traço de caráter que um ser humano precisa para florescer ou viver bem. Ver HURTHOUSE, 1991, p.223-226. Ver, ARISTÓTELES, 1999, III, 5, 1117a17-22.

moral e política (HAMPTON, 1984, p.212-214). E isso deve estar de acordo com práticas punitivas que contribuam com a aprendizagem moral requerida, como no caso de punir um jovem que roubou um vizinho com serviços comunitários no bairro, ou punir um médico que fraudou o sistema público de saúde com serviços compulsórios em um hospital estatal. Também parece adequada com as práticas de mediação, tais como as defendidas pela justiça restaurativa.²²

Importante frisar que a ética das virtudes vê o ofensor como um agente moral, isto é, como podendo identificar razões morais e agir a partir dessas razões. Ele não é tratado como um meio para a prevenção de futuros crimes e nem é visto como um agente isolado culpado. Preferencialmente ele é tomado como um cidadão que pertence a uma comunidade e que tem responsabilidade moral, podendo responder por seus atos na esfera política. Por isso os atos punitivos particulares seriam justificados, pois não visariam apenas causar sofrimento ou condicionar o agente, mas seriam uma oportunidade de crescimento moral. Imaginemos uma sociedade futurista, com tecnologia para manipular geneticamente as pessoas para que elas não cometessem mais crimes. Intuitivamente parece que recusaríamos esse modelo preventivo por valorizarmos a liberdade, mesmo com o risco da insegurança. Similarmente, apenas causar sofrimento ao culpado parece ser uma resposta normativa incoerente com os nossos valores morais, que incluem o desejo pelo bem-estar dos outros. E, assim, o querer a correção do caráter parece assegurar J2 em razão de olhar tanto o passado quanto o futuro de forma apropriada, superando o retributivismo e o consequencialismo por sua forte perspectiva de reconciliação.

Deixem-me fazer referência a um procedimento associado à ética das virtudes que parece bastante interessante para garantir J2, a saber, que um ato punitivo seria correto se fosse aprovado por uma pessoa virtuosa, isto é, justa, benevolente e clemente. Scheffer apresenta esta ideia e estabelece três condições para a correção de um ato punitivo, de forma que o Estado deveria punir X se a pessoa inteiramente virtuosa (justa, benevolente e clemente) puniria X, a saber:

- (i) apenas se a punição for justa;
- (ii) se for benéfico para o ofensor, bem como para a sociedade;
- (iii) se não puder ser limitada pela clemência (SCHEFFER, 2010, p.47-48).

²² Hampton chama atenção para um contraste entre a sua concepção e a da reabilitação, pois o modelo educativo não vê a punição como uma forma de tratar o agente como uma pessoa doente, mas como uma maneira de mandar uma mensagem para a pessoa que agiu erroneamente e que é tomado como responsável por suas ações. Práticas como a da castração química, por exemplo, não seriam justificadas, uma vez que ela teria por foco a prevenção de futuros atos errados, como o estupro, com o ônus de tratar o ser humano como um objeto que não pode escolher. Ver HAMPTON, 1984, p.214-215. Sobre a justiça restaurativa, ver MARSHALL, 1996, p.21-43.

Ele parte de um caso hipotético de fraude aos idosos. Anne, uma funcionária pública e com salário modesto, em uma certa altura de sua vida, passa a fraudar os idosos para poder viajar, ir a bons restaurantes etc. Ela sabe que roubar os idosos é errado e ela agiu voluntariamente. Depois de um tempo ela é presa e condenada. Se arrepende, mas é difícil saber se o seu remorso é genuíno. Como uma pessoa virtuosa julgaria Anne? Iniciemos com uma virtude que parece ser central para saber se o ofensor deve ser punido, a saber, a justiça. Uma pessoa justa tem uma disposição para ser equitativa, percebendo os fatos salientes do caso. Esses fatos são: o ato foi voluntário, foi deliberado, traz péssimas consequências e é errado. Assim, seria justo punir Anne porque uma pessoa justa a puniria. Não puniria alguém inocente, ou que não agiu voluntariamente ou que não teve capacidade para deliberar bem. Veja-se que a punição poderia implicar, do ponto de vista da justiça distributiva, até a restrição da liberdade e, do ponto de vista da justiça corretiva, a restituição pelos danos causados às vítimas (SCHEFFER, 2010, p.42-43).

Agora, como uma pessoa benevolente e clemente julgaria Anne, uma vez que a benevolência e a clemência também parecem essenciais para o caso da punição, em razão de serem uma disposição pelo bem-estar dos outros e uma disposição adequada para perdoar, respectivamente. Em primeiro lugar, seria benevolente punir o ofensor, pois comunicaria que certas ações são erradas e que não devem ser realizadas, além de possibilitar a correção de seu caráter. Entretanto, uma pessoa benevolente não desejaria o sofrimento do ofensor. Também, uma pessoa clemente limitaria, em alguns casos, a punição justa se o ofensor sinceramente exibisse remorso e se comprometesse a não cometer futuras ofensas (SCHEFFER, 2010, p.44-46).²³

Interessante notar que esse critério da pessoa virtuosa não impedira a punição legal, mas a restringiria aos casos de punição justa, que é benevolente com o ofensor e que não poderia ser limitada pela clemência. Creio que esse modelo nos mostra como é possível harmonizar justiça com benevolência e clemência, de forma que o Estado poderia tentar promover o bem-estar de quem está sendo punido, mesmo quando seus instrumentos causam dano ao ofensor, da mesma forma que a clemência, ao invés de ser vista como uma ameaça à justiça, poderia ser tomada como complementar. E assim, J2 seria garantida por um critério normativo que tem a vantagem de não ser abstrato, sendo que é dado pela própria

²³ Para Sêneca a “clemência é a temperança da alma no exercício do poder de vingança”. Ele defende no *De Clementia* que devemos cultivar o perdão à humanidade para evitarmos um ciclo permanente de retribuição do erro com outro erro. O motivo para tal é a percepção da complexidade e falibilidade dos atos humanos, os tomando como produtos de uma rede complexa de causas. Ver SENECA, 2009, II, 3. Ver, também, NUSSBAUM, 1995, p.105.

pessoa virtuosa, o que implicaria em contar com uma capacidade de sensibilidade ao contexto, bem como com uma pluralidade normativa ao julgar.²⁴

Uma vantagem inicial, é que essa concepção de punição parece funcionar tanto na esfera privada como pública. Veja-se que teríamos J2 em razão dele possibilitar a correção do caráter do agente e que seria aprovado por uma pessoa virtuosa. Assim, tanto o ato punitivo a um filho que comete *bullying* como a um ofensor que estupra alguém seria normativamente adequado por sua função corretiva e que seria aprovado por alguém justo, benevolente e clemente. Com isso temos uma vantajosa congruência entre a punição no domínio interpessoal e político e, assim, a punição legal poderia expressar os eventos percebidos no âmbito da censura moral, tais como remorso, arrependimento e perdão, bem como poderia refletir a diacronia identificada na moralidade, podendo mudar ou até desaparecer. Poderíamos ter o caso de uma sentença ser revogada em razão do arrependimento do ofensor e perdão da vítima, como em nosso exemplo da vítima de estupro que perdoou seu agressor em razão de ver seu arrependimento como sincero, de forma similar que o perdão de Augusto interromperia imediatamente a punição aplicada à Bárbara na esfera privada.

Mas que critério adotariamos para saber sobre a quantidade adequada da punição? Aponto para as características do *epieikes*, isto é, do juiz que possui a virtude da *epieikeia* para refletirmos brevemente sobre esse ponto. Como apontado por Aristóteles, a *epieikeia* (equidade ou razoabilidade) é uma habilidade de julgar de forma a responder com sensibilidade a todas as particularidades das situações e dos indivíduos, sendo uma forma superior de justiça, a justiça legal (*nomimon dikaion*), exatamente por reconhecer as características do caso particular que a lei estrita não cobre. Assim o *epieikes*, pode corrigir a generalidade da lei. Essa é a característica central de um juiz, a saber, a de corrigir e completar a justiça legal. E isso se dá porque a lei falha em termos gerais e, assim, erra de várias formas, deixando em aberto várias lacunas que devem ser preenchidas por julgamentos particulares (ARISTÓTELES, 1999, V, 10, 1137b8-32).²⁵

Essa figura do juiz razoável parece ser bastante atraente para J3, sobretudo a comparando com o critério da proporcionalidade retributivista. Para o

²⁴ Scheffer chama atenção para essas características: ela é uma regra encarnada, pois o juízo do virtuoso ocorre após levar em consideração todas as particularidades relevantes do caso e como a pessoa virtuosa possui várias virtudes, parece implicar que vários aspectos normativos serão levados em conta na decisão. Ver SHEFFER, 2010, p.48.

²⁵ Aristóteles diz que a natureza da *epieikeia* é ser "(...) uma correção da lei quando ela é deficiente em razão de sua universalidade. E mesmo, é esse o motivo porque nem todas as coisas são determinadas pela lei: em torno de algumas é impossível legislar, de modo que se faz necessário um decreto" (ARISTÓTELES, 1999, V, 10, 1137b26-29).

retributivismo, se justifica a quantidade da punição pela sua relação proporcional com o mérito, isto é, com o nível de culpabilidade do agente e com a intensidade do erro. Recordemos o caso Oscar Wilde. Ele foi punido com dois anos de prisão com trabalhos forçados em razão de ser culpado de ter praticado atos homossexuais com vários rapazes. Veja-se que a quantidade da punição parece ter sido determinada por uma regra geral que tomava os atos homossexuais como condenáveis por serem antinaturais e que deveriam implicar numa dada quantidade de pena proporcional ao erro. De posse dessa regra, o juiz só deveria verificar se o agente foi culpado pelo ato. Um juiz com a virtude da *epiēikeia*, por sua vez, poderia refletir se o ato causou dano a alguém ou se foi feito voluntariamente, quais as circunstâncias do agente ao praticar o ato, ou mesmo se teríamos de fato uma razão moral para proibir tal ato. Ele poderia adaptar a lei ao caso particular da mesma forma que a régua de chumbo de Lesbos pode se adaptar ao formato das pedras, e isso parece ser um importante critério para completar as diversas lacunas deixadas em aberto pela generalidade da lei penal.

Uma objeção óbvia a esse modelo que estou defendendo é que ele parece implicar em paternalismo moral. Sendo a punição uma forma de ensinar ao agente o que é o certo e o errado, teríamos a figura de um pai que ensina o filho o que é o correto e que pretende corrigir o seu caráter quando ele erra. Mas, seria apropriado o Estado querer determinar o certo e o errado e tratar seus cidadãos como se eles fossem crianças? O problema com esse tipo de paternalismo é que ele parece não respeitar o pluralismo moral que vemos em sociedades contemporâneas e nem a liberdade dos indivíduos em suas questões privadas. Exemplifico o problema. Todos concordam que a infidelidade conjugal e a deslealdade são erradas. Mas, seria correto o Estado punir os cidadãos por esses atos? Parece que não, e a razão para tal é que valorizamos a nossa autonomia de escolher como queremos viver nossas vidas. Mas, será que a defesa da função corretiva da punição legal implicaria necessariamente em paternalismo moral? Vejamos isso na seção final.

VI

Creio que uma forma exequível para evitar o paternalismo e moralismo jurídico que não é desejável em sociedades plurais, bem como para evitar a neutralidade ética do Estado, seja conectar um tipo de contratualismo com uma ética das virtudes em um modelo normativo misto, tentando resolver o paradoxo da responsabilidade moral e punição. Nesse modelo, o Estado poderia assumir publicamente quais virtudes seriam essenciais para nossa vida comum e assumir a responsabilidade pela formação do caráter dos seus membros em relação à essas

normas públicas, bem como pela correção do caráter dos que descumprirem o que foi consentido. A virtude da razoabilidade, creio, seria uma forte candidata à virtude essencial e isto por ser uma disposição específica para a tolerância, bem como para o reconhecimento das circunstâncias particulares. Ela é essencial tanto em um contratualismo rawlsiano, por exemplo, como no caso de ser uma disposição para propor e seguir os termos de cooperação, assim como é central em uma ética das virtudes aristotélica, em razão de ser um disposição para julgar o caso de forma particular. Veja-se que a razoabilidade nada mais é do que a sensibilidade moral que é adquirida na convivência com os outros, expressando-se na forma de sentimentos morais e confiança mútua, por exemplo.

Esse modelo pode se comprometer com um moralismo jurídico fraco, tomando o ato errado como uma razão *pro tanto* para a sua criminalização. A questão básica seria especificar o que é o erro público e deixar para a esfera interpessoal a especificação do virtuoso e vicioso. Um modelo deste tipo não deveria se intrometer na valoração moral dos agentes na sua esfera privada, por exemplo, querendo condenar Bárbara por sua infidelidade ou Augusto por sua deslealdade. Entretanto, deveria estabelecer e tornar públicos os valores morais comuns que seriam a base normativa da sociedade, por exemplo, a razoabilidade e a civilidade, inclusive os hierarquizando. Por outro lado, é claro que privadamente não incentivamos nossos filhos e amigos a serem infíeis e desleais por acharmos que esses traços comportamentais não garantirão uma vida bem-sucedida. Agora, embora isso não seja um motivo suficiente para classificar esses vícios como erros públicos, parece nos apontar para uma certa tensão que poderia ser resolvida com a adoção de uma teoria moral mista que conectaria, por um lado, as esfera moral e legal e, por outro, poderia adotar critérios normativos diferenciados para os âmbitos privado e público, desde que coerentes.

Veja-se que em ambos os modelos a pessoa é tomada como um agente responsável que pode escolher, sendo essa escolha circunscrita a uma dimensão coletiva, uma vez que o senso de justiça é desenvolvido no convívio social e político, resultando em assumir deveres e reconhecer direitos. Isto parece implicar em uma concepção de responsabilidade moral comum centrada na capacidade cognitiva do agente em reconhecer as razões morais e na capacidade disposicional para agir de acordo com essas razões. Também, ambas podem usar o equilíbrio reflexivo como método justificacional para saber como devemos julgar moralmente os casos complexos, estabelecendo um sistema coerente entre os juízos morais ponderados ou *dóxas* reputáveis, os princípios ou virtudes morais e as crenças factuais. No nosso caso da punição, a ideia basilar seria tentar justificar a regra que a aprovaria pela coerência com a nossa sensibilidade moral e com as crenças factuais relevantes para o caso. Dessa forma, poderíamos assegurar J2, por exemplo, apelando para nossos valores compartilhados de autonomia e dignidade

pessoal, bem como para as virtudes de benevolência e clemência, as associando com crenças factuais que mostrariam a eficácia do respeito aos direitos, bem como para as vantagens do perdão nas práticas punitivas.

Note-se a vantagem inclusivista desse modelo normativo misto para lidar com o problema, uma vez que a punição deve servir tanto para a melhoria social, quanto deve respeitar os direitos dos cidadãos, além de dever comunicar publicamente o erro causado e tentar corrigir o caráter do agente. Isso revela uma clara perspectiva de reconciliação entre os membros de uma mesma comunidade seja moral ou política, incluindo aspectos positivos do consensualismo, do retributivismo, do expressivismo e da teoria educativa. E, assim, se alcançaria J1 pelo critério do consenso ou aceitabilidade, J2 por sua função corretiva e por sua aprovação pelo agente virtuoso e J3 pelo critério normativo da *epieikeia* ao corrigir a generalidade da lei.

Mas, é claro que para podermos contar com um modelo normativo misto deste tipo como proponho muitas questões adicionais devem ser esclarecidas. Por exemplo, que tipo de ontologia as unificaria, uma vez que teríamos que congregiar algo como um construtivismo com um certo tipo de realismo. Também, qual o significado que teriam os conceitos morais em ambos os modelos e qual seria a descrição psicológica detalhada dos agentes? Mesmo não podendo dar conta de esclarecer essas e outras questões centrais no âmbito desse artigo, penso que esse esboço já nos mostra que tipo de teoria normativa nós precisamos contar para lidar com problemas morais complexos, como é o caso do problema da justificação da punição. A ideia geral é que deveríamos tentar conectar as esferas interpessoal e pública de certa forma, mas com a utilização de critérios normativos diferenciados para os diferentes âmbitos, com a cláusula de não serem inconsistentes. No caso específico do problema da punição, parece já haver uma teoria similar que consegue fazer essa conexão com sucesso, a saber, a teoria comunicativa da punição. Vejamos.

A concepção comunicativa da punição, assim como defendida por Duff, parece se aproximar do que estamos propondo ao apontar para a função corretiva da punição. Para Duff, a punição é justificada como “(...) uma tentativa legítima de proteger os cidadãos do crime e preservar a comunidade política, persuadindo os ofensores a se arrependerem de seus crimes” (DUFF, 2001, p.115). Essa é uma maneira de pensar a punição como uma penitência secular, de forma que a censura ao criminoso objetivaria persuadi-lo a arrepender-se do seu erro, bem como possibilitaria o seu comprometimento com a correção de seu próprio caráter. Essa concepção é um modelo de comunicação moral que é endereçada aos ofensores tomados como agentes morais autônomos. O objetivo não é coagi-los a agir em conformidade com a lei, mas apelar ao seu entendimento moral. Constitui-se como uma resposta legítima ao seu erro e o deixa livre para continuar

não persuadido, respeitando sua liberdade. Também, está restrita ao aspecto público da vidas dos agentes, respeitando sua privacidade (DUFF, 2001, p.113). Ela visa a reconciliação dos ofensores e das vítimas, tanto a vítima direta como a sociedade, de forma que o ofensor deve reconhecer a seriedade do erro cometido, devendo desculpas às vítimas. Por isso, defende o uso de práticas punitivas adequadas para alcançar a reconciliação, a saber, serviços comunitários, práticas de mediação e livramento condicional (DUFF, 2001, p.120). Veja-se que essa teoria parece integrar adequadamente os valores liberais contratualistas de autonomia, liberdade e privacidade com a dimensão moral de censura, arrependimento e perdão que é central na ética das virtudes.

Uma vantagem é que essa concepção comunicativa não precisa adotar uma perspectiva abolicionista para defender as práticas de mediação e serviços comunitários, uma vez que elas podem ser melhor entendidas como práticas punitivas por pretenderem a reflexão e a posterior correção do caráter do agente. É claro que ainda teríamos o problema da existência de certas práticas punitivas que parecem não permitir uma melhoria moral, como a pena de reclusão em regime fechado e as práticas restitutivistas, por exemplo, bem como teríamos que esclarecer aqui qual é mesmo o significado de penitência. Implicaria em um moralismo jurídico forte ou não? Mas, mesmo assim, acredito que ela já nos oportuniza uma alternativa mais eficiente para lidar com o complexo problema da justificação da punição pela sua forte pretensão de reconciliação social, integrando os valores morais liberais e comunitaristas de forma bastante apropriada.

Referências

- ARISTOTLE. *Nicomachean Ethics* (Transl. Terence Irwin). 2. ed. Indianapolis: Hackett, 1999.
- BOONIN, D. *The Problem of Punishment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- BRINK, D. “Retributivism and Legal Moralism”. *Ratio Juris*, Vol. 25, No. 4, 2012, p.496-512.
- DARWALL, S. *The Second-Person Standpoint: Morality, Respect, and Accountability*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.
- DUFF, R. A. *Punishment, Communication, and Community*. New York: Oxford University Press, 2001.
- FEINBERG, J. *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*. Princeton, NJ.: Princeton University Press, 1970.
- FINKELSTEIN, C. “Punishment as Contract”. *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 8, 2011, p.319-340.
- FISCHER, J. M.; RAVIZZA, M. *Responsibility and Control: A Theory of Moral Responsibility*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

- GOLDMAN, A. "The Paradox of Punishment". *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 9, No. 1, 1979, p.42-58.
- HAMPTON, J. "The Moral Education Theory of Punishment". *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 13, No. 3, 1984, p.208-328.
- HART, H. L. A. "Positivism and the Separation of Law and Morals". *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, 1958, p.593-629.
- _____. "Prolegomenon to the Principles of Punishment". *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, Vol. 60, 1959-1960, p.1-26.
- HOEKEMA, D. "Trust and Obey: Toward a New Theory of Punishment". *Israel Law Review*, Vol. 25, No. 3-4, 1991, p.332-350.
- HURSTHOUSE, R. "Virtue Theory and Abortion". *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 20, No. 3, 1991, p.223-246.
- LINDEN, D. *The Accidental Mind*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2007.
- MACNAMARA, Coleen. "Holding other Responsible". *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, Vol. 152, No. 1, 2011, p.81-102.
- MARSHALL, T. F. "The Evolution of Restorative Justice in Britain". *European Journal of Criminal Justice and Research*, Vol. 4, 1996, p.21-43.
- McGEER, V. "Civilizing Blame". In: COATES, D. J.; TOGNAZZINI, N. A. (Eds.). *Blame: Its Nature and Norms*. New York: Oxford University Press, 2013, p.162-188.
- MURPHY, J. "Marxism and Retribution". *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 2, No. 3, 1973, p.217-243.
- NAGEL, T. "Moral Luck". In: *Mortal Questions*. New York: Cambridge University Press, 1979. Rep. in: STATMAN, D. *Moral Luck*. New York: SUNY Press, 1993, p.57-71.
- NINO, C. S. "A Consensual Theory of Punishment". *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 12, No. 4, 1983, p.289-306.
- NUSSBAUM, M. "Equity and Mercy". *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 22, No. 2, 1993, p.83-125.
- RAZ, J. *Concept of Legal System: An Introduction of Legal System*. 2 ed. Oxford: Clarendon Press, 1980.
- RAWLS, J. "Two Concepts of Rules". *Philosophical Review*, Vol. 64, No. 1, 1955, p.3-32.
- _____. *A Theory of Justice*. Original Edition. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971.
- ROSEN, G. "The Alethic Conception of Moral Responsibility". In: CLARKE, Randolph; MCKENNA, Michael; SMITH, Angela (Eds.). *The Nature of Moral Responsibility*. New York: Oxford University Press, 2015, p.65-87.
- SCANLON, T. M. *What We Owe to Each Other*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998.

- _____. "Punishment and the Rule of Law". In: SCANLON, T. M. *The Difficult of Tolerance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p.219-233.
- _____. *Moral Dimensions: Permissibility, Meaning, Blame*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2010.
- _____. "Forms and Conditions of Responsibility". In: CLARKE, R.; MCKENNA, M.; SMITH, A. (eds.). *The Nature of Moral Responsibility*. New York: Oxford University Press, 2015, p.89-110.
- SCHEFFER, M. "Virtue Ethics and the Justification of Punishment". *The International Journal of Punishment and Sentencing*, Vol. 6, No. 2, 2010, p.36-48.
- SCHMIDT, M. "U.S to release 6,000 inmates from prisons". *The New York Times*, Oct, 6, 2015.
- SENECA. *De Clementia*. Susanna Braund (Ed.). Oxford: Oxford University Press, 2009.
- SHOEMAKER, D. "Blame and Punishment". In: COATES, D. J.; TOGNAZZINI, N. A. (eds.). *Blame: Its Nature and Norms*. New York: Oxford University Press, 2013, p.100-18.
- SMITH, A. "Moral Blame and Moral Protest". In: COATES, D. J.; TOGNAZZINI, N. A. (Eds.). *Blame: Its Nature and Norms*. New York: Oxford University Press, 2013, p.27-48.
- SPAGNOLO, B. *The Continuity of Legal Systems in Theory and Practice*. Oxford: Hart Publishing, 2015.
- STRAWSON, P. "Freedom and Resentment". *Proceedings of the British Academy*, Vol. XLVIII, 1962. Rep. In: STRAWSON, P. *Freedom and Resentment and Other Essays*. London: Routledge, 2008, p.1-28.
- THOMSON, J. "Morality and Bad Luck". *Metaphilosophy*, Vol. 20, No. 3-4, 1989, p.203-221.
- TADROS, Victor. *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- WALKER, N. *Why Punishment?* Oxford: Oxford University Press, 1991.
- WALLACE, J. R. *Responsibility and the Moral Sentiments*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1994.
- WOLF, S. *Freedom within Reason*. New York: Oxford University Press, 1990.
- ZIMMERMAN, M. "Taking Luck Seriously". *The Journal of Philosophy*, Vol. 99, No. 11, 2002, p.553-576.

Email: deniscoitinhosilveira@gmail.com

Recebido: 24/02/2016
Aprovado: 16/05/2016