

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

UMA TEORIA DA PENA BASEADA NA VÍTIMA
A BUSCA PELA SATISFAÇÃO DO INDIVÍDUO
VITIMADO COMO FINALIDADE DA PENA

SILVIO LEITE GUIMARÃES NETO

MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO:
CIÊNCIAS JURÍDICO - CRIMINAIS

LISBOA
2018

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

UMA TEORIA DA PENA BASEADA NA VÍTIMA
A BUSCA PELA SATISFAÇÃO DO INDIVÍDUO VITIMADO
COMO FINALIDADE DA PENA

SILVIO LEITE GUIMARÃES NETO

Dissertação apresentada em sede do Mestrado Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em direito na área de Ciências Jurídico-Criminais.

Orientador: Prof. Doutor Paulo de Sousa Mendes.
Coorientador: Prof. Doutor Luis Greco.

MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO:
CIÊNCIAS JURÍDICO - CRIMINAIS

LISBOA
2018

AGRADECIMENTOS

Para concluir uma dissertação, muitos agradecimentos são necessários. Apesar de neste momento direcioná-los, não poderia deixar de lembrar de todas as pessoas que estiveram presentes de algum modo na minha vida e que me ajudaram ao longo de todo o caminho percorrido, mesmo que de forma implícita.

Agradeço a Deus por todas as oportunidades de escolha que tive na vida, desfrutando-as com saúde.

Agradeço a minha família, aos meus pais Silvio e Jaqueline pela minha existência e apoio incondicional e minhas irmãs Juliana e Luciana, minhas avós Dra. Lucy Passamani, D. Raymunda e os avôs Jorge e Silvio.

Agradeço também ao grande colega, Dr. Antonio Santos pela oportunidade dos grandes debates.

Agradeço aos mestres que tive ao longo da graduação e que me guiaram à entrada da vasta estrada das ciências jurídicas.

Agradeço aos ilustríssimos professores da Universidade de Lisboa, que muito contribuíram para meu aprendizado, em especial para Profa. Dra. Maria Fernanda Palma, Profa. Dra. Silvia Anjos Alves, Prof. Dr. Augusto Silva Dias.

Agradeço aos Prof. Dr. Paulo de Sousa Mendes e Prof. Dr. Luis Grecco por participarem, com seu conhecimento e aval, da orientação deste trabalho.

Agradeço aos amigos da Universidade de Lisboa, com quem desenvolvi laços que perdurarão para toda a minha vida.

Agradeço aos amigos de Ludwig-Maximilians Universität München e Augsburg Universität, pelos conhecimentos que compartilhamos e que vão perdurar para sempre na minha vida.

Deixo aqui minha eterna gratidão ao amigo Hugo Leonardo Chaves Soares pela paciência e parceria com todo o auxílio prestado ao longo da etapa final dessa jornada.

RESUMO

O estudo discorre sobre o distanciamento da vítima no direito penal e tem como objetivo propor uma nova teoria da pena, na qual, a partir da interação entre o individualismo normativo, o contratualismo e o expressivismo penal, seja possível conciliar a satisfação da vítima com as preocupações que a fizeram se afastar de tal processo. Para estabelecer tal tese, foram recapituladas, a princípio, as tradições filosóficas, e as respectivas teorias da pena, no que diz respeito à vítima. Posteriormente, foi feita uma análise descritiva e classificatória das teorias expressivas e, por fim, foi proposto um estudo a respeito da possibilidade de uma teoria da pena específica aos delitos interpessoais. Tal teoria consideraria o sujeito passivo ao estabelecer a punição do infrator, a partir das teorias apresentadas ao longo da dissertação. Ainda ao final deste trabalho, foram tratadas as implicações do reconhecimento de um direito da vítima à satisfação através da punição do algoz.

PALVRAS-CHAVE:

Vítima; Pena; Satisfação; individualismo normativo, o contratualismo e o expressivismo penal.

ABSTRACT

The study discusses the distancing of the victim in the Criminal Law and aims to propose a new theory of punishment, in which, from the interaction between normative-individualism, contractarianism and penal expressivism, it is possible to reconcile the satisfaction of the victim with the concerns that made it move away from this process. In order to establish such a thesis, philosophical traditions and their respective theories of punishment have been recapitulated, as far as the victim is concerned. Subsequently, a descriptive and classificatory analysis of the expressive theories was carried out and, finally, a study was proposed on the possibility of a theory of the specific penalty to the interpersonal crimes. Such theory would consider the victim when establishing the punishment of the wrongdoer, from the theories presented throughout the dissertation. Also at the end of this paper, the implications of recognizing a victim's right to satisfaction through criminal punishment of her aggressor were addressed.

KEY WORDS: Victim; Punishment; Satisfaction; normative-individualism, contractarianism and penal expressivism

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1. Colocação do Problema.....	08
2. Hipótese e Marco Teórico.....	09
3. Estrutura da Investigação.....	10
CAPÍTULO I – A PENA E A VÍTIMA.....	11
1. Considerações Introdutórias.....	11
2. Advento das Teorias da Pena e o papel da vítima.....	14
3. Inserção da vítima nas Teorias da Pena tradicionais.....	20
3.1. Prevenção Geral Negativa.....	27
3.2. Retributivismo Penal.....	27
3.3. Prevenção Especial.....	31
3.4. Prevenção Geral Positiva.....	39
4. Considerações conclusivas.....	44
CAPÍTULO II – AS TEORIAS EXPRESSIVAS DA PENA.....	47
1. Considerações introdutórias.....	47
2. Classificação, exposição e análise das teorias.....	59
2.1. Critérios classificatórios.....	59
2.1.1. Tradição filosófica.....	61
2.1.1.a. Consequencialista	61
2.1.1.b. Deontológica.....	62
2.1.1.c. Teleológica.....	63
2.1.2. Destinatário da pena.....	64
2.1.2.a. Dependência de destinatário.....	64
2.1.2.b. Identidade do destinatário.....	65
2.1.3. Função da pena.....	66
2.1.3.a. Expressiva “pura”.....	66
2.1.3.b. Expressivo-comunicativa.....	67
2.1.3.c. Comunicação teleológica.....	68
2.2. Exposição e crítica.....	69
2.2.1. Primeiro grupo.....	69
2.2.1.a. Michael Pawlik.....	70
2.2.1.b. Günther Jakobs.....	72

2.2.1.c. Apreciação crítica.....	74
2.2.2. Segundo grupo.....	76
2.2.2.a. Igor Primoratz.....	77
2.2.2.b. Andreas von Hirsch.....	79
2.2.2.c. Christopher Bennett.....	83
2.2.2.d. Tobias Zürcher.....	88
2.2.2.e. Apreciação crítica.....	93
2.2.3. Terceiro grupo.....	95
2.2.3.a. Robert Nozick.....	95
2.2.3.b. Herbert Morris.....	98
2.2.3.c. Antony Duff.....	99
2.2.3.d. Apreciação crítica.....	101
2.2.4. Quarto grupo... ..	103
2.2.4.a. Jean Hampton.....	103
2.2.4.b. Tatjana Hörnle.....	106
2.2.4.c. Klaus Günther.....	112
2.2.4.d. Apreciação crítica.....	117
3. Considerações conclusivas.....	121
CAPÍTULO III – UMA TEORIA DA PENA FOCADA NA VÍTIMA.....	122
1. Considerações introdutórias.....	122
2. Os fundamentos para uma teoria da pena específica aos delitos interpessoais.....	125
2.1 Individualismo normativo.....	125
2.1.1 Apreciação crítica do individualismo normativo como fundamento para uma teoria da pena específica aos delitos interpessoais.....	128
2.2 Contratualismo.....	130
2.3 Expressivismo Penal.....	139
3. Elementos para o adensamento de um direito da vítima à satisfação.....	142
CONCLUSÃO.....	149
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	153

No dia do meu batizado, meu avô paterno, Dr. Silvio Leite Guimarães me escreveu:

“Para meu neto Silvio, filho de meu filho Silvio, lego meu anel de grau no dia de seu batizado”.

Nesta ocasião, ele não poderia sequer imaginar o meu futuro...o anel era da sua graduação em Direito.

Dedico este trabalho ao meu avô:

Dr. Silvio Leite Guimarães.

INTRODUÇÃO

1. Colocação do Problema

As teorias da pena têm uma inegável relevância para o pensamento jurídico-criminal. A busca pela fundamentação imanente do *jus puniendi* estatal, promovida segundo uma perspectiva racionalista, pode ser atribuída ao pensamento jusfilosófico moderno. Apesar de promover inegáveis avanços civilizatórios, contribuindo para o banimento de penas draconianas e excessos das autoridades penais, o esforço em racionalizar a atividade punitiva promoveu a neutralização da vítima.

Percebida como um resquício das práticas de composição medievais, as quais passavam a ser vistas como arbitrárias, personalizadas e conflitantes com o monopólio coercitivo estatal, a atuação da vítima na resolução de querelas criminais foi amplamente restrita entre os períodos quinhentista e setecentista. A vítima acabou transmutada em sujeito passivo do delito, devido à tentativa de assegurar que excessos passionais não vulnerassem os direitos do ofensor¹. O espaço reservado à vítima foi reduzido às pretensões reparatórias e indenizatórias².

O afastamento da vítima e o advento das teorias da pena teriam ocorrido de forma concomitante. As formulações historicamente predominantes no debate teórico-penal podem ser divididas em duas tradições filosóficas, uma consequencialista e outra deontológica. A primeira, orientada ao futuro e pautada pelos efeitos sociais da pena, fundamenta o ato punitivo na prevenção criminal. A segunda, orientada ao passado e focada em uma concepção metafísica de justiça, fundamenta a pena como a reação moralmente apropriada ao crime.

Quase um século após o fim da Idade Moderna, o advento da vitimologia trouxe estudos sobre o sujeito passivo e impulsionou questionamentos à alienação da vítima. Apesar de ter suscitado a reformulação do papel atribuído ao sujeito passivo em diversos âmbitos das ciências jurídico-criminais, a “Redescoberta da Vítima” não teria obtido grande repercussão nas teorias da pena. A predominância das formulações preventivas, as quais fundamentariam a pena em interesses da comunidade, ignorando os anseios vítima, demonstraria a atual

¹ SAAD-DINIZ, Eduardo. CARVALHO MARIN, Gustavo. **Imputação moral orientada à vítima como problema de imputação objetiva**. In *RIL Brasília*, a. 54, N°. 213, jan./mar., 2017, pg. 115.

² Idem.

propensão ao coletivismo no debate teórico-penal. As teorias da pena ainda permaneceriam atreladas a um paradigma coletivista, o qual já teria sido superado ou mitigado por considerações individualistas em outros âmbitos jurídico.

A inserção de preceitos individualistas no debate teórico-penal teria ocorrido de forma unilateral, pois apenas contemplou o sujeito ativo do delito. A vítima continuou eclipsada pelo destaque conferido ao infrator e à sociedade. O fato de a pena imposta a alguém pelo cometimento de um delito interpessoal não considerar a pessoa concretamente afligida pela conduta seria uma situação desconcertante, suscitando questionar sobre a inserção de uma premissa individualista voltada à vítima nas teorias da pena.

Apesar das atitudes refratárias ou desinteressadas daqueles alinhados às tradições filosóficas predominantes, as teorias expressivas possibilitariam uma abordagem diferenciada da questão, viabilizando propostas favoráveis à inserção do sujeito passivo no debate teórico-penal. Apesar de inserirem a vítima no âmbito das teorias da pena, as referidas formulações não atribuíram-lhe uma participação ativa em relação à atividade punitiva. O sujeito passivo individual continuou como mero receptor do conteúdo moral expresso pela pena. Inclusive, as teorias expressivas demonstram convergir quanto em uma posição refratária à possibilidade de a vítima intervir diretamente na punição do infrator.

2. Hipótese e Marco Teórico

As formulações dominantes no debate teórico-penal demonstram parca consideração pela vítima. Apesar de representarem um avanço em termos de consideração pelo sujeito passivo, tomando-o como destinatário do conteúdo moral expresso pela pena, as teorias expressivas atuais não parecem conferir à vítima um papel ativo.

Tendo em vista o contexto posto pelas últimas considerações, levanta-se como hipótese a possibilidade de se construir uma nova teoria da pena, a partir da interação dos marcos teóricos – *individualismo normativo, contratualismo e expressivismo penal* –, a qual possa conciliar a satisfação da vítima com as preocupações que originalmente levaram ao afastamento da vítima.

3. Estrutura da Investigação

No Capítulo I, promover-se-á uma recapitulação das tradições filosóficas, e respectivas teorias, mais relevantes ao debate teórico-penal de influência anglo-saxã e continental europeia, abordando criticamente as considerações que dispensam à vítima.

No Capítulo II, realizar-se-á uma análise descritiva e classificatória das teorias expressivas, considerando que, *a priori*, aparentam considerar a vítima de forma mais adequada.

Em seguida, ainda no Capítulo II, passar-se-á uma apreciação crítica das propostas expressivistas mais destacadas, analisando-as quanto às possíveis implicações em termos de consideração da vítima na fundamentação da pena.

No Capítulo III, proceder-se-á um estudo quanto a possibilidade de uma teoria da pena, específica aos delitos interpessoais, que considere o sujeito passivo ao fundamentar a punição do indivíduo que o vitimou, fazendo, para tanto, uso dos conceitos advindos dos teóricos adotas.

Na sequência, ainda no Capítulo III, aprofundar-se-á, porém sem pretensões exaustivas, as implicações do reconhecimento de um direito da vítima à satisfação, através da participação ativa no processo punitivo, no ordenamento jurídico, sobretudo, em relação aos direitos fundamentais do apenado.

CAPÍTULO I

A PENA E A VÍTIMA

1. Considerações introdutórias

O objetivo desse capítulo será avaliar a presença da vítima na fundamentação da punição do infrator, ou seja, a inserção da vítima nas teorias da pena. Essa colocação implica delimitar o marco inicial da análise no despontar do pensamento jurídico-criminal da Idade Moderna, ocorrido entre os Séculos XVI e XVII. Admite-se a existência de conceitos análogos aos de pena e vítima em momentos históricos anteriores aos séculos supramencionados. Por exemplo, durante as civilizações da antiguidade clássica e tardia, tal como a grega³, romana⁴ ou entre os povos germânicos que protagonizaram as migrações dos

³ Os oradores áticos Lísias (459 a.C. – 380 a.C.), Esquines (389 a.C. – 314 a.C.) e Demóstenes (384 a.C. – 322 a.C.) discorreram sobre a finalidade da pena com base nas práticas judiciais atenienses. Os escritos desses pensadores expõem que em Atenas prevalecia uma concepção retributiva sobre a finalidade da pena. A punição do infrator não seria apenas voltada ao passado, pois também implicaria considerações prospectivas, tal como proteger a cidade através da eliminação do criminoso, expiar a mácula religiosa causada pela conduta proscrita, fortalecer a autoridade lei e ordem pública, a dissuadir os cidadãos de incorrer em tal conduta e também encoraja-los a virtude e razão (SCHÖPSDAU, Klaus. **Strafen und Strafrecht bei griechischen Denkern des 5. und 4. Jahrhunderts.** In ROLLINGER, Robert. LANG, Martin. BARTA, Heinz (Ed.). *Strafen und Strafrecht in den antiken Welten: Unter Berücksichtigen von Todesstrafe, Hinrichtungen und Peinlicher Befragung.* Wiesbaden: Harrassowitz Verlag, 2012, pg. 1 e 2). O filósofo Platão (428 a.C. – 348 a.C.), refletindo sobre a concepção punitiva do sofista Protágoras de Abdera (490 a.C. – 415 a.C.), propôs que a pena não poderia ser tratada como uma vingança irracional, pois também deveria impedir o infrator de reincidir e dissuadir a delinquência de terceiros (SOUSA E BRITO, José de. **Strafzwecke im Rechtsstaat.** In NEUMANN, Ulfrid. HERZOG, Felix (Ed.). *Festschrift für Winfried Hassemer.* Heidelberg: C.F. Müller, 2010, pg. 305). Platão também teceu considerações sobre a vítima ao discorrer sobre a pena no diálogo “*As Leis*”. A injustiça manifesta na conduta do autor seria o critério para puni-lo. A determinação da pena deveria acompanhar o grau de injustiça na alma do infrator e considerar as circunstâncias do delito praticado, tal como a relação social e parental entre o autor e a vítima. O status do indivíduo lesionado tornaria o ato mais injusto e implicaria uma pena mais grave. Por exemplo, o escravo que matasse um cidadão seria punido mais gravosamente do que um cidadão que matasse um escravo (SCHÖPSDAU, Klaus. **Strafen und Strafrecht bei griechischen Denkern des 5. und 4. Jahrhunderts.**, op. cit., 12, 13 e 14;).

⁴ O filósofo romano Lúcio Aneu Séneca (4 a.C. – 65 d.C.), influenciado por Platão, propôs que a finalidade da pena não seria meramente retributiva (“*punitur, quia peccatum est*”), mas também prevenir futuros delitos (“*punitur, ne peccetur*”) (JAKOBS, Günther. **Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck.** Paderborn: Verlag Ferdinand Schöningh, 2004, pg. 5). No direito romano, a pena seria percebida como a supressão do crime e retificação da ordem pública. A ideia de extinção da culpa pela pena teria sido dominante nos primórdios do âmbito privado e público do direito penal romano. A punição do infrator seria uma retribuição pela prática de uma conduta proscrita e decorreria de uma sentença judicial baseada em preceitos legais ou consuetudinários. O direito penal público coibiria condutas lesivas à comunidade e o privado incidiria sobre condutas danosas ao indivíduo livre. A pena no âmbito público seria uma ação em que a comunidade expiaria a mácula do crime através de uma oferenda aos deuses (*Sacratio*). Esse ato expiatório poderia ser uma oferenda de bens ou animais (penas pecuniárias) ou o sacrifício do infrator (pena capital) à divindade ultrajada. A vítima seria irrelevante nos crimes públicos, pois haveriam poucas previsões em que o indivíduo concretamente afetado pelo delito, ou sua

Séculos IV e V⁵, e ainda durante o alto⁶ e baixo⁷ medievo. O fato de conceitos oriundos de momentos históricos distintos poderem ser designados pela mesma terminologia não implica

família, poderia intervir na perseguição e punição do infrator. As tarefas de processar e punir seriam promovidas pelos magistrados, pois estariam submetidas ao interesse do corpo de cidadãos. A vítima teria uma atuação maior no âmbito privado, pois a pena estaria lastreada em um direito de vingança e autotutela frente ao infrator, porém o indivíduo lesionado ainda estaria substancialmente subordinado aos magistrados. A autoridade magistral mediariam a situação e teriam a prerrogativa de fixar os detalhes do litígio e autorizar o exercício da autotutela (MOMMSEN, Theodor. **Römisches Strafrecht**. Leipzig: Verlag Duncker & Humblot, 1899, pg. 3, 4, 59, 60, 613, 614, 897 e 902 a 905).

⁵ O “sistema de composição” (*Kompositionensystem*) foi a forma de resolver conflitos no “direito tribal” (*Stammesrecht*) germânico. O “clã” (*Sippe*) era a unidade familiar, social e jurídica mais elementar entre os germânicos ocidentais. As pessoas livres e inseridas nessa sociedade baseada em relações de consanguinidade poderiam exercer a “faida” (*Fehde*) perante aquele que injustamente lesionasse um membro do clã. A conduta praticada contra um membro afrontaria a “honra” (*Ehre*) do clã. A invocação da faida implicaria em uma declaração de conflito contra o autor do fato e seu clã. O objetivo da faida seria infligir ao clã opositor uma violação da honra e prejuízo material igual ao malfeito sofrido pela parte lesionada. Os conflitos também poderiam ser pacificamente resolvidos pela celebração de um acordo de “expição” (*Sühne*). Esse arranjo compeliria a parte autora realizar uma “penitência” (*Buße*) em favor da parte vitimada (RÜPING, Hinrich. JEROUSCHEK, Günter. **Grundriss der Strafrechtsgeschichte**. 6ª Ed. Munique: Verlag C.H. Beck, 2011, pg. 2 a 4). Nesse contexto, as “partes” consistiriam no autor, vítima e seus respectivos clãs. O acordo consistiria na entrega de bens de valor, tais como armas, cavalos e gado. Esse acerto entre as partes seria mais do que um mero ressarcimento material, pois implicaria uma compensação da afronta à honra “vítima” e na restauração da paz entre os clãs. O sistema de composição deixa entrever a inexistência de um tratamento individualizado dos querelantes, pois a vítima e o autor estariam atrelados ao clã. A vítima, isto é, o grupo familiar do indivíduo lesionado, seria o “elemento basilar” e também o “catalisador” da reação perante o malfeito cometido, pois teria a incumbência de exercer a faida contra o agressor ou aceitar dele um acordo de expiação (SAUTNER, Lyane. **Opferinteressen und Strafrechtstheorien: Zugleich ein Beitrag zum restaurativen Umgang mit Straftaten**. Innsbruck: StudienVerlag, 2010, pg. 37 a 40).

⁶ O legado imperial romano influenciou os germânicos a adotarem estruturas sociais hierarquizadas, sensivelmente diferentes da tradicional organização familiar e tribal, e subsumidas às ordens de líderes militares. O estabelecimento de um poder político mais centralizado resultou em um esforço para converter atos de vingança em processos regrados, prover punições orientadas conforme um sentido legal e adotar regras processuais copiadas do direito romano. As normas prevendo penas corporais foram uma inovação legislativa do Século VI que ocorreu nos reinos germânicos ocidentais (visigótico, lombardo, burgúndio e franco). As legislações desse período (*Leges Barbarorum*) possibilitariam a intervenção de autoridades na resolução de querelas até então privadas. Essa incipiente pretensão punitiva das autoridades ainda não configuraria um monopólio coercitivo, mas seria notadamente diferente de demandas de vingança, compensação ou satisfação entre clãs beligerantes (RÜPING, Hinrich. JEROUSCHEK, Günter. **Grundriss der Strafrechtsgeschichte**., op. cit., pg. 4 a 8; WEITZEL, Jürgen. **Der Strafgedanke im frühen Mittelalter**. In HILGENDORF, Eric. WEITZEL, Jürgen (Ed.). *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung: Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2007, pg. 21 a 27 e 30 a 34; WEITZEL, Jürgen. **Hoheitliches Strafen in der Spätantike und im frühen Mittelalter**. Colônia: Böhlau Verlag, 2002, pg. 1 a 8). As normas penais seriam aplicadas com base na estratificação social dos envolvidos, pois as condutas proscritas tenderiam a ser punidas de forma mais grave se cometidas por autor de estamento inferior e de forma mais branda se a vítima fosse de estamento inferior. Por exemplo, a *Lex Ripuaria*, compilada pelos francos ripuários no Século VII, previa que a penitência pecuniária por um homicídio (*Wergeld*) seria mensurada pelo estamento da vítima – seiscentos *solidi* por um membro da aristocracia militar franca (*antrustiones*), duzentos *solidi* por um franco livre (*franci*) e cem *solidi* por um franco servo (*lidi*). Apesar dessas mudanças, a faida e expiação continuariam sendo o meio de resolução de conflitos preponderante do Século VI ao IX (BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Direito Penal Brasileiro - I**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013, pg. 115, 116, 128 e 129; CORREIA, Eduardo. **Estudos sobre a Evolução das Penas no Direito Português**. In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LIII, 1977, pg. 51 a 59; ZÖLLNER, Erich. **Geschichte der Franken bis zur Mitte des sechsten Jahrhunderts**. Munique: C.H. Beck, 1970, pg. 115 a 119).

⁷ As práticas do sistema de composição subsistiram até o Século XVI, porém as penas corporais já seriam um ponto central nos tratados, codificações e demais fontes jurídicas entre os Séculos XII e XIII. Nesse período, destaca-se a doutrina do “*jus commune*”. Essa ideia surgiu nas universidades europeias e estimulou um intento

haver uma conexão entre eles⁸. Propor uma linha evolutiva entre esses conceitos seria um pensamento continuísta precipitado, pois consideraria “*que existe em toda a historia humana um fenômeno fundamentalmente unitário (...) Isto, porém, não é possível. Nem delito nem pena (...) nem os demais conceitos básicos do direito moderno encontram-se continuamente na história*”⁹. O pensamento continuísta traria uma perspectiva anacrônica sobre o tema investigado¹⁰.

de unificar e adaptar as diversas fontes do direito (romano, canônico, consuetudinário e territorial) em uma ciência jurídica, baseada no idioma latino como língua comum (SABADELL, Ana Lucia. **Tormenta juris permissione: Tortura e Processo Penal na Península Ibérica (Séculos XVI – XVIII)**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006, pg. 44 a 46). Apesar de ter trazido uma inovação ao pensamento jurídico europeu, o período compreendido entre os Séculos XII e XIV foi caracterizado por uma organização social mormente altomedieval. As autoridades seculares detinham um controle limitado das relações sociais e múltiplas “ordens jurídicas” coexistiam. Nota-se a existência de várias modalidades punitivas e distintas relações entre a pena e a vítima. Nesse contexto, o ato punitivo poderia ser realizado por terceiros ou pela própria vítima. O objetivo da pena poderia ser a compensação de um prejuízo material ou a desforra da honra violada. Por exemplo, o duelo seria uma forma de autotutela pela qual a vítima, ou um familiar, enfrentaria o infrator para desforrar o malfeito sofrido (WILLOWEIT, Dietmar. **Rache und Strafe, Sühne und Kirchenbuße: Sanktionen für Unrecht an der Schwelle zur Neuzeit**. In HILGENDORF, Eric. WEITZEL, Jürgen (Ed.). *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung: Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2007, pg. 38 a 47; CORREIA, Eduardo. **Estudos sobre a Evolução das Penas no Direito Português.**, op. cit., pg. 67 a 73; CABRAL DE MONCADA, Luís. **O Duelo na Vida do Direito**. In *Estudos de História do Direito*. Vol. 1. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1948, pg. 132). A querela também poderia ser resolvida através da punição do infrator pelas autoridades. As penas não eram uniformemente aplicadas e podiam incluir sanções corporais, pecuniárias ou de banimento. Os interesses da vítima também poderiam ser pacificamente tutelados por acordos entre as partes. O autor expiaria a conduta incorrida ao realizar afazeres em favor da vítima e a querela seria sanada sem a desforra ou a imposição de uma pena pelas autoridades. A expiação seria normalmente feita através de serviços espirituais e de compensações em favor da vítima e aparentados. Por exemplo, em casos graves, tal como homicídio, o malfeitor providenciaria a celebração de uma missa honrando o falecido e durante a cerimônia realizaria penitências físicas. Por fim, a reconciliação seria chancelada por um padre. Outras formas de expiação espiritual compeliriam o autor a peregrinar até santuários religiosos e rezar pela vítima ou erguer cruzeiros no local do crime. Essas tarefas seriam dispendiosas para o infrator, pois implicariam custos de viagem, dízimos para a Igreja Católica e taxas para as autoridades seculares. As penas inseridas nessa categoria parecem ter sido mais zelosas com a vítima. Por exemplo, nas regiões alemãs da Alta Renânia, Baixa Renânia e Francônia existem indícios de que a quantia paga em casos de homicídio deveria atender as necessidades dos familiares da vítima e ser mensurada com base nas peculiaridades do caso. Certas vítimas teriam uma tutela diferenciada por pertencerem a certo estamento social, tal como os membros do clero. Apesar de a atuação dos tribunais eclesiásticos no baixo medievo ter sido reduzida aos assuntos morais e religiosos, tais como heresia, usura, adultério, fornicção, blasfêmia etc, essas cortes ainda poderiam punir danos ao patrimônio da igreja, ofensas e agressões ao clero. Um âmbito restrito de crimes contra a pessoa foi legado aos tribunais eclesiásticos. A excomunhão, a flagelação pública e sanções pecuniárias seriam penas comuns na jurisdição clerical (WILLOWEIT, Dietmar. **Rache und Strafe, Sühne und Kirchenbuße: Sanktionen für Unrecht an der Schwelle zur Neuzeit.**, op. cit., pg. 53 a 57; CORREIA, Eduardo. **Estudos sobre a Evolução das Penas no Direito Português.**, op. cit., pg. 67 a 73).

⁸ SABADELL, Ana Lucia. **Tormenta juris permissione: Tortura e Processo Penal na Península Ibérica (Século XVI – XVIII)**, op. cit., pg. 22.

⁹ *Ibidem*, pg. 22 e 23; Esse tipo de equívoco pode ser exemplificado nas menções ao “Código de Hamurabi”, pois “*nunca foi encontrada prova de que o referido “Código” tenha vigorado ou decisão que o citasse, quanto mais efetivamente constituísse, aos olhos daquela comunidade de então, um Código de leis (...) os textos atribuídos a Hamurabi não têm intenção legislativa. O denominado “Código de Hamurabi” não passa de uma falácia criada pelo imaginário do jurista contemporâneo, que atribui a um texto de intenções e finalidades desconhecidas uma função à dos fatos típicos dos códigos penais contemporâneos*” (*Ibidem*, pg. 21). O conteúdo do “Código de Hamurabi” não teria sido referido como “lei” pelos babilônios. Os preceitos contidos na suposta codificação teriam sido denominados “julgamentos de direito” (*dinât misharim*), ou seja, “ensinamentos

A presente análise não pressupõe a existência de uma continuidade evolutiva entre as acepções pré-modernas e modernas dos conceitos de pena e vítima. O fato de a teoria da pena ser um produto do pensamento jurídico-criminal surgido no período quinhentista e seiscentista tornaria improficuo e anacrônico analisar as acepções pré-modernas do conceito de punição. Deve aplicar-se a mesma lógica ao conceito de vítima. Se o objetivo é analisar a colocação da vítima nas teorias da pena, a acepção moderna do conceito deve ser preferida em detrimento da pré-moderna.

2. O advento das teorias da pena e o papel da vítima

Entre o Século XIV e XVI, o pensamento jurídico-criminal europeu passou por notáveis mudanças. Fatores relevantes para essa transição foram a formação de monarquias absolutas e o estabelecimento de atividades legislativas e jurisdicionais conduzidas por um poder político central ao invés de dispersas autoridades locais¹¹. Outro fator foi a forma de pensar questões filosóficas, jurídicas, políticas e sociais surgida nesse período, fortemente marcada pela recepção humanista da filosofia clássica e pela escolástica medieval¹².

*indicando o caminho aos juízes. Cada frase, geralmente breve, diz respeito a um caso concreto e dá uma solução jurídica; (...), situando a formulação a meio caminho entre o concreto e o abstrato” (GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, pg. 61).*

¹⁰ LIMA TORRES, José Reinaldo de. **O Direito na História: Lições Introdutórias**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, pg. 5 e 6; **Tormenta juris permissione: Tortura e Processo Penal na Península Ibérica (Século XVI – XVIII)**., op. cit., pg. 21; HESPANHA, António Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia**. Sintra: Publicações Europa-América, Ltda., 1998, pg. 19 a 21; Sobre os problemas de uma análise histórico-jurídica baseada na “perspectiva do agora” (*Perspektive des Jetzt*): FROTSCHER, Werner. PIEROTH, Bodo. **Verfassungsgeschichte**. 11ª Ed. Munique: Verlag C.H. Beck, 2012, pg. 2 a 4; JEROUSCHEK, Günter. **Geburt und Wiedergeburt des Peinlichen Strafrechts im Mittelalter**. In LÜDERSSSEN, Klaus. (Ed.). *Die Durchsetzung des öffentlichen Strafanspruchs: Systematisierung der Fragestellung*. Colônia: Böhlau Verlag, 2002, pg. 41 e 42; A posição de Lyane Sautner poderia ser dita como divergente, porém sem parecer desarrazoada, pois proporia uma conexão entre as práticas penais privadas medievais e o direito penal estatal surgido no início da Idade Moderna. A diferença fundamental entre esses dois momentos teria sido o Estado Moderno tomar da vítima a pretensão de reagir ao cometimento de uma infração. A lógica da faida e da expiação teria sido preservada, porém com o estado no lugar da vítima (SAUTNER, Lyane. **Opferinteressen und Strafrechtstheorien: Zugleich ein Beitrag zum restaurativen Umgang mit Straftaten**., op. cit., pg. 43 e 44).

¹¹ RÜPING, Hinrich. JEROUSCHEK, Günter. **Grundriss der Strafrechtsgeschichte**, op. cit., pg. 40 a 48; SAUTNER, Lyane. **Opferinteressen und Strafrechtstheorien: Zugleich ein Beitrag zum restaurativen Umgang mit Straftaten**., op. cit., pg. 40 a 43; SABADELL, Ana Lucia. **Tormenta juris permissione: Tortura e Processo Penal na Península Ibérica (Século XVI – XVIII)**., op. cit., pg. 44 a 46.

¹² RÜPING, Hinrich. JEROUSCHEK, Günter. **Grundriss der Strafrechtsgeschichte**, op. cit., pg. 48 a 51; BIRR, Christiane., **Kriminalstrafe ist öffentliche Rache“: Beobachtungen zum Strafgedanken in der juristischen Literatur der Frühen Neuzeit**. In HILGENDORF, Eric. WEITZEL, Jürgen (Ed.). *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung: Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2007, pg. 59 a 64.

As ideias de “bem comum” e “justiça” refletem essas influências¹³. Esses conceitos foram destacados nas reflexões jurídicas desse período e repercutiram na forma de pensar a pena e a vítima¹⁴. O sofrimento da vítima não seria o pilar da punibilidade de um delito, pois o mal que a conduta proscrita faz recair sobre a coletividade seria o primeiro fator a ser considerado¹⁵. As questões criminais seriam tratadas como pertinentes ao bem comum, pois a vítima seria uma parte da comunidade¹⁶. A pena seria benéfica a todos, pois “*existe não somente para curar o mal cometido ou melhorar o delinquente, pelo contrário, ela também consiste na prevenção geral positiva de pecados e transgressões futuras, as quais perturbariam a paz da comunidade (tranquillitas civitatis)*”¹⁷. As penas privadas movidas pela vítima ou seus aparentados deveriam ser repudiadas, pois a punição de malfeitores caberia unicamente às autoridades incumbidas pela providência divina de garantir o bem comum¹⁸. O consentimento ou perdão seriam irrelevantes para evitar a punição do malfeitor, pois a vítima não estaria intitulada a abdicar de um direito pertencente à comunidade¹⁹.

Esse cenário ocasionou reveses que majoritariamente recaíram sobre a vítima, pois a intervenção estatal visando resolver conflitos acabou sendo mais onerosa para o agredido do que o agressor²⁰. A vítima passou a ter uma condição inócua quanto a resolução da querela e

¹³ BIRR, Christiane. „**Kriminalstrafe ist öffentliche Rache**“: Beobachtungen zum Strafgedanken in der juristischen Literatur der Frühen Neuzeit., op. cit., pg. 60 a 64.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Ibidem, pg. 63.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Ibidem, pg. 64; Essa ideia já apareceria em codificações do liminar da Idade Moderna. Por exemplo, a compilação de direito consuetudinário francês de Anjou e do Maine (*Coutume d'Anjou et du Maine*) redigida em 1437: “*Deve saber o juiz que um criminoso deve ser punido por quatro razões: primeira, por seus crimes; segunda, para intimidar e dar um exemplo a outros acerca da má-conduta; terceira, para remover os ditos malfeitores da comunidade da boa gente e assim evitar o seu exercício do mal sobre eles; quarta, para prevenir os maus que eles ainda possam cometer caso escapem*” (VON BAR, Carl Ludwig. **A History of Continental Criminal Law**. Boston: Little, Brown and Company, 1916, pg. 150).

¹⁸ BIRR, Christiane „**Kriminalstrafe ist öffentliche Rache**“: Beobachtungen zum Strafgedanken in der juristischen Literatur der Frühen Neuzeit., op. cit., pg. 63 e 64; A influência das ideias aquinenses pode ser vista na obra de Ulrich Tengler (1447 – 1511) e Jakob Omphal (1500 – 1567), dois destacados juristas alemães do período quatrocentista e quinhentista. O primeiro formulou que nenhum indivíduo teria o direito de desferrar um malfeito imposto por outrem, pois somente aqueles contemplados por Deus com o poder para punir o mal poderiam realizar essa tarefa. O segundo destacou a necessidade de um estreito vínculo entre a igualdade jurídica, a justiça e a mensuração apropriada da pena (Ibidem, pg. 64 e 65); A “igualdade jurídica” referida não implicava dizer que todos teriam os mesmos direitos em todas as situações, pois a sociedade ainda era estratificada e marcada por privilégios, direitos e deveres distintos para cada estamento. Nesse contexto, a igualdade jurídica denotaria uma submissão equânime de todos perante o poder punitivo das autoridades (EURICH, S. Amanda. **Reviewed Work: The European Nobility (1400-1800), by Jonathan Dewald**. In *Sixteenth Century Journal*, Vol. 28, N. 4, 1997, pg. 1339 a 1341).

¹⁹ BIRR, Christiane „**Kriminalstrafe ist öffentliche Rache**“: Beobachtungen zum Strafgedanken in der juristischen Literatur der Frühen Neuzeit., op. cit., pg. 63 e 64.

²⁰ HASSEMER, Winfried. REEMTSA, Jan Philipp. **Verbrechensopfer: Gesetz und Gerechtigkeit**. Munique: Verlag C.H. Beck, 2002, pg. 22 e 23.

foi impedida de satisfazer os próprios interesses pela desforra ou compensação²¹. Essa “neutralização” da vítima foi gradativamente acentuada até o final da Idade Moderna à medida que o pensamento jurídico-criminal trocava a ideia de compensações entre partes por uma resolução pública de conflitos²².

O potencial preventivo da atividade punitiva passou a ser explorado, pois a pena poderia dissuadir malfeitores de forma mais contumaz do que exemplos acerca da transgressão²³. A prevenção de crimes através da pena estaria intrinsecamente vinculada ao bem comum e a justiça²⁴. Os infratores deveriam ser processados, julgados e condenados sem exceção, pois seria injusto e prejudicial a comunidade não punir o cometimento de um delito, ou seja, esse preceito impossibilitaria a prática de resolver querelas criminais por composições entre as partes²⁵. A leniência com criminosos seria injusta com aqueles observantes da lei e poderia estimular outros indivíduos a agirem de forma prejudicial ao bem comum²⁶. A pena somente seria eficaz se fosse igualmente aplicada a todos aqueles que incorressem em uma conduta proscrita²⁷. A consolidação desse preceito também foi influenciada por ideias religiosas, tal como o descontentamento divino por um criminoso não

²¹ Idem; NEUMAN, Elias. **Victimología: El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984, pg. 41; HASSEMER, Winfried. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989, pg. 29; A vítima é mencionada como um mero critério de aplicação da pena na obra de juristas desse período. Por exemplo, Jakob Omphal dispõe que o ato punitivo deveria corresponder ao malfeito cometido e atentar para certos critérios, tais como o desenrolar da transgressão e a condição social do autor e vítima (BIRR, Christiane „**Kriminalstrafe ist öffentliche Rache**“: **Beobachtungen zum Strafgedanken in der juristischen Literatur de Frühen Neuzeit**, op. cit., pg. 70 e 79); Segundo Jean Boutillier (1340 – 1395), jurista francês do Século XIV, dentre os critérios de aplicação da pena estaria o caráter da vítima, a condição e hábitos prévios do criminoso e o momento e local do crime (VON BAR, Carl Ludwig. **A History of Continental Criminal Law**, op. cit., pg. 150 e 151; PAILLARD DE SAINT-AIGLAN, Alphonse. **Notice sur Jean Boutillier, auteur de la Somme Rurale**. In *Bibliothèque de l'école des chartes*, Tome 9, 1848, pg. 89 a 143).

²² BIRR, Christiane „**Kriminalstrafe ist öffentliche Rache**“: **Beobachtungen zum Strafgedanken in der juristischen Literatur de Frühen Neuzeit**, op. cit., pg. 70 a 78; O gradual afastamento da vítima pode ser percebido entre legislações criminais promulgadas ao início e fim da Idade Moderna. Por exemplo, a *Constitutio Criminalis Carolina* (1532), promulgada como um código processual penal válido a todos os principados do Sacro Império Romano Germânico, não suprimiu abertamente a vítima da resolução de questões criminais. A vítima teria o direito de iniciar um processo penal através de uma ação privada. Esse instrumento legal teria sido pouco utilizado pelas vítimas, pois uma eventual absolvição do acusado importaria ao sucumbente o dever de indenizar o indivíduo inocentado e arcar com os custos judiciais. A *Constitutio Criminalis Theresiana* (1768), promulgada como um código penal válido aos domínios imperiais habsburgos na Áustria e Boêmia, efetivamente retirou o direito da vítima de iniciar um processo penal através de uma ação privada. A vítima foi reduzida ao papel de informante ou testemunha (SAUTNER, Lyane. **Opferinteressen und Strafrechtstheorien: Zugleich ein Beitrag zum restorativen Umgang mit Straftaten**, op. cit., pg. 42).

²³ BIRR, Christiane „**Kriminalstrafe ist öffentliche Rache**“: **Beobachtungen zum Strafgedanken in der juristischen Literatur de Frühen Neuzeit**, op. cit., pg. 64.

²⁴ *Ibidem*, pg. 73 a 75

²⁵ *Idem*.

²⁶ *Ibidem*, pg. 73 e 75.

²⁷ *Ibidem*, pg. 75.

ter recebido a pena justa pelo crime cometido²⁸. Punir um infrator em nome de Deus seria um ato de piedade ao invés de crueldade²⁹.

A pena teria sido baseada em preceitos retributivos e preventivos até meados do Século XVI³⁰. As autoridades processariam e puniriam infratores pelo fato de terem transgredido e para evitar que o fizessem novamente³¹. A ênfase no aspecto preventivo teria sido iniciada na transição do Século XVI para o XVII³². A pena evitaria a incidência de malfeitos posteriores através da dissuasão³³. Essa mudança de paradigma estaria associada ao despontar do racionalismo e do direito natural entre os Séculos XVI e XVII³⁴. As práticas e concepções jurídico-criminais medievais foram gradativamente extintas durante a Idade Moderna³⁵. As autoridades seculares passaram a deter o dever e o privilégio de promover a justiça e o bem comum através da atividade punitiva³⁶.

A pena deixa de ser a execução de uma vingança divina e se converte em uma reação pública perante a violação de uma norma mundana³⁷. A perspectiva dominante sobre a função da pena passaria a ser a ideia de prevenção geral, pois o temor instigado pelo ato punitivo criaria uma contraposição ao impulso de cometer crimes³⁸. A pena deixaria de ser orientada

²⁸ Ibidem, pg. 77.

²⁹ Idem.

³⁰ Idem.

³¹ Idem.

³² Idem; Essa transição pode ser vista na obra *“Praxis Rerum Criminalia”* (1554), escrita pelo jurista flamenco Josse de Damhouder (1507 – 1581). A pena seria necessária, não só pelo fato de um crime ter sido cometido, mas para evitar que condutas similares sejam repetidas. O ato punitivo seria uma forma de impedir que um criminoso bem sucedido seja um exemplo para terceiros (Idem).

³³ Idem; A concepção penal do jurista germânico Benedict Carpzov (1565 – 1624) recorre ao uso de punições atroztes com a finalidade de promover a prevenção geral de delitos. A ideia de intimidação (*deterrare*) já constava nos escritos do Século XVI. Contudo, abordagens como a de Benedict Carpzov possibilitariam práticas que seriam consideradas injustas na perspectiva seiscentista, pois admitia que punições mais graves (do que aquelas consideradas adequadas para certo crime) fossem impostas somente com base no efeito intimidador almejado (Idem).

³⁴ RÜPING, Hinrich. JEROUSCHEK, Günter. **Grundriss der Strafrechtgeschichte**, op. cit., pg. 65 a 67; Nesse período, *“a visão de mundo transcendente e vinculada a Deus cedeu lugar a tentativa de extrair o conteúdo material do direito a partir da natureza do homem, entendido como indivíduo empírico”* (Ibidem, pg. 66). O impacto do direito natural é atribuível ao uso do método científico, ou seja, uma forma de investigação que toma o processo das ciências naturais, pautado pela análise e síntese dos elementos de um fenômeno, como modelo para obter um conhecimento mais preciso. A aplicação do método científico à doutrina social e a criação dedutiva de um sistema de direito natural são fatores essenciais para as concepções político-filosóficas surgidas nesse período, tal como as teorias pautadas pelo axioma do contrato social. Essas formulações pressupõem que indivíduos originalmente livres e iguais decidem se unir em um estado e atribuir o poder a um soberano, perante o qual todos estarão submetidos, incumbido da tarefa de implementar a constituição positiva e discernimento racional (Idem).

³⁵ BIRR, Christiane. **Kriminalstrafe ist öffentliche Rache“: Beobachtungen zum Strafgedanken in der juristischen Literatur der Frühen Neuzeit.**, op. cit., pg.74 e 78; RÜPING, Hinrich. JEROUSCHEK, Günter. **Grundriss der Strafrechtgeschichte**, op. cit., pg. 68.

³⁶ Idem; Idem.

³⁷ RÜPING, Hinrich. JEROUSCHEK, Günter. **Grundriss der Strafrechtgeschichte**, op. cit., pg. 65 e 69.

³⁸ Ibidem, pg. 68.

pela imposição de um mal igual ao cometido pelo infrator e passaria a ser orientada pela nocividade que a conduta representa para o bem comum³⁹. Essa concepção firmaria o preceito de que todo crime conteria em si a punição apropriada⁴⁰. A proporcionalidade e a utilidade passariam a ser critérios norteadores para a imposição da pena⁴¹.

O racionalismo e o direito natural difundidos a partir do Século XVII culminariam no Iluminismo dos Séculos XVIII e XIX⁴². O pensamento jurídico-criminal iluminista pode ser destacado pela inspiração secularista, o intento de estabelecer uma separação entre o direito e a moral, a busca de uma limitação legal do *jus puniendi* estatal, repúdio das penas brutais e da tortura e uma orientação instrumental da atividade punitiva⁴³.

As obras e os autores precursores das teorias da pena contemporâneas poderiam ser remontados ao Iluminismo⁴⁴. As formulações desse período podem ser classificadas com base na fundamentação que atribuíam a instituição punitiva⁴⁵. Um primeiro grupo teórico propunha uma fundamentação instrumental em que a pena teria a finalidade de promover o interesse coletivo na prevenção de crimes⁴⁶. Um segundo grupo teórico concebia uma fundamentação racionalista, alheia a considerações empírico-instrumentais, em que a pena seria a resposta intrinsecamente apropriada ao crime⁴⁷. Um ponto comum aos grupos citados seria o fato de ambos desconsiderarem vítima ao fundamentar a pena⁴⁸. Esse traço comum estaria

³⁹ Idem.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Ibidem, pg. 69.

⁴² Ibidem, pg. 65 a 71.

⁴³ Idem; NAUCKE, Wolfgang. **Feuerbachs Lehre von der Funktionstüchtigkeit des gesetzlichen Strafens**. In HILGENDORF, Eric. WEITZEL, Jürgen (Ed.). *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung: Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2007, pg. 101 e 112.

⁴⁴ VORMBAUM, Thomas. **A Modern History of German Criminal Law**. Durham: Springer Verlag, 2014, pg. 19 a 45; RÜPING, Hinrich. JEROUSCHEK, Günter. **Grundriss der Strafrechtsgeschichte**, op. cit., pg. 65 a 71.

⁴⁵ HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie**. In HILGERS, Thomas. KOCH, Gertrud. MÖLLERS, Christoph. MÜLLER-MALL, Sabine (Ed.). *Affekt & Urteil*. Paderborn: Wilhelm Fink Verlag, 2015, pg. 144 e 145; HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht**. In *Juristischer Zeitung*, nº 19, 2006, pg. 951.

⁴⁶ HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie**, op. cit., pg. 146 a 148.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Ibidem, pg. 143; “Embora não haja vítima individual em todas os crimes (não no caso de delitos contra os chamados bens jurídicos universais ou coletivos, tais como falsificação monetária, delitos ambientais ou declarações falsas perante um tribunal). Contudo, no âmbito central do direito penal, tais como em agressões a pessoas sob a forma de lesões corporais, ofensas sexuais, etc., é uma ideia óbvia de que a punição está relacionada aos interesses das vítimas. Entretanto, essa ideia não é encontrada nas atuais descrições teórico-penais” (Idem); PRITTWITZ, Cornelius. **Opferlose Straftheorien?** In SCHÜNEMANN, Bernd. DUBBER, Markus (Ed.). *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem: Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA*. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2000, pg. 61.

relacionado ao contexto em que surgiram essas formulações: a última etapa do processo de consolidação da pretensão punitiva estatal⁴⁹.

A consolidação da pretensão punitiva estatal teria privado a vítima de ingerir em questões criminais⁵⁰. A pena deixaria de ser uma vingança entre indivíduos e clãs motivados por questões de honra e passaria a ser uma “vingança” exercida pelo soberano, em nome próprio e dos súditos, contra transgressores de normas estatais⁵¹. Posteriormente, a concepção de vingança do soberano cederia lugar ao entendimento da pena com a finalidade de prevenção criminal⁵². A pena “racional” legada pela Idade Moderna seria indissociável da alienação da vítima perante a resolução de questões criminais⁵³.

⁴⁹ A perspectiva mais difundida é de que o estabelecimento da pretensão punitiva exclusivamente estatal foi um marco civilizatório, pois a monopolização do poder para implementar o direito desentrou amarras que imobilizavam o desenvolvimento da sociedade e extinguiu potencialmente intermináveis ciclos de vingança familiar que consumiam recursos e impediam a sofisticação da estrutura social. O estabelecimento do monopólio coercitivo estatal possibilitou traçar as distinções entre o sujeito passivo e ativo do delito. A imprecisa delimitação entre autor e vítima seria uma ameaça para as autoridades. Um criminoso forte poderia aterrorizar uma região sem ser penalizado e constituir uma ameaça ao estado. Uma vítima forte poderia eliminar o algoz e intentar instaurar o próprio domínio político sob o pretexto da incapacidade dos governantes em fornecer proteção e segurança (HASSEMER, Winfried. REEMTSA, Jan Philipp. **Verbrechensopfer: Gesetz und Gerechtigkeit.**, op. cit., pg. 16 a 19; GÜNTHER, Klaus. **Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe: Eine neue Strafretheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?** In PRITTWITZ, Cornelius. BAURMANN, Michael. GÜNTHER, Klaus. KUHLEN, Lothar. MERKEL, Reinhard. NESTIER, Cornelius. SCHULZ, Lorenz. LÜDERSEN, Klaus. (Ed.). *Festschrift für Klaus Lüderssen: zum 70. Geburtstag am 2 Mai 2002*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, pg. 212).

⁵⁰ A experiência decorrente do delito originaria uma reação que seria específica e exclusiva da vítima: uma “demanda por satisfação” (*Bedürfnis nach Genugtuung*). Essa demanda teria sido banida da instituição penal e o processo de consolidação da pretensão punitiva estatal teria sido a “razão de ser” dessa exclusão. Um crime não importaria apenas lesões imediatas e materiais, pois também provocaria estados sentimentais no indivíduo afetado, tais como desprezo, humilhação e degradação. Nem todos os crimes teriam essa conotação, pois somente aqueles que afetam a identidade física e psíquica da vítima, ou seja, a integridade pessoal, poderiam ser ditos como embutidos de tal significado, tais como lesão corporal, roubo, homicídio e estupro. Essas condutas seriam “delitos de integridade” (*Integritätsdelikten*) (GÜNTHER, Klaus. **Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe: Eine neue Strafretheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?**, op. cit., pg. 207 e 208).

⁵¹ *Ibidem*, pg. 212; COSTA ANDRADE, Manuel da. **A Vítima e o Problema Criminal**. Coimbra: Coimbra Editora, pg. 51 a 53.

⁵² GÜNTHER, Klaus. **Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe: Eine neue Strafretheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?**, op. cit., pg. 212; O processo todo poderia ser reconstruído em três etapas: A primeira decorreu do estabelecimento de uma pretensão punitiva estatal em que a vítima foi destituída de meios para exercer autonomamente o direito e submetida ao monopólio coercitivo da autoridade. A segunda resultou na privatização da demanda satisfatória, pois a experiência de sofrer um crime perde a ressonância pública e passa a ser algo exclusivo da esfera pessoal da vítima. Como resultado das duas primeiras etapas, “a vítima não tem mais direitos ou meios coercitivos e não será ouvida por outros quanto a sua demanda satisfatória” (*Ibidem*, pg. 213). A terceira culminou na neutralização da qualidade depreciativa do crime. Esse tipo de conduta foi afastado da esfera pessoal da vítima, pois deixou de ser uma expressão de desprezo ao indivíduo afetado e passou a ser exclusivamente concebido como uma infração do direito estatal. Posteriormente, o crime deixou de ser interpretado como uma infração ao direito estatal e passou a ser interpretado como uma violação de bens jurídicos tutelados pelo ordenamento. A qualidade depreciativa se manteve apenas no rol de crimes contra a honra e foi subtraída de todos os demais delitos modernos (*Ibidem*, pg. 212 e 213).

⁵³ *Ibidem*, pg. 211 a 214.

3. A inserção da vítima nas teorias da pena tradicionais

As formulações modernas surgidas em meio a concepções contratualistas e baseadas na utilidade do estado teriam assumido a forma de teorias da pena instrumentais fundamentadas nos efeitos benéficos da pena para a coletividade⁵⁴. Essas teorias seriam atualmente designadas como “preventivas” ou “relativas”, pois objetivariam prevenir crimes futuros⁵⁵. Essas formulações são bipartidas em uma vertente “geral”, pois condicionam o objetivo de prevenção criminal ao efeito da pena sobre a coletividade, e outra “especial”, pois condicionam o objetivo de prevenção criminal ao efeito da pena sobre o indivíduo⁵⁶.

3.1. Prevenção Geral Negativa

As teorias de prevenção geral seriam mais antigas do que as contrapartes baseadas na prevenção especial, pois teriam surgido entre os Séculos XVIII e XIX. A obra do inglês Jeremy Bentham (1748 – 1832) foi relevante para o desenvolvimento das teorias de prevenção geral. Um destaque especial deve ser concedido à teoria do alemão Paul Johan Anselm von Feuerbach (1775 – 1833), pois as formulações anteriores a esse autor não

⁵⁴ HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie.**, op. cit., pg 145.

⁵⁵ *Ibidem*, pg. 146.

⁵⁶ SAUTNER, Lyane. **Opferinteressen und Strafrechtstheorien: Zugleich ein Beitrag zum restorativen Umgang mit Straftaten.**, op. cit., pg. 48; WESSELS, Johannes. BEULKE, Werner. **Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau.** 40ª Ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2010, pg. 4; PAWLIK, Michael. **Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe.** Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 2004, pg. 21 a 43; JAKOBS, Günther. **Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre.** 2ª Ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1991, pg. 20 a 22; STRATENWERTH, Günter. **Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat.** 3ª Ed. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 1981, pg. 22 a 26; BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral I.** 17ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, pg. 294 a 296; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas Básicos da Doutrina Penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pg. 74 a 83; CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal I.** Coimbra: Livraria Almedina, 1993, pg. 40 e 41; CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. **Lições de Direito Penal – Parte Geral II: Penas e Medidas de Segurança.** Lisboa: Editorial Verbo, 1989, pg. 45 e 46; BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Tomo I.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967, pg. 93; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal.** 2ª Ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2001, pg. 71 e 72; BACIGALUPO, Enrique. **Derecho Penal: Parte General.** 2ª Ed. Buenos Aires: Editorial Hamurabi SRL, 1999, pg. 33 a 37; MIR PUIG, Santiago. **Introducción a Las Bases del Derecho Penal.** 2ª Ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, pg. 53 a 58; ZAFFARONI, Eugenio Raul. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General.** 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, 1997, pg. 56 a 64.

distinguiriam nitidamente entre a prevenção geral e especial⁵⁷. Essa variante das teorias de prevenção geral seria designada “negativa”, pois a finalidade da pena seria evitar o cometimento de crimes através da dissuasão de infratores potenciais⁵⁸.

A concepção penal de Jeremy Bentham foi pautada pela filosofia utilitarista⁵⁹, pois sustentava que “quando um homem percebe ou supõe a dor como consequência de um ato, ele é influenciado de forma, com considerável força (...) a desistir da comissão desse ato”⁶⁰. Apesar de abordar a prevenção geral e especial, a teoria sustenta que a primeira seria a

⁵⁷ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a Las Bases del Derecho Penal.**, op. cit., pg. 53; ANTÓN ONECA, José. **Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración.** In *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1964, nº 166, pg. 426 a 428; A ausência de distinção entre a prevenção geral e especial pode ser vista em autores clássicos, tais como Platão e Sêneca, e iluministas dos Séculos XVII e XVIII, tais como Hugo Grotius (1583 – 1645), Samuel Puffendorf (1632 – 1694), Christian Thomasius (1655 – 1728), Montesquieu (1689 – 1755), Voltaire (1694 – 1778) e Cesare Beccaria (1738 – 1794) (Idem; Idem). As seguintes obras contêm exposições mais detalhadas sobre as concepções penais propostas pelos autores mencionados: RÜPING, Hinrich. **JEROUSCHEK, Günter. Grundriss der Strafrechtsgeschichte.**, op. cit., pg. 65 a 67; JAKOBS, Günther. **Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck.**, op. cit., pg. 6 a 10; CARRTHERS, David. **La Philosophie pénale de Montesquieu.** In *Revue Montesquieu*, 1997, nº 1, pg. 49 a 60; HEATH, James. **Eighteenth Century Penal Theory.** Oxford: Oxford University Press, 1963, pg. 73 a 82 e 141 a 149; A primeira formulação de uma doutrina da prevenção geral pode ser atribuída ao alemão Paul Johan Anselm von Feuerbach. Essa deferência pode ser vista nas seguintes obras: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas Básicos da Doutrina Penal.**, op. cit., pg. 75; MIR PUIG, Santiago. **Introducción a Las Bases del Derecho Penal.**, op. cit., pg. 53; SAUTNER, Lyane. **Opferinteressen und Strafrechtstheorien: Zugleich ein Beitrag zum restaurativen Umgang mit Straftaten.**, op. cit., pg. 48; STRATENWERTH, Günter. **Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat.**, op. cit., pg. 22.

⁵⁸ HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie.**, op. cit., pg. 145; HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.** In VON HIRSCH, Andreas. NEUMANN, Ulfrid. SEELMANN, Kurt. (Ed.). *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie.* Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2011, pg. 15 a 18; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.** Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, pg. 24 e 25; VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.** In VON HIRSCH, Andreas. NEUMANN, Ulfrid. SEELMANN, Kurt. (Ed.) *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie.* Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2011, pg. 46 e 47; SAUTNER, Lyane. **Opferinteressen und Strafrechtstheorien: Zugleich ein Beitrag zum restaurativen Umgang mit Straftaten.**, op. cit., pg. 48 e 49; WESSELS, Johannes. BEULKE, Werner. **Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau.**, op. cit., pg. 4; PAWLIK, Michael. **Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe.**, op. cit., pg. 23 a 29; JAKOBS, Günther. **Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre.**, op. cit., pg. 20 e 21; STRATENWERTH, Günter. **Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat.**, op. cit., pg. 22 e 23; BROOKS, Thom. **Punishment.** Nova York: Routledge, 2012, pg. 35 e 36; BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral I.**, op. cit., pg. 297 a 300; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas Básicos da Doutrina Penal.**, op. cit., pg. 74 e 75; CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal I.**, op. cit., pg. 43 e 47; HASSEMER, Winfried. **História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra.** Lisboa: Editora AAFDL, 1995, pg. 46; BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Tomo I.**, op. cit., pg. 93; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal.**, op. cit., pg. 71 e 72; BACIGALUPO, Enrique. **Derecho Penal: Parte General.**, op. cit., pg. 33 e 34; MIR PUIG, Santiago. **Introducción a Las Bases del Derecho Penal.**, op. cit., pg. 53; ZAFFARONI, Eugenio Raul. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General.**, op. cit., pg. 57 a 60.

⁵⁹ BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (1781).** Kitchener: Batoche Books, 2000, pg. 140 a 146; BENTHAM, Jeremy. **The Rationale of Punishment.** Londres: C. and W. Reynell, 1830, pg. 19 a 23; VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., pg. 46; MIR PUIG, Santiago. **Introducción a Las Bases del Derecho Penal.**, op. cit., pg. 53.

⁶⁰ BENTHAM, Jeremy. **The Rationale of Punishment.**, op. cit., pg. 19.

principal justificação da pena, pois “a punição sofrida por um criminoso apresenta um exemplo para qualquer um do que terá que sofrer caso seja culpado do mesmo crime”⁶¹. Essa lógica permitiria concluir que punir o infrator seria desnecessário caso o crime fosse um evento isolado e não repetível⁶². A finalidade da pena seria fornecer um exemplo dissuasivo apto a prevenir crimes futuros, porém a mensuração penal deveria seguir uma ponderação entre os benefícios preventivos e o custo humano-financeiro do ato punitivo⁶³.

A concepção penal de Paul Johan Anselm von Feuerbach foi notabilizada pelo título de “teoria da coação psicológica” (*psychologische Zwangstheorie*)⁶⁴. Adota-se a premissa kantiana sobre a dualidade do Ser Humano, pois “como homo phaenomenon, como parte do mundo dos sentidos, ele é determinado; e como homo noumenon, como parte do mundo das ideias, ele é livre”⁶⁵. Essa teoria diverge da filosofia kantiana ao considerar o direito como

⁶¹ Ibidem, pg. 20.

⁶² Idem.

⁶³ BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (1781)**, op. cit., pg. 140 a 146; VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung**, op. cit., pg. 46. Uma relevante influência para essa concepção penal foi a obra do jurista italiano Cesare Beccaria: “Mas a área-chave em que o pensamento de Bentham foi mais eficazmente estimulado por Beccaria foi ao argumento de que uma teoria dissuasora exigia um método sofisticado de estabelecer a proporção entre punição e ofensa. É nessa questão que Bentham consolidou a nascente teoria utilitária de Beccaria, desenvolvendo, primeiro, um método para avaliar a propagação ou distribuição da dor e, segundo, elaborando treze regras para equiparar a punição à ofensa” (DRAPER, Anthony J. **Cesare Beccaria’s influence on English discussions of punishment, 1764–1789**. In *History of European Ideas*, Vol. 26, 2000, pg. 192 e 193). Segundo Cesare Beccaria, a legitimidade punitiva do estado estaria fundamentada em premissas contratualistas e a pena deveria ser delimitada por sua utilidade social. O tratado “*Dos Delitos e das Penas*” (1764) teve uma aclamada recepção na Inglaterra e influenciou destacados pensadores como William Blackstone (1723 – 1780), William Eden (1745 – 1814) e Jeremy Bentham, pois expunha uma concepção penal condizente com a teoria da pena predominante entre os pensadores ingleses da época, isto é, uma pena com finalidade dissuasória (Ibidem, pg. 182 a 185; HARCOURT, Bernard E. **Beccaria’s ‘On Crimes and Punishments’: A Mirror on the History of the Foundations of Modern Criminal Law**. Chicago: Coase-Sandor Institute for Law & Economics, Working Paper N. 648, 2013, pg. 7). Afinal, segundo Cesare Beccaria, a finalidade da pena “não é mais do que impedir o infrator de realizar um novo mal contra seus concidadãos e dissuadir outros de agirem igualmente” (BECCARIA, Cesare. **Dei Delitti e delle Penne (1764)**. Milão: Letteratura Italiana Einaudi, 1973, pg. 31).

⁶⁴ HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie**, op. cit., pg. 145; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien**, op. cit., pg. 24; RÜPING, Hinrich. JEROUSCHEK, Günter. **Grundriss der Strafrechtsgeschichte**, op. cit., pg. 82; SAUTNER, Lyane. **Opferinteressen und Strafrechtstheorien: Zugleich ein Beitrag zum restaurativen Umgang mit Straftaten**, op. cit., pg. 48; GRECO, Luís. **Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie: Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion**. Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 2009, pg. 38; NAUCKE, Wolfgang. **Feuerbachs Lehre von der Funktionstüchtigkeit des gesetzlichen Strafsens**, op. cit., pg. 104 e 105; PAWLIK, Michael. **Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe**, op. cit., pg. 26 a 28; JAKOBS, Günther. **Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck**, op. cit., pg. 18 a 23; JAKOBS, Günther. **Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre**, op. cit., pg. 20 e 21; JAKOBS, Günther. **Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat**, op. cit., pg. 22; BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral I**, op. cit., pg. 297 e 298; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas Básicos da Doutrina Penal**, op. cit., pg. 75; CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal I**, op. cit., pg. 43, 47 a 49; BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Tomo I**, op. cit., pg. 106 e 107; MIR PUIG, Santiago. **Introducción a Las Bases del Derecho Penal**, op. cit., pg. 53.

⁶⁵ GRECO, Luís. **Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie: Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion**. op. cit., pg. 41; Os seres humanos pertenceriam ao “mundo dos

uma instituição de finalidade exclusivamente mundana, pertencente ao mundo dos fenômenos regido pelo determinismo⁶⁶. O “homem do direito” (*Mensch des Rechts*) seria um *homo phaenomenon*, pois agiria de forma determinística segundo a própria sensibilidade⁶⁷. As transgressões teriam uma origem psicológica na sensibilidade humana e operariam de acordo com as leis da causalidade⁶⁸. A cominação penal seria uma forma de intervir nessa relação causal e neutralizar o desejo criminal⁶⁹, pois poderia “*influenciar a sensibilidade através da própria sensibilidade, e (...) anular o impulso sensorial à ação através de outro impulso sensorial à ação*”⁷⁰. O indivíduo estaria ciente que pacificar um desejo, através da obtenção de um objeto penalmente vedado, faria um sentimento de desgosto ainda maior recair sobre si⁷¹. O ônus associado à obtenção do objeto cobiçado (a punição) seria deduzido por quem cogitasse transgredir e paralisaria o impulso criminoso⁷². A cominação penal objetivaria inviabilizar o cometimento de delitos através da dissuasão geral e a efetiva punição do infrator teria a finalidade de confirmar a veracidade da ameaça sancionatória⁷³.

As teorias de prevenção geral negativa propõem que a finalidade da pena seria evitar crimes através da dissuasão de potenciais infratores. A prevenção criminal seria focada em um “coletivo”, pois a pena seria percebida pelos integrantes de um grupo social e dissuadiria os infratores potenciais ali existentes. Esse traço já indicaria uma propensão a ignorar o indivíduo enquanto uma figura independente da coletividade. O fato de essas teorias desconsiderarem a vítima confirmaria essa impressão.

O fato de alguém “se tornar” vítima apenas indicaria que uma pena previamente aplicada não dissuadiu infratores potenciais e conseqüentemente não evitou a ocorrência do crime. O sujeito passivo do delito meramente sinalizaria a necessidade de rever a forma de

fenômenos” (*Welt der Phänomene*) e ao “mundo das ideias” (*Welt der Idee*): “*Ele pertence primeiramente ao mundo dos sentidos, ao mundo dos fenômenos, que é submetido às formas de intuição do espaço e do tempo e à regência irrefutável da categoria da causalidade*” (Ibidem, pg. 41). O mundo das ideias “*está além da nossa sensibilidade e, portanto, não está sujeito à sua forma, na qual o tempo, como forma de sensibilidade interna, não tem significado. E porque este mundo está além do tempo, também está além da causalidade e de qualquer tipo de determinação. Assim, causalidade e determinação existem apenas quando há uma comparação entre algo anterior e algo posterior, ou seja, ambas pressupõem o tempo (...) Assim, no mundo das ideias não há tempo, não há causalidade: dessa forma, nesse mundo existe a liberdade*” (Ibidem, pg. 42).

⁶⁶ Ibidem, pg. 43.

⁶⁷ Ibidem, pg. 43 e 44.

⁶⁸ Ibidem, pg. 44.

⁶⁹ Ibidem, pg. 45.

⁷⁰ VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm. **Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des Positiven Peinlichen Rechts. Band I (1799)**. Aalen: Neudruck Aalen, 1966, pg. 44 e 45.

⁷¹ GRECO, Luís. **Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie: Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion.**, op. cit., pg. 44.

⁷² Idem.

⁷³ Ibidem, pg. 45 e 49.

punir criminosos. Essa reflexão “instigada” pela vítima seria direcionada a pensar formas de potencializar a dissuasão de infratores potenciais através da pena. O indivíduo vitimado seria análogo a um “alarme”, pois alertaria para o “mau funcionamento” da pena enquanto meio dissuasório. O sujeito passivo contribuiria para a prevenção de crimes, porém os interesses e expectativas que esse indivíduo possa ter quanto à punição do próprio algoz permaneceriam ignorados.

O único “benefício” possível de ser auferido pelo sujeito passivo, não sofrer um novo delito, seria insuficiente para lidar com as implicações pretéritas do processo de vitimização⁷⁴. A vítima somente seria beneficiada se considerada como uma mera parte da coletividade, indistinta das vítimas potenciais e infratores potenciais⁷⁵. O indivíduo vitimado seria “instrumentalizado” para promover o interesse coletivo de prevenção criminal.

A colocação das vítimas nas teorias de prevenção geral negativa também estaria sujeita a uma objeção “empírico-contingente”⁷⁶. Estudos empíricos apontam que a imposição ou cominação penal poderia dissuadir infratores potenciais e prevenir crimes futuros⁷⁷. Os resultados de tais pesquisas seriam altamente sensíveis às variações de metodologia e modelagem⁷⁸. O efeito preventivo proporcionado pela imposição ou cominação penal poderia ser descrito como “modesto”⁷⁹.

⁷⁴ SAUTNER, Lyane. **Opferinteressen und Strafrechtstheorien: Zugleich ein Beitrag zum restaurativen Umgang mit Straftaten.**, op. cit., pg. 49; PRITTWITZ, Cornelius. **Opferlose Straftheorien?**, op. cit., pg. 60 e 61; KILCHLING, Michael. **Opferschutz und der Strafanspruch des Staates – Ein Widerspruch?** In *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2002, Heft 2, pg. 59.

⁷⁵ Idem; Idem; Idem.

⁷⁶ Expressão originalmente utilizada, embora em outro contexto, em: GRECO, Luís. **Tem Futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch).** In *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Vol. 82, 2010, pg. 175 à 177.

⁷⁷ HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 19; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 24 e 25; HÖRNLE, Tatjana. **Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht: Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion.**, op. cit., pg. 363 a 365; SIMESTER, Andrew. VON HIRSCH, Andreas. **Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation.** Oxford: Hart Publishing Ltd., 2014, pg. 5; BOTTOMS, Antony. VON HIRSCH, Andrew. **The Crime-Preventive Effect of Penal Sanctions.** In CANE, Peter. KRITZER, Herbert (Ed.). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research.* Oxford: Oxford University Press, 2010, pg. 103 a 105; DÖLLING, Dieter. ENTORF, Horst. HERMANN, Dieter. RUPP, Thomas. **Is Deterrence Effective? Results of Meta-Analysis of empirical studies on deterrence.** In *European Journal of Criminal Policy and Research*, Vol. 15, 2009, pg. 204 e 222.

⁷⁸ PRATT, Travis C. CULLEN, Francis T. BLEVINS, Kristie R. DAIGLE, Leah. MADENSEN, Tamara D. **The Empirical Status of Deterrence Theory: A Meta-Analysis.** In CULLEN, Francis T. WRIGHT, John Paul. BLEVINS, Kristie R. (Ed.). *Taking Stock: The Stock of Criminological Theory.* New Brunswick: Transaction Publishers, 2006, pg. 383 a 386.

⁷⁹ BROOKS, Thom. **Punishment.**, op. cit., pg. 42 a 44; PRATT, Travis C. CULLEN, Francis T. BLEVINS, Kristie R. DAIGLE, Leah. MADENSEN, Tamara D. **The Empirical Status of Deterrence Theory: A Meta-Analysis.**, op. cit., pg. 383.

A análise do efeito preventivo também implicaria considerar fatores externos às teorias baseadas na dissuasão penal⁸⁰. O tipo de conduta seria relevante, pois crimes pautados pelo agir racional do autor seriam mais propensos a serem dissuadidos⁸¹. A forma de dissuadir infratores potenciais aparenta repercutir na prevenção de crimes futuros, pois sanções sociais informais e uma cominação penal verossímil demonstram ser mais efetivas do que punições severas⁸². A localidade também influenciaria a extensão do efeito preventivo, pois a suscetibilidade perante a dissuasão penal variaria entre grupos populacionais com diferentes contextos sociais⁸³. Além disso, existiria a possibilidade de uma redução na incidência delitiva não resultar da imposição ou cominação penal, pois eventos aleatórios poderiam ter contribuído ou sido decisivos para a dissuasão de infratores potenciais⁸⁴.

Dissuadir a delinquência de infratores potenciais seria uma hipótese plausível, porém a prevenção criminal também dependeria de fatores além da cominação penal. Não haveria como certificar se foi a dissuasão penal que efetivamente proporcionou uma redução na

⁸⁰ HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 19; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 24 e 25; DÖLLING, Dieter. ENTORF, Horst. HERMANN, Dieter. HÄARING, Armando. RUPP, Thomas. WOLL, Andreas. **Zur generalpräventiven Abschreckungswirkung des Strafrechts – Befunde einer Metanalyse.** In *Soziale Probleme: Zeitschrift für soziale Probleme und soziale Kontrolle*, Jg. 17, Heft 2, 2006, pg. 206 e 207; DÖLLING, Dieter. ENTORF, Horst. HERMANN, Dieter. RUPP, Thomas. **Is Deterrence Effective? Results of Meta-Analysis of empirical studies on deterrence.**, op. cit., pg. 215 a 217; RUPP, Thomas. **Meta Analysis of Crime and Deterrence: A Comprehensive Review of the Literature.** Norderstedt: Books on Demand, GmbH, 2008, pg. 189; KLECK, Gary. BARNES, J.C. **Deterrence and Macro-Level Perceptions of Punishment Risks.** In *Crime & Delinquency*, Vol. 59, n.º. 7, 2008, pg. 1030 a 1034; DOOB, Anthony. WEBSTER, Cheryl Marie. **Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis.** In *Crime and Justice*, Vol. 30, 2003, pg. 185 a 192.

⁸¹ BROOKS, Thom. **Punishment.**, op. cit., pg. 46 e 47; DÖLLING, Dieter. ENTORF, Horst. HERMANN, Dieter. RUPP, Thomas. **Is Deterrence Effective? Results of Meta-Analysis of empirical studies on deterrence.**, op. cit., pg. 215; RUPP, Thomas. **Meta Analysis of Crime and Deterrence: A Comprehensive Review of the Literature.**, op. cit., pg. 189; PRATT, Travis C. CULLEN, Francis T. BLEVINS, Kristie R. DAIGLE, Leah. MADENSEN, Tamara D. **The Empirical Status of Deterrence Theory: A Meta-Analysis.**, op. cit., pg. 384; HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 19; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 24 e 25.

⁸² SIMESTER, Andrew. VON HIRSCH, Andreas. **Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation.**, op. cit., pg. 5, Nota de Rodapé n.º. 8; DÖLLING, Dieter. ENTORF, Horst. HERMANN, Dieter. RUPP, Thomas. **Is Deterrence Effective? Results of Meta-Analysis of empirical studies on deterrence.**, op. cit., pg. 216 e 217; KLECK, Gary. BARNES, J.C. **Deterrence and Macro-Level Perceptions of Punishment Risks.**, op. cit., pg. 1030 a 1034; PRATT, Travis C. CULLEN, Francis T. BLEVINS, Kristie R. DAIGLE, Leah. MADENSEN, Tamara D. **The Empirical Status of Deterrence Theory: A Meta-Analysis.**, op. cit., pg. 384 e 385; DOOB, Anthony. WEBSTER, Cheryl Marie. **Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis.**, op. cit., pg. 185 a 192; DÖLLING, Dieter. ENTORF, Horst. HERMANN, Dieter. HÄARING, Armando. RUPP, Thomas. WOLL, Andreas. **Zur generalpräventiven Abschreckungswirkung des Strafrechts – Befunde einer Metanalyse.**, op. cit., pg. 206 e 207.

⁸³ BOTTOMS, Antony. VON HIRSCH, Andrew. **The Crime-Preventive Effect of Penal Sanctions.**, op. cit., pg. 106; RUPP, Thomas. **Meta Analysis of Crime and Deterrence: A Comprehensive Review of the Literature.**, op. cit., pg. 189.

⁸⁴ SIMESTER, Andrew. VON HIRSCH, Andreas. **Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation.**, op. cit., pg. 5; BROOKS, Thom. **Punishment.**, op. cit., pg. 37 e 38, 43 e 44; HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 19; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 24 e 25.

incidência delitiva. A efetividade preventivo-criminal da dissuasão penal de infratores potenciais não poderia ser sumariamente excluída ou presumida. O problema representado por essa colocação pode ser visualizado por um caso em que alguém sofre um delito, o perpetrador é punido e a incidência criminal aparenta diminuir. Seria possível supor que a punição do autor dissuadiu infratores potenciais de cometerem crimes. A verificação desse efeito preventivo seria improvável, pois não haveria como certificar “se” ou “quantos” infratores potenciais foram dissuadidos pela pena. A vítima teria sido instrumentalizada para proporcionar uma mera possibilidade inverificável de prevenção criminal.

O prospecto apresentado pelo exemplo não seria o mais pessimista possível, pois uma reflexão sobre as condutas mais propensas à dissuasão penal exporia ainda mais a precária condição da vítima. Estudos empíricos sustentam que a prevenção criminal proporcionada pela dissuasão penal de infratores potenciais seria mais efetiva em relação aos “crimes sem vítimas”⁸⁵. A dissuasão penal teria um pouco de efeito preventivo sobre condutas que vitimam um indivíduo⁸⁶. Corroborar os resultados de tais estudos também implicaria aceitar que a pena seria imprópria para beneficiar alguém que já sofreu um crime e incapaz de prevenir a posterior vitimização de outras pessoas. Essa perspectiva deixaria entrever que as teorias da pena baseadas na dissuasão penal tendem a uma instrumentalização em vão do sujeito passivo em casos de “crimes com vítimas”.

⁸⁵ HÖRNLE, Tatjana. *Straftheorien.*, op. cit., pg. 25; DÖLLING, Dieter. ENTORF, Horst. HERMANN, Dieter. RUPP, Thomas. **Is Deterrence Effective? Results of Meta-Analysis of empirical studies on deterrence.**, op. cit., pg. 222 e 223; PRATT, Travis C. CULLEN, Francis T. BLEVINS, Kristie R. DAIGLE, Leah. MADENSEN, Tamara D. **The Empirical Status of Deterrence Theory: A Meta-Analysis.**, op. cit., pg. 384.

⁸⁶ DÖLLING, Dieter. ENTORF, Horst. HERMANN, Dieter. RUPP, Thomas **Is Deterrence Effective? Results of Meta-Analysis of empirical studies on deterrence.**, op. cit., pg. 215 e 223; Uma metanálise dos estudos sobre a dissuasão penal indica que as penas cominadas aos crimes que afetam bens jurídicos não essenciais teriam o maior efeito preventivo. Por exemplo, a metanálise dos estudos sobre o efeito preventivo proporcionado pela cominação da pena capital não corrobora as teorias baseadas na dissuasão penal. Cumprir dizer que 90% dos estudos incluídos nessa metanálise eram oriundos dos EUA (Ibidem, pg. 219). A pena de morte está prevista na codificação penal de trinta e um estados americanos e no Código Penal Federal (Título 18, Parte II, Capítulo 228, §3592). Em regra, as condutas passíveis de receberem a pena de morte são “crimes com vítimas” (KIRCHMEIER, Jeffrey. **Aggravating and Mitigating Factors: The Paradox of Today’s Arbitrary and Mandatory Capital Punishment Scheme.** In *William and Mary Bill of Rights Journal*, Vol. 6, 1998, pg. 397 a 431). Seria possível inferir que a dissuasão penal não seria efetiva para prevenir crimes cujo sujeito passivo é um indivíduo, tal como o homicídio. Os crimes que implicam a pena de morte exemplificariam essa constatação (DÖLLING, Dieter. ENTORF, Horst. HERMANN, Dieter. RUPP, Thomas **Is Deterrence Effective? Results of Meta-Analysis of empirical studies on deterrence.**, op. cit., pg. 223).

3.2. Retributivismo Penal

As teorias baseadas na prevenção geral negativa não foram as únicas legadas pelo pensamento jurídico-filosófico dos Séculos XVIII e XIX, pois também surgiram fundamentações da pena baseadas em um pensamento “racionalista-construtivista estrito e alheio a empirismos”⁸⁷. Essa concepção punitiva propunha uma pena voltada ao passado, desinteressada na prevenção criminal e legitimada por razões de justiça⁸⁸. Essas teorias (“absolutas”⁸⁹) da pena baseadas no retributivismo estiveram fortemente associadas ao legado filosófico do idealismo alemão⁹⁰.

⁸⁷ HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie.**, op. cit., pg. 147;

⁸⁸ Idem; GRECO, Luís. **A Ilha de Kant.** In GRECO, Luís. MARTINS, Antonio (Ed.). *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, pg. 264; HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 15 a 18; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 15 e 16. GRECO, Luís. **Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie: Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion.**, op. cit., pg. 458.

⁸⁹ A designação “absoluta” seria dispensável, pois seria ambígua e conduziria a ideia de que a pena prescinde de fundamentação. O termo “não orientadas à prevenção” seria preferível para designar essas teorias. Além disso, as teorias retributivistas desenvolvidas nos Séculos XVIII e XIX seriam mais apropriadamente designadas como “influenciadas pelo idealismo alemão” (HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 16 a 20 e 57; HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 12).

⁹⁰ HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie.**, op. cit., pg. 146 e 147; HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 15 a 18; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 15 e 16; SAUTNER, Lyane. **Opferinteressen und Strafrechtstheorien: Zugleich ein Beitrag zum restaurativen Umgang mit Straftaten.**, op. cit., pg. 44 a 47; WESSELS, Johannes. BEULKE, Werner. **Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau.**, op. cit., pg. 4; GRECO, Luís. **Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie: Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion.**, op. cit., pg. 458; PAWLIK, Michael. **Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe.**, op. cit., pg. 19 e 20; JAKOBS, Günther. **Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck.**, op. cit., pg. 11 a 17, 24 a 26; JAKOBS, Günther. **Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre.**, op. cit., pg. 15 a 19; STRATENWERTH, Günter. **Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat.**, op. cit., pg. 16 a 20; BROOKS, Thom. **Punishment.**, op. cit., pg. 15 e 16; MOORE, Michael. **Closet Retributivism.** In MOORE, Michael (Ed.). *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law.* Oxford: Oxford University Press, 1997, pg. 83; MOORE, Michael. **Justifying Retributivism.** In MOORE, Michael (Ed.). *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law.* Oxford: Oxford University Press, 1997, pg. 153 a 159; GRECO, Luís. **A Ilha de Kant.**, op. cit., pg. 264 a 267; BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral I.**, op. cit., pg. 276 a 280; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas Básicos da Doutrina Penal.**, op. cit., pg. 67 a 72; CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal I.**, op. cit., pg. 44 a 47; CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. **Lições de Direito Penal – Parte Geral II: Penas e Medidas de Segurança.**, op. cit., pg. 45 e 46; BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Tomo I.**, op. cit., pg. 93, 105 a 110; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal.**, op. cit., pg. 71; BACIGALUPO, Enrique. **Derecho Penal: Parte General.**, op. cit., pg. 31 e 32; MIR PUIG, Santiago. **Introducción a Las Bases del Derecho Penal.**, op. cit., pg. 49 a 52; ZAFFARONI, Eugenio Raul. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General.**, op. cit., pg. 71 a 73; Para uma perspectiva sobre concepções penais de outros pensadores associados ao idealismo alemão, tal como Johann Gottlieb Fichte: MERLE, Jean-Christophe. **German Idealism and the Concept of Punishment.** Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pg. 87 a 106.

Immanuel Kant (1724 – 1804) propôs que a pena seria baseada no preceito taliônico e seria um imperativo categórico⁹¹. O indivíduo que comete um crime deve ser punido por ter incorrido em uma conduta proscrita⁹². A pena não objetivaria promover benefícios para o apenado ou sociedade, pois a personalidade inerente a todos os indivíduos protegeria o infrator de ser tratado como um meio para fins alheios⁹³. O crime que um indivíduo comete contra outro seria uma conduta que contradiz o imperativo de que o Ser Humano deve ser tratado sempre como um fim em si e nunca como um meio⁹⁴. Esse postulado demonstra que um crime praticado contra alguém é uma conduta imprópria, porém não dispõe que o fundamento para punir o infrator é o indivíduo vitimado. O fundamento para punir o infrator seria a justiça, ou seja, seria intrinsecamente justo e também um dever da sociedade punir um indivíduo que vitima outro⁹⁵. Considerar a vítima como um fundamento da pena aparenta ser incompatível com a concepção kantiana. Uma pena fundamentada na vontade da vítima seria inadmissível, pois implicaria tratar o infrator como um meio para o fim de satisfazer o indivíduo afetado pelo crime⁹⁶.

Georg Friedrich Wilhelm Hegel (1770 – 1831) propôs que a pena seria a “negação” do crime e o justo reestabelecimento do direito⁹⁷. O crime seria a livre vontade de um indivíduo exercida através de uma primeira coação que viola a existência da liberdade em seu sentido concreto e o direito como direito⁹⁸. A violação do direito teria uma existência exteriorizável, porém seria nula em si⁹⁹. A manifestação dessa nulidade implicaria na supressão da violação ao direito¹⁰⁰. O dano seria uma mera violação da existência externa da liberdade ou de possessões materiais de um indivíduo e conseqüentemente poderia ser suprimido por uma

⁹¹ KANT, Immanuel. **Die Metaphysik der Sitten (1797)**. In ROSENKRANZ, Karl. SCHUBERT, Friedrich Wilhelm. *Immanuel Kant's Sämtliche Werk. Neunter Theil*. Leipzig: Leopold Voss, 1838, pg. 181 a 183; Segundo Immanuel Kant, “há um imperativo que, sem se basear como condição em nenhum outro propósito para chegar a certa conduta determina imediatamente essa conduta. Tal imperativo é categórico. Não se relaciona com a matéria da ação e com o que dela possa resultar, mas com a forma e com o princípio de que ela mesma deriva e o essencialmente bom da ação reside na disposição que se nutre por ela, seja qual for o resultado. Esse imperativo pode se chamar imperativo da moralidade (...) O imperativo categórico é, assim, este único: age somente segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal (KANT, Immanuel. **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785)**. Colônia: Anaconda Verlag, 2016, pg. 49 e 57).

⁹² KANT, Immanuel. **Die Metaphysik der Sitten.**, op. cit., pg. 180.

⁹³ Ibidem, pg. 180 e 181.

⁹⁴ KANT, Immanuel. **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten.**, op. cit., pg. 70.

⁹⁵ KANT, Immanuel. **Die Metaphysik der Sitten.**, op. cit., pg. 180 e 181.

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Grundlinien der Philosophie des Rechts (1820)**. Berlim: Verlag von Duncker und Humblot, 1833, pg. 136 e 137.

⁹⁸ Ibidem, pg. 131 a 135.

⁹⁹ Ibidem, pg. 135.

¹⁰⁰ Ibidem, pg. 135 e 136.

compensação civil¹⁰¹. O crime não poderia ser resolvido com uma compensação civil, pois seria uma violação na qual o infrator realiza a própria vontade negativamente a vontade de outrem¹⁰². A pena seria a forma de eliminar a vontade existencial do infrator que existe no crime¹⁰³. Apesar de a concepção hegeliana de pena incluir mais referências ao indivíduo vitimado que a kantiana, a finalidade da pena é restabelecer o direito através da supressão do crime¹⁰⁴. A vítima seria uma consequência necessária do cometimento de um crime, porém não seria um fundamento para punir o infrator.

A pena retributiva, na acepção kantiana e hegeliana, seria baseada em uma concepção metafísica de justiça que desconsideraria a vítima ao fundamentar a punição do infrator. As teorias retributivas seriam paradoxalmente percebidas como as mais propícias a incluir considerações sobre o indivíduo afetado pelo crime¹⁰⁵. A vítima seria necessariamente mencionada em uma pena orientada ao passado, pois o crime seria um fato pretérito e o indivíduo concretamente afetado por essa conduta seria determinável¹⁰⁶. Uma referência a vítima não implicaria tornar esse indivíduo mais relevante para a teoria da pena¹⁰⁷. A impressão de tais teorias serem mais favoráveis à vítima decorreria de uma equivocada percepção que igualaria a retribuição e a vingança do indivíduo que sofreu o crime¹⁰⁸. Ainda que o infrator seja penalizado de uma forma que a vítima considere apropriada, a vontade retributiva do sujeito passivo não estaria direcionada ao reestabelecimento do direito ou da justiça¹⁰⁹. O papel reduzido e meramente testemunhal atribuído à vítima demonstraria que a

¹⁰¹ Ibidem, pg. 136.

¹⁰² Ibidem, pg. 134 a 137.

¹⁰³ Ibidem, 136 e 137; A punição sofrida pelo infrator seria intrinsecamente justa, tal como também seria a vontade, liberdade e direito desse indivíduo. A pena também seria um direito implicado pela vontade existencial e ato realizado pelo infrator. Por ser um ato que o perpetrador reconhece como racional (algo universalizável e estabelecido por uma regra), o crime pode ser subsumido a esse indivíduo como se fosse um direito dele. O estado deve reconhecer que o crime abarca a racionalidade consistente na vontade do indivíduo. A pena que contém o direito do infrator honra esse indivíduo como um ser racional. Essa dignificação do infrator ocorrerá quando a pena imposta for determinada pelo conceito e medida do ato perpetrado. A pena que desconsidera o conceito e medida do crime ou unicamente voltada para a neutralização, dissuasão ou melhora não honra o infrator como um ser racional (Ibidem, pg. 139 e 140).

¹⁰⁴ Ibidem, pg. 136 e 137.

¹⁰⁵ SAUTNER, Lyane. **Opferinteressen und Strafrechtstheorien: Zugleich ein Beitrag zum restorativen Umgang mit Straftaten.**, op. cit., pg. 47; PRITTWITZ, Cornelius. **Opferlose Straftheorien?**, op. cit., pg. 59; Winfried Hassemer defende tal posição ao sustentar que as teorias retributivas são as mais relacionadas às vítimas (HASSEMER, Winfried. **Einführung in die Grundlagen des Strafrechts.** 2ª Ed. Munique: Verlag C.H. Beck, 1990, pg. 72); Heinz Zipf sustenta uma posição semelhante ao dizer a supressão do preceito retributivo removeria definitivamente a vítima do direito penal (ZIPF, Heinz. **Kriminalpolitik: Ein Lehrbuch.** 2ª Ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1980, pg. 54).

¹⁰⁶ PRITTWITZ, Cornelius. **Opferlose Straftheorien?**, op. cit., pg. 59.

¹⁰⁷ Idem.

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ Ibidem, pg. 60; REEMTSMA, Jan Philipp. **Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem.** Munique: Verlag C.H. Beck, 1999, pg. 10 e 13.

pena prima por restabelecer uma abstração supostamente afrontada pelo crime, porém ignora os eventuais interesses e demandas do indivíduo concretamente afetado por tal conduta¹¹⁰.

Sob a perspectiva da vítima, as teorias retributivas “tradicionais” não seriam as mais favoráveis ou inclusivas. Essa reputação seria mais apropriada para certas formulações contemporâneas baseadas no “neo-retributivismo americano” (*American neo-retributivism*)¹¹¹. As concepções penais de autores como Jeffrie Murphy e George Fletcher seriam exemplos de teorias retributivas que consideram o sujeito passivo ao discorrer sobre a pena.

A influência sobre a punição do infrator seria um anseio usual entre os indivíduos vitimados¹¹². O pleito em participar na determinação da pena seria comumente baseado no desejo vingativo do sujeito passivo¹¹³. O intento revanchista da vítima e a concessão de uma prerrogativa legal a um indivíduo motivado pela vingança seriam fatores indubitavelmente espúrios e nocivos para o sistema de justiça criminal, porém seriam presunções ainda não demonstradas¹¹⁴. O prognóstico pessimista sobre a influência da vítima na determinação da pena deveria ser confirmado antes de o estado classificar como irracional e desconsiderar os clamores de indivíduos que falhou em proteger¹¹⁵.

O crime estabeleceria uma dominação do infrator sobre a vítima¹¹⁶. A pena seria uma forma de contrariar essa relação de subjugo e restabelecer a igualdade entre o indivíduo concretamente afetado pelo crime e o algoz¹¹⁷. Os interesses da vítima deveriam ser integrados a uma teoria retributiva da pena e ser considerados até no momento de determinar a punição do infrator¹¹⁸.

Uma formulação particular do neo-retributivismo americano seria aquela exposta por Michael Moore, pois sustenta haver uma conexão substantiva entre a vítima e a pena retributiva, porém expõe que o indivíduo concretamente afetado pelo crime não deveria poder

¹¹⁰ Idem; Idem.

¹¹¹ WHITMAN, James. **A Plea Against Retributivism**. In *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 7, 2003, pg. 87; Sobre a expansão do (neo) retributivismo nas ciências jurídico-criminais americanas durante a segunda metade do Século XX: Ibidem, pg. 85 a 89.

¹¹² MURPHY, Jeffrie. **Getting Even: The Role of the Victim**. In *Social Philosophy and Policy*, Vol. 7, nº 2, 1990, pg. 225.

¹¹³ Idem.

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ FLETCHER, George. **The Place of Victims in the Theory of Retribution**. In *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 3, nº 1, 1999, pg. 63.

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ Idem.

influenciar a punição do infrator¹¹⁹. A vítima seria importante para a justiça retributiva, pois o merecimento penal do infrator decorreria de uma violação aos direitos do sujeito passivo¹²⁰. A disposição em impor a pena reconheceria o valor da vítima, pois demonstraria o ultraje moral perante o crime e o perpetrador¹²¹. O fato de o sujeito passivo ser relevante não obstaría a inconsistência entre uma ingerência vitimal na punição do infrator e o ideário retributivista¹²². A essência da pena retributiva seria promover a justiça e as vítimas não teriam o direito moral ou a experiência para determinar como as instituições legais devem atingir tal objetivo¹²³.

3.3. Prevenção Especial

Essas formulações surgem a partir das últimas décadas do Século XIX com a proposta de que a pena deve influenciar o comportamento do infrator para evitar o cometimento de delitos futuros¹²⁴. O alemão Franz von Liszt (1851 – 1919), autor do “Programa de Marburgo” (1882) e fundador da Escola Penal Moderna¹²⁵, propôs que a pena teria a

¹¹⁹ MOORE, Michael. **Victims and Retribution: A Reply to Professor Fletcher**. In *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 3, nº 1, 1999, pg. 89.

¹²⁰ Idem.

¹²¹ GRECO, Luís. **A Ilha de Kant**, op. cit., pg. 264; MOORE, Michael. **The Moral Worth of Retribution**. In MOORE, Michael (Ed.). *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997, pg. 144.

¹²² MOORE, Michael. **Victims and Retribution: A Reply to Professor Fletcher**, op. cit., pg. 89.

¹²³ Idem.

¹²⁴ HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie**, op. cit., pg. 146; HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion**, op. cit., pg. 14 e 15; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien**, op. cit., pg. 20 a 23; RÜPING, Hinrich. JEROUSCHEK, Günter. **Grundriss der Strafrechtsgeschichte**, op. cit., pg. 91 e 92; SAUTNER, Lyane. **Opferinteressen und Strafrechtstheorien: Zugleich ein Beitrag zum restaurativen Umgang mit Straftaten**, op. cit., pg. 54 e 56; WESSELS, Johannes. BEULKE, Werner. **Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau**, op. cit., pg. 4; KOCH, Arnd. **Binding vs. v. Liszt – Klassische und Moderne Strafrechtsschule**. In HILGENDORF, Eric. WEITZEL, Jürgen (Ed.). *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung: Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2007, pg. 131 a 139; PAWLIK, Michael. **Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe**, op. cit., pg. 29 a 35; JAKOBS, Günther. **Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre**, op. cit., pg. 22 a 27; STRATENWERTH, Günter. **Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat**, op. cit., pg. 20 a 22; BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral I**, op. cit., pg. 316 a 320; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas Básicos da Doutrina Penal**, op. cit., pg. 78 a 83; CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal I**, op. cit., pg. 49 a 51; HASSEMER, Winfried. **História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra**, op. cit., pg. 50 a 55; CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. **Lições de Direito Penal – Parte Geral II: Penas e Medidas de Segurança**, op. cit., pg. 45 e 46; BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Tomo I**, op. cit., pg. 125 a 130; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**, op. cit., pg. 71 e 72; BACIGALUPO, Enrique. **Derecho Penal: Parte General**, op. cit., pg. 34 a 37; MIR PUIG, Santiago. **Introducción a Las Bases del Derecho Penal**, op. cit., pg. 55 a 59; ZAFFARONI, Eugenio Raul. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General**, op. cit., pg. 62 a 64; BROOKS, Thom. **Punishment**, op. cit., pg. 51 a 63.

¹²⁵ RÜPING, Hinrich. JEROUSCHEK, Günter. **Grundriss der Strafrechtsgeschichte**, op. cit., pg. 91; KOCH, Arnd. **Binding vs. v. Liszt – Klassische und Moderne Strafrechtsschule**, op. cit., pg. 132 e 137.

finalidade de proteger bens jurídicos através da prevenção de crimes¹²⁶. Sob uma perspectiva sociológica do crime e sócio-determinística do Ser Humano, a pena poderia ter três efeitos preventivos a depender da classificação empírica atribuída ao infrator¹²⁷. A pena promoveria a “1) melhora de criminosos que podem e precisam ser melhorados; 2) a dissuasão de criminosos que não precisam de correção; 3) a neutralização de criminosos que não podem ser melhorados”¹²⁸. O surgimento da Escola Penal Moderna proporcionou intensos debates com os adeptos da Escola Penal Clássica, os quais propunham uma pena retributiva e mensurada pela culpa do infrator¹²⁹. O final do Século XIX teria sido o primeiro momento de destaque das teorias de prevenção especial¹³⁰.

O segundo momento de destaque teria ocorrido entre as décadas de 1960 e 1980¹³¹. As premissas do determinismo sociológico, ou biológico¹³², foram abandonadas, tal como a

¹²⁶ Idem; Idem.

¹²⁷ RÜPING, Hinrich. JEROUSCHEK, Günter. **Grundriss der Strafrechtsgeschichte**, op. cit., pg. 92; SAUTNER, Lyane. **Opferinteressen und Strafrechtstheorien: Zugleich ein Beitrag zum restaurativen Umgang mit Straftaten.**, op. cit., pg. 54; KOCH, Arnd. **Binding vs. v. Liszt – Klassische und Moderne Strafrechtsschule.**, op. cit., pg. 132 a 136; PAWLIK, Michael. **Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe.**, op. cit., pg. 30 e 31; STRATENWERTH, Günter. **Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat.**, op. cit., pg. 20; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas Básicos da Doutrina Penal.**, op. cit., pg. 78.

¹²⁸ VON LISZT, Franz. **Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge.** Vol. 1 (1875 a 1891). Berlim: Walter de Gruyter & Co., 1905, pg.166.

¹²⁹ RÜPING, Hinrich. JEROUSCHEK, Günter. **Grundriss der Strafrechtsgeschichte**, op. cit., pg. 92; KOCH, Arnd. **Binding vs. v. Liszt – Klassische und Moderne Strafrechtsschule.**, op. cit., pg. 136 a 140; Karl Binding (1841 – 1911), um dos maiores destaques da Escola Penal Clássica e um notório crítico das ideias de Franz von Liszt, julgava defender uma concepção de direito penal mais condizente com um Estado de Direito e designava a proposta “moderna” como diletante e charlatã. A crítica de Karl Binding foi acompanhada por outros partidários da Escola Penal Clássica, tal como Karl von Birkmeyer (1847 – 1920), Johannes Nagler (1876 – 1851) e Friedrich Oetker (1854 – 1937) (Idem; Idem); A disputa entre as Escolas Moderna e Clássica não poderia ser reduzida a um embate entre uma concepção penal consequencialista e outra retributiva. Inclusive, destaca-se o fato de Karl Binding e Franz von Liszt serem notórios adeptos do positivismo jurídico. O primeiro autor defendia que a pena somente seria fundamentada como uma resposta estatal à violação de uma norma, ou seja, o crime consistiria na infração de uma lei positiva ao invés da comissão de um ato ilícito. A aplicação da lei penal não seria uma questão de justiça na acepção kantiana, pois o ato punitivo seria uma ferramenta que o estado dispõe e pode utilizar para implementar a própria autoridade. A finalidade da pena seria subjugação do infrator ao ordenamento jurídico, objetivando manter a autoridade e inviolabilidade das leis afrontadas pelo apenado. O segundo autor sustentou que os adeptos da Escola Clássica propunham uma punição sem sentido e argumentou que um ato punitivo condizente com o estado moderno somente seria legítimo se servisse a algum propósito, postulando que a pena deve buscar proteger os bens jurídicos perante condutas criminosas (DUBBER, Markus. **Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law.** In *The American Journal of Comparative Law.* Vol. 53, Nº. 3, 2005, pg. 697 e 698).

¹³⁰ HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 14; PAWLIK, Michael. **Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe.**, op. cit., pg. 29.

¹³¹ Idem; Idem; Apesar de pouco relevante para a atual doutrina alemã, a prevenção especial não teria sido completamente abandonada. Por exemplo, Jean-Christophe Merle propôs um sistema penal que abandona a ideia de proporcionalidade entre crime e punição e suprime as penas carcerárias de duração preestabelecida em prol de punições baseadas em avaliações psicológicas do infrator (HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 14 e 15; MERLE, Jean-Christophe. **Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde: Eine Kritik am Retributivismus aus der Perspektive des deutschen Idealismus.** Berlim: De Gruyter Rechtswissenschaften Verlag, 2007, pg. 52 e 85); O ostracismo das teorias preventivo-especiais também ocorreu nos países anglo-saxões. A ideia de reabilitação

associação do efeito especial preventivo da pena a uma classificação de infratores, e substituídos por argumentos sócio-pedagógicos¹³³. A ressocialização do criminoso seria a finalidade da pena e o tratamento reabilitador seria um parâmetro para a execução penal¹³⁴. O fundamento da pena seria a prevenção criminal, designada “especial positiva”, advinda da ressocialização do infrator¹³⁵. Essas formulações também reconheceriam a viabilidade teórica de outra forma de prevenção criminal, “especial negativa”, decorrente da dissuasão do infrator pela cominação punitiva ou da neutralização do infrator pela efetiva imposição da pena¹³⁶.

As primeiras teorias de prevenção especial propunham que a pena teria a finalidade de melhorar, dissuadir ou neutralizar, a depender da classificação atribuída ao infrator¹³⁷. A vítima meramente seria a prova de que a pena imposta não impediu a reincidência do infrator anteriormente punido. A maior “relevância” que a vítima poderia ter seria sinalizar o insucesso em realizar as finalidades preventivas elencadas e a necessidade de reformular a aplicação da pena. As teorias de prevenção especial da segunda metade do Século XX também seriam insatisfatórias nesse quesito, pois a existência de uma vítima apenas indicaria a falha da pena em ressocializar o infrator. A vítima demonstraria a necessidade de repensar a pena, pois a punição anteriormente imposta ao infrator foi incapaz de ressocializá-lo. Em suma, para as teorias de prevenção especial, a vítima poderia sinalizar a necessidade de rever

passou a ser percebida com ceticismo a partir dos anos setenta, após ter usufruído de grande credibilidade na década anterior. O declínio inicial dessas teorias poderia ser atribuído ao norte-americano Robert Martinson. Em 1974, o autor publicou um estudo em que expunha uma análise empírica apontando o resultado irrisório dos esforços em prevenir a reincidência criminal. O prenome do artigo (“*What works?*”) influenciou o lema da posição cética posteriormente surgida (“*Nothing works*”). Após esse estudo questionar incisivamente a pena como um meio apto a ressocializar o infrator, uma sequência de pesquisas e trabalhos publicados no decorrer dos anos seguintes reforçaram ainda mais a tese de Robert Martinson e comprometeram a credibilidade das teorias de prevenção especial (BOTTOMS, Antony. VON HIRSCH, Andrew. **The Crime-Preventive Effect of Penal Sanctions.**, op. cit., pg. 108 a 109; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.** In *Crime and Justice*, Vol. 20, 1996, pg. 1; MARTINSON, Robert. **What works? – Questions and answers about prison reform.** In *The Public Interest*, 1974, N° 35, pg. 52 a 54; VELOSO, José António. **Pena Criminal.** In *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 59, 1999, pg. 530 e 531.

¹³² O determinismo biológico, também chamado de antropológico, foi especialmente presente na Itália entre os discípulos da Escola Positiva (RÜPING, Hinrich. JEROUSCHEK, Günter. **Grundriss der Strafrechtsgeschichte**, op. cit., pg. 92; BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal.** 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, pg. 30 a 40; BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Tomo I.**, op. cit., pg. 119 a 122).

¹³³ HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 14; PAWLIK, Michael. **Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe.**, op. cit., pg. 29; BACIGALUPO, Enrique. **Derecho Penal. Parte General.**, op. cit., pg. 36.

¹³⁴ Idem; Idem; Idem; Um traço associado às formulações preventivo-especiais desse período foi a incorporação de argumentos a sustentar a corresponsabilidade da sociedade pela conduta do infrator (Idem).

¹³⁵ HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 21 a 23; SAUTNER, Lyane. **Opferinteressen und Strafrechtstheorien: Zugleich ein Beitrag zum restaurativen Umgang mit Straftaten.**, op. cit., pg. 55; ZAFFARONI, Eugenio Raul. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General.**, op. cit., pg. 62 a 64.

¹³⁶ Idem; Idem; Idem;

¹³⁷ VON LISZT, Franz. **Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge.**, op. cit., pg.166.

a punição do infrator. No entanto, as reflexões eventualmente proporcionadas pela ocorrência de uma vítima ignorarão os interesses e expectativas que esse indivíduo possa ter em relação a pena e serão exclusivamente direcionadas ao esforço de evitar que o infrator reincida.

Novamente, a vítima teria uma função de “alarme”, pois alertaria quando a pena não estivesse funcionando. A “vítima-alarme” beneficiaria a coletividade, pois contribuiria para uma pena apta a prever crimes. Esse benefício também poderia ser estendido ao sujeito ativo do delito¹³⁸, pois uma pena capaz de ressocializar impediria a reincidência e consequentemente evitaria que o infrator volte a ser submetido as agruras do sistema de justiça criminal e continue a ser estigmatizado¹³⁹. As teorias de prevenção especial promoveriam uma instrumentalização da vítima em prol da coletividade e do infrator. Os interesses e expectativas que a vítima possa ter quanto à punição de seu algoz permaneceriam ignorados. Tal como ocorre com as teorias de prevenção geral negativa, a vítima seria beneficiada somente enquanto uma parte indistinta da coletividade, pois estaria menos propensa a sofrer outro crime, porém o processo de vitimização experimentado por esse indivíduo permaneceria ignorado.

Deve reconhecer-se que as teorias de prevenção especial mais recentes propiciariam uma maior inclusão de considerações sobre a vítima do que aquelas surgidas à época de Franz von Liszt¹⁴⁰. A ressocialização possibilitaria fortalecer ou reestabelecer o vínculo entre o infrator e os valores do ordenamento jurídico, tal como o respeito pela esfera jurídica da vítima¹⁴¹. Um infrator plenamente ressocializado assumiria a responsabilidade pelo crime cometido e estaria disposto a reparar as lesões causadas e suprir as necessidades da vítima¹⁴². A pena seria mais que uma forma de prevenir a ocorrência de crimes, pois também poderia fazer o infrator buscar reparar os males que causou a vítima. A pena teria uma orientação prospectiva, porém poderia incluir considerações retrospectivas voltadas ao processo de

¹³⁸ Apesar de ser pouco provável que ele perceba ou concorde que a pena imposta seria um benefício.

¹³⁹ Esse aspecto benéfico da pena para o infrator seria mais facilmente perceptível nas teorias de prevenção especial surgidas na segunda metade do Século XX, porém também poderia ser deduzido da primeira e segunda finalidade da pena proposta por Franz von Liszt. A pena somente seria algo inquestionavelmente negativo para o infrator em casos envolvendo indivíduos incorrigíveis cuja única forma de impedir a reincidência seria a neutralização, tal como na terceira categoria proposta por Franz von Liszt.

¹⁴⁰ HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 14; PAWLIK, Michael. **Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe.**, op. cit., pg. 29.

¹⁴¹ SAUTNER, Lyane. **Opferinteressen und Strafrechtstheorien: Zugleich ein Beitrag zum restaurativen Umgang mit Straftaten.**, op. cit., pg. 55 e 56; ZAFFARONI, Eugenio Raul. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General.**, op. cit., pg. 62 a 64; JESIONEK, Udo. **Die Wiederentdeckung des Verbrechensofners: Ein Paradigmenwechsel im Strafrecht.** In *Juridikum: Zeitschrift im Rechtsstaat*, n.º. 4, 2005, pg. 173.

¹⁴² Idem; Idem; Idem.

vitimização sofrido pelo indivíduo vitimado. Essa possibilidade não implica dizer o infrator e a vítima teriam igual relevância para essas teorias, pois qualquer esforço ou consideração sobre o sujeito passivo estaria condicionado a incerta e futura ressocialização do sujeito ativo do delito.

O fato de a vítima ter uma relevância inferior àquela conferida ao infrator também deve ser abordado. As teorias de prevenção especial propõem que a pena influiria sobre a conduta do infrator e impediria a reincidência, ou seja, o efeito preventivo seria focado em um “indivíduo”. Esse enfoque individual aparentaria incompletude para lidar com os crimes interpessoais, pois ignoraria totalmente a vítima. Ressalta-se que a razão de haver um enfoque no infrator seria o interesse coletivo de evitar a ocorrência de crimes futuros. A melhoria, dissuasão, neutralização ou ressocialização do autor seria uma consequência necessária para atingir a prevenção criminal. Apesar de ser tratado como meio para um fim, o infrator poderia tirar proveito de uma pena que atinja a finalidade preventiva¹⁴³. O enfoque exclusivo no infrator não seria baseado em um pressuposto de inferioridade ou desmerecimento da vítima, porém o inquietante fato de o sujeito ativo ser mais considerado, e possivelmente beneficiado¹⁴⁴, que o sujeito passivo não pode ser ignorado.

A objeção empírico-contingente também seria oponível à condição das vítimas nas teorias de prevenção especial. Primeiro, a pena evitaria a reincidência, pois providenciaria a ressocialização do infrator. Estudos associados à corrente doutrinária da “Nova Reabilitação” (*New Rehabilitation*) apontam que a ressocialização seria factível e os melhores programas seriam capazes de prevenir entre 20% e 30% da reincidência criminal¹⁴⁵. Outros estudos

¹⁴³ Repete-se a ressalva feita na Nota de Rodapé nº 137. Uma pena apta a promover a melhoria, dissuasão ou ressocialização (na acepção contemporânea) poderia ser considerada como um benefício ao infrator, pois esse indivíduo não mais reincidirá e não mais experimentará as agruras do sistema de justiça criminal ou o estigma social de ser um “criminoso”. A pena aparentaria ser inquestionavelmente prejudicial para o infrator apenas ao promover a neutralização desse indivíduo.

¹⁴⁴ Cumpre admitir que a pena somente poderia ser efetivamente percebida como um “benefício” em certos países. A teoria de prevenção especial somente poderia ser apropriadamente implementada em sistemas de justiça criminal devidamente equipados com meios e recursos para promover a ressocialização do autor. Por exemplo, um aparato prisional dotado de uma infraestrutura capaz de acomodar dignamente os detentos e apto a fornecer atividades pedagógicas, acompanhamento psicossocial e capacitação profissional. O sistema de justiça criminal de países escandinavos, tal como a Noruega, é digno de menção: ANDERSON, Yanique. GRÖNING, Linda. **Rehabilitation in Principle and Practice: Perspectives of Inmates and Officers**. In *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 4, nº 2, 2016, pg. 220 a 227. Deve ressaltar-se que essa consideração seria de ordem prática e a presente seção não visa discutir a viabilidade de uma pena que possa ser efetivamente considerada um benefício para o infrator. Essa colocação permitiria reforçar a crítica às teorias de prevenção especial, pois, em circunstâncias “ideais”, nas quais a pena efetivamente poderia ser considerada um benefício para o infrator (por exemplo, o ato punitivo é capaz de ressocializar o apenado), as teorias de prevenção especial ainda enfrentariam o empecilho de desconsiderar a vítima.

¹⁴⁵ BOTTOMS, Antony. VON HIRSCH, Andrew **The Crime-Preventive Effect of Penal Sanctions**., op. cit., pg. 109; Essa corrente surgiu no final do Século XX, reavaliou a crítica de Robert Martinson e propôs que as

apresentam resultados mais comedidos ao apontarem uma possibilidade de reduzir a taxa de reincidência criminal entre 5% e 10%¹⁴⁶. Os programas de ressocialização moldados segundo grupos populacionais apresentariam resultados modestos¹⁴⁷. O índice de sucesso de tais iniciativas dependeria de fatores como a idade e o meio social do indivíduo a ser ressocializado¹⁴⁸. A ideia de órgãos estatais conseguirem proporcionar alterações comportamentais estáveis em indivíduos adultos, de forma frequente e previsível, seria questionável ainda que em condições favoráveis e com a cooperação do infrator¹⁴⁹.

Segundo, a pena dissuadiria o infrator de incorrer novamente em uma conduta proscribita e conseqüentemente preveniria a ocorrência de crimes futuros. Os dados disponíveis indicam que a pena não apresenta efeitos mensuráveis sobre a probabilidade de um indivíduo reincidir criminalmente¹⁵⁰. O número de pesquisas sobre os efeitos da dissuasão penal individual é reduzido e os resultados obtidos frequentemente são inconclusivos, porém algumas assertivas podem ser elaboradas¹⁵¹. Por exemplo, as multas calculadas com base na renda diária do apenado (comparativamente mais onerosas) não demonstram maior efetividade em dissuadir a reincidência de infratores¹⁵². A dissuasão individual baseada em “táticas de choque” também não seria efetiva para prevenir a reincidência¹⁵³. Por exemplo, as

conclusões desse autor não necessariamente invalidariam a ideia de ressocializar o infrator. Diversos programas de ressocialização existentes à época já seriam intrinsecamente mal formulados e propensos ao insucesso mesmo em condições favoráveis. O fator metodológico também estaria relacionado aos resultados pessimista obtidos nos anos setenta, pois teriam sido baseados em pesquisas realizadas sobre um espaço amostral reduzido e estatisticamente insignificante. Os novos estudos, baseados em metanálise de dados, apresentaram um panorama mais otimista quanto a viabilidade de ressocializar infratores (BROOKS, Thom. **Punishment.**, op. cit., pg. 51; BOTTOMS, Antony. VON HIRSCH, Andrew. **The Crime-Preventive Effect of Penal Sanctions.**, op. cit., pg. 107 a 112; CROW, Iain. **The Treatment and Rehabilitation of Offenders.** Londres: SAGE Publications Ltd., 2001, pg. 46 a 48).

¹⁴⁶ BROOKS, Thom. **Punishment.**, op. cit., pg. 59 e 60; CARTER, Patrick. **Managing Offenders, Reducing Crime: A new approach.** In *Correctional Services Review*, 2003, pg. 15 e 16.

¹⁴⁷ HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 21; DÖLLING, Dieter. **Zur spezialpräventiven Aufgabe des Strafrechts.** In DÖLLING, Dieter (Ed.). *Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag.* Berlin: Duncker & Humblot, 2003, pg. 606.

¹⁴⁸ HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 21; RÖSSNER, Dieter. **Die besonderen Aufgaben des Strafrechts im System rechtsstaatlicher Verhaltenskontrolle.** In SCHÜNEMANN, Bernd. ACHENBACH, Hans. BOTTKE, Wilfried. HAFFKE, Bernhard. RUDOLPHI, Hans-Joachim (Ed.). *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001.* Berlin: Walter de Gruyter & Co., 2001, pg. 978.

¹⁴⁹ HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 21 e 22.

¹⁵⁰ Ibidem, pg. 21; GÖPPINGER, Hans. **Kriminologie.** 6ª Ed. Munique: Verlag C.H. Beck, 2008, pg. 562 a 564 e 566.

¹⁵¹ BOTTOMS, Antony. VON HIRSCH, Andrew. **The Crime-Preventive Effect of Penal Sanctions.**, op. cit., pg. 113.

¹⁵² Idem.

¹⁵³ Idem.

penas de detenção em estabelecimentos prisionais cujo objetivo é punir o infrator de forma curta e intensa (“*short sharp shock detention centers*”)¹⁵⁴.

Terceiro, a pena impediria a reincidência criminal neutralizando o infrator. Esse tipo de pena seria a forma mais plausível de prevenir crimes futuros¹⁵⁵.

A pena seria capaz de prevenir crimes futuros ao influenciar infratores a não reincidir, porém essa possibilidade não poderia ser sumariamente presumida¹⁵⁶. Prever a reincidência criminal de um ex-apanado seria uma complexa empreitada multifatorial com resultados necessariamente probabilísticos¹⁵⁷. O problema representado por essa colocação pode ser visualizado no exemplo em que um infrator é punido com a reclusão por ter vitimado outrem e nunca mais volta a delinquir após ser libertado. A pena teria proporcionado um efeito preventivo especial, pois supostamente teria impedido o infrator de reincidir. A verificação do efeito preventivo especial descrito no exemplo seria improvável. O caso suscita a indagação sobre quando seria possível aferir a ocorrência do efeito preventivo especial. Esse questionamento poderia ser respondida de duas formas.

Primeiro, certificar a ocorrência do efeito preventivo especial necessitaria de uma confirmação definitiva sobre a incapacidade delitiva do ex-apanado. Ainda que possa ser altamente reduzida, a possibilidade de reincidência criminal existe enquanto o ex-apanado for física e mentalmente capaz de delinquir. Esse raciocínio imporia uma longa espera até ser possível afirmar que a pena influenciou o infrator a não reincidir. Por exemplo, o efeito

¹⁵⁴ Idem.

¹⁵⁵ HÖRNLE, Tatjana. *Straftheorien.*, op. cit., pg. 21.

¹⁵⁶ A não reincidência criminal somente poderia ser sumariamente presumida se a pena tiver um intuito neutralizador. Tal presunção não seria absoluta, pois a não reincidência do infrator estaria condicionada a duração da pena e também poderia ser comprometida por imprevistos durante o encarceramento. Por exemplo, o infrator escapar da prisão ou delinquir dentro do cárcere. As penas que asseguram a não reincidência do infrator são moralmente questionáveis e largamente caíram em desuso. Por exemplo, a pena capital ou a incapacitação permanente, tal como a lobotomia pré-frontal (GREELY, Henry. **Neuroscience and Criminal Justice: Not Responsibility but Treatment.** In *Kansas Law Review*, Vol. 56, 2008, pg. 1103 a 1138; MAYER, Edward. **Prefrontal Lobotomy and the Courts.** In *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 38, Nº 6, 1948, pg. 576 a 583).

¹⁵⁷ CLEMENS, Chelsie. **Effective and Ethical Measures of Predicting Criminal Offender’s Risk of Recidivism and Treatment Needs on Risk-Need Assessments.** In *Master of Social Work Clinical Research Papers*, Nº 964, pg. 13 a 34; STAHLER, Gerald. MENNIS, Jeremy. BELENKO, Steven. WELSH, Wayne. HILLER, Matthew. ZAJAC, Gary. **Predicting Recidivism for Released State Prison Offenders: Examining the Influence of Individual and Neighborhood Characteristics and Spatial Contagion on the Likelihood of Reincarceration.** In *Crime Justice and Behavior*, Vol. 40, Nº 6, 2013, pg. 707 a 710; BARNES, Geoffrey. HYATT, Jordan. **Classifying Adult Probationers by Forecasting Future Offending: Final Technical Report.** Philadelphia: National Institute of Justice, U.S. Department of Justice, 2012, pg. 15 a 17 e 45 a 48; HELFFGOTT, Jacqueline. **Criminal Behavior: Theories, Typologies and Criminal Justice.** Londres: SAGE Publications Ltd., 2008, pg. 472 a 475; BESSENYEY, Kristina. **Risk Assessment Instruments: Can We Predict Recidivism? A Review of the Research.** In *Scholar Works at University of Montana*, Nº 9001, 2000, pg. 8 a 17; WILKINS, Leslie. **The Politics of Prediction.** In FARRINGTON, David. TARLING, Roger (Ed.). *Prediction in Criminology.* Albany: State University of New York Press, 1985, pg. 50 e 51.

preventivo especial só poderia ser propriamente aferido no leito de morte do ex-apanado ou após um atestado médico confirmar que o indivíduo está em estado vegetativo.

Segunda, admite-se a ocorrência da prevenção criminal especial até a eventual reincidência do ex-apanado. Essa afirmação implicaria aceitar que o efeito preventivo seria temporalmente limitável. Essa afirmação permitiria indagar criticamente se finalidade da pena seria a prevenção criminal ou a “postergação criminal”? A perspectiva defendida nessa resposta poderia ser defendida com o argumento de que o efeito preventivo ocorreu, pois crimes teriam sido prevenidos até a reincidência do infrator. A prevenção criminal especial estaria atrelada aos crimes supostamente evitados entre o término da pena e a reincidência do infrator. Uma objeção válida seria apontar que esse argumento se refere a prevenção de crimes “possíveis”, ou seja, lida com meras conjecturas sobre o que poderia ter ocorrido em um cenário hipotético. Seria impossível aferir “se” ou “quantos” crimes teriam sido prevenidos entre o término da pena e a reincidência do infrator. Deve admitir-se que essa objeção também seria pertinente a primeira resposta, pois seria igualmente impossível aferir “se” ou “quantos” crimes teriam sido evitados durante a vida do ex-apanado que nunca reincidiu.

Essas ponderações fazem indagar sobre a viabilidade de efetivamente certificar a existência de um efeito preventivo especial proporcionado pela pena. Sob uma perspectiva meramente temporal, o efeito preventivo especial só poderia ser propriamente aferido com uma análise retrospectiva realizada a partir do momento que o ex-apanado não puder mais reincidir. Essa perspectiva seria enviesada, pois pressuporia a necessária relação entre a pena e a não reincidência do réu. Seria impossível afirmar a ocorrência do efeito preventivo especial caso um ex-apanado morra sem reincidir, pois não haveria como certificar que a pena foi o fator que influenciou o indivíduo a não delinquir¹⁵⁸. A não reincidência criminal apenas indicaria a possibilidade de a pena ter proporcionado um efeito preventivo especial. O fato de um ex-apanado nunca ter voltado a delinquir não confirmaria que a pena realmente teve um efeito preventivo especial. O exemplo aponta que a instrumentalização da vítima possivelmente teria proporcionado uma prevenção criminal cuja confirmação seria improvável.

¹⁵⁸ Por exemplo, um fato aleatório, desapercibido e simultâneo a pena, poderia contribuir ou ainda ser decisivo para a não reincidência do infrator. Outro exemplo seria um apenado que acredita ter tido uma experiência transcendental e assume uma convicção religiosa com preceitos morais terminantemente contrários a prática de crimes. Um apenado que decide mudar de vida após quase morrer na malfadada empreitada criminosa que resultou em sua captura.

3.4. Prevenção Geral Positiva

A ideia de prevenção geral positiva seria a mais recente e debatida dentre as formulações preventivo-criminais¹⁵⁹. As teorias baseadas na prevenção geral positiva, destacadas durante as últimas décadas do Século XX¹⁶⁰, diferem de aquelas baseadas na contraparte negativa por sustentarem que a conformidade normativa não decorre da dissuasão penal¹⁶¹. As teorias de prevenção geral negativa deixariam entrever uma relação instrumental entre os cidadãos e o ordenamento jurídico¹⁶². Essa relação acabaria sendo frágil por ser atrelada a um padrão de estímulo-reação baseado na interação entre as percepções momentâneas dos indivíduos e o meio em que estão inseridos¹⁶³. A prevenção geral positiva pressupõe uma observância de deveres legais independente do benefício auferido pela conformidade normativa e cidadãos que se comportam com base em tendências habituais ao

¹⁵⁹ HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie.**, op. cit., pg. 145 e 146; HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 21 a 23; VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. pg. 47 e 48; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 25 a 28; SAUTNER, Lyane. **Opferinteressen und Strafrechtstheorien: Zugleich ein Beitrag zum restaurativen Umgang mit Straftaten.**, op. cit., pg. 50 a 54; WESSELS, Johannes. BEULKE, Werner. **Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau.**, op. cit., pg. 4; PAWLIK, Michael. **Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe.**, op. cit., pg. 35 a 43; JAKOBS, Günther. **Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre.**, op. cit., pg. 6 a 14; JAKOBS, Günther **Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat.**, op. cit., pg. 22 e 23; BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral I.**, op. cit., pg. 306 a 310; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas Básicos da Doutrina Penal.**, op. cit., pg. 76 a 78; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal.**, op. cit., pg. 71 e 72; BACIGALUPO, Enrique. **Derecho Penal: Parte General.**, op. cit., pg. 39 a 43; **Introducción a Las Bases del Derecho Penal.**, op. cit., pg. 59 a 66; ZAFFARONI, Eugenio Raul. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General.**, op. cit., pg. 60 a 62.

¹⁶⁰ Para uma lista sobre obras que abordam teorias da pena baseadas na prevenção geral positiva: PAWLIK, Michael. **Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe.**, op. cit., pg. 36, Nota de Rodapé nº 66; JAKOBS, Günther. **Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre.**, op. cit., pg. 14, Nota de Rodapé nº 16; BAURMANN, Michael. **Vorüberlegungen zu einer empirische Theorie der positiven Generalprävention.** In SCHÜNEMANN, Bernd. VON HIRSCH, Andrew. JAREBORG, Nils. (Ed.). *Positive Generalprävention: Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog (Uppsala Symposium 1996).* Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1998, pg. 1, Nota de Rodapé nº 1; HÖRNLE, Tatjana. VON HIRSCH, Andrew. **Tadel und Generalprävention.** In SCHÜNEMANN, Bernd. VON HIRSCH, Andrew. JAREBORG, Nils. (Ed.). *Positive Generalprävention: Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog (Uppsala Symposium 1996).* Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1998, pg. 83, Nota de Rodapé nº 1.

¹⁶¹ HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 21; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 25; BAURMANN, Michael. **Vorüberlegungen zu einer empirische Theorie der positiven Generalprävention.**, op. cit., pg. 1.

¹⁶² PAWLIK, Michael. **Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe.**, op. cit., pg. 35; Essas formulações teóricas recorreriam aos preceitos da sociologia jurídica, política criminal e filosofia social para enfatizar a relevância de fatores não instrumentais para o direito (BAURMANN, Michael. **Zehn Thesen zum Verhältnis von Normanerkennung, Legitimität und Legalität.** In LÜDERSSSEN, Klaus (Ed.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?* Band. 1. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, pg. 411 a 418; ZIPF, Heinz. **Kriminalpolitik: Ein Lehrbuch.**, op. cit., pg. 40).

¹⁶³ Idem.

invés de decisões pontuais¹⁶⁴. Apesar de haver um elevado número de formulações, seria possível perceber uma bipartição entre as teorias de prevenção geral positiva¹⁶⁵.

Um grupo teórico seria pautado por uma tendência sócio-psicológica, pois a pena visaria firmar uma proibição criminal na consciência da população¹⁶⁶. A punição do infrator teria uma influência moral e pedagógica que proporcionaria aos membros do convívio social um aprendizado social voltado ao cumprimento das normas, ou seja, criaria e manteria predisposições para os indivíduos agirem em conformidade normativa¹⁶⁷. A pena promoveria a aceitação e internalização de normas entre os membros do convívio social e consequentemente proporcionaria um efeito de prevenção criminal¹⁶⁸. Outro grupo teórico seria pautado por uma tendência normativa, pois a pena objetivaria a confirmação da norma¹⁶⁹. O ato punitivo não tencionaria influenciar a conduta de indivíduos, mas apenas reafirmar a validade da norma violada pelo delito¹⁷⁰. Apesar da tradicional associação com o pensamento preventivo geral positivo, um entendimento mais recente¹⁷¹ sobre o tema

¹⁶⁴ Idem.

¹⁶⁵ BAURMANN, Michael. **Vorüberlegungen zu einer empirische Theorie der positiven Generalprävention.**, op. cit., pg. 6 e 8; HÖRNLE, Tatjana. VON HIRSCH, Andrew. **Tadel und Generalprävention.**, op. cit., pg. 83.

¹⁶⁶ HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 21; WEIGEND, Thomas. **Kommentar zu Tatjana Hörnle, Gegenwärtige Strafbegründungstheorie.** In VON HIRSCH, Andreas. NEUMANN, Ulfrid. SEELMANN, Kurt. (Ed.) *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie.* Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2011, pg. 33; Outra nomenclatura para esse grupo teórico seria “prevenção geral positiva em sentido amplo” (*positive Generalprävention im weiteren Sinn*) ou “prevenção integradora” (*Integrationsprävention*) (BAURMANN, Michael. **Vorüberlegungen zu einer empirische Theorie der positiven Generalprävention.**, op. cit., pg. 7).

¹⁶⁷ HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 21; HÖRNLE, Tatjana. VON HIRSCH, Andrew. **Tadel und Generalprävention.**, op. cit., pg. 83; ANDENAES, Johannes. **The General Preventive Effects of Punishment.** In *University of Pennsylvania Law Review*, 1966, Vol. 114, Nº. 7, pg. 950; BAURMANN, Michael. **Vorüberlegungen zu einer empirische Theorie der positiven Generalprävention.**, op. cit., pg. 7, 8 e 15.

¹⁶⁸ HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 21; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 25; BAURMANN, Michael. **Vorüberlegungen zu einer empirische Theorie der positiven Generalprävention.**, op. cit., pg. 1.

¹⁶⁹ HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 22; WEIGEND, Thomas. **Kommentar zu Tatjana Hörnle, Gegenwärtige Strafbegründungstheorie.**, op. cit., pg. 33; Essa teorias também poderiam ser referidas por “prevenção geral positiva em sentido estrito” (*positive Generalprävention im engeren Sinn*) (BAURMANN, Michael. **Vorüberlegungen zu einer empirische Theorie der positiven Generalprävention.**, op. cit., pg. 8 a 10).

¹⁷⁰ HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 22; BAURMANN, Michael. **Vorüberlegungen zu einer empirische Theorie der positiven Generalprävention.**, op. cit., pg. 8 a 12; HÖRNLE, Tatjana. VON HIRSCH, Andrew. **Tadel und Generalprävention.**, op. cit., pg. 83.

¹⁷¹ Essa classificação pode ser vista em: ERBER-SCHROPP, Julia Maria. **Schuld und Strafe: Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung des Schuldprinzips.**, op. cit., pg. 20; HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 22; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 31.

questiona essa classificação e propõe enquadrar as formulações de tendência normativa nas teorias expressivas da pena¹⁷².

O grupo de tendência sócio-psicológica propiciaria uma desconsideração do sujeito passivo semelhante àquela observada em formulações baseadas na prevenção geral negativa. Um indivíduo vitimado apenas indicaria que as penas anteriores não estabeleceram uma predisposição à conformidade normativa entre os membros do convívio social. A vítima novamente seria um “alarme”, pois contribuiria para a prevenção criminal ao sinalizar que o funcionamento da pena está aquém do esperado. Os detalhes do ato punitivo seriam repensados para promover maior conformidade normativa, porém os eventuais interesses e expectativas vitimam em relação à pena seriam ignorados. A “contraprestação” preventivo-criminal seria imprópria para lidar com as repercussões do processo de vitimização previamente experimentado. O indivíduo concretamente afetado pelo crime seria tratado como parte indistinta da coletividade e igualado as vítimas e infratores potenciais. O sujeito passivo seria instrumentalizado, pois seria utilizado em prol do interesse coletivo em prevenir crimes futuros sem auferir um benefício efetivamente apto a aplacar as mazelas ocasionadas pelo crime vivenciado.

Esse grupo teórico também possibilitaria uma instrumentalização do sujeito passivo através de uma concepção preventivo-geral positiva de “justiça pró-vítima” (*Opfergerechtigkeit*)¹⁷³. A vítima seria apenas um meio para proporcionar o “efeito de pacificação” (*Befriedungseffekt*) ao meio de convívio social¹⁷⁴. O grau de pacificação poderia ser balizado pela destreza da reação estatal ao conflito entre infrator e vítima¹⁷⁵. Por exemplo, o atendimento de demandas e compensação de lesões impostas à vítima contribuiria

¹⁷² Essas teorias e sua possível repercussão para a vítima voltarão a ser abordadas no Capítulo II.

¹⁷³ SAUTNER, Lyane. **Opferinteressen und Strafrechtstheorien: Zugleich ein Beitrag zum restaurativen Umgang mit Straftaten.**, op. cit., pg. 51 e 52.

¹⁷⁴ Ibidem, pg. 52; Segundo Claus Roxin, o efeito de pacificação, o terceiro aspecto da prevenção geral positiva, ocorre quando a consciência jurídica comum se acalma através da sanção à violação da lei e o conflito com o infrator é considerado resolvido. O primeiro aspecto da prevenção geral positiva seria o “efeito de aprendizagem sócio-pedagogicamente motivado” (*sozialpädagogisch motivierte Lerneffekt*), pois a pena auxiliaria na fidelização do povo com o ordenamento jurídico. O segundo aspecto seria o “efeito de confiança” (*Vertrauenseffekt*), pois a punição de um infrator proporcionaria confiança na prevalência da lei entre os demais cidadãos (ROXIN, Claus. **Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Der Aufbau der Verbrechenslehre.** 4ª Ed. Munique: Verlag C.H. Beck, 2006, pg. 81).

¹⁷⁵ SAUTNER, Lyane. **Opferinteressen und Strafrechtstheorien: Zugleich ein Beitrag zum restaurativen Umgang mit Straftaten.**, op. cit., pg. 52; LÖSCHNIG-GSPANDL, Marianne Johanna. **Der außergerichtliche Tausgleich im allgemeinen Strafrecht: Voraussetzungen und Anwendungsmöglichkeiten.** In MIKLAU, Roland. SCHROLL, Hans Valentin (Ed.). *Diversion. Ein anderer Umgang mit Straftaten: Analysen zur Strafprozessnovelle.* Viena: Verlag Österreich, 1999, pg. 86.

favoravelmente ao efeito de pacificação¹⁷⁶. Essa justiça pró-vítima apaziguaria a consciência jurídica comum e beneficiaria a vítima, porém reduziria o sujeito passivo à condição de mero instrumento para atingir a finalidade de prevenção geral positiva¹⁷⁷. As demandas e necessidades do indivíduo vitimado só seriam relevantes ao propiciar um benefício voltado para a coletividade.

A desconsideração da vítima nas teorias de prevenção geral positiva também seria perceptível por uma objeção empírico-contingente. Em relação ao grupo teórico de tendência sócio-psicológica, a crítica poderia ser exposta em três argumentos. Primeiro, a prevenção geral positiva desconsideraria que os efeitos do ato punitivo estariam relacionados ao agente e conduta sancionada¹⁷⁸. Seria desarrazoado assumir que a punição de crimes totalmente diversos indistintamente promove a aceitação e internalização de normas¹⁷⁹. Uma posição mais prudente defenderia que a pena imposta a certo tipo de conduta proporcionaria a conformidade normativa entre os indivíduos, porém tal repercussão poderia não ocorrer com uma modalidade delitiva distinta¹⁸⁰.

Segundo, a tese da prevenção criminal proporcionada pela ignorância de crimes¹⁸¹. Estudos empíricos apontam que o desconhecimento de delitos propiciaria uma estabilização normativa perceptível entre os grupos que mais subestimam a cifra criminal oculta¹⁸². Expor a inconformidade normativa de um vasto contingente populacional poderia desencorajar os demais indivíduos a seguir as normas e eventualmente majorar a incidência criminal¹⁸³. Essa

¹⁷⁶SAUTNER, Lyane. **Opferinteressen und Strafrechtstheorien: Zugleich ein Beitrag zum restorativen Umgang mit Straftaten.**, op. cit., pg. 52; SESSAR, Klaus. **Wiedergutmachen oder strafen: Einstellungen in der Bevölkerung und der Justiz: ein Forschungsbericht.** Pfaffenweiler: Centaurus-Verlagsgesellschaft, 1992, pg. 43.

¹⁷⁷SAUTNER, Lyane. **Opferinteressen und Strafrechtstheorien: Zugleich ein Beitrag zum restorativen Umgang mit Straftaten.**, op. cit., pg. 52.

¹⁷⁸HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 27 e 28.

¹⁷⁹Idem.

¹⁸⁰Essa ponderação também seria aplicável às teorias de prevenção geral negativa. Vide página 15, Nota de Rodapé nº. 15.

¹⁸¹HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 27 e 28; HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 21; POPITZ, Heinrich. **Über die Präventivwirkung des Nichtwissens: Dunkelziffer, Norm und Strafe.** Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1968, pg. 9 a 20; MOORE, Wilbert. TUMIN, Melvin. **Some Social Functions of Ignorance.** In *American Sociological Review*, Vol. 14, 1949, pg. 795.

¹⁸²DIEKMANN, Andreas. PRZEPIORKA, Wojtek. RAUHUT, Heiko. **Die Präventivwirkung des Nichtwissens im Experiment.** In *Zeitschrift für Soziologie*, Jg. 40, Heft 1, 2011, pg. 79 a 81.

¹⁸³HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 21 e 22; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 27.

perspectiva implica reconhecer que uma persecução criminal seletiva e comedida teria uma efetividade preventiva maior que punir infratores de forma constante e visível¹⁸⁴.

Terceiro, a elusão, total ou significativa, da verificabilidade do efeito preventivo atribuído à pena¹⁸⁵. O problema representado por essa colocação pode ser visualizado quando alguém sofre um delito, o infrator é punido e a incidência criminal aparenta uma redução. Seria possível supor que crimes não ocorreram, pois a pena promoveu a aceitação e internalização de normas entre os membros do convívio social. Apesar de estudos empíricos apontarem uma relação inversamente proporcional entre conformidade normativa e disposição individual à delinquência¹⁸⁶, a verificabilidade do efeito preventivo seria obstada pela premissa de a pena promover a aceitação e internalização de normas. Aferir se a punição do infrator efetivamente proporciona a conformidade normativa seria uma empreitada inviável¹⁸⁷. Um método empírico apto a responder essa indagação também teria que lidar com outras questões complexas. Por exemplo, os indivíduos que costumam seguir as normas não estariam necessariamente impedidos de delinquir¹⁸⁸. Seria necessário segmentar esse tipo de

¹⁸⁴ Idem; Idem.

¹⁸⁵ Ibidem, pg. 21; Ibidem, pg. 25 e 26; VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., pg. 48; ROXIN, Claus. **Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Der Aufbau der Verbrechenslehre.**, op. cit., pg. 81 a 83; HASSEMER, Winfried. **Absehbare Entwicklungen in Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik.** In PRITTWITZ, Cornelius. MANOLEDAKIS, Ioannis (Ed.). *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende: Deutsch-griechisches Symposium (Rostock, 1999)*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, pg. 22 a 24; FRISCH, Wolfgang. **Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention: Zur Schwierigkeit des „Abschieds von Kant und Hegel“.** In SCHÜNEMANN, Bernd. VON HIRSCH, Andrew. JAREBORG, Nils. (Ed.). *Positive Generalprävention: Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog (Uppsala Symposium 1996)*. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1998, pg. 134 e 135; HASSEMER, Winfried. **Variationen der positiven Generalprävention.** In SCHÜNEMANN, Bernd. VON HIRSCH, Andrew. JAREBORG, Nils. (Ed.). *Positive Generalprävention: Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog (Uppsala Symposium 1996)*. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1998, pg. 39 e 40; DUBBER, Markus. **Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law.**, op. cit., pg. 701 e 702; Uma posição a defender a verificabilidade empírica das teorias de prevenção geral positiva em: SCHUMANN, Karl. **Empirische Beweisbarkeit der Grundannahmen von positiven Generalprävention.** In SCHÜNEMANN, Bernd. VON HIRSCH, Andrew. JAREBORG, Nils. (Ed.). *Positive Generalprävention: Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog (Uppsala Symposium 1996)*. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1998, pg. 17 a 22.

¹⁸⁶ HERMANN, Dieter. **Werte und Kriminalität: Konzeptionen einer Allgemeinen Kriminalitätstheorie.** Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, 2003, pg. 310 a 314.

¹⁸⁷ HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 21; VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., pg. 48; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 26; SOUSA E BRITO, José de. **Strafzwecke im Rechtsstaat.**, op. cit., pg. 307; ROXIN, Claus. **Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Der Aufbau der Verbrechenslehre.**, op. cit., pg. 82 e 83; HASSEMER, Winfried. **Absehbare Entwicklungen in Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik.**, op. cit., pg. 22 a 24; HASSEMER, Winfried. **Variationen der positiven Generalprävention.**, op. cit., pg. 39 e 40; FRISCH, Wolfgang. **Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention: Zur Schwierigkeit des „Abschieds von Kant und Hegel“.**, op. cit., pg. 134; DUBBER, Markus. **Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law.**, op. cit., pg. 702.

¹⁸⁸ HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 21; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 25 e 26.

crime daqueles cometidos por infratores que convictamente não aceitam ou não internalizam a norma¹⁸⁹. A pena não seria o único meio de proporcionar o suposto efeito preventivo, pois outros fatores (atividade policial, difusão do conhecimento sobre o direito, educação familiar, interação social, referências culturais etc.) também poderiam propiciar a aceitação e internalização de normas¹⁹⁰. Seria preciso discernir “se” ou “quanto” a punição do infrator efetivamente promoveu a conformidade normativa.

Essas ponderações não obstarão o fato de o convívio social ser composto por indivíduos que majoritariamente agem em conformidade com as normas¹⁹¹. Não parece razoável descartar sumariamente que a pena pode promover a aceitação e internalização de normas, ou seja, o efeito preventivo atribuído à pena seria plausível¹⁹², porém assentado em uma premissa não verificada. Assumir a ocorrência de prevenção criminal, sem aferir se a punição do infrator efetivamente promove a aceitação e internalização das normas, implicaria ter igual deferência por argumentos plausíveis propostos por outras teorias da pena¹⁹³. As teorias de prevenção geral positiva “sócio-psicológicas” deixam entrever uma instrumentalização da vítima em prol de uma inverificável possibilidade de prevenção criminal.

4. Considerações Conclusivas

Um traço comum às teorias de prevenção geral seria a instrumentalização da vítima para promover um benefício futuro, incerto e coletivo. Essas formulações visariam promover um benefício (incerto e futuro) direcionado a um grupo (indeterminado e composto por aqueles não afetados pelo crime) sem se preocupar com o malefício (certo e pretérito) imposto à vítima (determinada e concretamente afetada pelo crime). Essas teorias seriam questionáveis por dois motivos. Primeira, assumirem que a incerta possibilidade de um benefício futuro em prol da coletividade seria suficiente para instrumentalizar o indivíduo vitimado. Segunda,

¹⁸⁹ Idem; Idem.

¹⁹⁰ Idem; Idem; SOUSA E BRITO, José de. **Strafzwecke im Rechtsstaat.**, op. cit., pg. 307.

¹⁹¹ ROXIN, Claus. **Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Der Aufbau der Verbrechenslehre.**, op. cit., pg. 82 e 83; DUBBER, Markus. **Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law.**, op. cit., pg. 702.

¹⁹² Idem; Idem; HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 21; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 26; FRISCH, Wolfgang. **Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention: Zur Schwierigkeit des „Abschieds von Kant und Hegel“.**, op. cit., pg. 134.

¹⁹³ DUBBER, Markus. **Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law.**, op. cit., pg. 702.

aceitarem que eventuais interesses vitimais sejam ignorados simplesmente pelo fato de o sujeito passivo ser “inútil” em promover o interesse coletivo em prevenir crimes.

As teorias preventivas especiais também compartilhariam a característica de instrumentalizar a vítima para promover um benefício futuro e incerto. A diferença elementar perante as contrapartes “gerais” seria o fato de essas formulações tencionarem beneficiar a coletividade através de uma medida que possivelmente favorece o infrator. Essas teorias almejavam promover um benefício (incerto e futuro) direcionado ao coletivo (indeterminado e composto por aqueles não afetados pelo crime) ao influenciar, e possivelmente beneficiar, o autor (determinado e causador do crime) sem se preocupar com o malefício (certo e pretérito) imposto a vítima (determinada e concretamente afetada pelo crime). Essas formulações seriam questionáveis pelas duas razões já expostas na crítica às teorias de prevenção geral e pelo fato de aceitar que o infrator, o indivíduo causador de um mal injusto, seja mais considerado, e possivelmente beneficiado, que a vítima, o indivíduo que sofreu o mal injusto.

As teorias retributivas, na acepção kantiana e hegeliana, implicariam uma perspectiva em que a verdadeira “vítima” seria a abstração afrontada pelo crime¹⁹⁴. A pena retributiva teria a finalidade de restaurar o direito ou a justiça e seria efetivamente alheia a violação de interesses e bens jurídicos do sujeito passivo¹⁹⁵. Apesar de reputadas como as mais favoráveis às vítimas¹⁹⁶, essas teorias não atribuiriam um lugar realmente significativo para os indivíduos concretamente afetados por crimes¹⁹⁷. As teorias aptas a tal classificação seriam aquelas oriundas do neo-retributivismo americano, tais como as propostas de Jeffrie Murphy e George Fletcher¹⁹⁸, as quais, apesar de aparentar serem mais promissoras a uma efetiva consideração pelo sujeito passivo, acabam por replicar o argumento retributivista clássico¹⁹⁹. Apesar de abordarem a questão da vítima, as referida teorias apresentam soluções improficuas, pois

¹⁹⁴ PRITTWITZ, Cornelius. **Opferlose Straftheorien?**, op. cit., pg. 60; REEMTSMA, Jan Philipp. **Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem.**, op. cit., pg. 10 e 13.

¹⁹⁵ Idem; Idem.

¹⁹⁶ HASSEMER, Winfried. **Einführung in die Grundlagen des Strafrechts.**, op. cit., pg. 72; ZIPF, Heinz. **Kriminalpolitik: Ein Lehrbuch.**, op. cit., pg. 54.

¹⁹⁷ SAUTNER, Lyane. **Opferinteressen und Strafrechtstheorien: Zugleich ein Beitrag zum restaurativen Umgang mit Straftaten.**, op. cit., pg. 47; PRITTWITZ, Cornelius. **Opferlose Straftheorien?**, op. cit., pg. 59.

¹⁹⁸ MURPHY, Jeffrie. **Getting Even: The Role of the Victim.**, op. cit., pg. 225; HAMPTON, Jean. **Correcting Harms Versus Righting Wrongs: The Goal of Retribution.**, op. cit., pg. 1659 e 1684; FLETCHER, George. **The Place of Victims in the Theory of Retribution.**, op. cit., pg. 63.

¹⁹⁹ MACLEOD, Adam. **All for One: A Review of Victim-Centric Justifications of Punishment.** In *Berkeley Journal of Criminal Law*, Vol. 13, Nº 1, 2008, pg. 40 a 45.

pressupõem que a pena seja fundamentada na vítima, porém considerando-a como se fosse um conceito abstrato, tal como a “justiça” kantiana ou “direito” hegeliano²⁰⁰.

²⁰⁰ Idem.

CAPÍTULO II

AS TEORIAS EXPRESSIVAS DA PENA

1. Considerações introdutórias

Apesar de o expressivismo ser relativamente recente no debate teórico-penal, a ideia de que o ato punitivo tem uma dimensão expressiva não é inédita²⁰¹. Argumenta-se que referências ao aspecto expressivo da pena podem ser percebidas em obras do Século XIX²⁰². O inglês James Fitzjames Stephen e o francês Émile Durkheim são dois autores associados às proposições oitocentistas sobre o tema²⁰³. O aspecto expressivo do ato punitivo também teria sido abordado no início do Século XX, tal como na teoria da pena proposta pelo inglês Alfred Cyril Ewing²⁰⁴.

James Fitzjames Stephen propôs que a pena seria imposta para prevenir crimes e expressar os sentimentos provocados por delitos²⁰⁵. Trata-se de uma concepção que propõe um estreito vínculo entre o direito penal e os sentimentos morais²⁰⁶. O direito penal tomaria o ódio aos infratores como um sentimento correto e proveria uma satisfação legítima à paixão vingativa decorrente de condutas que provocam a indignação moral dos indivíduos²⁰⁷. O ato punitivo seria a forma de o direito penal expressar e confirmar o sentimento de ódio que o

²⁰¹ WRINGE, Bill. **An Expressive Theory of Punishment**. Londres: Palgrave Macmillan, 2016, pg. 11; DUBBER, Markus. **Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law**., op. cit., pg. 703 e 704; PRIMORATZ, Igor. **Punishment as Language**. In *Philosophy*. Vol. 64, Nº. 248, 1989, pg. 188 e 189; TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da Aplicação da Pena: Fundamentos de uma Determinação Judicial da Pena Proporcional ao Fato**. 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pg. 90.

²⁰² WRINGE, Bill. **An Expressive Theory of Punishment**., op. cit., pg. 11; BROOKS, Thom. **Punishment**., op. cit., pg. 102; DUBBER, Markus. **Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law**., op. cit., pg. 703 e 704; KAHAN, Dan. **What Do Alternative Sanctions Mean?** In *The University of Chicago Law Review*. Vol. 63, 1996, pg. 594; PRIMORATZ, Igor. **Punishment as Language**., op. cit., pg. 188 e 189; SKILLEN, Anthony. **How to Say Things with Walls**. In *Philosophy*, Vol. 55, Nº 214, 1980, pg. 510; 509 a 513.

²⁰³ Idem; Idem; Idem; Idem; Idem.

²⁰⁴ DUBBER, Markus. **Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law**., op. cit., pg. 704; STEIKER, Carol. **Foreword: Punishment and Procedure. Punishment Theory and the Criminal-Civil Procedural Divide**. In *The Georgetown Law Journal*. Vol. 85, 1997, pg. 803; **Punishment as Language**, op. cit., pg. 190.

²⁰⁵ STEPHEN, James Fitzjames. **A General View of the Criminal Law of England**. Londres: Macmillan and Co., 1863, pg. 98 e 99; STEPHEN, James Fitzjames. **A History of the Criminal Law of England**. Londres: Macmillan and Co., 1863, pg. 82 e 83.

²⁰⁶ STEPHEN, James Fitzjames. **A History of the Criminal Law of England**., op. cit., pg. 81.

²⁰⁷ Idem; STEPHEN, James Fitzjames. **A General View of the Criminal Law of England**, op. cit., pg. 99.

autor instigou ao cometer o crime²⁰⁸. O ódio pelo infrator seria algo desejável e as penas seriam concebidas com o intento de expressar esse sentimento, o qual seria uma resposta natural e saudável ao crime²⁰⁹.

Émile Durkheim formulou que a pena seria uma “notação” (*notation*) expressiva do sentimento inspirado pelo crime²¹⁰. Essa concepção estaria relacionada ao conceito de “consciência coletiva” (*conscience collective*): “*A totalidade de crenças e sentimentos comuns aos membros comuns de uma sociedade*”²¹¹. A pena preservaria a coerência da sociedade ao sustentar a consciência coletiva e compensaria o mal que o crime fez recair sobre o grupo ao indicar que os sentimentos da coletividade ainda estão intactos e a comunhão de mentes compartilhando valores iguais permanece absoluta²¹².

Alfred Cyril Ewing aduziu que a pena seria uma forma de linguagem, cujo objetivo é expressar um juízo de reprovação moral²¹³. O ônus punitivo que essa linguagem faz recair sobre o agente teria um significado e função moral, pois simbolizaria o mal intrínseco ao crime e expressaria a condenação que a sociedade atribui à tal conduta²¹⁴. O infrator deve “*perceber a maldade daquilo que ele tem feito, e como as ações prévias fazem duvidar se ele irá fazer isso por si próprio, essa maldade deve ser “trazida para ele” e a consciência disso deve ser impressa na sua mente pelo sofrimento*”²¹⁵. A pena seria a forma de a sociedade impressionar o autor e conscientiza-lo sobre o caráter errôneo do crime e sobre a necessidade de reformar o próprio comportamento²¹⁶. Essa influência moralizante da pena não ficaria restrita ao criminoso, pois seria irradiada para a coletividade e teria uma contribuição especial para a educação moral de indivíduos com impulsos mais latentes à delinquência²¹⁷.

Apesar dessas menções datadas do Século XIX e início do Século XX, o marco inicial do debate contemporâneo sobre o aspecto expressivo da pena é o artigo “*The Expressive*

²⁰⁸ STEPHEN, James Fitzjames. **A History of the Criminal Law of England.**, op. cit., pg. 81.

²⁰⁹ Ibidem, pg. 81 e 82.

²¹⁰ DURKHEIM, Émile. **L'Éducation Morale (1902)**. Paris: Librairie Félix Alcan, 1934, pg. 123.

²¹¹ DURKHEIM, Emile. **De la Division du Travail Social (1893)**. Paris: Les Presses universitaires de France, 1967, pg. 81.

²¹² DURKHEIM, Emile. **De la Division du Travail Social (1893)**. op. cit., pg. 104; DURKHEIM, Emile. **L'Éducation Morale (1902)**, op. cit., pg. 123.

²¹³ EWING, Alfred Cyril. **A Study of Punishment II: Punishment as Viewed by the Philosopher**. In *Canadian Bar Review*, Vol. 21, 1943, pg. 116.

²¹⁴ EWING, Alfred Cyril. **The Morality of Punishment: With Some Suggestions for a General Theory of Ethics**. Londres: Routledge & Kegan Paul Ltd., 1929, pg. 84

²¹⁵ Idem.

²¹⁶ Idem.

²¹⁷ EWING, Alfred Cyril. **Punishment as a Moral Agency: An Attempt to Reconcile the Retributive and Utilitarian View**. In *Mind*. Vol. 36, N°. 143, 1927, pg. 297 e 298.

Function of the Punishment”, escrito por Joel Feinberg em 1965²¹⁸. Os estudos sobre a pena floresceram nos periódicos filosóficos anglófonos durante as décadas de 1950 e 1960²¹⁹. Uma das formulações mais influentes sobre o assunto foi o conceito de “pena” proposto por Anthony Flew e posteriormente aderido por Stanley Benn e H. L. A. Hart²²⁰. A “Definição Flew-Benn-Hart” decompunha a pena em cinco premissas: primeira, deve envolver dor ou outras consequências normalmente consideradas desagradáveis; segunda, deve ser por uma violação de regras legais; terceira, deve ser de um efetivo ou suposto infrator por sua infração; quarta, deve ser intencionalmente aplicada por pessoas que não o infrator; quinta, deve ser imposta e aplicada por uma autoridade constituída pelo sistema legal contra o qual a infração é cometida²²¹.

Joel Feinberg propôs uma crítica às formulações teóricas, tal como a “Definição Flew-Benn-Hart”, que ignoravam o aspecto expressivo do ato punitivo e obstavam uma delimitação conceitual adequada entre “penas em sentido estrito” (*punishment in the strict and narrow*

²¹⁸ FEINBERG, Joel. **The Expressive Function of Punishment**. In *The Monist*. Vol. 49, Nº. 3, 1965, pg. 397 a 423; Esse artigo foi republicado pelo autor na seguinte coletânea: FEINBERG, Joel. **Doing & Deserving: Essays in the Theory of Responsibility**. Princeton: Princeton University Press, 1970, pg. 95 a 118; Joel Feinberg é referido como “pioneiro” do debate contemporâneo sobre as teorias expressivas da pena nas seguintes obras: WRINGE, Bill. **Rethinking expressive theories of punishment: why denunciation is a better bet than communication or pure expression**. In *Philosophical Studies*, Vol. 174, Nº 3, 2017, pg. 684; WRINGE, Bill. **An Expressive Theory of Punishment**, op. cit., pg. 11; ENGEN, Andy. **Communication, Expression, and the Justification of Punishment**. In *Athens Journal of Humanities & Arts*, Vol. 1, Nº 4, 2014, pg. 299; WRINGE, Bill. **Collective Agents and Communicative Theories of Punishment**. In *Journal of Social Philosophy*, Vol. 43, Nº 4, 2012, pg. 436, Nota de Rodapé nº 1; WRINGE, Bill. **War Crimes and Expressive Theories of Punishment: Communication or Denunciation?** In *Res Publica*, Vol. 16, 2010, pg. 120; WRINGE, Bill. **Why Punish War Crimes? Victor’s Justice and Expressive Justifications of Punishment**. In *Law and Philosophy*, Vol. 25, 2006, pg. 176; HARCOURT, Bernard. **Joel Feinberg on Crime and Punishment: Exploring the Relationship Between The Moral Limits of the Criminal Law and The Expressive Function of Punishment**. In *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 5, Nº. 1, 2001, pg. 145 e 146; ADLER, Matthew. **Expressive Theories of Law: A Skeptical Overview**. In *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 148, 2000, pg. 1367 e 1370; STEIKER, Carol. **Foreword: Punishment and Procedure. Punishment Theory and the Criminal-Civil Procedural Divide**, op. cit., pg. 803; DAVIS, Michael. **Punishment as Language**, op. cit., pg. 187 e 188.

²¹⁹ STEIKER, Carol. **Foreword: Punishment and Procedure. Punishment Theory and the Criminal-Civil Procedural Divide**, op. cit., pg. 800.

²²⁰ GARVEY, Stephen. **Alternatives to Punishment**. In DEIGH, John. DOLINKO, David (Ed.). *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pg. 494; STEIKER, Carol. **Foreword: Punishment and Procedure. Punishment Theory and the Criminal-Civil Procedural Divide**, op. cit., pg. 800 e 801. A formação dessa concepção penal pode ser vista nos seguintes artigos: FLEW, Anthony. **The Justification of Punishment**. In *Philosophy*. Vol. 29, Nº. 111, 1954, pg. 291 a 307; BENN, Stanley. **An Approach to the Problems of Law**. In *Philosophy*. Vol. 33, Nº. 127, 1958, pg. 325 a 341; HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Presidential Address: Prolegomenon to the Principles of Punishment**. In *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 60, 1959-1960, pg. 1 a 26.

²²¹ STEIKER, Carol. **Foreword: Punishment and Procedure. Punishment Theory and the Criminal-Civil Procedural Divide**, op. cit., pg. 800; HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Presidential Address: Prolegomenon to the Principles of Punishment**, op. cit., pg. 4 e 5.

sense) e “penalidades” (*penalties*)²²². A pena seria o dispositivo convencional para expressar as atitudes de ressentimento, indignação e julgamentos de reprovação²²³. A distinção entre pena e penalidade residiria no fato de a primeira ter uma função expressiva, pois o “tratamento rígido” (*hard treatment*) imposto ao infrator simbolizaria a condenação social que recai sobre conduta incorrida²²⁴.

A expressividade do ato punitivo também seria fundamental para derivar outras funções de caráter simbólico perante uma conduta prosrita, tal como o “repúdio das autoridades” (*authoritative disavowal*), a “não aquiescência simbólica” (*symbolic nonacquiescence*), a “vindicação da lei” (*vindication of the law*) e a “absolvição de outros” (*absolution of others*) indivíduos implicados como suspeitos²²⁵. O tratamento rígido não seria necessariamente vinculado a punição de infratores, pois haveria formas de onerar gravemente indivíduos sem utilizar o simbolismo da condenação penal²²⁶. A lógica inversa também seria possível, pois seria possível imaginar uma forma de evocar o simbolismo condenatório da pena sem impor um tratamento rígido ao infrator²²⁷.

A distinção entre os dois aspectos do ato punitivo, a condenação simbólica e o tratamento rígido, distinguiria a abordagem baseada na função expressiva da pena de outras

²²² STEIKER, Carol. **Foreword: Punishment and Procedure. Punishment Theory and the Criminal-Civil Procedural Divide.**, op. cit., pg. 803; FEINBERG, Joel. **The Expressive Function of Punishment.**, op. cit., pg. 397 a 400.

²²³ FEINBERG, Joel. **The Expressive Function of Punishment.**, op. cit., pg. 400.

²²⁴ Idem.

²²⁵ Ibidem, pg. 404 a 406.

²²⁶ O autor utiliza o Caso Fleming v. Nestor, 363 U.S. 603 (1960) e uma lei promulgada pelo poder legislativo do Estado de Nova York para explicar essa proposição. O julgado lidava com um idoso cidadão búlgaro-americano chamado Ephram Nestor que fora deportado por ter pertencido ao Partido Comunista na juventude. A deportação por esse tipo de atividade política estava prevista na Lei de Imigração e Nacionalidade (*Immigration and Nationality Act*) e também afetava seriamente o sustento financeiro de Ephram Nestor no exílio, pois a Seção 202 (n) da Lei de Segurança Social (*Section 202 (n) – Social Security Act*) vedava o acesso de deportados políticos aos benefícios para cidadãos idosos. O debate na Suprema Corte dos Estados Unidos foi pautado pelo questionamento da natureza jurídica do referido dispositivo legal ser a uma punição ou uma mera penalidade. Os argumentos dos Juízes Harlan e Brennan sintetizam os dois polos dessa controvérsia, pois o primeiro sustentava que o Congresso dos Estados Unidos tinha prerrogativa regulatória sobre essas matérias e o segundo alegava que a essa lei existia para deportar estrangeiros que degradassem os legisladores. O Juiz Brennan assinalou que os legisladores estavam implementando um “intento punitivo” (*punitive intent*) de forma não convencional, pois essa prática ocorria fora do sistema criminal e impunha consequências para indivíduos sem usar o simbolismo reprovativo da condenação penal. Uma situação semelhante foi protagonizada pelo Poder Legislativo do Estado de Nova York em 1961, pois foi promulgada a Lei dos Motoristas Subversivos (*Subversive Drivers Act*) prescrevendo a suspensão e revogação das licenças de condução de condenados por defender a derrubada do Governo Federal. Essa atividade era criminalizada pela Lei Smith (*Smith Act*). O intento punitivo era observável na postura do Deputado Paul Taylor, o qual sustentou sua proposta de lei sob o argumento de a Legislatura estar simplesmente exercendo seu direito de regular o tráfego automotivo em prol da segurança pública. Percebe-se a imposição de duras consequências a um grupo de pessoas sem que fosse aplicado o simbolismo da condenação penal (Ibidem, pg. 409 a 414).

²²⁷ Ibidem, pg. 419 e 420; Joel Feinberg pondera sobre um ritual hipotético, o qual seria pautado por elementos culturais altamente significativos (música, drama, religião etc) e concebido com a finalidade de evocar o simbolismo condenatório da pena sem impor um tratamento rígido ao infrator (Idem).

baseadas no retributivismo²²⁸. Essas duas abordagens seriam incompatíveis, pois a justiça não seria alcançada por uma estrita proporcionalidade entre o mal praticado e a pena imposta, mas por uma adequação entre o aspecto condenatório do ato punitivo e a conduta incorrida²²⁹. As convenções vigentes correlacionam o grau de reprovação social e a intensidade do tratamento rígido²³⁰. Essa constatação não pode obscurecer o fato de que é a reprovação social que efetivamente deve ser equiparada ao crime cometido e que o tratamento rígido é apenas o “veículo simbólico da condenação”²³¹.

A ascensão de teorias influenciadas pelo artigo de Joel Feinberg coincidiu com um “movimento” crítico que marcou o pensamento jurídico-criminal dos anos setenta e propiciou o declínio do ideário preventivo-instrumental em prol do retributivismo²³². O debate teórico-penal foi historicamente protagonizado por duas tradições filosóficas, uma consequencialista e outra deontológica²³³. As teorias alinhadas com a primeira tradição são focadas nos efeitos da pena e têm um viés prospectivo, pois fundamentam a punição do infrator com base na prevenção criminal proporcionada pela sanção²³⁴. O utilitarismo de Jeremy Bentham foi o maior expoente dessa tradição filosófica e originou a proposta de punir infratores segundo uma ponderação entre o benefício preventivo e o custo humano-financeiro da pena²³⁵. As teorias alinhadas com a segunda tradição são focadas no aspecto moral da penal e têm um viés retrospectivo, pois fundamentam a pena como a resposta intrinsecamente apropriada ao crime

²²⁸ Ibidem, pg. 421; Segundo Joel Feinberg, uma concepção penal retributiva tencionaria “*igualar a gravidade moral e dor, para dar a cada delinquente exatamente o mesmo grau de dor que o mal da sua infração merece*” (Idem). Nota-se que o retributivismo é retratado de uma forma demasiadamente rasa, pois Joel Feinberg simplifica os contornos que essa teoria apresentava naquele momento histórico em uma formulação que mais parece um enunciado taliônico.

²²⁹ Ibidem, pg. 422 e 423.

²³⁰ Ibidem, pg. 423.

²³¹ Idem.

²³² GÜNTHER, Klaus. **Criminal Law, Crime and Punishment as Communication**. In SIMESTER, Andrew P. DU BOIS-PEDAIN, Antje. NEUMANN, Ulfrid. (Ed.). *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2014, pg. 123 e 124; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment**. In *Crime and Justice*, Vol. 20, 1996, pg. 1 a 4; DUFF, Antony. **Reviewed Work: Censure and Sanctions, by Andrew von Hirsch**. In *Mind*, Vol. 104, Nº 413, 1995, pg. 211.

²³³ DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment**., op. cit., pg. 4 a 9; VON HIRSCH, Andrew. **Proportionality in the Philosophy of Punishment**. In *Crime and Justice*, Vol. 16, 1992, pg. 57.

²³⁴ HONDERICH, Ted. **Punishment: The Supposed Justification**. Londres: Pluto Press, 2006, pg. 74 a 76; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment**., op. cit., pg. 4 a 9; VON HIRSCH, Andrew. **Proportionality in the Philosophy of Punishment**., op. cit., pg. 57.

²³⁵ HONDERICH, Ted. **Punishment: The Supposed Justification**., op. cit., pg. 86 a 89; VON HIRSCH, Andrew. **Proportionality in the Philosophy of Punishment**., op. cit., pg. 57 a 59; Para maiores informações sobre a concepção penal de Jeremy Bentham vide o Primeiro Capítulo deste estudo.

previamente cometido pelo infrator²³⁶. As formulações baseadas no “merecimento penal” (*penal desert*) são as mais destacadas dentre as teorias deontológicas²³⁷. Um dos maiores expoentes dessa tradição filosófica é o retributivismo de Immanuel Kant, o qual propôs que a punição de um infrator seria um imperativo categórico²³⁸.

A tradição filosófica consequencialista foi mais influente que a deontológica, sobretudo, em países anglo-saxões, no decorrer dos dois últimos séculos e foi a principal tendência no debate teórico-penal do período pós-Segunda Guerra Mundial²³⁹. Entre as décadas de 1940 e 1970, a influência de uma ética penal positivista propiciou o consenso sobre o ato punitivo ser análogo a um tratamento²⁴⁰. A punição do infrator era percebida como um meio para a promover a prevenção criminal, um relevante item na pauta dos países ocidentais durante a Guerra Fria²⁴¹. Tratava-se de uma agenda política de Estado de bem-estar social, a qual influenciou o viés instrumental de que a pena deveria contribuir para melhorar as condições de vida da população²⁴². Apesar de ser sustentada por uma forte retórica propagandista, a prevenção criminal atribuída à pena-reabilitadora carecia de uma hipótese definida e uma verificação empírica²⁴³. Por exemplo, era comum aos partidários da reabilitação defender que a punição do infrator deveria promover a proteção social contra a reincidência criminal e a reintegração do apenado à comunidade, ignorando as potenciais contradições entre essas duas finalidades atribuídas à pena²⁴⁴.

Os estudos empíricos publicados a partir de 1974 expuseram que a pena e as técnicas de reabilitação correlatas tinham uma irrisória efetividade em prevenir a reincidência criminal

²³⁶ HONDERICH, Ted. **Punishment: The Supposed Justification.**, op. cit., pg. 17 a 23; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 6 e 7; VON HIRSCH, Andrew. **Proportionality in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 57.

²³⁷ DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 6, 7, 25 e 26; VON HIRSCH, Andrew. **Proportionality in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 57.

²³⁸ VON HIRSCH, Andrew. **Proportionality in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 57, 59 a 61; Para maiores informações sobre a concepção penal de Immanuel Kant vide o Primeiro Capítulo deste estudo.

²³⁹ DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 1 e 2; DUFF, Antony. **Reviewed Work: Censure and Sanctions, by Andrew von Hirsch.**, op. cit., pg. 211; VON HIRSCH, Andrew. **Proportionality in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 57 e 61.

²⁴⁰ GÜNTHER, Klaus. **Criminal Law, Crime and Punishment as Communication.**, op. cit., pg. 123 e 124; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 1 e 2; VON HIRSCH, Andrew. **Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals.** Manchester: Manchester University Press, 1985, pg. 3.

²⁴¹ Idem; Idem; Idem.

²⁴² GÜNTHER, Klaus. **Criminal Law, Crime and Punishment as Communication.**, op. cit., pg. 123 a 125; VON HIRSCH, Andrew. **Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals.**, op. cit., pg. 3 a 5.

²⁴³ VON HIRSCH, Andrew. **Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals.**, op. cit., pg. 3.

²⁴⁴ Idem.

e reinserir infratores no convívio social²⁴⁵. A influência do positivismo entrou em declínio e os antigos adeptos migraram para outra teoria consequencialista, a qual refutava a reabilitação individual em prol de uma abordagem preventivo-criminal focada na dissuasão de infratores potenciais²⁴⁶. Essa teoria da pena ganhou notabilidade por fazer constantes referências à economia e econometria, reabilitar o método de sentença “*benthamniano*”, difundir a perspectiva do infrator como um agente racionalmente sensível à relação de custo-benefício “crime-pena” e propor a redução da delinquência através de uma política de condenações voltada para a intimidação de potenciais criminosos²⁴⁷.

As formulações baseadas na dissuasão geral tiveram grande destaque na segunda metade dos anos setenta, porém a desilusão de setores cívico-libertários da comunidade jurídica com a preponderância do consequencialismo impulsionou o ressurgimento do retributivismo e a difusão de teorias deontológicas que primavam por justiça antes de utilidade social²⁴⁸. A filosofia moral teve uma notável influência sobre essa vertente teórica, pois apontou a nocividade que um trato puramente consequencialista de questões sociais pode

²⁴⁵ BROOKS, Thom. **Punishment.**, op. cit., pg. 51; BOTTOMS, Antony. VON HIRSCH, Andrew. **The Crime-Preventive Effect of Penal Sanctions.**, op. cit., pg. 108 a 109; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 1 a 3; VON HIRSCH, Andrew. **Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals.**, op. cit., pg. 3 e 4; MARTINSON, Robert. **What works? – Questions and answers about prison reform.**, op. cit., pg. 52 a 54; VELOSO, José António. **Pena Criminal.**, op. cit., pg. 530 e 531.

²⁴⁶ DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 3, 4, 9 a 13; VON HIRSCH, Andrew. **Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals.**, op. cit., pg. 5 a 7.

²⁴⁷ DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 9 a 16; VON HIRSCH, Andrew. **Proportionality in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 63 a 65; VON HIRSCH, Andrew. **Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals.**, op. cit., pg. 7 a 9; Dentre os autores mais destacados da “Escola de Dissuasão Geral” (*General Deterrence School*), menciona-se James Wilson, Ernest van den Haag e Richard Posner (VON HIRSCH, Andrew. **Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals.**, op. cit., pg. 7; POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law.** 2ª Ed. Boston: Little, Brown & Company, 1977, pg. 163 a 173; VAN DEN HAAG, Ernest. **Punishing Criminals: Concerning a Very Old and Painful Question.** Nova York: Basic Books, 1975; WILSON, James. **Thinking about Crime.** Nova York: Basic Books, 1975, Capítulo 8 e 10).

²⁴⁸ GÜNTHER, Klaus. **Criminal Law, Crime and Punishment as Communication.**, op. cit., pg. 124; WHITMAN, James. **A Plea Against Retributivism.**, op. cit., pg. 87; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 1 a 3; DUFF, Antony. **Reviewed Work: Censure and Sanctions, by Andrew von Hirsch.**, op. cit., pg. 211; VON HIRSCH, Andrew. **Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals.**, op. cit., pg. 9; Apesar de ter sido reforçada pela divulgação de precários resultados práticos da pena-reabilitadora, a vertente teórica contrária ao consequencialismo que proporcionou o ressurgimento do retributivismo teve origem ao final dos anos sessenta. Dentre os autores mais destacados desse primeiro momento de retorno ao retributivismo, menciona-se Herbert Morris, Jeffrie Murphy, Norval Morris e Andrew von Hirsch (DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 1 e 2; VON HIRSCH, Andrew. **Doing Justice: The Choice of Punishment.** Nova York: Hill & Wang, 1976; MORRIS, Norval. **The Future of Imprisonment.** Chicago: University of Chicago Press, 1974; MURPHY, Jeffrie. **Marxism and Retribution.** In *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 2, Nº 3, 1973, pg. 217 a 243; MORRIS, Herbert. **Persons and Punishment.** In *The Monist*. Vol. 52, Nº 4, 1968, pg. 475 a 501).

ter para os direitos individuais e introduziu o conceito de merecimento penal²⁴⁹. A noção de uma pena merecida e proporcional à reprovabilidade da conduta estabeleceria um limite principiológico ao *jus puniendi* estatal e asseguraria aos infratores um tratamento mais digno do que aquele provido por uma concepção punitiva puramente consequencialista²⁵⁰.

Esse momento histórico também foi marcado por críticas ao instrumentalismo político-criminal dos governos ocidentais, pois havia o receio de tal concepção penal possibilitar a objetificação estatal de indivíduos²⁵¹. O sistema político vigente propiciava que a sociedade tivesse a percepção de ser uma entidade organizada e regida pelo estado²⁵². A insatisfação com a relação “vertical” entre governantes e governados culminou em uma sociedade civil com maiores aspirações e expectativas de ingerência na atividade estatal²⁵³. A comunicação foi o fator que viabilizou o aumento na participação política da sociedade civil, pois possibilitou a organização e integração daqueles que a compõem e a criação de meios interlocutórios com o estado²⁵⁴. O estabelecimento de uma comunicação pressupõe que os integrantes da sociedade sejam considerados e tratados como pessoas moralmente capazes e responsáveis pela própria conduta²⁵⁵. Garantir o status de agente moralmente capaz e responsável implica tratar os indivíduos como “agentes comunicativos” (*communicative actors*), isto é, pessoas capazes e obrigadas a responder pelos próprios atos e contempladas com o direito de demandar justificações do estado²⁵⁶.

O status de agente comunicativo proporciona uma nova forma de perceber os sujeitos do delito e a conduta criminosa²⁵⁷. O delito é tomado como uma interação entre agentes

²⁴⁹ DUFF, Antony. **Reviewed Work: Censure and Sanctions, by Andrew von Hirsch.**, op. cit., pg. 211; VON HIRSCH, Andrew. **Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals.**, op. cit., pg. 9; Destaca-se a contribuição que filósofos como Nicholas Rescher, John Rawls, Thomas Nagel, Bernard Willians e Ronald Dworkin tiveram sobre o repertório argumentativo dessa vertente teórica (DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 2; VON HIRSCH, Andrew. **Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals.**, op. cit., pg. 9; DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously (1973)**. Londres: Bloomsbury Publishing Plc., 2013, pg. 223 a 248; WILLIANS, Bernard. **A Critique of Utilitarianism (1973)**. In SMART, John Jamieson Carswell. WILLIANS, Bernard (Ed.). *Utilitarianism: For and Against*. 27^a Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pg. 77 a 150; NAGEL, Thomas. **War and Massacre**. In *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 1, N^o. 2, 1972, pg. 123 a 127; RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1971, pg. 333 a 391; RESCHER, Nicholas. **Distributive Justice: A Constructive Critique of the Utilitarian Theory of Distribution**. Indianapolis: Bobbs-Merrill Company, 1966, pg. 25 a 46)

²⁵⁰ VON HIRSCH, Andrew. **Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals.**, op. cit., pg. 9 e 10.

²⁵¹ GÜNTHER, Klaus. **Criminal Law, Crime and Punishment as Communication.**, op. cit., pg. 124 e 125.

²⁵² Ibidem, pg. 125.

²⁵³ Idem.

²⁵⁴ Idem.

²⁵⁵ Idem.

²⁵⁶ Ibidem, pg. 125 e 126.

²⁵⁷ GÜNTHER, Klaus. **Criminal Law, Crime and Punishment as Communication.**, op. cit., pg. 124 e 125.

morais e autônomos²⁵⁸. O infrator é abordado como um indivíduo moralmente capaz e que deve responder pelo crime cometido²⁵⁹. A vítima é tratada como um sujeito moralmente relevante, cuja autonomia e integridade foram violadas e que merece ter os interesses e necessidades reconhecidos pela reação ao crime²⁶⁰. A sociedade também passa a ser percebida sob uma nova ótica, pois é referida como um ente composto por indivíduos autônomos e moralmente aptos a entender a mensagem de “censura” (*censure*) expressa pela punição do infrator e atender ao apelo de evitar a conduta criminosa²⁶¹.

O fato de os cidadãos serem tidos como agentes comunicativos proporciona uma mudança na forma de perceber o ato punitivo²⁶². A pena deixa de ser um instrumento de uma agenda política preventivo-criminal e assume o papel de uma reação proporcional ao crime, cuja finalidade é expressar, perante a vítima, infrator e sociedade, a censura que recai sobre a conduta proscrita²⁶³. A censura consiste em um juízo de reprovação moral e é expressa através do tratamento rígido imposto ao infrator²⁶⁴. A censura expressa pela punição do

²⁵⁸ Ibidem, pg. 124; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions**. Clarendon Press: Oxford, 1993, pg. 9 e 10; VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung**., op. cit., pg. 50.

²⁵⁹ GÜNTHER, Klaus. **Criminal Law, Crime and Punishment as Communication**., op. cit., pg. 124 e 125; SIMESTER, Andrew. VON HIRSCH, Andreas. **Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation**., op. cit., pg. 18; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment**., op. cit., pg. 31 e 32; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions**., op. cit., pg. 9 e 10; VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung**., op. cit., pg. 50.

²⁶⁰ GÜNTHER, Klaus. **Criminal Law, Crime and Punishment as Communication**., op. cit., pg. 124 e 125; GARLAND, David. **The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society**. Oxford: Oxford University Press, 2001, pg. 11 e 12; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment**., op. cit., pg. 31 e 32; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions**., op. cit., pg. 10; VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung**., op. cit., pg. 50.

²⁶¹ GÜNTHER, Klaus. **Criminal Law, Crime and Punishment as Communication**., op. cit., pg. 124; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions**., op. cit., pg. 10 e 11.

²⁶² Ibidem, pg. 126.

²⁶³ GÜNTHER, Klaus. **Criminal Law, Crime and Punishment as Communication**., op. cit., pg. 124 e 125; SIMESTER, Andrew. VON HIRSCH, Andreas. **Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation**., op. cit., pg. 11 e 12; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment**., op. cit., pg. 31 e 32; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions**., op. cit., pg. 9 e 10; VON HIRSCH, Andrew. **Proportionality in the Philosophy of Punishment**., op. cit., pg. 66 e 67; FEINBERG, Joel. **The Expressive Function of Punishment**., op. cit., pg. 404 a 407; VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung**., op. cit., pg.49 e 50.

²⁶⁴ VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions**., op. cit., pg. 9 a 13; VON HIRSCH, Andrew. **Proportionality in the Philosophy of Punishment**., op. cit., pg. 66 e 67; FEINBERG, Joel. **The Expressive Function of Punishment**., op. cit., pg. 404 a 407; VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung**., op. cit., pg.49 e 50.

infrator reconhece o status moral da vítima e manifesta a indignação da sociedade perante o delito perpetrado²⁶⁵.

A difusão dessa perspectiva sobre o ato punitivo pode ser dito como uma “virada expressiva” no debate teórico-penal²⁶⁶. O artigo de Joel Feinberg teria sido um prelúdio de tal reviravolta e servido como um referencial para as formulações que propuseram uma fundamentação expressiva para o ato punitivo²⁶⁷.

Apesar de terem surgido em meados dos anos sessenta, as teorias expressivas permaneceram majoritariamente restritas ao mundo jurídico anglófono até a última década do Século XX²⁶⁸. A inserção dessas formulações no debate teórico-penal continental europeu foi alavancada por dois juristas germanófonos com uma profícua inserção no meio acadêmico anglo-americano, Andreas von Hirsch²⁶⁹ e Tatjana Hörnle²⁷⁰. A Alemanha seria o país continental-europeu que proporcionou a mais significativa recepção doutrinária ao tema²⁷¹.

²⁶⁵ GÜNTHER, Klaus. **Criminal Law, Crime and Punishment as Communication.**, op. cit., pg. 124 e 125; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 31 e 32; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions.**, op. cit., pg. 10; FEINBERG, Joel. **The Expressive Function of Punishment.**, op. cit., pg. 404 a 407 e 423; VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., pg. 50

²⁶⁶ Nesse estudo, optou-se por “virada expressiva” (STEIKER, Carol. **Foreword: Punishment and Procedure. Punishment Theory and the Criminal-Civil Procedural Divide.**, op. cit., pg. 803), porém o termo “virada comunicativa” (*communicative turn*) também pode ser encontrado na literatura sobre as teorias expressivas da pena (GÜNTHER, Klaus. **Criminal Law, Crime and Punishment as Communication.**, op. cit., pg. 124).

²⁶⁷ Jean Hampton, Antony Duff, Margaret Falls, Igor Primoratz, John Kleinig, Andrew von Hirsch, Dan Kahan, Thaddeus Metz, John Tasioulas, Bill Wringe, Christopher Bennett e Joshua Glasgow. A associação desses autores com as teorias expressivo-comunicativas da pena pode ser observada nas seguintes obras: WRINGE, Bill. **Punishment, Forgiveness and Reconciliation.** In *Philosophia*, Vol. 44, Nº 4, 2016, pg. 1101; WRINGE, Bill. **Rethinking expressive theories of punishment: why denunciation is a better bet than communication or pure expression.**, op. cit., pg. 682; COCHRANE, Alasdair. **Prison on Appeal: The Idea of Communicative Incarceration.** In *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 11, Nº 2, 2015, pg. 298; KÖNIGS, Peter. **The Expressivist Account of Punishment, Retribution, and the Emotions.** In *Ethical Theory and Moral Practice*, Vol. 16, Nº. 5, 2013, pg. 1029; ENGEN, Andy. **Communication, Expression, and the Justification of Punishment.**, op. cit., pg. 299 e 300; GÜNTHER, Klaus. **Criminal Law, Crime and Punishment as Communication.**, op. cit., pg. 123 e 124; HARCOURT, Bernard. **Joel Feinberg on Crime and Punishment: Exploring the Relationship Between The Moral Limits of the Criminal Law and The Expressive Function of Punishment.**, op. cit., pg. 145 e 146; ADLER, Matthew. **Expressive Theories of Law: A Skeptical Overview.** op. cit., pg. 1369 e 1370; STEIKER, Carol. **Foreword – Punishment and Procedure: Punishment Theory and the Criminal-Civil Procedural Divide.**, op. cit., pg. 803 e 804; DAVIS, Michael. **Punishment as Language: Misleading Analogy for Desert Theorists.** In *Law and Philosophy*, Vol. 10, Nº. 3, 1991, pg. 311.

²⁶⁸ Uma das primeiras referências ao tema fora do mundo jurídico anglófono ocorreu em um periódico jurídico-criminal alemão: HÖRNLE, Tatjana. VON HIRSCH, Andrew. **Tadel und Generalprävention.** In *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Vol. 142, 1995, pg. 261 a 282. Os artigos publicados por ocasião do Simpósio de Uppsala (1996) também contribuíram para aumentar a visibilidade das teorias expressivo-comunicativas da pena no meio jurídico da Europa continental: HÖRNLE, Tatjana. VON HIRSCH, Andrew. **Tadel und Generalprävention** (1998). op. cit., pg. 83 a 100; VON HIRSCH, Andrew. **Tadel und Prävention: Die Übelzufügung als Elemente der Strafe.** In SCHÜNEMANN, Bernd. VON HIRSCH, Andrew. JAREBORG, Nils. (Ed.). *Positive Generalprävention: Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog (Uppsala Symposium 1996)*. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1998, pg. 101 a 107.

²⁶⁹ Até 2008, as obras em inglês desse autor eram publicadas sob a variante anglófona de seu nome (“Andrew von Hirsch”). Atualmente, as publicações do autor recebem a versão germânica original de seu nome, isto é,

Apesar da inserção na esfera jurídica anglófona e germanófona, nota-se que as formulações expressivas têm uma repercussão limitada no debate teórico-penal de outros países. Na Europa continental, a Espanha pode ser dita como o país não-germânico que recepcionou essas formulações de forma mais relevante. A repercussão na Espanha é limitada, ainda mais se comparada com aquela observada na Alemanha, Estados Unidos da América ou Reino Unido. A doutrina espanhola não é uníssona em relação ao tema, pois contém tanto posições cétricas²⁷² quanto receptivas²⁷³. A inserção dessas formulações no debate teórico-

“Andreas von Hirsch” (SIMESTER, Andrew P. DU BOIS-PEDAIN, Antje. NEUMANN, Ulfrid. **Editor’s Introduction**. In SIMESTER, Andrew P. DU BOIS-PEDAIN, Antje. NEUMANN, Ulfrid. (Ed.). *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2014, pg. xv).

²⁷⁰ Idem; HÖRNLE, Tatjana. *Straftheorien*, op. cit., pg. iv.

²⁷¹ Além de Andreas von Hirsch e Tatjana Hörnle, o grupo de autores alemães que desenvolveu o tema inclui nomes como Klaus Günther, Michael Pawlik, Günther Jakobs, Roman Hamel e Tobias Zürcher. A associação desses autores com as teorias expressivo-comunicativas pode ser observada nas seguintes obras: MONTENBRUCK, Axel. **Deutsche Strafrecht: Ein Lehrbuch**. 1ª Ed. In *Open Access der Freien Universität Berlin (Online ISBN 978-3-96110-050-7)*, 2017, pg. 164 e 165; ERBER-SCHROPP, Julia Maria. **Schuld und Strafe: Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung des Schuldprinzips**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, pg. 19 a 21; HÖRNLE, Tatjana. *Straftheorien*, op. cit., pg. 33; HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion**, op. cit., pg. 23 e 24; TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da Aplicação da Pena: Fundamentos de uma Determinação Judicial da Pena Proporcional ao Fato**, op. cit., pg. 90, Nota de Rodapé nº. 290.

²⁷² Por exemplo, Alicia Gil aborda criticamente as premissas expressivistas subjacentes às formulações que propõem uma pena, cuja finalidade é a satisfação da vítima. A abordagem sustenta que o ato punitivo pode promover benefícios à vítima, tais como o reconhecimento do crime, a expressão de proteção e solidariedade da sociedade, o atendimento de uma demanda por justiça, porém ressalta que uma teoria da pena unicamente pautada pela satisfação do sujeito passivo seria incapaz de fundamentar a inflicção de um mal ao infrator. Adota-se uma postura bastante cétrica em relação às propostas de impliquem substituir a finalidade preventiva da pena por uma satisfatória direcionada à vítima, pois a função do direito penal não poderia deixar de ser a proteção de bens jurídicos (GIL, Alicia. **Sobre la Satisfacción de la Víctima como Fin de la Pena**. In *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*. Nº 4, 2016, pg. 19, 21, 30 e 31). Jesús-Maria Silva Sánchez questiona a necessidade de infligir um mal ao infrator para garantir que a pena tenha efeitos benéficos sobre a vítima, tais como a ressocialização, a anulação do domínio estabelecido pelo alzo e a compensação da humilhação sofrida. A posição criticada sustenta que somente a “dor penal” garantiria o significado que se almeja expressar com a punição do infrator. Argumenta-se que uma concepção penal pautada pela vítima deve neutralizar uma lesão imaterial, cujo efeito ainda atormenta o sujeito passivo, através de respostas expressivo-simbólicas, isto é, uma declaração de culpabilidade e condenação (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **¿Nullum crimen sine poena? Sobre las Doctrinas Penales de la “Lucha contra la Impunidad” y del “Derecho de la Víctima al Castigo del Autor”**. In *Revista Derecho Penal y Criminología*. Vol. 29, Nº 86-87, 2008, pg. 168,169 e 171).

²⁷³ Por exemplo, Gabriel Pérez-Barberá aponta que a pena deve ser percebida como a expressão de um princípio moralmente correto. Deve reconhecer-se que a retribuição seria limitada, pois poderia oferecer uma fundamentação deontológica da pena como ato particular, mas não como instituição. A instituição punitiva consistiria em dois elementos: a expressão de desaprovação e a inflicção um mal. Essa assertiva seria baseada em dois argumentos: primeiro, a inflicção um mal ao infrator seria necessário para expressar a desaprovação de forma eficiente; segundo, a inflicção de um mal eventualmente será o melhor, ou ainda o único, meio disponível ao poder público para comunicar perante a sociedade, vítima e infrator, a prevalência da autoridade estatal. A inflicção de um mal seria bastante útil para o estado alcançar os próprios objetivos, porém cabe indagar se tal prática seria justa. As propostas de Robert Brandon sobre uma perspectiva discursiva no campo da semântica e pragmática permitem conceber uma fundamentação em que o infrator não é instrumentalizado. O argumento propõe que as partes discursivas, agente e estado, reciprocamente aceitariam uma série de acordos intermediários que conduzem a um mútuo entendimento no final. As partes aceitam que o crime daria ensejo a repreensão do estado através de uma resposta institucional, cuja gradação máxima pode incluir a inflicção de um mal. As partes também aceitam que o infrator está comprometido a suportar tal ato reprobatório e que habilitou o estado a apreendê-lo por esse tipo de conduta. A pena seria justa, pois resulta de compromissos, habilitações e

penal de Portugal e Itália demonstrou ser perceptivelmente reduzida²⁷⁴. A recepção das teorias expressivo-comunicativas também pode ser observadas em países da América do Sul, tais como Brasil²⁷⁵, Argentina, Chile e Colômbia²⁷⁶.

atribuições recíprocas, e ultimamente reflete a autonomia do infrator. Uma teoria expressiva da pena seria capaz de propor uma fundamentação deontológica para a instituição punitiva, a qual também alicerçaria a inflicção institucional de um mal ao infrator (PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **Problemas y Perspectivas de las Teorías Expresivas de la Pena**. In *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 4, 2014, pg. 26 e 27, 33 a 35). Carlos Gómez-Jara Díez oferece os fundamentos de uma teoria comunicativa da pena baseada no construtivismo epistemológico. A partir da perspectiva do sistema jurídico-penal, o crime e a pena seriam comunicações que implicam a “dor” como constructo comunicativo. O crime e a pena seriam imputadas pelo sistema jurídico criminal em situações distintas. A imputação de um crime significaria um questionamento à vigência da norma. A imputação de uma pena a confirmaria a identidade normativa da sociedade, confirmando a vigência da norma. A paridade no plano comunicativo seria minimamente assegurada por ambas as comunicações implicarem a dor. A confirmação da norma adotaria a forma da pena aumentando as possibilidades de êxito em comunicar a vigência da norma. A dor penal atuaria como constructo comunicativo sobre o que ocorre quando um delito é cometido e uma pena é imposta, independente de tal “dor” ser efetivamente imposta (GOMÉZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La Retribución Comunicativa como Teoría Constructivista de la Pena: ¿El Dolor Penal como Constructo Comunicativo?** In *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*. Nº 2, 2008, pg. 16 a 20).

²⁷⁴ Em Portugal, o aspecto expressivo é referido por José António Veloso em um verbete descritivo sobre a pena criminal (VELOSO, José António. **Pena Criminal**, op. cit., pg. 519 a 563); Em Itália, Arianna Visconti comenta sobre o aspecto expressivo da pena ao discorrer sobre as sanções vexatórias no direito penal (VISCANTI, Arianna. **Onore, Riputazione e Diritto Penale**. Milão: EDUCatt, 2011, pg. 44 a 69). Luigi Cornacchia menciona o aspecto expressivo ao abordar as finalidades da pena no direito penal internacional (CORNACCHIA, Luigi. **Funzione della Pena nello Statuto della Corte Penale Internazionale**. Milão: Giuffrè Editore, 2009, pg. 128 e 129).

²⁷⁵ Adriano Teixeira aborda e avalia as consequências dessas formulações para a aplicação da pena. O problema das teorias expressivas seria a imposição de um mal, pois seria ilegítimo ao estado encarcerar um indivíduo por anos apenas para transmitir mensagens ao infrator, à vítima ou à sociedade. Assume-se que a pena privativa de liberdade só poderia ser justificada com a proteção dos cidadãos por meio da prevenção de delitos (TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da Aplicação da Pena: Fundamentos de uma Determinação Judicial da Pena Proporcional ao Fato**, op. cit., pg. 65 a 68, 90 e 91). André Giamberardino suscita a possibilidade de censura através de práticas não punitivas. A inflicção intencional de castigo ou sofrimento faria parte da definição de pena. A censura seria um componente da função expressiva, mas não necessariamente seria acompanhada da inflicção intencional do castigo. A censura não punitiva seria aquela suficiente para o reconhecimento público da ofensa e a reprovação pelo ato, restabelecendo o limite ao sujeito, sem a intenção do castigo na forma de dano e sofrimento. A pena seria prescindível, pois seria apenas uma possibilidade para formalizar e materializar o juízo de reprovação que recai sobre o infrator (RIBEIRO GIAMBERARDINO, André. **A Construção Social da Censura e a Penologia um Passo Além: Reparação Criativa e Restauração**. In *Sistema Penal & Violência*. Vol. 6, Nº 1, 2014, pg. 100 e 101).

²⁷⁶ Federico León Vargas menciona as formulações expressivo-comunicativas em um ensaio que discorre sobre o papel da retribuição em uma teoria da pena como instituição reguladora (VARGAS, Federico León. **El rol de la retribución en una teoría de la pena como institución regulativa**. In *Revista Ius et Praxis*, Año 21, Nº 1, 2015, pg. 171). Juan Pablo Mañalich propõe uma fundamentação retributiva da pena. Essa não seria uma fundamentação “absoluta”, tal como nas teorias retributivas tradicionais, mas uma “relativa”. A pena expressaria a reprovação por um abuso unilateral de confiança. A reciprocidade de confiança seria indispensável para estabilizar as normas de conduta que possibilitam a coexistência de espaços iguais de liberdade. A imposição de uma pena poderia reforçar as inibições morais de cidadãos que demonstram ser fieis ao direto, porém a função expressiva do ato punitivo só poderia derivar juízos reprobatórios sobre determinadas condutas (MAÑALICH, Juan Pablo. **La pena como retribución. Primera parte: La retribución como teoría de la pena**. In *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 28, Nº 83, 2007, pg. 59 e 60). Juan Pablo Mañalich também discorreu sobre as teorias expressivo-comunicativas da pena em obras publicadas em Argentina, Colômbia e Chile: KINDHÄUSER, Urs. MAÑALICH, Juan Pablo. **Pena y Culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2011, pg. 29 a 67 e 116 a 146; MAÑALICH, Juan Pablo. **La pena como retribución. Segunda parte: La retribución como teoría del Derecho penal**. In *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 28, Nº 83, 2007, pg. 76 a 86; MAÑALICH, Juan Pablo. **Pena y Ciudadanía**. In *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 6, Año 2005, pg. 69 a 75.

2. Classificação, exposição e análise das teorias

Apesar de ser caracterizada por uma ênfase no aspecto expressivo da pena, a vertente teórico-penal expressiva abarca propostas que destoam em certos aspectos²⁷⁷. A diversidade de formulações suscita a necessidade de organizá-las em um arranjo inteligível. A providência inicial da presente seção será estabelecer parâmetros para segmentar as teorias expressivas. A classificação será sucedida por uma exposição e apreciação críticas das formulações com destaque no debate teórico-penal.

2.1. Critérios classificadores

A classificação das teorias expressivo-comunicativas será realizada a partir de quatro critérios: tradição filosófica²⁷⁸, destinatário da pena²⁷⁹ e função da pena²⁸⁰.

Um dos critérios adotados poderia ter sido o propósito da formulação, o qual distinguiria entre dois tipos de expressivismo, um descritivo e outro normativo²⁸¹. O primeiro

²⁷⁷ WRINGE, Bill. **Punishment, Forgiveness and Reconciliation.**, op. cit., pg. 1101 e 1102; WRINGE, Bill. **Rethinking expressive theories of punishment: why denunciation is a better bet than communication or pure expression.**, op. cit., pg. 682; GLASGOW, Joshua. **The Expressivist Theory of Punishment Defended.** *In Law and Philosophy*, Vol. 34, 2015, pg. 601 e 602; ZÜRCHER, Tobias. **Legitimation von Strafe: Die expressiv-kommunikative Straftheorie zur moralischen Rechtfertigung von Strafe.** Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, pg. 127; STEIKER, Carol. **Foreword – Punishment and Procedure: Punishment Theory and the Criminal-Civil Procedural Divide.**, op. cit., pg. 803; As divergências podem ser exemplificadas por três questões debatidas entre os proponentes de teorias expressivas: primeiro, se o aspecto expressivo é um elemento essencial para uma forma de tratamento ser considerada uma “pena” ou uma característica simplesmente acessória do ato punitivo; segundo, o conteúdo expresso pela pena; terceiro, se o aspecto expressivo é importante para explicar como a pena pode ser fundamentada (WRINGE, Bill. **Punishment, Forgiveness and Reconciliation.**, op. cit., pg. 1102).

²⁷⁸ DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 9 a 67.

²⁷⁹ WRINGE, Bill. **Rethinking expressive theories of punishment: why denunciation is a better bet than communication or pure expression.**, op. cit., pg. 684 a 690; HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 23 a 28; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 29 a 41.

²⁸⁰ WRINGE, Bill. **Rethinking expressive theories of punishment: why denunciation is a better bet than communication or pure expression.**, op. cit., pg. 682, 685 e 686; GLASGOW, Joshua. **The Expressivist Theory of Punishment Defended.**, op. cit., pg. 602 a 604; ENGEN, Andy. **Communication, Expression, and the Justification of Punishment.**, op. cit., pg. 299 e 300; ENGEN, Andy. **Punishment.**, op. cit., pg. 102 a 106; WRINGE, Bill. **War Crimes and Expressive Theories of Punishment: Communication or Denunciation?**, op. cit., pg. 120 e 121; DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community.** In MATRAVERS, Derek; PIKE, Jon. (Ed.). *Debates in Contemporary Philosophy: An Anthology.* Londres: Francis & Taylor Group, 2003, pg. 388; ; DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community.** Oxford: Oxford University Press, 2001, pg. 79 e 80; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 32 e 33; DUFF, Antony. **Alternatives to Punishment – or Alternative Punishments.** In CRAGG, Wesley (Ed.). *Retributivism and its Critics.* Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1992, pg. 51.

apenas faria referência ao caráter expressivo do ato punitivo e teria um intuito meramente descritivo em relação à pena²⁸². O segundo teria o intuito de propor uma fundamentação expressiva para a punição de infratores²⁸³. O uso desse critério foi intencionalmente declinado, pois a maioria das teorias expressivas são normativas²⁸⁴.

O atual debate teórico-penal aparenta uma preponderância das formulações normativas, pois a maioria das referências ao aspecto expressivo tem o intuito de fundamentar a pena ao invés de meramente descrevê-la. Inclusive, as obras e autores selecionados abordam ou versam sobre teorias que são majoritariamente normativas.

²⁸¹ ZÜRCHER, Tobias. **Legitimation von Strafe: Die expressiv-kommunikative Strafrechtstheorie zur moralischen Rechtfertigung von Strafe.**, op. cit., pg. 127; O critério de classificação das teorias expressivas segundo o binômio “descritivo-normativo” também teria sido mencionado por outros autores, tais como Markus Dubber, Bernard Harcourt, Matthew Adler, Carol Steiker e Igor Primoratz (DUBBER, Markus. **Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law.**, op. cit., pg. 703; HARCOURT, Bernard. **Joel Feinberg on Crime and Punishment: Exploring the Relationship Between The Moral Limits of the Criminal Law and The Expressive Function of Punishment.**, op. cit., pg. 157, 160 e 161; ADLER, Matthew. **Expressive Theories of Law: A Skeptical Overview.**, op. cit., pg. 1414 e 1415; STEIKER, Carol. **Foreword: Punishment and Procedure. Punishment Theory and the Criminal-Civil Procedural Divide.**, op. cit., pg. 804; DAVIS; Michael. **Punishment as Language.**, op. cit., pg. 188).

²⁸² ZÜRCHER, Tobias. **Legitimation von Strafe: Die expressiv-kommunikative Strafrechtstheorie zur moralischen Rechtfertigung von Strafe.**, op. cit., pg. 127 e 130.

²⁸³ Ibidem, pg. 130; As teses centrais de uma fundamentação expressiva da pena poderiam ser colocadas nos seguintes termos: primeiro, o ato punitivo consistiria em uma reação moralmente apropriada ao cometimento de uma conduta imoral; segundo, a punição do infrator teria um caráter comunicativo; terceiro, a pena só seria fundamentada se dirigida a um membro da comunidade moral (Idem).

²⁸⁴ Apesar de aparentar ter uma repercussão atual menos significativa, o expressivismo descritivo teria precedido a contraparte normativa. Inclusive, o entendimento majoritário em relação ao artigo “*The Expressive Function of the Punishment*” sustenta que o expressivismo surgiu como uma abordagem descritiva, pois toma que Joel Feinberg recorreu ao aspecto expressivo da pena com o objetivo de descrevê-la. Essa é a posição de Bill Wringer, Markus Dubber, Matthew Adler, Carol Steiker e Igor Primoratz (WRINGER, Bill. **An Expressive Theory of Punishment.**, op. cit., pg. 11; DUBBER, Markus. **Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law.**, op. cit., pg. 703; ADLER, Matthew. **Expressive Theories of Law: A Skeptical Overview.**, op. cit., pg. 1414 e 1415; STEIKER, Carol. **Foreword: Punishment and Procedure. Punishment Theory and the Criminal-Civil Procedural Divide.**, op. cit., pg. 804; DAVIS; Michael. **Punishment as Language.**, op. cit., pg. 188). Inclusive, Matthew Adler aponta que Joel Feinberg ressaltou que cada um dos aspectos da pena suscitaria questões quanto à própria fundamentação (ADLER, Matthew. **Expressive Theories of Law: A Skeptical Overview.**, op. cit., pg. 1414; FEINBERG, Joel. **The Expressive Function of Punishment.**, op. cit., pg. 400). Em sentido contrário, Bernard Harcourt sustenta que o artigo de Joel Feinberg teria um intento descritivo e normativo. O primeiro seria o amplamente difundido enunciado sobre os dois aspectos componentes da pena. O segundo seria um argumento exposto no último parágrafo do artigo, o qual propõe que a intensidade da reprovação atribuída a uma pena deve ser proporcional ao mal causado pelo infrator e à probabilidade de outros indivíduos também incorrerem na conduta criminosa. Esse argumento demonstraria que a teoria da pena de Joel Feinberg faz referência a uma concepção “*milliana*” de “princípio do dano” (*harm principle*) (HARCOURT, Bernard. **Joel Feinberg on Crime and Punishment: Exploring the Relationship Between The Moral Limits of the Criminal Law and The Expressive Function of Punishment.**, op. cit., pg. 157, 160 e 161).

2.1.1. Tradição filosófica

O primeiro critério tenciona determinar em que tradição filosófica uma teoria expressiva está inserida. As formulações poderiam ter três possíveis alinhamentos, consequencialista, deontológica e teleológica.

2.1.1.a Consequencialista

A pena seria fundamentada com base de um benefício específico, o qual poderia ser identificado e explicado independente do ato punitivo que o proporcionou²⁸⁵. Trata-se de uma concepção penal que teria um caráter instrumental²⁸⁶. O cerne dessas formulações seria aferir se a punição do infrator é um meio eficiente, em termos de custo-benefício, para obter o efeito almejado²⁸⁷. As teorias consequencialistas fundamentam a pena como uma técnica contingentemente eficiente para proporcionar determinado benefício²⁸⁸.

Apesar de destacados autores “expressivistas” adotarem uma postura refratária ao consequencialismo, a pena expressiva-consequencialista não seria inconcebível²⁸⁹. Por exemplo, a pena concebida pelas teorias dissuasórias tencionaria expressar aos infratores sobre a seriedade da ameaça punitiva²⁹⁰. A compatibilização não estaria restrita às formulações focadas na dissuasão do infrator, pois a pena também poderia expressar a censura de certas condutas aos membros de uma comunidade, objetivando influenciar o

²⁸⁵ DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 5 e 6; O consequencialismo estipula que o fundamento de qualquer ato dependeria somente das consequências proporcionadas, ou seja, uma prática que ocasione efeitos vantajosos seria considerada correta e outra que acarrete efeitos desvantajosos seria reputada como errônea. Uma consequência seria positivamente, ou negativamente, valorada se for minimamente tão boa quanto, ou ainda pior que, aquelas proporcionadas por condutas alternativas (Ibidem, pg. 4).

²⁸⁶ Idem.

²⁸⁷ Idem.

²⁸⁸ Ibidem, pg. 8.

²⁸⁹ WRINGE, Bill. **War Crimes and Expressive Theories of Punishment: Communication or Denunciation?**, op. cit., pg. 121; DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2003), op. cit., pg. 388; DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2001), op. cit., pg. 27 e 28; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 31 e 32; Ressalta-se a posição crítica frente ao consequencialismo mantida por de Antony Duff e Igor Primoratz, dois autores notoriamente associados ao expressivismo (DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2003), op. cit., pg. 388; DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2001), op. cit., pg. 27 e 28; PRIMORATZ, Igor. **Punishment as Language**, op. cit., pg. 196).

²⁹⁰ WRINGE, Bill. **War Crimes and Expressive Theories of Punishment: Communication or Denunciation?**, op. cit., pg. 121; DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2003), op. cit., pg. 388; DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2001), op. cit., pg. 27 e 28; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 31 e 32.

comportamento moral e social desses indivíduos²⁹¹. Uma teoria expressivo-consequencialista pautada sustentaria que a punição de infratores só deve ocorrer quando for um meio eficiente para obter certo benefício, tal como a prevenção criminal²⁹². O ato punitivo expressaria um conteúdo que favorece a obtenção do benefício almejado²⁹³. A mensagem expressa pela pena seria direcionada ao indivíduo ou grupo mais propício a ser influenciado de forma favorável à promoção da consequência almejada²⁹⁴.

2.1.1.b. Deontológica

A pena seria fundamentada em virtude de ser a resposta intrinsecamente adequada ao crime cometido²⁹⁵. Trata-se de uma concepção penal de caráter retributivo²⁹⁶. O merecimento penal é um fator central para essas formulações, pois fundamentaria a relação entre o delito ocorrido no passado e o ato punitivo imposto no presente²⁹⁷.

²⁹¹ Idem; Idem; Idem; Idem; Antony Duff pontua a existência de outras teorias consequencialistas que concebem uma pena expressivo-comunicativa: a “teoria republicana da justiça criminal” (*Republican Theory of Criminal Justice*), proposta por John Braithwaite e Philip Pettit (Ibidem, pg. 32). A primeira teoria pressupõe um ideal republicano de “domínio” (*dominion*), isto é, um status social disponível apenas em comunidade e pautado pela não interferência de terceiros na liberdade de um cidadão. O crime seria ato denegatório que atinge o status de domínio da vítima e da sociedade. A punição do infrator teria o objetivo de restaurar o status de “domínio” negado pelo crime. A pena abarcaria medidas simbólicas, tais como um pedido de desculpas do algoz perante a vítima, o compromisso do infrator em não reincidir ou ainda uma tentativa de reconciliação entre sujeito ativo e passivo do delito. A pena também conteria medidas substantivas, cujo objetivo seria conferir materialidade aos atos simbólicos supramencionados (BRAITHWAITE, John. PETTIT, Philip. **Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice**. Oxford: Oxford University Press, 1990, pg. 226, 227, 230 e 232).

²⁹² DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2003)., op. cit., pg. 388; DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2001)., op. cit., pg. 27.

²⁹³ Idem; Idem.

²⁹⁴ Idem; Idem.

²⁹⁵ DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2003)., op. cit., pg. 387; DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2001)., op. cit., pg. 19 e 20; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 6 e 7; A tradição deontológica sustenta que uma ação seria intrinsecamente correta ou errada, independente das consequências proporcionadas (DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 6).

²⁹⁶ DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 6; Menciona-se a existência de uma acepção “negativa” e outra “positiva” de retributivismo. Os adeptos da retributivismo negativo argumentam apenas que o ato punitivo não deveria ser imposto sem que o agente mereça. Nessa acepção, o merecimento penal forneceria uma condição necessária, mas por si só insuficiente, para punir um infrator. Os adeptos da retributivismo positivo sustentam que a pena seria fundamentada apenas na medida em que seria merecida. Nessa acepção, o merecimento penal forneceria uma condição suficiente para a punição. O retributivismo negativo não forneceria uma fundamentação completa para a pena, pois estaria restrito a dizer quando alguém pode ser punido de forma justa, porém não especificaria o porquê de punir esse indivíduo. Nota-se que o retributivismo negativo é comumente empregado como um elemento “limitador” em formulações consequencialistas, pois teria o propósito de frear uma busca desenfreada a certo benefício. Por exemplo, a teoria da pena proposta por H. L. A. Hart propõe que a pena seria fundamentada na prevenção criminal, mas a persecução desse objetivo estaria submetida a um limite: inocentes não podem ser punidos (DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2003)., op. cit., pg. 387; DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2001)., op. cit., pg. 19; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 7).

²⁹⁷ Ibidem, pg. 387 e 389; Ibidem, pg. 19, 20 e 27; Ibidem, pg. 6, 7, 33 e 34.

As teorias expressivo-retributivas propõem que o infrator seria condenável por ter incorrido em uma conduta ilícita, ou seja, mereceria ser censurado por ter delinqüido²⁹⁸. A censura seria retrospectiva, pois estaria voltada a um crime pretérito, tal como a pena retributiva²⁹⁹. Essa seria a base para uma formulação retributiva que fundamenta a relação entre um crime pretérito que merece ser censurado e uma pena atual que expressa tal reprovação moral³⁰⁰. O ato punitivo seria primordialmente direcionado ao autor, expressando-lhe a censura apropriada à conduta previamente incorrida³⁰¹.

2.1.1.c. Teleológica

A pena seria pautada pelo crime passado e direcionada a um propósito futuro, isto é, trata-se de uma concepção simultaneamente retrospectiva e prospectiva³⁰². O infrator merece ser censurado através de um ato punitivo, o qual seria uma resposta intrinsecamente apropriada ao crime³⁰³. A pena merecida pelo infrator seria o meio adequado para alcançar objetivos prospectivos³⁰⁴.

Nota-se a divergência entre a concepção penal das teorias teleológicas e aquela tradicionalmente sustentada por formulações deontológicas puramente retributivas³⁰⁵. Apesar de considerada um meio intrinsecamente apropriado, a pena não seria um fim em si mesmo³⁰⁶.

As teorias teleológicas também destoam das formulações estritamente consequencialistas, pois não pressupõem uma relação puramente contingente entre o ato punitivo e objetivo atribuído à pena³⁰⁷. Essa assertiva seria amparada por dois argumentos. Primeiro, o fim da pena estabeleceria o meio pelo qual pode ser alcançado, ou seja, o objetivo da empreitada punitiva determinaria quais práticas penais são apropriadas para promovê-lo³⁰⁸.

²⁹⁸ Ibidem, pg. 389; Ibidem, pg. 28; Ibidem., pg. 33.

²⁹⁹ Ibidem, pg. 388; Ibidem, pg. 27; Ibidem, pg. 33 e 34.

³⁰⁰ DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 34.

³⁰¹ DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2003)., op. cit., pg. 388; DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2001)., op. cit., pg. 27; FEINBERG, Joel. **The Expressive Function of Punishment.**, op. cit., pg. 400; O intento de evitar a crítica kantiana quanto à instrumentalização de um Ser Humano faz com que a pena seja focada no infrator. Apesar de ser o destinatário principal da expressão penal, o criminoso não seria necessariamente o único, pois a vítima e a sociedade também poderiam ocupar essa posição (DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2003)., op. cit., pg. 388 e 389; DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2001)., op. cit., pg. 27).

³⁰² DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2001)., op. cit., pg. 89.

³⁰³ Idem.

³⁰⁴ Idem.

³⁰⁵ DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 8.

³⁰⁶ Idem.

³⁰⁷ DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2001)., op. cit., pg. 89; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 46.

³⁰⁸ Idem; Idem.

Uma pena adequada seria proporcional ao crime e tencionaria uma comunicação com um agente moral e responsável³⁰⁹. Uma eventual tentativa de alcançar o objetivo da pena através de meios escusos, tal como a punição de inocentes, seria inviável e incoerente³¹⁰. Segundo, o fundamento da pena não seria totalmente dependente de uma efetiva consecução do objetivo atribuído ao ato punitivo, ou seja, a tentativa de atingir o propósito já poderia fundamentar a pena³¹¹.

2.1.2. Destinatário da pena

O segundo critério tenciona responder as seguintes questões: primeiro, aferir se a expressão penal depende de um destinatário; segundo, verificar se o destinatário da pena seria coletivo ou individual (infrator, vítima ou terceiros cientes do crime).

2.1.2.a. Dependência de destinatário

As teorias podem ser divididas entre um grupo em que a expressão penal é dependente de um destinatário e outro em que a expressão penal é independente³¹².

As formulações do primeiro grupo consideram a expressividade da pena perante um destinatário como essencial para fundamentar a punição de um infrator³¹³. A expressão dependente de destinatário ocorreria sob as seguintes condições: primeira, a expectativa do remetente, quanto à capacidade de entendimento do destinatário, deve contribuir para justificar a expressão de um conteúdo; segunda, caso inexistisse tal expectativa, o ato expressivo não ocorreria ou não teria sido considerado justificado pelo remetente; terceira, deve ser razoável para o remetente crer que o destinatário é minimamente capaz de entender o conteúdo expresso³¹⁴.

³⁰⁹ Ibidem, pg. 88 e 89; Idem.

³¹⁰ DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment**, op. cit., pg. 46.

³¹¹ Ibidem, pg. 46 e 47.

³¹² WRINGE, Bill. **Rethinking expressive theories of punishment: why denunciation is a better bet than communication or pure expression**, op. cit., pg. 685 e 689; Os conceitos foram originalmente formulados por Bill Wrings como expressivismo “dependente de audiência” (*audience-dependent*) ou “independente de audiência” (*audience-independent*). Por uma questão de compatibilização terminológica, opta-se por utilizar “destinatário” ao invés de “audiência”; GLASGOW, Joshua. **The Expressivist Theory of Punishment Defended**, op. cit., pg. 608.

³¹³ WRINGE, Bill. **Rethinking expressive theories of punishment: why denunciation is a better bet than communication or pure expression**, op. cit., pg. 682, 684 e 685.

³¹⁴ Ibidem, pg. 687 e 688; Deve diferenciar-se entre a expressão dependente de destinatário e a “expressão precariamente interpretável” (*weakly interpretable expression*). Uma expressão pode ser designada como precariamente interpretável quando o remetente sabe que um destinatário teria capacidade de entendê-la, caso viesse a tomar ciência do conteúdo expresso. Essa designação não dependeria da expectativa do remetente em

As formulações do segundo grupo fundamentam a pena como uma expressão que prescinde de qualquer intento comunicativo³¹⁵. A expressão penal não depende de um destinatário, porém seria concebível o conteúdo exposto pelo ato punitivo eventualmente ser entendido ou percebido por algum destinatário³¹⁶.

2.1.2.b. Identidade do destinatário

As teorias expressivas podem ser divididas em um grupo que tem um destinatário coletivo e outro que tem um destinatário individual. Menciona-se que a pena também pode ser concebida com mais de um destinatário³¹⁷.

As formulações do primeiro grupo fundamentam a pena como a expressão de um conteúdo perante destinatários indeterminados, isto é, a coletividade, em um sentido geral e abstrato³¹⁸. A pena seria direcionada aos membros da sociedade, cujas normas foram infringidas³¹⁹. Pode conceber-se uma distinção entre as teorias, pois em umas a pena seria direcionada à totalidade da sociedade e em outras seria dirigida apenas a uma parte desse ente coletivo³²⁰. Essa formulações também deixam entrever a possibilidade de “perspectivas indeterminadas”, nas quais a fundamentação da pena dependeria de uma expressão perante um ente coletivo qualquer ao invés de um previamente especificado³²¹.

As teorias do segundo grupo fundamentam a pena como a expressão de um conteúdo perante indivíduos³²². A pena conteria uma mensagem de censura que deve ser direcionada a

relação ao destinatário eventualmente ficar ciente do conteúdo expresso. Uma expressão precariamente interpretável não precisa ser dependente de destinatário. Por exemplo, alguém que escreve em um diário mantido distante do conhecimento de todos (Ibidem, pg. 688).

³¹⁵ Ibidem, pg. 689; GLASGOW, Joshua. **The Expressivist Theory of Punishment Defended.**, op. cit., pg. 608 e 609.

³¹⁶ GLASGOW, Joshua. **The Expressivist Theory of Punishment Defended.**, op. cit., pg. 608.

³¹⁷ Por exemplo, a formulação de Igor Primoratz propõe que a pena seria primeiramente direcionada ao infrator, porém a vítima e a sociedade também seriam destinatários do conteúdo expresso pelo ato punitivo (PRIMORATZ, Igor. **Punishment as Language**, op. cit., pg. 200).

³¹⁸ HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 29 e 30; HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 23 e 24; WRINGE, Bill. **Rethinking expressive theories of punishment: why denunciation is a better bet than communication or pure expression.**, op. cit., pg. 682 e 685.

³¹⁹ WRINGE, Bill. **An Expressive Theory of Punishment.**, op. cit., pg. 24 e 57; WRINGE, Bill. **Punishment, Forgiveness and Reconciliation.**, op. cit., pg. 1117; WRINGE, Bill. **War Crimes and Expressive Theories of Punishment: Communication or Denunciation?**, op. cit., pg. 119; WRINGE, Bill. **Why Punish War Crimes? Victor's Justice and Expressive Justifications of Punishment.** In *Law and Philosophy*. Vol. 25, Nº 2, 2006, pg. 177 e 178.

³²⁰ WRINGE, Bill. **Rethinking expressive theories of punishment: why denunciation is a better bet than communication or pure expression.**, op. cit., pg. 687, Nota de Rodapé nº 22.

³²¹ Idem.

³²² HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 29; HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 24; Tatjana Hörnle classifica

certas pessoas, ensejando três possíveis destinatários³²³: o infrator³²⁴, a vítima³²⁵ e os indivíduos que tenham tomado ciência do crime³²⁶.

2.1.3. Função da pena

Esse critério permitira dividir as teorias em três grupos: expressiva “pura”, expressivo-comunicativa e comunicativo-teleológica³²⁷.

2.1.3.a. Expressiva “pura”

A função da pena seria proporcionar um ato unilateralmente expressivo, isto é, desprovido de intento comunicativo com um destinatário³²⁸. A eventual recepção do conteúdo expresso por algum grupo ou indivíduo seria desejável, porém irrelevante³²⁹. O fato de impor

essas formulações de “teorias expressivas da pena orientadas à pessoas” (*personenorientierte expressive Straftheorie*) (Idem; Ibidem, pg. 24).

³²³ Ibidem, pg. 29, 32 a 41; Ibidem, pg. 24 a 28.

³²⁴ Ibidem, pg. 32 a 34; Ibidem, pg. 26; DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2001)., op. cit., pg., 79 a 82; KLEINIG, John. **Punishment and Moral Seriousness**. In *Israel Law Review*, Vol. 25, Nº. 3 e 4, 1991, pg. 418; DUFF, Antony. **Trials and Punishments**. Cambridge: Cambridge University Press, 1986, pg. 47 a 50; MORRIS, Herbert. **A Paternalistic Theory of Punishment**. In *American Philosophical Quarterly*, Vol. 18, Nº. 14, 1981, pg. 263 a 265.

³²⁵ HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie**., op. cit., pg. 150 e 151; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien**., op. cit., pg. 37 a 41; HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion**., op. cit., pg. 26 a 28; HAMEL, Roman. **Strafen als Sprechakt: Die Bedeutung der Strafe für das Opfer**. Berlin: Duncker & Humblot, 2009, pg. 176 a 188; HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht**., op. cit., pg. 950 a 952; GÜNTHER, Klaus. **Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe: Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?**, op. cit., pg. 207 a 210.

³²⁶ HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie**., op. cit., pg. 148; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien**., op. cit., pg. 35 e 36; **Kommentar zu Tatjana Hörnle, Gegenwärtige Strafbegründungstheorie**., op. cit., pg. 34.

³²⁷ GLASGOW, Joshua. **The Expressivist Theory of Punishment Defended**., op. cit., pg. 603; ENGEN, Andy. **Communication, Expression, and the Justification of Punishment**., op. cit., pg. 304 e 305; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment**., op. cit., pg. 52.

³²⁸ GLASGOW, Joshua. **The Expressivist Theory of Punishment Defended**., op. cit., pg. 608 e 609; ENGEN, Andy. **Communication, Expression, and the Justification of Punishment**., op. cit., pg. 304 e 305.

³²⁹ GLASGOW, Joshua. **The Expressivist Theory of Punishment Defended**., op. cit., pg. 608 e 609; Joshua Glasgow pressupõe que as interações cotidianas são permeadas por atos unilateralmente expressivos, os quais abarcam um vasto espectro de valores. A pena eventualmente seria a melhor, ou única, maneira de uma sociedade expressar relevantes atitudes morais, tais como as reações perante condutas ilícitas. A reprovação do crime expressa pela pena seria baseada na rejeição moral do ato perpetrado e na reafirmação dos direitos da vítima. Reconhece-se a possibilidade de expressões inapropriadas ocorrerem alude à necessidade de delimitar quais atitudes morais podem ensejar um ato punitivo. Propõe-se que a pena somente seria justa ao atender os seguintes parâmetros: primeiro, a atitude expressa deve ser uma reação apropriada ao crime cometido; segundo, a pena deve ser uma expressão apropriada de tal atitude. A reprovação do crime expressa pela pena seria baseada na rejeição moral do ato perpetrado e na reafirmação dos direitos da vítima. A pena expressaria reprovação, isto é, uma atitude espelhada em dois juízos morais. O primeiro seria uma valoração negativa da conduta proscrita. O segundo seria uma valoração positiva, pois atesta que a vítima tem um status moral relevante, o qual foi violado pelo infrator. O segundo juízo lastrearia o primeiro (Ibidem, pg. 609 e 610).

um tratamento rígido ao infrator faria da pena uma ação adequada para expressar a reprovação do crime³³⁰.

2.1.3.b. Expressivo-comunicativa

A função da pena seria expressar certo conteúdo a um destinatário³³¹. O ato punitivo demonstra um intento comunicativo, pois pressupõe que o destinatário seja minimamente capaz de entender o conteúdo moral expresso³³². As seguintes funções poderiam ser atribuídas à pena: censura e denúncia.

A primeira consistiria na expressão de um juízo condenatório direcionado ao perpetrador de uma conduta repreensível³³³. O indivíduo que recebe a censura deve poder ser responsabilizado pelos próprios atos³³⁴. A censura transmitiria ao infrator uma mensagem sobre a própria conduta, expressando-lhe o fato de estar sendo reprovado por ter ilicitamente lesionado outrem³³⁵. Um agente não seria censurado pela mera exposição de um juízo reprobatório, mas pela efetiva expressão de uma condenação baseada em tal valoração da conduta incorrida³³⁶. A imposição de um tratamento rígido seria o modo adequado para expressar a censura proporcional ao crime perpetrado³³⁷. O fato de a censura reprovar o autor do delito também faria com que a vítima também seja abordada, pois reconheceria que a lesão sofrida decorreu de uma conduta ilícita imputável a um terceiro³³⁸.

A segunda reconheceria a responsabilidade do infrator pelo crime cometido e demonstraria uma atitude moral negativa perante tal conduta³³⁹.³⁴⁰ A denúncia não

³³⁰ Ibidem, pg. 614 e 615.

³³¹ Ibidem, pg. 603.

³³² WRINGE, Bill. **Rethinking expressive theories of punishment: why denunciation is a better bet than communication or pure expression.**, op. cit., pg. 687 e 688; GLASGOW, Joshua. **The Expressivist Theory of Punishment Defended.**, op. cit., pg. 603 e 604; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 52, Nota de Rodapé nº 32.

³³³ VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions.**, op. cit., pg. 9; NARAYAN, Uma. **Appropriate Responses and Preventive Benefits: Justifying Censure and Hard Treatment in Legal Punishment.** In *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 13, Nº 2, 1993, pg. 167.

³³⁴ VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions.**, op. cit., pg. 9.

³³⁵ Ibidem, pg. 10.

³³⁶ NARAYAN, Uma. **Appropriate Responses and Preventive Benefits: Justifying Censure and Hard Treatment in Legal Punishment.**, op. cit., pg. 167.

³³⁷ VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., pg. 53 e 54; NARAYAN, Uma. **Appropriate Responses and Preventive Benefits: Justifying Censure and Hard Treatment in Legal Punishment.**, op. cit., pg. 179 e 180; KLEINIG, John. **Punishment and Moral Seriousness.**, op. cit., pg. 417; PRIMORATZ, Igor. **Punishment as Language.**, op. cit., pg. 199 e 200.

³³⁸ VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions.**, op. cit., pg. 10.

³³⁹ WRINGE, Bill. **Rethinking expressive theories of punishment: why denunciation is a better bet than communication or pure expression.**, op. cit., pg. 682 a 686; WRINGE, Bill. **An Expressive Theory of**

equivaleria a censura, pois não seria uma condenação moral diretamente voltado ao infrator³⁴¹. A denominação atribuída a essa função da pena faz referência a uma forma específica de expressão, cujo destinatário é a sociedade ao invés do infrator³⁴². O propósito do tratamento rígido implicado pela pena seria a sociedade poder expressar aos seus membros que as normas ainda estão em vigor e que transgressões serão levadas a sério³⁴³.

2.1.3.c. Comunicação teleológica

A função da pena seria expressar um juízo condenatório à conduta incorrida, porém também tencionaria promover objetivos prospectivos em relação ao agente, tal como a educação moral, arrependimento e reconciliação com os pares³⁴⁴. A bilateralidade expressiva e o intento de obter uma resposta moral do infrator através de uma persuasão racional difeririam essas formulações daquelas observadas nos itens anteriores³⁴⁵. O autor do delito

Punishment., op. cit., pg. 68; WRINGE, Bill. **Punishment, Forgiveness and Reconciliation.**, op. cit., pg. 1117; WRINGE, Bill. **War Crimes and Expressive Theories of Punishment: Communication or Denunciation?**, op. cit., pg. 119 e 121; WRINGE, Bill. **Punish War Crimes? Victor's Justice and Expressive Justifications of Punishment.**, op. cit., pg. 177 e 178; Nas obras referenciadas, Bill Wringe menciona usar uma terminologia originalmente concebida por Uma Narayan (NARAYAN, Uma. **Appropriate Responses and Preventive Benefits: Justifying Censure and Hard Treatment in Legal Punishment.**, op. cit., pg. 169 a 171).

³⁴⁰ NARAYAN, Uma. **Appropriate Responses and Preventive Benefits: Justifying Censure and Hard Treatment in Legal Punishment.**, op. cit., pg. 171.

³⁴¹ NARAYAN, Uma. **Appropriate Responses and Preventive Benefits: Justifying Censure and Hard Treatment in Legal Punishment.**, op. cit., pg. 171; A denúncia seria uma reação que ratifica o status de vítima daquele que foi lesionado pelo crime, reconhece que o infrator foi o responsável por tal ato e expressa indignação e reprovação sobre esse indivíduo, porém sem censurá-lo diretamente (Idem); Deve mencionar-se que certas teorias expressivas, cuja função da pena poderia ser qualificada como denunciatória, aparentam não ter tal zelo pela vítima. Por exemplo, as teorias da pena propostas por Michael Pawlik e Günther Jakobs. Essas formulações serão abordadas no Item 2.2.

³⁴² WRINGE, Bill. **Rethinking expressive theories of punishment: why denunciation is a better bet than communication or pure expression.**, op. cit., pg. 682, Nota de Rodapé nº 4; Bill Wringe ressalva que o emprego do vocábulo “denunciatória” notadamente difere daquele feito por Christopher Bennett, o qual utiliza a terminologia para designar uma forma específica de comunicação com um específico conteúdo moral (BENNETT, Christopher. **State denunciation of crime.** In *Journal of Moral Philosophy*. Vol. 3, 2006, pg. 293).

³⁴³ WRINGE, Bill. **An Expressive Theory of Punishment.**, op. cit., pg. 24 e 25; WRINGE, Bill. **Punishment, Forgiveness and Reconciliation.**, op. cit., pg. 1117; WRINGE, Bill. **War Crimes and Expressive Theories of Punishment: Communication or Denunciation?**, op. cit., pg. 119.

³⁴⁴ TASIOLAS, John. **Punishment and Repentance.** In *Philosophy*, Vol. 81, 2006, pg. 316 e 322; DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2003), op. cit., pg. 388; DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2001), op. cit., pg. 79 e 80; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 47 a 52; DUFF, Antony. **Alternatives to Punishment – or Alternative Punishments.**, op. cit., pg. 51 e 52; DUFF, Antony. **Trials and Punishments.**, op. cit., pg. 236 e 237; HAMPTON, Jean. **Moral Education Theory of Punishment.** In *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 13, Nº. 3, 1984, pg. 222; MORRIS, Herbert. **A Paternalistic Theory of Punishment.** In *American Philosophical Quarterly*, Vol. 18, Nº. 14, 1981, pg. 263, 264 e 265.

³⁴⁵ VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., pg. 51; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 52, Nota de Rodapé nº 34; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions.**, op. cit., pg. 72 a 74; NARAYAN, Uma. **Appropriate Responses and Preventive Benefits: Justifying Censure and Hard Treatment in Legal Punishment.**, op. cit., pg. 176 a 178.

não seria considerado um mero receptor do conteúdo expresso pela pena, pois seria tratado como um interlocutor capaz de participar em um processo comunicativo com o estado, ou seja, teria o status de um agente responsável e moralmente capaz³⁴⁶. O tratamento rígido implicado pela pena não seria uma mera condenação do infrator, pois integraria um processo comunicativo, cujo propósito seria o arrependimento, reconciliação e reforma moral do infrator, direcionando-lhe o foco ao crime cometido com o objetivo de fazê-lo refletir e compreender o caráter errôneo da conduta³⁴⁷.

2.2. Exposição e crítica

A última seção estabeleceu os critérios classificadores: tradição filosófica, dependência de um destinatário, destinatário da pena e função desempenhada pela pena. Os critérios elencados permitem o seguinte agrupamento das teorias expressivas da pena.

2.2.1. Primeiro grupo

As teorias de Michael Pawlik³⁴⁸ e Günther Jakobs³⁴⁹ podem ser elencadas como representantes desse grupo. Admite-se reticência em afirmar com qual tradição filosófica o grupo estaria alinhado. A teoria proposta por Michael Pawlik é designada como retributiva. Trata-se da classificação proposta pelo próprio autor e aceita pela doutrina. O impasse em apontar a tradição filosófica desse grupo como retributiva seria ensejado pela teoria de

³⁴⁶ DUFF, Antony **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 50 a 53 DUFF, Antony. **Alternatives to Punishment – or Alternative Punishments.**, op. cit., pg. 51 e 52.

³⁴⁷ Ibidem, pg. 45 e 52; Idem.

³⁴⁸ PAWLIK, Michael. **Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre.** Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, pg. 110, 116 e 117; PAWLIK, Michael. **Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe.**, op. cit., pg. 63 e 64; Tatjana Hörnle descreve a teoria de Michael Pawlik como uma “teoria expressiva orientada à norma” (Tatjana Hörnle. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 26). Adriano Teixeira menciona que a proposta pode ser entendida como uma variante expressiva de teoria retributiva da pena (TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da Aplicação da Pena: Fundamentos de uma Determinação Judicial da Pena Proporcional ao Fato.**, op. cit., pg. 90, Nota de Rodapé n.º. 290).

³⁴⁹ As últimas versões da teoria da pena de Günther Jakobs teriam assumido uma nítida tonalidade “expressiva”. O livro *“Norm, Person, Gesellschaft”* (2008) exemplificaria tal mudança, ensejando a proposta de designar a teoria de Günther Jakobs como uma “teoria expressiva orientada à norma” (Tatjana Hörnle. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 22; JAKOBS, Günther. **Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie.** 3ª Ed. Berlim: Duncker & Humblot Verlag, 2008, pg. 206 a 110). A teoria da pena de Günther Jakobs também é classificada como “expressiva” em: ERBER-SCHROPP, Julia Maria. **Schuld und Strafe: Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung des Schuldprinzips.**, op. cit., pg. 20).

Günther Jakobs³⁵⁰. O destinatário principal da pena seria um ente coletivo, a sociedade³⁵¹. Essas teorias seriam expressivo-comunicativa e a pena teria uma função denunciatória³⁵².

2.2.1.a. Michael Pawlik

A pena seria direcionada a um fato juridicamente desaprovado previamente realizado pelo infrator³⁵³. Constatar que a “razão de fato” (*Realgrund*) da pena está no passado não

³⁵⁰ Günther Jakobs propôs que a função da pena seria preservar a validade da norma enquanto modelo orientador de contatos sociais e que o conteúdo da pena seria uma contradição da conduta que repudia a norma às custas do agente. A pena teria uma função preventiva, pois protegeria as condições necessárias para as interações sociais, ou seja, as normas. A pena validaria a confiança de todos os indivíduos que creem na norma, ou seja, serviria ao “exercício da confiança na norma” (*Einübung in Normvertrauen*). A pena estabeleceria que condutas contrárias a norma são inaceitáveis, ou seja, serviria ao “exercício da fidelidade ao direito” (*Einübung in Rechtstreue*). A pena explanaria a existência de uma conexão necessária entre uma conduta contrária a norma e o ônus punitivo, ou seja, serviria ao “exercício de aceitação das consequências” (*Einübung in die Akzeptation der Konsequenzen*). A combinação dos três efeitos comporia a finalidade da pena: “prevenção geral pelo exercício do reconhecimento normativo” (*Generalprävention durch Einübung in Normanerkennung*) (JAKOBS, Günther. **Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre.**, op. cit., pg. 10 a 14 e 32). Günther Jakobs salienta que sua formulação de “prevenção geral positiva” difere de outras existentes na doutrina. A “prevenção” faz referência ao propósito de preservar a fidelidade à norma na coletividade. O termo “positiva” alude ao fato de a pena não ser dissuasória (“negativa”). O vocábulo “geral” decorre de a pena ser destinada à coletividade (JAKOBS, Günther. **Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck.**, op. cit., pg. 31). A teoria da pena proposta por Günther Jakobs suscitou diversas críticas doutrinárias. Bernd Schünemann designou a formulação como uma teoria da pena retributiva, repaginada com argumentos da filosofia moderna, tais como a teoria dos sistemas e a interação simbólica (SCHÜNEMANN, Bernd. **Aporien der Strafreorie in Philosophie und Literatur – Gedanken zu Immanuel Kant.** In PRITTWITZ, Cornelius. BAURMANN, Michael. GÜNTHER, Klaus. KUHLEN, Lothar. MERKEL, Reinhard. NESTIER, Cornelius. SCHULZ, Lorenz. LÜDERSSSEN, Klaus. (Ed.). *Festschrift für Klaus Lüderssen: zum 70. Geburtstag am 2 Mai 2002*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, pg. 327 a 329). Tatjana Hörnle manifestou ceticismo quanto à possibilidade de assentar essa formulação no rol das teorias preventivas, apontando que o próprio autor não mais empregava o termo prevenção geral positiva no livro “*Norm, Person, Gesellschaft*” (2008). A autora a propôs uma nova designação para a teoria de Günther Jakobs, incluindo-a junto na tendência das “teoria expressiva orientadas à norma”. Tal como as formulações preventivo-criminais, essas teorias expressivas pressupõem que a pena é fundamentada no legítimo interesse de pessoas. A divergência seria o fato de entenderem que tais interesses não seriam relacionadas a evitar delitos futuros, mas ao trato apropriado de eventos pretéritos, ou seja, a pena não seria fundamentada na prevenção criminal. A finalidade da pena nas teorias expressivas orientadas à norma seria expor uma mensagem perante a coletividade (Tatjana Hörnle. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 23 a 24; Tatjana Hörnle. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 29 e 30).

³⁵¹ HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 22 a 24; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 29 e 32. Apesar de o destinatário principal ser a coletividade, pode subentender-se uma referência ao fato que as teorias nesse grupo teriam o infrator como destinatário “subsidiário” da mensagem expressa pela pena (PAWLIK, Michael. **Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe.**, op. cit., pg.87; JAKOBS, Günther. **Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck.**, op. cit., pg. 30).

³⁵² Deve admitir-se que a classificação também é feita com ressalvas em relação à formulação de Günther Jakobs, pois em algumas passagens a pena aparenta ter uma função denunciatória. Por exemplo, “*ao serem entendidos como “discurso” e “resposta”, o crime e a pena chegam ao nível social como comunicação sobre a estrutura normativa da sociedade*” (JAKOBS, Günther. **System der strafrechtlichen Zurechnung.** Frankfurt am Main: Verlag Vittorio Klostermann, 2012, pg. 13 e 14). No entanto, outras passagens deixam entrever que a pena seria “puramente” expressiva. Por exemplo, o autor já afirmou que, por afastar o significado do crime, a pena promoveria *per se* a vigência da norma (JAKOBS, Günther. **Zur gegenwärtigen Strafreorie.** In KODALLE, Klaus (Ed.). *Strafe muss sein! Muss Strafe sein? Philosophen-Juristen-Pädagogen im Gespräch.* Würzburg: Verlag Königshausen & Neumann, 1998, pg. 38 e 39)

³⁵³ PAWLIK, Michael. **Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe.**, op. cit., pg. 18.

fundamenta porque é legítimo reagir ao crime com a punição do agente³⁵⁴. Indaga-se sobre qual seria a “razão de direito” (*Rechtsgrund*) da pena³⁵⁵. A resposta para tal questão estaria atrelada ao entendimento do delito como uma ilícita exteriorização de vontade passível de reprovação pela comunidade³⁵⁶.

Trata-se de uma concepção retributiva de delito³⁵⁷. As teorias retributivas percebem a razão de fato e a razão de direito da pena segunda uma perspectiva voltada ao passado³⁵⁸. A retribuição necessitaria de um preceito normativo para demonstrar como um ato criminalmente relevante pode ter a pena como consequência jurídica³⁵⁹. Em uma concepção clássica, a pena seria legítima, pois consistiria em uma compensação da conduta ilícita incorrida pelo infrator³⁶⁰. O ato punitivo seria uma restauração da ordem de justiça perturbada pelo delito³⁶¹.

A legitimidade de tal concepção foi questionada com o advento da Idade Moderna, pois a pena não poderia ser unicamente baseada em um conceito de justiça a mercê do poder público, o detentor máximo do *jus puniendi*³⁶². O estado e o direito estatal seriam legitimados por possibilitarem a liberdade³⁶³. A pena seria a atuação estatal incumbida de garantir que os cidadãos possam ser livres, pois restabeleceria uma situação concreta em que as liberdades jurídicas podem ser distribuídas³⁶⁴. O direito penal serviria para proporcionar a estabilidade necessária a um estado de respeito mútuo entre sujeitos de direito³⁶⁵.

A preservação de uma situação em que as leis são amplamente garantidas seria fundamental para a liberdade individual e dependeria de uma lealdade às normas estabelecidas pela sociedade civil³⁶⁶. Os cidadãos teriam uma “obrigação de lealdade”

³⁵⁴ Idem.

³⁵⁵ Idem.

³⁵⁶ Idem.

³⁵⁷ Ibidem, pg. 19; Entender o delito como um perigo a ser evitado seria típico de teorias preventivas. As teorias preventivas preconizam a legitimação prospectiva, pois o crime cometido seria irreversível, porém a pena influenciaria favoravelmente o futuro nível de segurança da sociedade ao impedir a reincidência de tal conduta. As teorias abordam relevantes efeitos da pena, porém não apresentam uma legitimação convincente para a instituição punitiva. Segundo Michael Pawlik, “*elas são teorias sobre a pena e não teorias da pena*” (Idem).

³⁵⁸ Idem.

³⁵⁹ Ibidem, pg. 19 e 20; O preceito foi baseado no postulado aristotélico de “justiça compensatória” (*ausgleichender Gerechtigkeit*) (Idem).

³⁶⁰ Ibidem, pg. 20 e 55.

³⁶¹ Ibidem, pg. 55.

³⁶² Ibidem, pg. 56.

³⁶³ Idem.

³⁶⁴ Ibidem, pg. 57; Segundo a acepção hegeliana do termo, essa liberdade seria “existencial” (*Dasein*) (Idem).

³⁶⁵ Ibidem, pg. 58.

³⁶⁶ Ibidem, pg. 82 e 83.

(*Verpflichtung zur Loyalität*) ao ordenamento jurídico³⁶⁷. A violação dessa obrigação consistiria em um ilícito criminal³⁶⁸. O indivíduo que lesiona um bem jurídico alheio adota uma conduta que prejudica a vítima e também a garantia de paz fornecida pelo ordenamento jurídico, cujo garante é a comunidade como um todo³⁶⁹. A culpa criminal significaria que o infrator não agiu de acordo com o que poderia ser demandado de um cidadão responsável em tal situação, ou seja, o indivíduo incorreu em um “ilícito de cidadão” (*Unrecht des Bürgers*)³⁷⁰.

A pena seria uma reação a esse tipo de ilícito, pois o agente deve consentir que o vínculo entre “desfrutar a liberdade” (*Freiheitsgenuss*) e cumprir a obrigação de lealdade ao ordenamento jurídico seja confirmado às suas custas³⁷¹. O ato punitivo afirmaria a indissolubilidade de tal vínculo ao privar o infrator de uma parcela da própria liberdade e seria mensurado segundo a dimensão do ilícito cometido³⁷². A punição de um infrator-cidadão seria legítima por restabelecer o ordenamento jurídico³⁷³ afrontado pela conduta desse indivíduo³⁷⁴.

A pena corroboraria a reciprocidade entre o cumprimento da obrigação de lealdade e o desfrute da liberdade, restabelecendo o direito como direito³⁷⁵. O status de cidadão implicaria em um indivíduo ser legalmente corresponsável pela coletividade³⁷⁶. A pena asseguraria essa “corresponsabilidade” atribuída a todos os cidadãos³⁷⁷.

2.2.1.b. Günther Jakobs

Os conceitos “pessoa” (*Person*) e “sujeito” (*Subjekt*) não poderiam ser estabelecidos apenas com base em prestações recíprocas entre os indivíduos³⁷⁸. Os parâmetros que permitem a delimitação desses conceitos normativos necessitariam de uma estrutura

³⁶⁷ Ibidem, pg. 20.

³⁶⁸ Idem.

³⁶⁹ Ibidem, pg. 86.

³⁷⁰ Ibidem, pg. 87.

³⁷¹ Ibidem, pg. 90 e 91.

³⁷² Ibidem, pg. 91.

³⁷³ O ordenamento jurídico é entendido como uma “ordem existencial de liberdade” (*Daseinordnung der Freiheit*) (Idem).

³⁷⁴ Idem.

³⁷⁵ Ibidem, pg. 97.

³⁷⁶ Idem.

³⁷⁷ Idem.

³⁷⁸ JAKOBS, Günther. *Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie.*, op. cit., pg. 132.

independente do arbítrio individual³⁷⁹. A estrutura seria formulada como a “norma” (*Norm*) e estabeleceria uma possibilidade factível de ação entre os indivíduos³⁸⁰. A “sociedade” (*Gesellschaft*) seria real quando as normas criadas por pessoas fornecerem um modelo determinante para interpretar condutas³⁸¹. O entendimento do contexto normativo instituído e sua delimitação perante o ambiente puramente cognitivo circundante ocasionaria o surgimento da sociedade³⁸².

A eficácia da norma seria um elemento fundamental para os contatos sociais, pois permitiria a orientação e comunicação entre os indivíduos³⁸³. A violação de uma norma essencial para a organização social ocasionaria um conflito que transcende o indivíduo afetado e passa a ser parte da esfera pública³⁸⁴. O conflito público demandaria uma reação capaz de demonstrar que a conduta contrária à norma não é determinante e que faça incidir um juízo condenatório sobre o perpetrador³⁸⁵.

A não contestação do significado de um delito poderia contribuir para a erosão normativa da sociedade³⁸⁶. A necessidade de punir o cometimento de um crime teria fundamento no dever de fortalecer a validade do ordenamento jurídico existente³⁸⁷. A pena seria uma “conduta simbólica” (*symbolisches Verhalten*) que contradiz o significado do delito objetivando preservar a força orientadora, restabelecer a validade e evitar o enfraquecimento

³⁷⁹ Ibidem, pg. 132 e 133.

³⁸⁰ Idem.

³⁸¹ Ibidem, pg. 133.

³⁸² Idem; Os conceitos “normativo” e “cognitivo” são empregados na obra de Günther Jakobs segundo a Teoria dos Sistemas proposta por Niklas Luhmann: “*LUHMANN prossegue, distinguindo duas espécies de expectativas: as cognitivas e as normativas. As primeiras são aquelas que deixam de subsistir quando violadas: o expectador adapta sua expectativa à realidade, que lhe é contrária, aprende, deixa de esperar. Já as expectativas normativas mantêm-se a despeito de sua violação: o expectador exige que a realidade se adapte à expectativa, e esta continua a valer mesmo contra os fatos (contrafaticamente). O errado era a realidade, não a expectativa. Daí surge o conceito de norma: normas são expectativas de comportamento estabilizadas contrafaticamente. Mas as expectativas normativas não se pode decepcionar sempre, pois acabam perdendo a credibilidade. Daí porque a necessidade de um “processamento de decepções”: a decepção deve gerar alguma reação, que reafirme a validade da norma. Uma dessas reações é a sanção*” (GRECO, Luís. **Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito: Em Comemoração aos Trinta Anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Claus Roxin**. Texto apresentado no painel sobre “Funcionalismo no Direito Penal” do I Congresso de Direito Penal e Criminologia, ocorrido na Universidade Federal da Bahia entre os dias 13 e 15 de abril de 2000; pg. 23 e 24).

³⁸³ JAKOBS, Günther. **Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre.**, op. cit., pg. 4 e 5.

³⁸⁴ Ibidem, pg. 5.

³⁸⁵ Ibidem, pg. 6 e 7.

³⁸⁶ JAKOBS, Günther. **Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie.**, op. cit., pg. 108 a 116.

³⁸⁷ Idem.

da norma questionada pela conduta proscribita³⁸⁸. A pena também seria uma “ação de fato” (*Realakt*), pois implicaria na imposição de um ônus tangível ao infrator, ou seja, o ato punitivo atua como um alicerce cognitivo das expectativas normativas frustradas pelo delito³⁸⁹.

2.2.1.c. Apreciação crítica

Essas teorias desconsideram os indivíduos envolvidos pelo crime, recorrem a conceitos com elevado grau de abstração para fundamentar a pena e atribuem uma tonalidade coletivista ao ato punitivo, cuja finalidade seria a expressão de uma mensagem à sociedade³⁹⁰. Günther Jakobs fundamenta a pena como uma reação expressiva, cujo objetivo seria fortalecer a validade da norma³⁹¹. Michael Pawlik fundamenta a pena como uma reação expressiva que visaria reforçar uma “condição” (*Zustand*) de respeito mútuo em que os cidadãos possam desfrutar da liberdade individual³⁹². Um traço comum e criticável em ambas as teorias seria o fato de desconsiderarem o indivíduo concretamente vitimado pelo crime. A procedência do questionamento pode ser percebida pela parca relevância da vítima nessas formulações.

Michael Pawlik expõe que o cidadão que viola um bem jurídico alheio incorre em uma conduta reprovável não só contra a vítima concreta, como também contra a soberania do ordenamento jurídico, cujo garante é a comunidade³⁹³. Além de ter negado o reconhecido o status de sujeito da vítima, o agente desdenhou da demanda de lealdade em relação ao ordenamento jurídico, perante os concidadãos³⁹⁴. O fato de a punição do infrator não beneficiar a vítima concreta ressalta o caráter supraindividual da pena, “desprivatizando” o conflito entre os sujeitos ativo e passivo do delito³⁹⁵. O âmbito apropriado para inclusão da vítima concreta não seria a pena, mas a compensação de danos, a qual não sancionaria a

³⁸⁸ JAKOBS, Günther. **Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie.**, op. cit., pg. 111 a 116; JAKOBS, Günther. **System der strafrechtlichen Zurechnung.**, op. cit., pg. 15.

³⁸⁹ Ibidem, pg. 113 a 116; Idem; JAKOBS, Günther. **Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre.**, op. cit., pg. 32.

³⁹⁰ HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 24; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 30 a 32.

³⁹¹ JAKOBS, Günther. **Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie.**, op. cit., pg. 106 e 107.

³⁹² JAKOBS, Günther. **Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe.**, op. cit., pg. 63.

³⁹³ Ibidem, pg. 86.

³⁹⁴ Idem

³⁹⁵ Ibidem, pg. 89 e 90; Segundo Michael Pawlik, a concepção do ato punitivo como uma reação ao ilícito de cidadão dirimiria os receios que adeptos de uma perspectiva fixada na dimensão interpessoal do conflito poderia suscitar em relação ao caráter supraindividual atribuído a pena (Ibidem, pg. 90).

violação do dever de lealdade do infrator perante a coletividade, mas seria a forma de lidar com o interesse compensatório da vítima concreta³⁹⁶. A teoria *pawlikiana* pode ser criticada por limitar inserção da vítima ao âmbito da compensação de danos. Essa formulação não seria criticável por deixar entrever que o indivíduo concretamente afetado por um crime poderia ter interesse em opor uma demanda compensatória perante o próprio algoz. O ponto questionável seria a limitação ao âmbito da compensação de danos, pois não poderia ser descartada a possibilidade e legitimidade de a vítima ter demandas punitivas, merecedoras de consideração estatal, em relação ao infrator.

Ao salientar a necessidade de expectativas normativas serem sustentadas por alicerces cognitivos, Günther Jakobs afirma que a orientação de uma vítima potencial somente será possível em uma sociedade que associe o prospecto de sofrer um ônus punitivo à conduta violadora de uma norma proibitiva³⁹⁷. A teoria *jakobsiana* desconsideraria o sujeito passivo ao ignorar que a vítima e a coletividade teriam interesses distintos em relação à confirmação da norma³⁹⁸. A pena simbolizaria uma contradição ao significado do delito, objetivando preservar a força orientadora, restabelecer a validade e evitar o enfraquecimento da norma questionada por tal conduta³⁹⁹. Por impor um ônus ao infrator, a pena também seria um alicerce cognitivo das expectativas normativas frustradas pelo delito⁴⁰⁰. A formulação ignoraria que a vítima e os demais membros do convívio social teriam perspectivas distintas quanto à frustração de expectativas normativas por um crime. A experiência pessoal do delito faria com que o indivíduo vitimado tivesse necessidades e demandas, inclusive penais, mais concretas do que as difusas expectativas da coletividade em relação à punição do infrator⁴⁰¹. Por exemplo, seria razoável pressupor que uma pena condizente com os interesses da vítima visaria reverter os efeitos nocivos da vivência do delito e restabelecer a confiança na norma ao sujeito passivo⁴⁰².

³⁹⁶ Ibidem, pg. 88.

³⁹⁷ JAKOBS, Günther. **Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie.**, op. cit., pg. 52 e 113; JAKOBS, Günther. **Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck.**, op. cit., pg. 31 e 32.

³⁹⁸ Ibidem, pg. 48 e 49; KILCHLING, Michael. **Opferschutz und der Strafanspruch des Staates – Ein Widerspruch?**, op. cit., pg. 59.

³⁹⁹ JAKOBS, Günther. **System der strafrechtlichen Zurechnung.**, op. cit., pg. 15; JAKOBS, Günther. **Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie.**, op. cit., pg. 111 a 116; **Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck.**, op. cit., pg. 29.

⁴⁰⁰ Idem; Ibidem, pg. 113 à 116; Idem; JAKOBS, Günther. **Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre.**, op. cit., pg. 32.

⁴⁰¹ KILCHLING, Michael. **Opferschutz und der Strafanspruch des Staates – Ein Widerspruch?**, op. cit., pg. 59.

⁴⁰² Idem; O reestabelecimento da confiança na norma ao sujeito passivo seria o terceiro aspecto da abordagem teórica que Michael Kilchling designa como “prevenção voltada para a reintegração da vítima” (*Reintegration des Opfers ausgerichtetete Prävention*). O primeiro aspecto seria evitar que a vítima sofra os ônus associados a

As teorias desse grupo implicam na instrumentalização da vítima em prol de uma abstrata concepção de coletividade. Duas ponderações poderiam ser feitas sobre a colocação do sujeito passivo nessas formulações. Primeira, o fato de um indivíduo ser concretamente afetado por um crime apenas assinalaria a necessidade de confirmar da norma ou a indissolubilidade do vínculo entre cumprir o dever de lealdade e desfrutar da própria liberdade, às custas do infrator-cidadão⁴⁰³. Segunda, o sujeito passivo seria apenas um dos critérios para mensurar a afronta da norma ou ilícito de cidadão implicado pela conduta do infrator e nortear a aplicação da pena⁴⁰⁴. Em contrapartida, o “benefício” proporcionado à vítima seria a salvaguarda das condições que possibilitam a interação social ou reforço da situação em que as liberdades jurídicas podem ser distribuídas e usufruídas pelos cidadãos⁴⁰⁵.

Uma fundamentação da pena baseada em abstrações conceituais e alheia ao indivíduo diretamente afetado pelo crime seria especialmente criticável em relação aos crimes interpessoais, pois a conduta do infrator primariamente consistiria em uma violação aos direitos da vítima⁴⁰⁶. Inclusive, cabe refletir sobre as implicações de um indivíduo vitimado por um crime grave tomar ciência da própria “irrelevância” para a fundamentação da pena imposta ao algoz. Apesar de pautada por fatores subjetivos, a predição de esse indivíduo ser acometido por uma sensação de descontentamento e insignificância não soa disparatada ou desarrazoada.

2.2.2. Segundo grupo

Essas teorias estariam coadunadas com uma tradição filosófica deontológica. O destinatário principal da pena seria um indivíduo, o infrator. As formulações integrantes desse grupo seriam expressivo-comunicativas e teria a censura como função da pena. Pode exemplificar-se esse grupo com as formulações Igor Primoratz, Andreas von Hirsch, Christopher Bennett e Tobias Zürcher.

persecução penal de seu algoz e garantir a compensação pelo ocorrido. O segundo aspecto seria impedir a revitimização. O mencionado terceiro aspecto seria essencial para preservar a estabilidade normativa em relação ao sujeito passivo do delito, pois a desilusão com a norma e a frustração de sofrer um crime pode colocar a vítima em circunstâncias criminógenas (Idem).

⁴⁰³ JAKOBS, Günther. **Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck.**, op. cit., pg. 32; PAWLIK, Michael. **Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe.**, op. cit., pg. 90 e 91.

⁴⁰⁴ Idem; Ibidem, pg. 92.

⁴⁰⁵ JAKOBS, Günther. **Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie.**, op. cit., pg. 133; PAWLIK, Michael. **Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe.**, op. cit., pg. 57; JAKOBS, Günther. **Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre.**, op. cit., pg. 13.

⁴⁰⁶ HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 24.

2.2.2.a. Igor Primoratz

Trata-se de uma proposta que pressupõe a diferenciação entre dois tipos de expressivismo penal, um extrínseco e outro intrínseco⁴⁰⁷. O primeiro tomaria a pena como um meio para um fim e elencaria que os efeitos sociais imediatos são os mais relevantes dentre aqueles proporcionados pela punição do infrator⁴⁰⁸. O expressivismo extrínseco implicaria uma lógica criticável, pois possibilitaria justificar resultados moralmente questionáveis unicamente com base nos efeitos sociais da pena⁴⁰⁹. Por exemplo, aceitar a punição de um inocente ou fingir a punição de um culpado⁴¹⁰.

O expressivismo intrínseco seria um aprimoramento da perspectiva que toma a pena como uma expressão da enfática condenação moral que a sociedade relega ao crime⁴¹¹. A proposta sustenta que a *“pena (...) não precisa servir um propósito externo e ser justificada em termos do seu valor instrumental, porque ela é intrinsecamente apropriada, justificada e demandada”*⁴¹². O entendimento e a fundamentação da pena deixariam de ser pautados por uma abordagem preventivo-criminal e passariam a ser inteiramente baseados no passado⁴¹³. A futura redução da delinquência ainda seria desejada, porém não seria algo inerente a punição do infrator, ou seja, a eventual constatação de ineficiência preventivo-criminal não comprometeria a legitimidade da pena⁴¹⁴. A pena seria a reação necessária para afrontar o crime, pois expressaria a condenação moral da sociedade e asseguraria os três elementos elencados como inerentes ao ato punitivo: vindicação da lei, reafirmação do direito e demonstração da conduta do infrator como um crime⁴¹⁵.

⁴⁰⁷ PRIMORATZ, Igor. **Punishment as Language**, op. cit., pg. 196 e 201; A teoria foi primeiramente exposta no seguinte artigo: PRIMORATZ, Igor. **The Middle Way in the Philosophy of Punishment**. In GAVINSON, Ruth. (Ed.). *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H. L. A. Hart*. Oxford: Oxford University Press, 1987, pg. 193 a 221; Essa formulação continuou a ser desenvolvida em: PRIMORATZ, Igor. **Punishment as Language**, op. cit., pg. 187 a 205.

⁴⁰⁸ Ibidem, pg. 194; O expressivismo de Émile Durkheim, James Fitzjames Stephen, Alfred Cyril Ewing e Jean Hampton seria enquadrado nesse tipo. Deve ressaltar-se a crítica de Igor Primoratz em relação ao expressivismo de Jean Hampton ser baseada na obra de 1984. As demais obras de Jean Hampton não são referidas (Ibidem, pg. 187 a 195).

⁴⁰⁹ Ibidem, pg. 196.

⁴¹⁰ Idem.

⁴¹¹ Ibidem, pg. 201.

⁴¹² Ibidem, pg. 196.

⁴¹³ Ibidem, pg. 198.

⁴¹⁴ Idem.

⁴¹⁵ Ibidem, pg. 198 a 200.

O fato de a condenação moral ser normalmente exteriorizada por palavras suscita questionar a possibilidade de uma solene declaração pública substituir a pena⁴¹⁶. A “normalidade” da expressão oral não comprometeria a convencionalidade de outros meios empregados para manifestar a reprovação de condutas impróprias⁴¹⁷. Acrescenta-se que as condutas criminosas seriam substancialmente diferentes de outras transgressões e uma simples condenação verbal dificilmente alcançaria o destinatário imediato, isto é, o infrator, ou seria entendida da forma esperada⁴¹⁸, pois *“muitos criminosos são alheios a meras palavras (...) e não se importam com os padrões sociais; caso contrário, eles não estariam cometendo crimes”*⁴¹⁹. A pena garantiria que os destinatários da condenação moral realmente sejam alcançados e entendam tal significado⁴²⁰. Apesar de o infrator aparentar ser o principal destinatário, o conteúdo expresso pela pena também seria direcionado à sociedade e a vítima, as quais poderiam perceber uma condenação meramente verbal como inconvincente⁴²¹. A reprovação deve ser expressa de forma proporcional ao crime e uma mensagem oral seria insuficiente para tal propósito, pois uma reação que visa demonstrar o caráter delituoso de uma conduta, reafirmar o direito infringido e vindicar a lei violada, deve ser proporcional ao feito cometido pelo agente⁴²².

O expressionismo intrínseco poderia responder satisfatoriamente aos dilemas morais suscetíveis de ocorrer na contraparte “extrínseca”⁴²³. Uma pena apropriada como condenação moral deve ser honesta, justa, merecida e percebida de tal forma por todos os envolvidos no processo punitivo⁴²⁴. Punir um inocente ou fingir penalizar um culpado com um intuito expressivo-instrumental seria moralmente falho em dois pontos cruciais: a manifestação de condenação estaria poluída na própria fonte e já estaria irreparavelmente maculada perante o indivíduo que a sofre, ou deixa de sofrer, sem merecer⁴²⁵. A constatação permitiria traçar uma

⁴¹⁶ Ibidem, pg. 198; Igor Primoratz ressalta o questionamento de H. L. A. Hart sobre a necessidade de expressar a condenação com uma pena: *“a “forma normal” de expressar condenação moral é através de palavras (...) por que uma solene declaração pública de desaprovação não seria o meio mais “apropriado” ou “enfático” de expressar isso (...)?”* (Idem).

⁴¹⁷ Ibidem, pg. 198 e 199.

⁴¹⁸ Ibidem, pg. 199 e 200.

⁴¹⁹ Idem.

⁴²⁰ Ibidem, pg. 200.

⁴²¹ Idem; Vide consideração na Apreciação Crítica desse grupo teórico.

⁴²² Idem.

⁴²³ Ibidem, pg. 201.

⁴²⁴ Idem.

⁴²⁵ Ibidem, pg. 201 e 202.

analogia entre o expressionismo extrínseco e as abordagens utilitaristas da pena e entre o expressionismo intrínseco e o retributivismo penal⁴²⁶.

2.2.2.b. Andreas von Hirsch

A teoria propõe uma superação do embate entre as duas tradições filosóficas predominantes no debate teórico-penal, pois sustenta que a punição de um infrator deve ser fundamentada na valoração ética do fato ocorrido e nas consequências do ato punitivo aplicado⁴²⁷. A teoria dispõe que o ato punitivo deveria ser fundamentado no binômio de censura e prevenção criminal, ou seja, ter um elemento deontológico e outro consequencialista⁴²⁸. A pena expressaria censura através da inflicção de um mal ao infrator⁴²⁹. A censura penal seria o elemento principal, pois estabeleceria uma comunicação moral crítica com os infratores⁴³⁰ sobre a ilicitude da conduta incorrida⁴³¹. O elemento secundário seria a inflicção de um mal ao infrator, cuja função não seria unicamente expressar censura, mas também acrescentar um aspecto preventivo ao ato punitivo⁴³².

⁴²⁶ Ibidem, pg. 202

⁴²⁷ VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., pg. 43 e 44; Adota-se uma postura crítica em relação aos modelos teóricos “puristas”. As propostas exclusivamente retributivistas (“absolutas”) teriam o costume de recorrer à explicações metafóricas e obscuras, sem apresentar uma fundamentação apropriada para a intervenção penal estatal. As formulações unicamente consequencialistas (“relativas”) restringiriam a aplicação do “Princípio da Culpabilidade” (*Schuldprinzip*) no Direito Penal material, do “Princípio da Proporcionalidade pelo Fato” (*Prinzip der Tatproportionalität*) na mensuração da pena e tratariam o infrator como um agente incapaz de reflexões morais (Ibidem, pg. 46 a 49 e 65).

⁴²⁸ Ibidem, pg. 43 e 44; SIMESTER, Andrew. VON HIRSCH, Andreas. **Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation.**, op. cit., pg. 5; Em inglês, essa teoria foi exposta e desenvolvida nas seguintes obras: SIMESTER, Andrew. VON HIRSCH, Andreas. **Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation.**, op. cit., Capítulo 1; VON HIRSCH, Andrew. ASHWORTH, Andrew. **Proportionate Sentencing: Exploring the Principles.** Oxford: Oxford University of Press, 2005, Capítulo 2; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions.**, op. cit., Capítulo 2; A teoria foi abordada em alemão nos seguintes artigos: VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., pg. 43 a 68; HÖRNLE, Tatjana. VON HIRSCH, Andrew. **Tadel und Generalprävention.** In VON HIRSCH, Andrew. (Ed.). *Fairness, Verbrechen und Strafen: Strafrechtstheoretische Abhandlungen.* Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005, pg. 19 a 39; VON HIRSCH, Andreas. **Die Existenz der Institution Strafe: Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., pg. 41 a 66; HÖRNLE, Tatjana. VON HIRSCH, Andrew. **Tadel und Generalprävention** (1998)., op. cit., pg. 83 a 100; HÖRNLE, Tatjana. VON HIRSCH, Andrew. **Tadel und Prävention: Die Übelzufügung als Elemente der Strafe.**, op. cit., pg. 101 a 107; HÖRNLE, Tatjana. VON HIRSCH, Andrew. **Tadel und Generalprävention** (1995)., op. cit., pg. 261 a 282.

⁴²⁹ VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., pg. 49.

⁴³⁰ Essa comunicação moral crítica seria estabelecida tanto com os “infratores de fato” quanto com os “infratores potenciais” (VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., pg. 49).

⁴³¹ Ibidem, pg. 50; SIMESTER, Andrew. VON HIRSCH, Andreas. **Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation.**, op. cit., pg. 12.

⁴³² Ibidem, pg. 44; Ibidem, pg. 5.

A censura penal serviria como um apelo ao público e atestaria que certa conduta deve ser evitada em virtude de ser ilícita⁴³³. O estigma social seria um aspecto central da censura penal, pois implicaria na autoridade estatal emitir uma valoração pública e oficial sobre uma conduta e atribuir um status negativo ao indivíduo que a praticou⁴³⁴. A censura penal teria uma função moral, pois a possibilidade de reagir a uma conduta ilícita com reprovação faria parte de uma concepção moral em que os indivíduos são tidos como responsáveis pelos próprios atos⁴³⁵. A referida função moral poderia ser relacionada aos sujeitos ativo e passivo do delito⁴³⁶. A censura penal expressaria o reconhecimento da condição de vítima, pois atestaria que o sujeito passivo não foi acometido por um mero infortúnio, mas por uma conduta ilícita e imputável a um terceiro⁴³⁷. Uma mera manifestação de compaixão pelo indivíduo que sofreu um infortúnio bastaria para eventos causados por fatos aleatórios⁴³⁸, porém seria insuficiente para lidar com alguém vitimado por um crime⁴³⁹. A censura penal também seria uma forma de estabelecer uma comunicação moral com o sujeito ativo do delito, pois proporcionaria uma mensagem crítico-normativa sobre a conduta incorrida e trataria o infrator como um agente capaz de agir e refletir moralmente⁴⁴⁰. Uma pena desprovida de um intento expressivo seria análoga a uma técnica de intimidação ou

⁴³³ SIMESTER, Andrew. VON HIRSCH, Andreas. **Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation.**, op. cit., pg. 11; O preceito parece semelhante a algumas teorias de prevenção geral, porém a mensagem expressa pela censura não é um incentivo à obediência legal posto por uma ameaça punitiva, pois consiste em um apelo direcionado aos cidadãos, os quais são tratados como indivíduos capazes de exercer considerações morais e entender o caráter ilícito da conduta. Um resultado de prevenção geral positiva decorrente de tal mensagem seria apenas um efeito colateral (VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., , pg. 51 e 52).

⁴³⁴ SIMESTER, Andrew. VON HIRSCH, Andreas. **Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation.**, op. cit., pg. 13 e 14; VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., pg. 50; Por exemplo, uma pena pecuniária e um imposto igualmente afetam o interesse financeiro de um agente, porém a primeira é mais que uma mera restrição patrimonial, pois contém uma reprovação da conduta incorrida e atribui o estigma de ser condenado como um criminoso. A rotulação de alguém como “criminoso” importa toda a ressonância e significado social desse termo, o qual é bem mais grave que atribuir a esse indivíduo o cometimento de um “ilícito advindo de uma infração cível” (*Tort*). Nesse aspecto, a condenação e a censura penal podem afetar drasticamente a participação do infrator na sociedade (Ibidem, pg. 5; Idem).

⁴³⁵ VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., pg. 50; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions.**, op. cit., pg. 9; As propostas de Peter Frederick Strawson sobre a função moral da censura tiveram uma notável influência sobre essa teoria da pena (STRAWSON, Peter Frederick. STRAWSON, Peter Frederick. **Freedom and Resentment.** In STRAWSON, Peter Frederick (Ed.). *Freedom and Resentment and Other Essays*. Londres: Methuen Publishing Ltd., 1974, pg. 1).

⁴³⁶ VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., pg. 50; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions.**, op. cit., pg. 10.

⁴³⁷ Idem; Idem.

⁴³⁸ Por exemplo, pessoas “vitimadas” por catástrofes naturais (VON HIRSCH, Andreas. **Review of Nils Christie “Limits to Pain”.** In *Crime and Delinquency*, Vol. 28, 1982, pg. 315 a 318; CHRISTIE, Nils. **Limits to Pain.** Oslo: Universitetsforlaget, 1981).

⁴³⁹ VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., , pg. 50; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions.**, op. cit., pg. 10.

⁴⁴⁰ Ibidem, pg. 50 e 51; Idem.

adestramento de animais⁴⁴¹. A incidência do ato punitivo sobre o infrator seria apenas externa, pois a censura visaria proporcionar uma introspecção sobre o crime, porém não almejaria provocar uma determinada reação no apenado⁴⁴². A censura penal expressaria um juízo normativo facilmente inteligível sobre a ilicitude da conduta e seria justificada em virtude de ser eticamente adequada, pois abordaria o infrator e os demais cidadãos como agentes moralmente capazes⁴⁴³.

O conteúdo expresso pela censura penal não seria limitado a desaprovação de uma violação à norma jurídica, pois seria direcionado à “substância da ilicitude” (*Substanz des Unrechtmäßigen*) da conduta incorrida pelo agente⁴⁴⁴. A censura penal também reforçaria a fundamentação do Princípio da Culpabilidade, pois a ausência de culpa afastaria a necessidade de expressar censura em relação ao cometimento de certa conduta⁴⁴⁵. A censura realçaria ao Princípio da Proporcionalidade pelo Fato, pois o rigor da pena refletiria o grau de censura merecido pelo cometimento de certa conduta⁴⁴⁶.

A censura penal seria expressa pela imposição de uma privação ao infrator⁴⁴⁷. O elemento secundário dessa formulação teórica seria pautado por reflexões sobre as funções de censura e prevenção criminal da pena⁴⁴⁸. O fundamento para infligir um mal sobre alguém seria derivado da censura penal, pois um reproche meramente verbal ou simbólico seria insuficiente para expressar a seriedade da reprovação que recai sobre a conduta do agente⁴⁴⁹. Uma demonstração de reprovação que seja crível e coadunada com os padrões morais das

⁴⁴¹ VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., , pg. 51.

⁴⁴² Idem; A censura não visa induzir nenhuma reação específica, pois sua abordagem não se trata de uma “teoria de penitência”, tal como a desenvolvida por Antony Duff (Idem); VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions.**, op. cit., pg. 10.

⁴⁴³ VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., , pg. 51 e 52; O conceito de censura seria orientado pela culpa do agente e já integraria o discurso moral atual, porém não recorreria a imprecisas metáforas sobre a reafirmação do ordenamento moral ou jurídico, tal como as formulações retributivistas (Ibidem, pg. 52).

⁴⁴⁴ Ibidem, pg. 52 e 53; Esse modelo também teria uma função crítica, pois ele somente justificaria a criminalização de condutas que sejam censuráveis, ou seja, crimes cujo núcleo do tipo penal pode ser caracterizado como tal. Por exemplo, uma lesão dolosa cometida contra alguém (roubo ou agressão), a criação de um risco injustificável de lesionar alguém (dirigir sob efeito de substância entorpecente) ou a violação de deveres comunitários fundamentais (evasão fiscal). Essa proposição abre espaço para a descriminalização de condutas que não sejam mais consideradas como repreensíveis (Idem).

⁴⁴⁵ Ibidem, pg. 53.

⁴⁴⁶ Ibidem, pg. 53 e 54; A pena seria determinada pela gravidade do delito em decorrência de haver um vínculo entre a “medida da pena” (*Strafmaß*) e a censura penal (Ibidem, pg. 54).

⁴⁴⁷ Ibidem, pg. 53 e 54.

⁴⁴⁸ Idem.

⁴⁴⁹ Idem; KLEINIG, John. **Punishment and Moral Seriousness.** op. cit., pg. 401 a 405.

modernas sociedades ocidentais pressuporia a imposição de uma privação ao infrator⁴⁵⁰. Além de expressar censura sobre a conduta do agente, a pena teria uma manifesta função de desencorajar infratores potenciais⁴⁵¹. Ao redigir um novo tipo penal, o estado prescreveria uma ameaça legal para uma conduta, pois estabeleceria que certa forma de agir é proibida e que os transgressores de tal vedação serão punidos⁴⁵². Essa ameaça legal explicitamente desencorajaria os indivíduos a incorrem na conduta proscrita⁴⁵³. A inflicção de um mal teria uma função preventiva, pois proporcionaria uma “razão prudencial” (*prudential reason*) para que todos evitem cometer delitos⁴⁵⁴. A pena expressaria censura através da inflicção de um mal, ou seja, manifestaria reprovação moral através de um meio que fornece um motivo adicional para os indivíduos não delinquirem⁴⁵⁵. O ato punitivo congregaria uma função de censura e outra preventiva, pois expressaria reprovação moral em relação ao crime e desencorajaria o futuro cometimento de tal conduta⁴⁵⁶. A censura penal seria o fundamento para a inflicção de um mal ao infrator, isto é, o elemento consequencialista estaria subsumido ao deontológico⁴⁵⁷.

⁴⁵⁰ VON HIRSCH. Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., pg. 54; As sociedades em que existe uma instância ou figura superior, tal como um “alto-sacerdote” (*Hohepriester*), apta a proferir uma reprovação moral suficientemente contumaz prescindiriam de ter que infligir um mal sobre o transgressor (Ibidem, pg. 54 e 55).

⁴⁵¹ Ibidem, pg. 55.

⁴⁵² Idem; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions.**, op. cit., pg. 12.

⁴⁵³ Idem; Idem; Essa ideia reconduziria ao tópico da prevenção geral negativa e a pena. Apesar de as formulações teóricas unicamente baseadas na dissuasão tratarem infratores potenciais como agentes incapazes de agir moralmente, uma concepção punitiva baseada na censura penal não excluiria a possibilidade de desencorajar indivíduos através do ato punitivo. Além disso, deve ressaltar-se que o termo “desencorajar” (*entmutigen*) não implicaria uma submissão ao comando legal motivada pelo temor do mal infligido pela pena, ou seja, não seria um sinônimo do verbo “dissuadir” (*abschrecken*) (VON HIRSCH. Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., pg. 55 e 56).

⁴⁵⁴ VON HIRSCH. Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., pg. 55; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions.**, op. cit., pg. 12; SIMESTER, Andrew. VON HIRSCH, Andreas. **Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation.**, op. cit., pg. 14; A razão prudencial estaria relacionada a razão normativa expressa pela censura penal (VON HIRSCH. Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., pg. 55).

⁴⁵⁵ VON HIRSCH. Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., pg. 55; Esse argumento toma os Seres Humanos como moralmente capazes de responder aos apelos normativos, porém não ignora a falibilidade humana, pois os indivíduos também são suscetíveis a ignorar tais rogativas. A concepção de natureza humana exposta requer um modelo punitivo que considere a capacidade individual de refletir e decidir moralmente e também sirva para desencorajar eventuais propensões ao cometimento de condutas proscritas (Ibidem, pg. 56; SIMESTER, Andrew. VON HIRSCH, Andreas. **Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation.**, op. cit., pg. 14 e 15).

⁴⁵⁶ VON HIRSCH. Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., pg. 56 e 57.

⁴⁵⁷ Ibidem, pg. 57; Essa concepção penal possibilita abdicar de uma prática punitiva desnecessária para promover a prevenção criminal. Por exemplo, em uma sociedade notabilizada pela baixa incidência de crimes graves em virtude de um elevado desenvolvimento socioeconômico, a aplicação de sanções sociais informais e regulamentações cíveis seriam suficientes para controlar a incidência criminal. Um dos elementos da pena, a inflicção de um mal, perderia seu propósito. Essa sociedade poderia manter uma forma oficial de expressar a

A conexão entre a censura e a inflicção de um mal seria importante para fundamentar o Princípio da Culpabilidade e também demonstrar que a inclusão de elementos preventivos não comprometeria a aplicação de tal princípio, tal como nas formulações exclusivamente consequencialistas⁴⁵⁸. A prevenção criminal estaria relacionada à inflicção de um mal, cuja função primária seria expressar a censura em relação ao crime⁴⁵⁹. A censura penal somente seria justificada se o apenado efetivamente tiver delinquido⁴⁶⁰. O elemento preventivo estaria condicionado a uma censura justa e apropriada à conduta do agente⁴⁶¹. O Princípio da Proporcionalidade pelo Fato também seria aplicável, pois a pena implicaria infligir ao infrator um mal que expresse o grau de desaprovação da conduta incorrida, ou seja, a intensidade do ônus punitivo refletiria a gravidade do delito⁴⁶².

2.2.2.c. Christopher Bennett

Trata-se de uma teoria retributiva, na qual finalidade da pena seria condenar “ilícitos morais” (*moral wrongs*) ao invés de tentar propiciar benefícios sociais posteriores⁴⁶³. A teoria seria baseada em três argumentos, o Ritual de Desculpa, a Penitência e o Direito a Ser Punido⁴⁶⁴.

O argumento do Ritual de Desculpa estabelece que um estado decente necessitaria de uma instituição reprobatória⁴⁶⁵. A instituição deve ser retributiva ao infligir um mal sobre um agente e ao fundamentar a imposição desse ônus na necessidade de lidar seriamente com transgressões⁴⁶⁶. O tradicional preceito retributivo que baseia a pena no ultraje provocado

desaprovação de determinadas condutas, porém a pena, constituída pela censura expressa a inflicção de um mal, seria desnecessária (Ibidem, pg. 58; SIMESTER, Andrew. VON HIRSCH, Andreas. **Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation.**, op. cit., pg. 15; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions.**, op. cit., pg. 14).

⁴⁵⁸ VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., pg. 57 a 59; SIMESTER, Andrew. VON HIRSCH, Andreas. **Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation.**, op. cit., pg. 8, 9 e 15; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions.**, op. cit., pg. 13 e 14.

⁴⁵⁹ VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., pg. 59; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions.**, op. cit., pg. 13 e 14.

⁴⁶⁰ Idem; Idem.

⁴⁶¹ Idem; Idem.

⁴⁶² Idem; Ibidem, pg. 15.

⁴⁶³ BENNETT, Christopher. **Précis of The Apology Ritual.** In *Teorema*, Vol. XXXI/2, 2012, pg. 74; A teoria foi primeiramente proposta pelo autor na seguinte obra: BENNETT, Christopher. **The Apology Ritual: A Philosophical Theory of Punishment.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008. Essa abordagem utilizou uma versão mais recente da proposta: BENNETT, Christopher. **Précis of The Apology Ritual.**, op. cit., pg. 73 a 83.

⁴⁶⁴ BENNETT, Christopher. **Précis of The Apology Ritual.**, op. cit., pg. 74.

⁴⁶⁵ Idem.

⁴⁶⁶ Idem.

pelo crime não seria utilizado nessa formulação⁴⁶⁷. O argumento pressupõe que o delinquente interessado em responder apropriadamente deve assumir encargos como uma forma de reparar o crime cometido⁴⁶⁸.

Uma forma de fundamentar a punição de infratores seria mostrar que a pena pode ser uma ideia desagradável, porém também é parte de algo incontroversamente positivo⁴⁶⁹. A ponderação conduziria ao argumento de que um tratamento sério e apropriado de delitos necessariamente envolveria a pena⁴⁷⁰. O consenso amplamente estabelecido dispõe que uma abordagem séria de condutas proscritas é um importante objetivo estatal⁴⁷¹. A pena seria fundamentada na necessidade de lidar com delitos com a seriedade apropriada e omiti-la poderia ser entendido como uma tolerância da delinquência⁴⁷².

Uma sociedade decente não toleraria a realização de certos malefícios contra os próprios cidadãos⁴⁷³. Essa sociedade seria organizada segundo valores que não estariam restritos à vida dos cidadãos, mas também ao ambiente, instituições sociais e as gerações vindouras⁴⁷⁴. Os cidadãos que compõem a sociedade seriam aqueles que devem promover e respeitar esses valores, ou seja, as condutas nocivas ao esforço de promover tais valores deveriam ser proibidas⁴⁷⁵. O raciocínio conclui pela necessidade de atribuir aos cidadãos a responsabilidade de não agir em contradição aos valores estimados pela sociedade⁴⁷⁶. A inércia da sociedade em salientar que certas condutas são proscritas ou intoleráveis entravaria a difusão de uma perspectiva que toma as responsabilidades atribuídas aos cidadãos como vinculantes⁴⁷⁷.

Percebe-se que deve haver uma instituição para expressar a censura em relação às condutas contrárias aos valores ostentados pela sociedade⁴⁷⁸. Essa constatação também suscitaria o questionamento sobre a necessidade de punir para censurar⁴⁷⁹. Inicia-se a resposta dessa indagação constatando que um ato condenatório deve ser simbolicamente adequado, ou

⁴⁶⁷ Idem.

⁴⁶⁸ Idem.

⁴⁶⁹ Ibidem, pg. 75.

⁴⁷⁰ Idem.

⁴⁷¹ Idem.

⁴⁷² Idem.

⁴⁷³ Ibidem, pg. 76.

⁴⁷⁴ Idem.

⁴⁷⁵ Idem.

⁴⁷⁶ Idem.

⁴⁷⁷ Idem.

⁴⁷⁸ Idem.

⁴⁷⁹ Idem.

seja, assumir uma forma que tenha um significado de condenação⁴⁸⁰. A abordagem focaria na reação do agente que seria apropriada ao crime, tal como a “auto-culpa” (*self-blame*)⁴⁸¹. O infrator propriamente arrependido teria a motivação de corrigir o próprio malfeito⁴⁸². Essa constatação aduziria ao simbolismo para expressar condenação de uma forma proporcional⁴⁸³. Impor ao agente a realização de reparações expressaria a condenação de uma forma simbolicamente adequada⁴⁸⁴. Condena-se um crime como sendo de certa gravidade ao expressar como o infrator deveria sentir-se por tê-lo cometido⁴⁸⁵. O sucesso da empreitada punitiva não dependeria de o infrator realizar tais reparações por livre e espontânea vontade, pois o papel do estado seria apenas expressar censura⁴⁸⁶. O fato de o agente não ter adotado a motivação apropriada não eximiria o estado de censurá-lo pelo crime cometido⁴⁸⁷.

Caso o Ritual de Desculpa almejasse uma pena meramente comunicadora da reprovação oficial sobre certa conduta, o estado empregaria qualquer símbolo popularmente usado para demonstrar repúdio⁴⁸⁸. O Ritual da Desculpa ambiciona mais do que uma mera comunicação e sustenta que a não-condenação de delitos⁴⁸⁹ implicaria na aquiescência de tais condutas⁴⁹⁰. Os símbolos condenatórios não poderiam ser somente os usados pelo povo, pois também deveriam incluir aqueles que efetivamente dissociam os indivíduos de uma conduta proscrita⁴⁹¹. A Penitência seria uma escolha promissora para tal empreitada, conforme já teria sido demonstrado por aqueles que aceitaram a tal empreitada⁴⁹². Os indivíduos “penitentes” teriam percebido a experiência como uma forma de dissociar-se das condutas previamente incorridas⁴⁹³.

O argumento da Penitência é necessário para explicar o porquê de “reparações penitenciais” (*penitential amends*) proporcionais ao ato praticado serem uma resposta apropriada ao delito⁴⁹⁴. O argumento explica a necessidade de submeter infratores a um tratamento específico, cujo objeto é promover uma resposta que considera o agente e o crime

⁴⁸⁰ Idem.

⁴⁸¹ Ibidem, pg. 77.

⁴⁸² Idem.

⁴⁸³ Idem.

⁴⁸⁴ Idem.

⁴⁸⁵ Idem.

⁴⁸⁶ Idem.

⁴⁸⁷ Idem.

⁴⁸⁸ Idem.

⁴⁸⁹ Sobretudo, os crimes de maior gravidade (Idem).

⁴⁹⁰ Ibidem, pg. 77 e 78.

⁴⁹¹ Ibidem, pg. 78.

⁴⁹² Idem.

⁴⁹³ Idem.

⁴⁹⁴ Ibidem, pg. 74.

de forma apropriadamente séria⁴⁹⁵. Além disso, o argumento expõe que a demanda por uma penitência seria algo conveniente para o infrator⁴⁹⁶.

A penitência consistiria em um indivíduo retirar a própria “dignidade” (*goodwill*)⁴⁹⁷. O infrator que retira a própria dignidade estaria reagindo de forma apropriada ao crime cometido⁴⁹⁸. A penitência seria uma internalização dessa reação e demonstraria que o agente aceita ser responsabilizado pelo próprio ato⁴⁹⁹. Essa perspectiva seria embasada pela presunção de relações sociais terem valor por fazerem a vida boa e vantajosa e serem parcialmente estruturadas na sujeição a certas responsabilidades⁵⁰⁰. A observância de padrões de responsabilidade seria um fator constitutivo para certos relacionamentos⁵⁰¹. A violação de tais padrões tornaria incerta a subsistência de tal interação⁵⁰². Um determinado relacionamento poderia ser aferido pela existência de “marcas de reconhecimento” (*marks of recognition*), isto é, formas distintas de tratamento entre os indivíduos⁵⁰³. Indaga-se sobre o proceder adequado na eventualidade desses padrões serem violados⁵⁰⁴. A intuição retributiva básica seria não permanecer em bons termos com a pessoa que incorreu na violação, pois agir de forma contrária implicaria compactuar ou aquiescer com tal conduta⁵⁰⁵. Os padrões do relacionamento seriam alterados até o agente admitir a falha com as próprias responsabilidades e a reprovação moral da transgressão seria essencialmente expressa pela retirada (parcial e temporária) das marcas de reconhecimento anteriormente atribuídas ao infrator⁵⁰⁶.

⁴⁹⁵ Idem.

⁴⁹⁶ Ibidem, pg. 75; O fato de a penitência ser favorável ao infrator requer uma especificação e defesa de certa concepção de identidade e responsabilidade (Idem).

⁴⁹⁷ Ibidem, pg. 78; O termo inglês originalmente usado pelo autor é “boa-vontade” (*goodwill*). A utilização do termo “dignidade” seria mais fidedigna ao sentido original. Por exemplo, Peter Königs usa o termo “*dignity*” ao invés de “*goodwill*” para abordar a teoria da pena elaborada por Christopher Bennet: KÖNIGS, Peter. **The Expressivist Account of Punishment, Retribution, and the Emotions.**, op. cit., pg 1034.

⁴⁹⁸ BENNETT, Christopher. **Précis of *The Apology Ritual***. op. cit., pg. 78.

⁴⁹⁹ Idem.

⁵⁰⁰ Idem.

⁵⁰¹ Idem.

⁵⁰² Idem.

⁵⁰³ Idem.

⁵⁰⁴ Ibidem, pg. 78 e 79.

⁵⁰⁵ Ibidem, pg. 79.

⁵⁰⁶ Idem; A conduta perante o indivíduo que viola as próprias responsabilidades em um relacionamento não seria uma comunicação orientada ao futuro, mas uma expressão orientada ao passado. O objetivo almejado não seria comunicar ao infrator a reprovação da conduta incorrida. Caso fosse esse o objetivo, a questão seria contingente. Inclusive, caberia indagar se retirar as marcas de reconhecimento seria a forma mais apropriada para comunicar ao agente o repúdio pela conduta incorrida. Por outro lado, indagar se uma resposta pautada pela retirada das marcas de reconhecimento seria justa em face da gravidade do malfeito não consistiria em uma questão contingente. A colocação implica dizer que a “culpa” (*blame*) não seria essencialmente comunicativa, mas faria parte de um vasto âmbito de comportamentos expressivos, tais como pedir desculpas, demonstrar gratidão, lamentar, exibir alegria etc (Idem).

Um transgressor que aceite a reprovação expressa por outros removeria as próprias marcas de reconhecimento, pois sentiria impossível ter auto respeito ou ser merecedor de um bom tratamento⁵⁰⁷. A condição experimentada por esse indivíduo seria exteriorizada pelo sentimento de culpa, o qual proporcionaria uma sensação de auto-alienação ou auto-deterioração⁵⁰⁸. Um infrator moralmente culpado poderia se sentir compelido a aceitar uma penitência, pois não poderia estar em paz até ter lidado plenamente com o próprio malfeito⁵⁰⁹. Esse argumento propõe que a imposição de reparações penitenciais seria uma simbolização adequada do penar que um malfeitor deve sentir⁵¹⁰. Um “infrator virtuoso” (*virtuous offender*) se sentiria compelido a empreender esforços na correção do próprio ato⁵¹¹.

O argumento do Direito a Ser Punido sustenta que existe um dever da coletividade em considerar os infratores como responsáveis pelos próprios atos⁵¹². Essa prática é essencial para que esses indivíduos sejam tratados como capazes, independentes e inseridos em um relacionamento⁵¹³. As respostas retributivas seriam percebidas como uma maneira de levar o infrator a sério, pois tomar uma ação como um delito implicaria atribuí-la a um agente sobre o qual recaem demandas de conduta⁵¹⁴. O argumento da Penitência esclareceu que a responsabilização faria o criminoso ser visto como um membro de um relacionamento violado e que as respostas retributivas poderiam reinserir esse indivíduo no convívio comprometido pela transgressão⁵¹⁵. Essa constatação seria o fundamento de o último argumento aludir a um Direito a Ser Punido⁵¹⁶.

Indaga-se se uma resposta não retributiva frente ao malfeito cometido e o estabelecimento de um diálogo com o infrator, cujo objetivo seria engajá-lo em considerações sobre o caráter errôneo do ato, não seria uma forma mais apropriada de inclusão em uma interação social⁵¹⁷. A resposta dessa indagação implica traçar uma distinção entre dois tipos de agente: o primeiro é capaz de aprender e ajustar a própria conduta conforme o aprendizado; o segundo é um membro independentemente funcional de um relacionamento e

⁵⁰⁷ Ibidem, pg. 80.

⁵⁰⁸ Idem.

⁵⁰⁹ Idem.

⁵¹⁰ Idem.

⁵¹¹ Idem.

⁵¹² Ibidem, pg. 75.

⁵¹³ Idem.

⁵¹⁴ Ibidem, pg. 80.

⁵¹⁵ Idem.

⁵¹⁶ Idem.

⁵¹⁷ Ibidem, pg. 81 e 82.

é capaz de autonomamente reconhecer e agir conforme as próprias responsabilidades⁵¹⁸. O primeiro seria incluído na categoria dos “aprendizes” (*apprentices*), pois seria capaz de aprender ao ser orientado⁵¹⁹. O segundo seria incluído na categoria dos “praticantes qualificados” (*qualified practitioners*), pois a expectativa razoável seria que esses indivíduos agissem de forma independente⁵²⁰.

A distinção aduz que o simbolismo existente na retirada das marcas de reconhecimento seria apropriado para os praticantes qualificados, porém seria inapropriado para os aprendizes. O simbolismo seria necessário para dialogar com o praticante qualificado, pois estabeleceria que cabe unicamente a esse indivíduo tomar as providências necessárias para reconhecer as próprias responsabilidades⁵²¹. O praticante qualificado que necessita de orientação deveria buscá-la por conta própria⁵²². O cometimento de um ilícito em virtude de não ter obtido a orientação necessária seria uma falha das responsabilidades atribuídas ao indivíduo designado como praticante qualificado⁵²³. O argumento do Direito a Ser Punido pontua a importância do status de praticante qualificado no âmbito das interações sociais⁵²⁴. O tratamento de praticante qualificado implicaria abordar um indivíduo como independente e capaz de reconhecer e atender as expectativas estabelecidas por um determinado relacionamento⁵²⁵. Ser reconhecido com um praticante qualificado implica ter um maior espaço para liberdade, privacidade, individualidade e criatividade⁵²⁶. A resposta apropriada à transgressão cometida por um praticante qualificado pressupõe retirar (parcial e temporariamente) as marcas de reconhecimento originalmente atribuídos a esse sujeito para evitar tolerar ou aquiescer com essa conduta⁵²⁷.

2.2.2.d. Tobias Zürcher

A pena seria fundamentada como uma “repreensão” (*Vorwurf*) de condutas que frustram expectativas e demandas básicas de indivíduos responsáveis integrantes de uma

⁵¹⁸ Ibidem, pg. 82.

⁵¹⁹ Idem.

⁵²⁰ Idem.

⁵²¹ Idem.

⁵²² Idem.

⁵²³ Idem.

⁵²⁴ Idem.

⁵²⁵ Idem.

⁵²⁶ Idem.

⁵²⁷ Idem.

comunidade moral⁵²⁸. A responsabilidade individual seria concebível em duas acepções, causal e moral⁵²⁹. A primeira permite atribuir certo fato a um indivíduo, isto é, demonstrar que um resultado expressa a personalidade do agente⁵³⁰. A segunda pressupõe que a conduta ocorre em um ambiente social e está sujeita a parâmetros impessoais, os quais permitem que terceiros nutram expectativas de respeito e consideração em relação à conduta de um indivíduo⁵³¹. A responsabilidade moral seria um conceito essencialmente social, pois os indivíduos que podem ter expectativas recíprocas formam juntos uma comunidade moral⁵³². Tratar alguém como responsável significa abordá-lo como um membro da comunidade moral, ou seja, exigir a observância e medir a conduta desse indivíduo segundo os padrões vigentes⁵³³. O fato de poder agir moralmente, isto é, ser um “agente moral” (*moralische Akteur*), faz com que indivíduos sejam suscetíveis de ter responsabilidade e o status de “pessoa” (*Person*)⁵³⁴.

A repreensão seria um dos pilares da experiência moral cotidiana e o núcleo moral da prática penal⁵³⁵. O ato de repreender seria uma “atitude reativa participante” (*teilnehmenden reaktiven Einstellung*)⁵³⁶, a qual pode ser definida como a “reação humana natural perante a boa vontade, má vontade ou indiferença de outros perante nós, tal como demonstrado em suas atitudes e ações”⁵³⁷. Essas atitudes seriam aquelas adotadas nas relações cotidianas e dependeriam da percepção de um indivíduo sobre o outro⁵³⁸. O ressentimento seria uma atitude reativa e uma forma de repreender aquele que frustrou as demandas e expectativas básicas de conduta, pois essa pessoa deveria ter agido segundo um grau razoável de boa vontade e consideração pelo outro⁵³⁹.

⁵²⁸ ZÜRCHER, Tobias. **Legitimation von Strafe: Die expressiv-kommunikative Straftheorie zur moralischen Rechtfertigung von Strafe.**, op. cit. pg. 34 a 36, 81 a 83.

⁵²⁹ Ibidem, pg. 85.

⁵³⁰ Idem.

⁵³¹ Idem.

⁵³² Idem.

⁵³³ Idem.

⁵³⁴ Ibidem, pg. 86 e 87.

⁵³⁵ Ibidem, pg. 83.

⁵³⁶ Ibidem, pg. 95 e 96.

⁵³⁷ STRAWSON, Peter Frederick. **Freedom and Resentment.** In WATSON, Gary (Ed.). *Free Will.* Oxford: Oxford Publishing Press, 2003, pg. 84; O termo alemão destacado foi traduzido do original em inglês “atitude reativa participante” (*participant reactive attitude*) (Idem).

⁵³⁸ ZÜRCHER, Tobias. **Legitimation von Strafe: Die expressiv-kommunikative Straftheorie zur moralischen Rechtfertigung von Strafe.**, op. cit., pg. 95 e 96.

⁵³⁹ Idem; STRAWSON, Peter Frederick. **Freedom and Resentment.**, op. cit., pg. 80.

A repreensão não poderia ser entendida como um mero juízo sobre o caráter errôneo da conduta, pois também faria referência a um componente emocional⁵⁴⁰. As emoções implicadas seriam qualificadas como emoções morais, pois não poderiam ocorrer sem o referido juízo de desvalor⁵⁴¹. Uma atitude reativa passaria a ser “participante” por demonstrar desrespeito pelos demais envolvidos, ou seja, consistir na expressão de uma interação moral⁵⁴². A repreensão teria uma natureza relacional-comunicativa, pois não seria aplicável a um indivíduo em isolamento ou a alguém incapaz de entendê-la⁵⁴³. A capacidade de entendimento não seria uma questão de inteligência, mas de “motivabilidade” (*Motivierbarkeit*) segundo as demandas e expectativas básicas de conduta⁵⁴⁴.

As pessoas não teriam demandas e expectativas unicamente voltadas para a forma como são tratadas pelos demais membros do convívio social⁵⁴⁵. As expectativas e demandas básicas de conduta também seriam direcionadas à terceiros, pois seria possível conceber um indivíduo que reage com indignação moral perante uma conduta sofrida unicamente por outrem⁵⁴⁶. Essas reações seriam as “atitudes reativas vicariantes” (*stellvertretend reaktiven Einstellung*)⁵⁴⁷. Nota-se a existência de uma rede de atitudes reativas interconectando todos os membros de um convívio social⁵⁴⁸.

A repreensão dependeria da existência de uma moral⁵⁴⁹. Haveria uma estreita relação entre a aceitação de uma moral e a demanda pela observância de tal concepção⁵⁵⁰. O fato de a moral ser relevante implicaria na repreensão por violá-la ser igualmente levada a sério⁵⁵¹. A comunidade moral seria primeiramente constituída através da existência de atitudes reativas⁵⁵². A reação perante o malfeito implicaria enxergar o opositor como um ser capaz de ter acesso aos fundamentos morais e apto a interpretar uma situação concreta como

⁵⁴⁰ ZÜRCHER, Tobias. **Legitimation von Strafe: Die expressiv-kommunikative Straftheorie zur moralischen Rechtfertigung von Strafe.**, op. cit., pg. 96.

⁵⁴¹ Idem.

⁵⁴² Idem; SHER, George. **In Praise of Blame.** Oxford: Oxford University Press, 2006, pg. 14.

⁵⁴³ ZÜRCHER, Tobias. **Legitimation von Strafe: Die expressiv-kommunikative Straftheorie zur moralischen Rechtfertigung von Strafe.**, op. cit., pg. 96; WALLACE, R. Jay. **The Argument from Resentment.** In *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 108, 2007, pg. 303.

⁵⁴⁴ ZÜRCHER, Tobias. **Legitimation von Strafe: Die expressiv-kommunikative Straftheorie zur moralischen Rechtfertigung von Strafe.**, op. cit., pg. 97.

⁵⁴⁵ Ibidem, pg. 99; STRAWSON, Peter Frederick. **Freedom and Resentment.**, op. cit., pg. 84.

⁵⁴⁶ Idem; Idem.

⁵⁴⁷ Idem; Idem; O termo alemão destacado foi traduzido do original em inglês “vicária” (*vicarious*) (Idem).

⁵⁴⁸ ZÜRCHER, Tobias. **Legitimation von Strafe: Die expressiv-kommunikative Straftheorie zur moralischen Rechtfertigung von Strafe.**, op. cit., pg. 99.

⁵⁴⁹ **Ibidem, pg. 105.**

⁵⁵⁰ Idem.

⁵⁵¹ Idem.

⁵⁵² Idem.

moralmente relevante⁵⁵³. A indignação seria essencial para manter um senso de comunidade moral⁵⁵⁴. Uma análise sobre as práticas de repreensão indica que as atitudes reativas seriam a base das interações morais e sociais e alicerçariam a atribuição de responsabilidade, estima e louvor entre os indivíduos⁵⁵⁵. Aqueles que são aptos a adotar atitudes reativas participantes seriam agentes morais e membros de uma comunidade moral⁵⁵⁶.

Uma pena que demonstra uma repreensão moral poderia expressar uma atitude reativa⁵⁵⁷. A punição de um infrator seria uma empreitada essencialmente moral, pois poderia ser tomada como um caso paradigmático de atribuição de responsabilidade⁵⁵⁸. A sentença criminal consistiria em uma crítica moral prolatada pelo poder público em face do indivíduo que perpetrou um delito⁵⁵⁹. A atribuição de responsabilidade moral por uma jurisdição seria uma função essencial da justiça criminal⁵⁶⁰. A pena seria uma forma de atitude reativa, cujo diferencial perante as demais é o fato de ser promovida pelo estado perante a violação de uma norma e ser regularmente conjugada com a inflicção de um mal⁵⁶¹. O ato de punir um criminoso expressaria uma atitude reativa, ou seja, a repreensão de um indivíduo que agiu de forma a merecer uma privação parcial da boa vontade dos demais membros da comunidade moral⁵⁶². A atitude reativa expressa pela pena seria vicária, pois seria promovida pelo estado, através de agentes públicos (juízes, promotores, etc), em nome do indivíduo que foi vitimado pela conduta repreendida⁵⁶³. O fato de ser imposta por um sujeito coletivo, o estado, faria da pena uma ação coletiva⁵⁶⁴.

⁵⁵³ Idem.

⁵⁵⁴ Idem; STERN, Lawrence. **Freedom, Blame, and Moral Community**. In *The Journal of Philosophy*. Vol. 71, 1974, pg. 79.

⁵⁵⁵ ZÜRCHER, Tobias. **Legitimation von Strafe: Die expressiv-kommunikative Strafrechtstheorie zur moralischen Rechtfertigung von Strafe.**, op. cit., pg. 125.

⁵⁵⁶ Idem; A repreensão seria uma prática moral que expressa a máxima kantiana em não tratar os demais indivíduos de forma puramente objetiva (Idem).

⁵⁵⁷ Ibidem, pg. 133.

⁵⁵⁸ Idem; TADROS, Victor. **Criminal Responsibility**. Oxford: Oxford University Press, 2005, pg. 71.

⁵⁵⁹ Idem; Ibidem, pg. 1.

⁵⁶⁰ Idem; Idem.

⁵⁶¹ ZÜRCHER, Tobias. **Legitimation von Strafe: Die expressiv-kommunikative Strafrechtstheorie zur moralischen Rechtfertigung von Strafe.**, op. cit., pg. 135; Deve ressaltar-se que a pena seria uma atitude reativa, porém nem toda atitude reativa seria uma pena (Idem).

⁵⁶² Ibidem, pg. 136; STRAWSON, Peter Frederick. **Freedom and Resentment.**, op. cit., pg. 90.

⁵⁶³ ZÜRCHER, Tobias. **Legitimation von Strafe: Die expressiv-kommunikative Strafrechtstheorie zur moralischen Rechtfertigung von Strafe.**, op. cit., pg. 137, 138 e 140.

⁵⁶⁴ Ibidem, pg. 141 e 142; Adota-se uma compreensão individualista da ação coletiva, isto é, a pena não seria executada pelo Estado ou por uma autoridade pública (como entidade), pois seria o resultado de ações comuns, individualmente realizadas por vários atores a serviço do estado, cujo objetivo final é a punição do infrator. Isto significa que a repreensão ao infrator não seria constituída por um único juiz durante a prolação da sentença condenatória (Ibidem, pg. 145).

A punição de um infrator criaria um fato social ao usar os preceitos de uma determinada convenção⁵⁶⁵ para atribuir responsabilidade⁵⁶⁶. A pena exteriorizaria a repreensão de uma conduta, porém a devida compreensão do conteúdo expresso pelo ato punitivo seria incerta⁵⁶⁷. Essa constatação seria problemática, pois a repreensão deve ser entendível pelo apenado⁵⁶⁸. O tratamento rígido implicado pela pena seria uma forma performativa de linguagem que constrói a realidade social⁵⁶⁹. O “tratamento rígido” (*harte Behandlung*) receberia um significado atribuído por uma convenção vigente, a qual também determinaria a relação entre as ações e a natureza repreensiva⁵⁷⁰. Nota-se a existência de duas questões pertinentes ao tratamento rígido: o que o constitui e como deve ser entendido em termos de repreensão⁵⁷¹. O primeiro questionamento seria respondido segundo as convenções vigentes, as quais conteriam a constituição de um tratamento rígido⁵⁷².

Em relação ao segundo questionamento, a escolha de um meio para expressar a repreensão deve considerar que o tratamento rígido seria um mal, independente do significado atribuído pelas convenções vigentes⁵⁷³. O objetivo da pena não seria a inflicção de um mal ao infrator, mas repreendê-lo de forma apropriada⁵⁷⁴. O meio expressivo escolhido deve ser adequado a uma repreensão condizente com o crime cometido, ou seja, o mal implicado pela pena não poderia ser maior do que o minimamente necessário para garantir que a repreensão seja inteligível pelo apenado⁵⁷⁵. A abolição do tratamento rígido deve ocorrer tão logo esse elemento seja desnecessário para expressar a repreensão de uma conduta⁵⁷⁶. Uma reação meramente verbal somente poderia significar uma repreensão apropriada em casos envolvendo delitos leves. Quanto mais grave a conduta do infrator⁵⁷⁷, mais limitadas serão as

⁵⁶⁵ As convenções seriam regras sociais procedimentais ou ritualísticas que estabelecem significado e eventualmente também direitos e obrigações. Elas seriam entendimentos intersubjetivos sobre a criação ou modificação de fatos sociais (Ibidem, pg. 154).

⁵⁶⁶ Ibidem, pg. 146 e 147.

⁵⁶⁷ Ibidem, pg. 147.

⁵⁶⁸ Ibidem, pg. 153 e 168.

⁵⁶⁹ Ibidem, pg. 152 e 153.

⁵⁷⁰ Ibidem, pg. 153.

⁵⁷¹ Idem.

⁵⁷² Idem.

⁵⁷³ Ibidem, pg. 156.

⁵⁷⁴ Ibidem, pg. 157.

⁵⁷⁵ Ibidem, pg. 156 e 157; Por exemplo, diante de três opções de tratamento rígido, igualmente aptas a serem entendidas pelo infrator como uma repreensão pelo do crime cometido, deve escolher-se a mais branda. A escolha de uma opção que não a mais a brande significaria a imposição de um tormento injustificado. Afinal, uma pena moralmente fundamentada não recorre a inflicção de um mal como uma bem intrínseco (Ibidem, pg. 156).

⁵⁷⁶ Ibidem, pg. 157.

⁵⁷⁷ Entenda-se que uma maior gravidade implicaria em uma violação mais incisiva das demandas e expectativas básica dos indivíduos inseridos na comunidade moral (Idem).

possibilidades de repreensão através de uma reação verbal⁵⁷⁸. As penas que implicam um tratamento rígido poderiam ser fundamentadas, caso as alternativas mais brandas não existam, sejam demasiadamente limitadas ou não possam ser imediatamente aplicadas⁵⁷⁹.

O fato de a repreensão ao infrator ser uma atitude reativa vicária acabaria por envolver outros destinatários, tal como a sociedade e a vítima⁵⁸⁰. A natureza vicária da repreensão afastaria uma fundamentação pautada somente pela vítima⁵⁸¹. A legitimidade da repreensão também não dependeria de convicções e emoções do indivíduo diretamente afetado pelo crime⁵⁸².

A pena fundamentada consistiria em uma atitude reativa vicária perante a frustração de demandas e expectativas básicas da vítima, ininteligível se expressa de uma forma mitigada e direcionada a um agente que pode ser responsabilizado pela própria conduta, ou seja, um membro da comunidade moral⁵⁸³.

2.2.2.e. Apreciação crítica

As formulações desse grupo conferem protagonismo ao infrator. Em termos de cometimento teórico, o fato de as maiores considerações serem direcionadas ao infrator parece moralmente questionável, pois deixa entrever que o perpetrador de um crime recebe mais deferência que a vítima de tal conduta. Apesar de proporem que a expressão penal seria parcialmente direcionada à vítima, as teorias desse grupo abordam o sujeito passivo como pertencente a um plano de importância secundária.

O “expressivismo intrínseco” de Igor Primoratz deixa dúvidas quanto ao destinatário principal da expressão penal, pois alguns trechos permitem concluir que seria o autor⁵⁸⁴ e outros que seria a sociedade⁵⁸⁵. Apesar de ser discutível quem seria o principal destinatário da pena, pode afirmar-se que não seria a vítima⁵⁸⁶.

⁵⁷⁸ Idem.

⁵⁷⁹ Ibidem, pg. 179.

⁵⁸⁰ Ibidem, pg. 175.

⁵⁸¹ Ibidem, pg. 178.

⁵⁸² Idem.

⁵⁸³ Ibidem, pg. 179 e 185.

⁵⁸⁴ DAVIS; Michael. **Punishment as Language.**, op. cit., pg. 200.

⁵⁸⁵ Ibidem, pg. 197; Bill Wringe também percebe essa ambiguidade na formulação de Igor Primoratz (WRINGE, Bill. **Rethinking expressive theories of punishment: why denunciation is a better bet than communication or pure expression.**, op. cit., pg. 685).

⁵⁸⁶ DAVIS; Michael. **Punishment as Language.**, op. cit., pg 200.

A teoria de Andreas von Hirsch aborda o sujeito passivo, pois afirma que uma das funções da censura penal seria reconhecer que o indivíduo afetado por um crime tem o status de vítima⁵⁸⁷. Trata-se de uma teoria que se destaca entre as demais desse grupo, porém ainda mantém a vítima em uma condição de expectador.

A proposta do Ritual da Desculpa demonstra uma parca consideração pela vítima. Inclusive, Christopher Bennett não omite a exígua abordagem sobre a vítima, salientando que deixa em aberto a possibilidade de acertos compensatórios ou mediações entre os sujeitos passivo e ativo, pois considera que o propósito fundamental da penitência coercitiva imposta pelo estado seria a condenação do infrator⁵⁸⁸.

Para Tobias Zürcher, o interesse das vítimas, tanto reais quanto potenciais, não poderia ser o único fundamento de uma resposta apropriada ao crime⁵⁸⁹. A pena poderia ser fundamentada até em casos, cuja vítima real é inexistente, ou em situações em que o sujeito passivo não demonstra interesses punitivos⁵⁹⁰. A referência à vítima seria decorrente de um intento estatal em expressar a repreensão adequada ao infrator⁵⁹¹.

Além de fundamentarem o ato punitivo como uma expressão principalmente direcionada ao infrator, as teorias desse grupo descrevem a pena como composta por um elemento de reprovação moral e outro que consiste na imposição de um ônus punitivo. O grau de reprovação moral seria expresso pela intensidade do ônus imposto ao perpetrador de uma conduta criminosa. Em relação aos crimes com vítima, a pena pressupõe que um indivíduo tenha sido diretamente afetado por uma conduta ilícita imputável a um terceiro. Os parâmetros utilizados para aferir a necessidade de uma maior ou menor gradação reprobatória acabam por envolver a vítima, ou seja, esse indivíduo contribuiria para determinar o conteúdo moral a ser expresso através do ônus punitivo.

Apesar de ter uma inegável relevância para a mensuração da pena, deve admitir-se que a vítima seria abordada em condição de passividade. Além de permanecer inerte durante a mensuração da pena, a vítima seria um receptor secundário do conteúdo expresso através do ato punitivo. As formulações abordadas deixam entrever uma “instrumentalização”, pois a vítima seria considerada apenas para balizar a censura penal, porém, não teria uma

⁵⁸⁷ VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., pg. 50; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions.**, op. cit., pg. 10.

⁵⁸⁸ BENNETT, Christopher. **Replies to My Commentators.** In *Teorema*, Vol. XXXI/2, 2012, pg. 160 a 162.

⁵⁸⁹ ZÜRCHER, Tobias. **Legitimation von Strafe: Die expressiv-kommunikative Straftheorie zur moralischen Rechtfertigung von Strafe** Ibidem, pg. 177.

⁵⁹⁰ Ibidem, pg. 178.

⁵⁹¹ Idem.

participação ativa na determinação de tal conteúdo moral. O fato de a reprovação ser expressa através do ônus punitivo permite inferir que a vítima é privada de opinar sobre a dimensão moral do ato que sofreu.

2.2.3. Terceiro grupo

As teorias desse grupo seriam alinhadas com a tradição filosófica teleológica. O destinatário da pena seria o infrator. A função do ato punitivo seria comunicativo-teleológica. As formulações de Robert Nozick⁵⁹², Herbert Morris e Antony Duff podem ser elencadas como paradigmas desse grupo.

2.2.2.a. Robert Nozick

Essa teoria da pena tem uma tonalidade retributiva, pois dispõe que o infrator merece ser punido em virtude do ato praticado⁵⁹³. A pena retributiva seria um ato de comunicação comportamental, pois impor ao infrator o infortúnio cometido contra a vítima seria a forma mais intensa de expor e significar o caráter errôneo do crime perpetrado⁵⁹⁴. A pena seria imposta a um infrator com o intuito de fazê-lo perceber o porquê de estar sendo punido e demonstrar-lhe que foi intencional que percebesse o ato punitivo de tal forma⁵⁹⁵. Essa

⁵⁹² Antony Duff e Bill Wringer também associam Robert Nozick com essas formulações (WRINGER, Bill. **Rethinking expressive theories of punishment: why denunciation is a better bet than communication or pure expression.**, op. cit., pg. 689, Nota de Rodapé nº 29; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 48)

⁵⁹³ NOZICK, Robert. **Philosophical Explanations.** Cambridge: Harvard University Press, 1981, pg. 363; A pena merecida seria calculada pela fórmula " $r \times H$ ". O " r " seria o grau de responsabilidade do agente e o " H " seria a dimensão da ilicitude do ato. O fator " r " variaria entre " 1 " (*responsabilidade total*) e " 0 " (*nenhuma responsabilidade*) e incluiria valores numéricos intermediários para representar a responsabilidade parcial pelo ato; Menciona-se que essa formulação pressupõe a combinação de uma teoria da pena e uma teoria da compensação. A abordagem da segunda teoria é intencionalmente postergada, mas é esclarecido que tal formulação complementa a primeira, pois pressupõe-se que o infrator seja compelido a realizar uma compensação pautada pelo grau de causação dos malefícios impostos à vítima. Acrescenta-se que a compensação não é balizada pelo grau de responsabilidade quanto ao ato praticado. Por exemplo, uma conduta acidental não decorrente de negligência que danifica uma propriedade alheia. Esse tipo de situação implica atribuir " $r = 0$ " ao ato praticado pelo autor, ou seja, ele deve pagar uma compensação ao proprietário lesado, mas não merece ser punido (Ibidem, pg. 363 a 365).

⁵⁹⁴ Ibidem, pg. 370 e 371.

⁵⁹⁵ Ibidem, pg. 369 e 370; A retribuição é descrita segundo uma estrutura *griceana* composta por nove condições e pode ser exposta (em seu cenário mais satisfatório) da seguinte forma: 1) Alguém crê que o ato A de S tem um certo grau de ilicitude; 2) e impõe sobre S uma penalidade; 3) que é determinada pela ilicitude H do ato A , ou por " $r \times H$ "; 4) pretendendo que a penalidade seja imposta pelo ato ilícito A ; 5) e em virtude da ilicitude do ato A ; 6) pretendendo que S saiba que a penalidade foi imposta por ele ter cometido o ato A ; 7) e em virtude da ilicitude de A ; 8) por alguém que pretendeu que a penalidade seja mensurada e imposta pela ilicitude do ato A ; 9) e que pretendeu que S reconheceria (era esperado que ele reconhecesse) que a penalidade foi imposta sobre ele de modo a satisfazer as condições 1 – 8 e, sendo assim, estão satisfeitas as condições de 1 – 9 (Idem); A influência de Herbert Paul Grice é percebida ao longo dessa seção do livro de Robert Nozick. Por exemplo, à página 370, menciona as seguintes obras; GRICE, Herbert Paul. **Utterer's Meaning and Intentions.** In *Philosophical*

premissa apresentaria restrições, pois a pena almejaria ser suficiente para fazer o infrator perceber o caráter errôneo do crime⁵⁹⁶. A eventual impossibilidade de inculcar tal percepção através de uma pena representaria um óbice à concretização de tal objetivo⁵⁹⁷. Por exemplo, punir com equivalência retributiva⁵⁹⁸ um homicídio ou um crime simetricamente consensual, no qual os envolvidos já experimentaram os efeitos da conduta reprimida⁵⁹⁹. A possibilidade de o criminoso universalizar o caráter de uma conduta ou traçar uma distinção entre a própria situação e aquela vivenciada pela vítima também seriam empecilhos ao raciocínio retributivista⁶⁰⁰. Essa constatação afetaria as formulações teóricas baseadas no “retributivismo teleológico” (*teleological retributivism*), isto é, aquelas que concebem a pena com uma equivalência retributiva, pois pressuporia que o infrator tem a capacidade de perceber o caráter errôneo do crime ao ser confrontado com tal ato, ou seja, o argumento dependeria de uma suposição sobre aquilo que um indivíduo irá ou poderá perceber ao ser punido⁶⁰¹. Uma teoria da pena baseada no retributivismo teleológico seria excessivamente otimista, pois

Review, Vol. 78, 1969, pg. 147 à 177; GRICE, Herbert Paul. **Logic and Conversation**. In *William James Lectures*. Cambridge: Harvard University Press, 1967; GRICE, Herbert Paul. **Meaning**. In *Philosophical Review*, Vol. 66, 1957, pg. 377 à 388.

⁵⁹⁶ NOZICK, Robert. **Philosophical Explanations**, op. cit., pg. 372.

⁵⁹⁷ Idem.

⁵⁹⁸ Idem; Uma pena com “equivalência retributiva” (*retributive matching*) prescreverá que seja imposto ao infrator um “*H*” equivalente ao malfeito cometido no caso de ser “*r = I*” (Ibidem, pg. 364).

⁵⁹⁹ Ibidem, pg. 371.

⁶⁰⁰ Idem; Para maiores detalhes sobre os conceitos “universalizar” e “diferenciar”, recomenda-se a leitura da obra citada por Robert Nozick: HARE, Richard Mervyn. **Freedom and Reason**. Oxford: Oxford University Press, 1963.

⁶⁰¹ NOZICK, Robert. **Philosophical Explanations**, op. cit., pg. 371; Esse problema pode ser demonstrado nos seguintes exemplos: um infrator que renega drasticamente os valores da comunidade moral, tem a capacidade de entendimento minada por uma deficiência mental ou ainda percebe o caráter errôneo de própria conduta sem precisar ser punido. Essas situações possibilitariam considerar o uso de uma pena dissuasiva, pois tal concepção punitiva trataria todos como igualmente alheios a comunidade moral. Os retributivistas convictos seriam refratários a tal possibilidade, pois considerariam que uma teoria dissuasória da pena permitiria o uso instrumental do infrator. Esse receio ignoraria a possibilidade de compatibilizar os preceitos de teorias da pena dissuasórias e retributivistas. Por exemplo, submeter o criminoso ao uso instrumental através de uma pena dissuasiva retribuiria o seu merecimento de forma equivalente. Uma teoria retributiva teleológica deveria considerar se o objetivo justificaria as ações empregadas para alcançá-lo e refletir sobre alternativas menos inoportunas para atingir tal propósito. O caso sobre a punição de um malfeito inigualavelmente deplorável (por exemplo, Adolf Hitler) poderia contrariar o preceito exposto na última frase, pois teria o potencial de fazer um retributivista teleológico pender em favor do retributivismo não teleológico. O exercício proposto assumiria a existência de uma forma não tormentosa de fazer alguém perceber plenamente a gravidade de próprios atos e indaga ao retributivista teleológico se ele aceita essa abordagem como a mais apropriada para o referido malfeito. Deve admitir-se a dificuldade em visualizar a resposta para esse questionamento, pois pressuporia imaginar como é compreender o aspecto moral de um ato monstruoso e perceber a própria responsabilidade por tê-lo cometido. Avulta-se a possibilidade de tal malfeito constatar que o suicídio seria a única opção apropriada para o merecimento penal decorrente de tal ato, porém essa ação faria cessar a percepção do mal causado e, sob certo prisma, proporcionaria uma tranquilidade indigna ao agente. Esse exercício argumentativo possibilitaria apontar um critério para aferir o entendimento de um criminoso sobre o caráter moralmente aberrante do próprio ato. O critério seria uma conscientização que proporciona ao infrator um sofrimento comparável à pena com equivalência retributiva, pois experimentar o malfeito cometido proporcionaria ao infrator um conhecimento íntimo sobre como é o infortúnio causado pelo crime perpetrado (Ibidem, pg. 371, 372 e 373).

pressuporia a capacidade da pena de sempre induzir o malfeitor a perceber o caráter errôneo da própria conduta e torná-lo uma pessoa melhor⁶⁰². O retributivismo teleológico aduziria ao recebimento de uma mensagem reprobatória exposta por uma pena ser suficiente para convencer o destinatário sobre a veracidade de um conteúdo transmitido⁶⁰³. A pena retributiva teleológica transmitiria a evidência e o conteúdo da mensagem de forma conjunta⁶⁰⁴.

Em contraposição a variante teleológica, propõe-se uma teoria da pena que retributivista “não-teleológica” (*nonteleological*)⁶⁰⁵ que transmita separadamente o conteúdo e a evidência da mensagem reprobatória⁶⁰⁶. As consequências positivas almejadas por retributivistas teleológicos deixariam de ser uma condição para punir um infrator de forma justa, porém ainda seriam consideradas um bônus desejável que intensifica o objetivo da pena não-teleológica⁶⁰⁷. A pena visaria reconectar o malfeitor aos valores corretos, os quais foram afastados desse indivíduo pelo cometimento do crime⁶⁰⁸. Essa conexão não seria uma eventualidade desejada, mas algo efetuado pela pena retributiva⁶⁰⁹. A possibilidade de alguém cometer um crime seria decorrente de tais valores serem desprovidos de um poder causal autônomo e necessitarem de efetivação pela pena⁶¹⁰. Os valores deixariam de ser completamente ineficazes, pois seriam conectados diretamente ao infrator pela pena e passariam a ter alguma significância para a vida desse indivíduo⁶¹¹.

A pena retributiva deve conectar o infrator aos valores corretos e fazê-los incutir nesse indivíduo um efeito de significado igual ao descaso demonstrado pelo cometimento do crime⁶¹². A pena possibilitaria estabelecer uma comunicação pautada pelos valores corretos com o agente⁶¹³. Pode descrever-se três aspectos da vinculação comunicativa do infrator com os valores corretos: primeiro, o efeito de o indivíduo ser conectado com tais valores; segundo,

⁶⁰² Ibidem, pg. 372; Um defensor dessa teoria poderia aceitar a procedência da crítica, porém retrucar a impossibilidade de saber previamente em quais indivíduos a pena será efetiva para atingir os fins almejados. O argumento soa implausível, pois parece inverossímil crer que um adepto do retributivismo teleológico aceitaria a anistia de um infrator na eventualidade de ser possível prever que tal indivíduo não compreenderá o caráter errôneo da conduta após ser punido (Ibidem, pg. 372 a 374).

⁶⁰³ Ibidem, pg. 374; A proposição pode ser ilustrada ao dizer que a pena retributiva teleológica é análoga ao recebimento de um telegrama dizendo “você acabou de receber um telegrama” (Idem).

⁶⁰⁴ Idem.

⁶⁰⁵ Nota-se que Robert Nozick e Antony Duff usam o termo “teleológico” com conotações diferentes (DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 4, 45 a 47; NOZICK, Robert. **Philosophical Explanations.**, op. cit., pg. 374 a 376)

⁶⁰⁶ NOZICK, Robert. **Philosophical Explanations.**, op. cit., pg. 374.

⁶⁰⁷ Idem.

⁶⁰⁸ Idem.

⁶⁰⁹ Idem.

⁶¹⁰ Ibidem, pg. 375

⁶¹¹ Idem.

⁶¹² Ibidem, pg. 376 e 377.

⁶¹³ Idem.

esse efeito de conexão também incidir em quem aplica a pena; terceiro, a conexão com valores não ser reduzida a um efeito que incide sobre uma das partes, mas que ocorre entre elas⁶¹⁴. O efeito almejado por uma formulação teórica baseada no retributivismo não teleológico seria diferente daquele desejado pela contraparte teleológica, pois a pena defendida pela segunda concepção prezaria por uma transformação do malfeitor com base nos valores corretos⁶¹⁵. O retributivismo não-teleológico teria a expectativa de que a mensagem transmitida pela pena que faça o infrator perceber os erros e alterar a conduta, porém o fator principal da empreitada seria o ato punitivo proporcionar aos valores corretos algum significado na vida desse indivíduo⁶¹⁶. O retributivismo não-teleológico almejaria conectar o malfeitor com os valores corretos, porém o valor desse indivíduo impediria que tal conexão fosse buscada de forma isolada⁶¹⁷.

2.2.3.b. Herbert Morris

Essa teoria foi desenvolvida com base no elemento comunicativo da pena e no conceito de “paternalismo” (*paternalism*) como um ideal para formular um sistema punitivo⁶¹⁸. O paternalismo seria “*um fenômeno social prefigurado na situação universal e elementar de uma conduta parental solícita que tem suas raízes em nossa humanidade comum*”⁶¹⁹. A designação paternalista pressuporia o intento de expressar ao infrator que a imposição da pena decorre de uma conduta incorrida⁶²⁰. A pena seria consideravelmente distinta do conceito de vingança ou retaliação, pois seria um “ato comunicativo completo” (*complex communicative act*) destinado a propiciar um “benefício moral” (*moral good*) aos infratores potenciais e de fato⁶²¹.

O ato punitivo progressivamente instigaria os sentimentos de remorso, culpa apropriada ao malfeito, arrependimento, auto-perdão e proporcionar ao agente a concepção de

⁶¹⁴ Ibidem, pg. 379 e 380.

⁶¹⁵ Ibidem, pg. 375.

⁶¹⁶ Ibidem, pg. 375 a 377; Esse ponto deixa entrever uma semelhança entre as duas vertentes do retributivismo. Essa coincidência é explicada pelo fato de o retributivismo não teleológico pretender complementar (e não substituir) a vertente teleológica. O valor do apenado seria mantido em consideração ao observar a meta estabelecida pelo retributivismo teleológico (Ibidem, pg. 377 a 379).

⁶¹⁷ Ibidem, pg. 379.

⁶¹⁸ MORRIS, Herbert. *A Paternalistic Theory of Punishment.*, op. cit., pg. 263, 264 e 265.

⁶¹⁹ Ibidem, pg. 263; Herbert Morris nega o significado tradicional atribuído ao termo “paternalismo”, o qual seria “*primariamente focado em leis específicas, leis que proíbem ou requerem uma conduta e que, possivelmente, têm como sua única ou principal razão de existência o bem dos indivíduos a quem são dirigidas*” (Idem).

⁶²⁰ Ibidem, pg. 264.

⁶²¹ Ibidem, pg. 264 e 265.

ser um sujeito responsável⁶²². O benefício moral a ser propiciado seria a transformação do apenado em “*um indivíduo autônomo livremente afeiçoado àquilo que é bom, àquelas relações com os outros que sustentam e dão sentido a vida*”⁶²³. A pena imposta serviria para “*mediar os esforços do malfeitor em entender o pleno significado da conduta proscrita, o significado da pena imposta, e o significado de aceita-la*”⁶²⁴.

2.2.3.c. Antony Duff

O termo “comunicativa” seria o mais apropriado para designar essa teoria, pois descreve uma atividade racional e pressupõe indivíduos capazes de entendimento mútuo, isto é, toma o destinatário da mensagem expressa pelo ato punitivo como um agente racional, moralmente responsável e capaz de ser mais que um receptor passivo de um conteúdo expresso por outrem⁶²⁵. A pena seria uma forma de persuasão e reforma do infrator, pois visaria estabelecer um canal comunicativo apto a proporcionar-lhe uma sincera introspecção sobre o caráter errôneo do crime perpetrado⁶²⁶.

⁶²² Ibidem, pg. 265.

⁶²³ Ibidem, pg. 265 e 266.

⁶²⁴ Ibidem, pg. 266.

⁶²⁵ DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2003)., op. cit., pg. 388; DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2001)., op. cit., pg. 79 e 80; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 32 e 33; DUFF, Antony. **Alternatives to Punishment – or Alternative Punishments.**, op. cit., pg. 51; Essa é a razão de essa teoria ser designada como “comunicativa” ao invés de “expressiva” (Idem; Idem; Idem; Idem); O realce dessa questão terminológica não é explícito na obra publicada em 1986, pois é mencionado apenas que a pena deve preconizar uma comunicação com autor acerca do caráter errôneo do crime ao invés de ser um mero instrumento para expressar a condenação da conduta e comunica-la aos demais integrantes do convívio social (DUFF, Antony. **Trials and Punishments.**, op. cit., pg. 236 e 237). As demais obras citadas expressamente mencionam essa escolha terminológica.

⁶²⁶ DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 51 e 52; O enfoque no aspecto moral e comunicativo dessa teoria seria pautado pelo “comunitarismo” (*communitarianism*). O entendimento de Antony Duff sobre o “comunitarismo” e “liberalismo” está exposto de forma mais detalhada na obra: DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2001)., op. cit., pg. 35 a 75. Trata-se de uma concepção teórico-penal incompatível com as vertentes mais acirradas do “individualismo liberal” (*liberal individualism*). Essas abordagens tomariam as instituições e relações políticas como oriundas de um contrato social entre sujeitos interessados em garantir a própria individualidade perante os demais. O conceito metafísico de “pessoa” seria negado pelo comunitarismo, pois a ideia de um indivíduo passível de ser identificado e valorado fora de um contexto social seria inviável. O entendimento do ato punitivo como comunicação seria um ideal comunitarista, pois a pena seria uma forma de induzir uma autêntica reforma moral no infrator e reconduzi-lo a plena integração com a comunidade Destaca-se que essa teoria não visa justificar as penas implementadas pelos sistemas punitivos da atualidade. A proposta almejaria demonstrar um sistema ideal que possa ser usado como parâmetro para avaliar as práticas penais existentes. Essa teoria da pena pressupõe a existência de uma comunidade, cujos indivíduos têm interesse em zelar pela conduta dos demais membros em virtude de compartilharem um idioma, valores e forma de vida, ou seja, preceitos teóricos estranhos a uma visão liberal-individualista e contratual de estado e da sociedade (DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2003)., op. cit., pg. 391, 395 e 396).

O tratamento rígido contido na pena não seria uma mera demonstração de quão grave foi o delito perpetrado, mas um recurso para direcionar o foco do agente à própria conduta e fazê-lo compreender o caráter errôneo em agir de tal forma⁶²⁷. Além de ser uma comunicação de censura, a pena tencionaria obter uma resposta moral do infrator e proporcionar-lhe um “entendimento arrependido” (*repentant understanding*) em relação ao crime⁶²⁸. Após fazer o agente confrontar, entender e se arrepender do malfeito incorrido, a pena aprimoraria o comportamento moral desse indivíduo, pois a legítima compreensão do caráter errôneo de um crime implicaria no abandono futuro de tal conduta⁶²⁹. Pode afirmar-se que a pena seria análoga a uma “penitência secular” (*secular penance*)⁶³⁰.

Apesar de inicialmente imposta, a pena seria posteriormente aceita e desejada pelo infrator, pois expressaria o reconhecimento e repúdio perante o malfeito cometido⁶³¹. A plena aceitação do tratamento rígido implicado pela pena manifestaria o remorso do criminoso e a sinceridade do arrependimento⁶³². A pena também poderia proporcionar uma reconciliação do infrator com a vítima, os demais cidadãos ou a comunidade, pois expressaria que o autor aceita ser responsabilizado, renuncia veementemente ao malfeito e deseja restaurar as relações sociais danificadas⁶³³. O objetivo da pena seria propiciar um entendimento arrependido ao

⁶²⁷ DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 52.

⁶²⁸ Ibidem, pg. 53.

⁶²⁹ Idem; Essa abordagem punitiva seria vista em programas especiais direcionados aos perpetradores de crimes relacionados à violência sexual ou doméstica, pois o objetivo dessas iniciativas seria forçosamente confrontar o agente com a natureza dos próprios atos e induzi-lo em um reconhecimento do malfeito cometido. Esses programas teriam um nítido intento comunicativo, porém uma administração apropriada de penas convencionais, tais como serviço comunitário, multas, períodos probatórios e encarceramento, também poderiam servir ao mesmo propósito (Ibidem, pg. 52 e 53; DUFF, Antony. **Alternatives to Punishment – or Alternative Punishments.**, op. cit., pg. 55 a 62; DUFF, Antony. **Trials and Punishments.**, op. cit., pg. 246 a 262).

⁶³⁰ DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 52 e 53; DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2001)., op. cit., pg. 106 a 112; A locução “penitência secular” aparece na seguinte obra: DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2003)., op. cit., pg. 390. As demais obras usam apenas o termo “penitência” (*penance*).

⁶³¹ DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 53.

⁶³² Idem.

⁶³³ Ibidem, pg. 53 e 54; Essa concepção justificaria punir infratores já arrependidos, caso necessário para reforçar a nova condição moral do agente ou demonstrar a sinceridade de tal reforma perante a comunidade. A punição de malfeitores que seguramente não vão demonstrar arrependimento também seria justificada, pois haveria um dever de persistir na possibilidade de modificar a conduta desses indivíduos. Essa reforma comportamental somente seria permissível através de uma persuasão racional e moral do infrator. A pena imposta ao indivíduo abertamente rebelado contra os valores comunitários também poderia ser justificada, porém seria imprescindível a possibilidade de explicar-lhe a razão pela qual deve aceitar tais valores. A concepção penal também reconhece como injusta imposta a infratores que nunca foram tratados como membros plenos da comunidade, pois seria desarrazoado afirmar que esses indivíduos infringiram os valores e laços de um convívio social em que estão efetivamente inseridos (DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2003)., op. cit., pg. 390; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 53 e 54; DUFF, Antony. **Trials and Punishments.**, op. cit., pg. 264 a 266).

indivíduo punido e auxiliá-lo em um processo de reparação, reconciliação e reabilitação⁶³⁴. O intento comunicativo seria bem representado em “penas comunais”, tais como serviços comunitários, períodos probatórios e esquemas de mediação entre infrator e vítima⁶³⁵.

Um incremento no rigor punitivo para promover o arrependimento seria inadmissível, pois a pena visaria uma autêntica persuasão racional e moral do infrator⁶³⁶. A coação de um agente seria uma prática incompatível com o aspecto comunicativo da pena, pois mensurar a pena de forma proporcional ao malfeito cometido seria essencial para comunicar o desvalor de tal ato⁶³⁷. A pena seria necessariamente suscetível ao fracasso⁶³⁸.

A instituição de práticas penais contrárias a autonomia individual seria injustificável, pois a comunidade e o estado devem tratar os infratores como agentes capazes de responder a uma persuasão moral e racional⁶³⁹. A instituição de três parâmetros preveniria a ocorrência de tais práticas: primeiro, uma comunidade afeiçoada a certos valores (autonomia, liberdade individual, privacidade etc) instituirá um direito penal com um escopo estritamente definido; segundo, o interesse do direito penal e do sistema de justiça criminal no caráter moral dos cidadãos só será legítimo se circunscrito aos aspectos expostos em uma conduta criminal; terceiro, o respeito pela autonomia obsta todas as tentativas de mudar a atitude moral de um cidadão que não envolvam uma persuasão moral e racional⁶⁴⁰.

2.2.3.d. Apreciação crítica

Uma análise sucinta permitira constatar que Robert Nozick, Herbert Morris e Antony Duff concebem a pena como um meio para persuadir racionalmente o infrator ao arrependimento e reforma moral. As propostas demonstram primar por um tratamento ético-moral do apenado, pois desconsideram a possibilidade de objetificar esse indivíduo em prol da coletividade. O zelo pelo status do perpetrador como um agente moralmente capaz e autônomo obstará uma eventual equiparação dessas formulações com aquelas baseadas no ideário preventivo especial positivo. Essas teorias seriam especialmente benevolentes com o

⁶³⁴ DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment**., op. cit., pg. 81; O trinômio “reparação, reconciliação e reabilitação” são referidos por “Os Três ‘R’s da Pena” (DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2001)., op. cit., pg. 107).

⁶³⁵ DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2003)., op. cit., pg. 397.

⁶³⁶ Idem; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment**., op. cit., pg. 54.

⁶³⁷ Idem; Ibidem, pg. 46, 54 e 58.

⁶³⁸ DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2003)., op. cit., pg. 391.

⁶³⁹ Ibidem, pg. 397; O estado seria a materialização institucional dos valores e objetivos comunitários (Ibidem, pg. 391).

⁶⁴⁰ Ibidem, pg. 397.

sujeito ativo do delito, pois tencionam ajudar os infratores receptivos a comunicação penal e também respeitar a autonomia daqueles que sejam refratários.

Apesar de proporem um trato moralmente apropriado para o infrator, essas formulações deixam entrever uma desconsideração pela vítima. Herbert Morris exhibe esse traço de forma mais acentuada, pois praticamente não menciona a vítima. A formulação de Robert Nozick consiste em duas teorias, uma punitiva e outra compensatória⁶⁴¹. Apesar de estarem relacionadas, as teorias têm escopos distintos, pois a primeira seria pertinente à punição do infrator e a segunda à compensação da vítima⁶⁴². O sujeito passivo não seria ignorado, porém seria expressamente afastado do âmbito da pena, cujo enfoque principal seria propiciar aos “valores corretos” a possibilidade de exercer algum efeito sobre o infrator⁶⁴³. Antony Duff dedica considerações mais significativas à questão, porém é perceptível que os esforços direcionados à vítima estão condicionados ao infrator adotar uma postura receptiva perante a comunicação penal⁶⁴⁴.

As teorias desse grupo não devem ser criticadas por zelarem pela condição do apenado, porém o infrator receber mais atenção que a respectiva vítima soa uma proposta moralmente contraintuitiva. Essa constatação é especialmente inquietante se aplicada às vítimas de crimes interpessoais de natureza grave. O visível apreço pelo status moral do algoz ressalta que essas formulações inadvertidamente propiciam uma relação assimétrica entre os sujeitos ativo e passivo.

O fato de a comunicação penal ser focada no autor deixaria entrever uma relevância secundária da vítima, pois demonstraria que a perspectiva do infrator seria a mais relevante para a determinação da pena. O cenário seria análogo a uma manifestação em que o estado desabona a perspectiva mais íntima ao crime e nega ao principal afetado pelo ato a possibilidade de participar ativamente na punição do próprio algoz. A ideia de um criminoso ser tratado como interlocutor de uma comunicação penal promovida pelo estado, enquanto a vítima é impedida de tomar parte em tal processo, soa como moralmente questionável.

A empreitada punitiva poderia propiciar ao apenado reparar ou buscar reconciliação com as respectivas vítimas, porém não atribuiria a tais indivíduos um grau de interlocutoriedade análogo aquele conferido ao infrator. A ausência de um processo

⁶⁴¹ NOZICK, Robert. **Philosophical Explanations**., op. cit., pg. 363 a 365.

⁶⁴² Idem.

⁶⁴³ Ibidem, pg. 374 a 379.

⁶⁴⁴ DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2001)., op. cit., pg. 107; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment**., op. cit., pg. 81.

comunicativo que busca engajar tanto a vítima quanto o autor seria o equívoco dessa concepção penal. Apesar de proporem uma atitude comunicativa perante o perpetrador, as teorias desse grupo acabam por admitir que a vítima seja abordada de uma forma meramente expressiva. Aceitar que a comunicação penal seja restrita ao infrator implicaria assumir que a vítima não é tratada como um agente racional, moralmente responsável e capaz de superar a receptividade passiva. O status moral da vítima seria implicitamente considerado como inferior aquele atribuído ao autor do crime.

2.2.4. Quarto grupo

A tradição filosófica refletida nessas formulações seria deontológica. Apesar de ser o grupo que aborda a vítima de forma mais completa, o sujeito passivo não seria o destinatário principal da expressão penal. A equivocada impressão de primazia vitimal poderia ser atribuída às comparações entre a consideração pelo sujeito passivo nas teorias desse grupo e aquela observada nas formulações expressivas anteriormente mencionadas. Trata-se de uma proposta que destaca a vítima como um destinatário tão relevante quanto o infrator ou sociedade. As teorias desse grupo seriam expressivo-comunicativas e a pena teria a função de censura. As formulações propostas por Jean Hampton, Tatjana Hörnle e Klaus Günther podem ser elencadas como representantes do grupo.

2.2.4.a. Jean Hampton

A retribuição seria um componente necessário para um sistema punitivo ser moralmente respeitável⁶⁴⁵. O cerne dessa proposta consiste em vincular o objetivo da resposta retributiva à ilicitude da conduta realizada por um indivíduo⁶⁴⁶. A ilicitude não envolveria uma necessária perda ou deterioração tangível, pois haveria uma diferença entre o “dano”

⁶⁴⁵ HAMPTON, Jean. **Correcting Harms Versus Righting Wrongs: The Goal of Retribution**. In *UCLA Law Review*, Vol. 39, 1991-1992, pg. 1659; Essa teoria foi primeiramente exposta na obra: HAMPTON, Jean. **The Retributive Idea**. In MURPHY, Jeffrie. HAMPTON, Jean (Ed.). *Forgiveness and Mercy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, pg. 111 a 167. E posteriormente desenvolvida no seguinte capítulo: HAMPTON, Jean. **A New Theory of Retribution**. In FREY, R.G. MORRIS, Christopher W. (Ed.). *Liability and Responsibility: Essays in Law and Moral*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991, pg. 377 a 415; HAMPTON, Jean. **An Expressive Theory of Retribution**. In CRAIG, Wesley (Ed.). *Retributivism and Its Critics*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1992, pg. 1 a 25; A influência do expressivismo também é percebida na “teoria moral-educativa da pena” (*moral education theory of punishment*): HAMPTON, Jean. **Moral Education Theory of Punishment**. In *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 13, N° 3, 1984, pg. 208 a 238).

⁶⁴⁶HAMPTON, Jean. **Correcting Harms Versus Righting Wrongs: The Goal of Retribution**., op. cit., pg. 1660.

(*harm*) causado por uma conduta e o aspecto que qualifica essa forma de agir como “ilícita” (*wrongful*)⁶⁴⁷.

Esse preceito possibilitaria distinguir entre “justiça corretiva” (*corrective justice*) “justiça retributiva” (*retributive justice*)⁶⁴⁸. A primeira seria direcionada aos danos ilícitos, isto é, aqueles causados por ações ilícitas⁶⁴⁹. O enfoque da segunda seria pautado pelas ações ilícitas⁶⁵⁰. Apesar de eventualmente compelir o infrator em um acerto em favor da vítima, a finalidade da pena é a retribuição e não a compensação de danos⁶⁵¹. As ações ilícitas poderiam ser bipartidas nas seguintes categorias: ações ilícitas (com potencial perda ilícita), requerendo uma resposta retributiva e perdas que demandam compensação; e ações ilícitas (com potencial perda ilícita), não requerendo uma resposta retributiva, mas cujas perdas demandam compensação⁶⁵².

A primeira categoria incluiria as ações que infligem uma “lesão moral” (*moral injury*) à vítima, isto é, “um dano a percepção do valor da vítima, ou dano ao reconhecimento do valor da vítima, realizado através de comportamento cujo significado é a diminuição do valor da vítima”⁶⁵³. O comportamento humano é pressuposto como expressivo, pois tem o potencial de transmitir e representar significados, lícitos e ilícitos, sobre o valor de outras pessoas⁶⁵⁴. O significado de um comportamento infligiria uma lesão moral ao induzir alguém a subdimensionar a “percepção do próprio valor” (*realization of his value*) ou o “reconhecimento do próprio valor” (*acknowledgment of his value*)⁶⁵⁵. Apesar de fazer um indivíduo perceber ou reconhecer o próprio valor de forma reduzida, a lesão moral proporciona apenas uma aparência de degradação⁶⁵⁶. O valor intrínseco a todos os Seres Humanos não poderia ser verdadeiramente degradado⁶⁵⁷.

A ação que implica uma lesão moral expressaria a inferiorização da vítima perante o algoz⁶⁵⁸. A não punição dessas ações igualmente teria um conteúdo expressivo, pois

⁶⁴⁷ Ibidem, pg. 1660 e 1661.

⁶⁴⁸ Ibidem, pg. 1663.

⁶⁴⁹ Idem.

⁶⁵⁰ Idem.

⁶⁵¹ Idem.

⁶⁵² Ibidem, pg. 1664.

⁶⁵³ Ibidem, pg. 1679.

⁶⁵⁴ Ibidem, pg. 1669 a 1673

⁶⁵⁵ Idem.

⁶⁵⁶ Idem.

⁶⁵⁷ Idem.

⁶⁵⁸ Ibidem, pg. 1680 a 1683.

comunicaria à vítima e sociedade que o malfeitor agiu de forma apropriada⁶⁵⁹. O fato de essas ações ficarem impunes confirmaria que o valor da vítima é tão inferiorizado quanto o algoz expôs ao agir⁶⁶⁰. A lógica expressiva da lesão moral também seria aplicável à resposta retributiva manifesta no ato punitivo, cujo objetivo seria “*vindicar o valor da vítima (...) através da construção de um evento que não apenas repudia a mensagem de superioridade sobre a vítima contida na ação, mas (...) iguala ambos em virtude da sua humanidade*”⁶⁶¹.

O ato punitivo vindicaria a vítima, restaurando-lhe o reconhecimento da própria dignidade e reparando-lhe a habilidade de perceber o próprio valor⁶⁶². O restabelecimento da dignidade da vítima não seria realizado através de assertivas meramente verbais ou escritas entre o sujeito ativo e passivo do delito⁶⁶³. A ação que expressa e tenta degradar uma pessoa deve ser contrastada por uma resposta que negue aquilo que o agente tentou materializar, isto é, rebaixe o infrator, eleve a vítima e anule o significado de diminuição do valor vitimal expresso pela conduta do algoz⁶⁶⁴. Em suma, a pena deve expressar a igualdade entre o infrator e a vítima⁶⁶⁵.

A segunda categoria incluiria as ações ilícitas, mas consideradas positivas sob uma perspectiva moral⁶⁶⁶. O fato de tais ações não expressarem uma lesão moral implicaria na desnecessidade de uma resposta retributiva na forma de pena⁶⁶⁷. Apesar de não merecer uma pena, a pessoa que contribuiu para a causação de danos deverá efetuar uma compensação⁶⁶⁸. Essa categoria também abarcaria as ações ilícitas avaliadas como moralmente negativas, tais como as decorrentes de negligência criminal⁶⁶⁹. Por exemplo, alguém dirige desatentamente em uma pista molhada, não consegue frear a tempo de evitar uma colisão com o carro da frente e causa um acidente danificando os dois veículos⁶⁷⁰. A conduta do motorista foi

⁶⁵⁹ Ibidem, pg. 1684.

⁶⁶⁰ Idem.

⁶⁶¹ Ibidem, pg. 1686.

⁶⁶² Idem.

⁶⁶³ Idem.

⁶⁶⁴ Ibidem, pg. 1687.

⁶⁶⁵ HAMPTON, Jean. **An Expressive Theory of Retribution.**, op. cit., pg. 15.

⁶⁶⁶ HAMPTON, Jean. **Correcting Harms Versus Righting Wrongs: The Goal of Retribution.**, op. cit., pg. 1664.

⁶⁶⁷ Idem.

⁶⁶⁸ Idem; Esse tipo situação é exemplificado pelo *Caso Vincent vs. Lake Erie Transp. Co.* O julgado trata de um sujeito que atracou um barco a uma doca ao saber de uma tempestade eminente. A conduta foi realizada em desacordo com a proibição imposta pelo proprietário da doca e a embarcação acabou danificando a estrutura do atracadouro durante a tormenta. A corte decidiu que o dono do barco era responsável pelos danos causados, porém decidiu que a conduta não era punível em virtude das circunstâncias do caso. A conduta do réu não seria negativa sob um aspecto moral, porém violaria o direito à propriedade do dono do atracadouro (Idem).

⁶⁶⁹ Ibidem, pg. 1665.

⁶⁷⁰ Idem.

negligente e resultou em danos ilícitos, porém um processo penal seguido de uma condenação não aparenta ser a solução mais apropriada⁶⁷¹. A resposta mais apropriada seria demandar que o motorista arque com danos causados pela conduta negligente⁶⁷².

2.2.4.b. Tatjana Hörnle

Trata-se de uma formulação que defende a referência à vítima na teoria da pena, pois o indivíduo afetado pelo delito teria um interesse legítimo na punição do infrator⁶⁷³. A proposta pressupõe uma crítica ao estado do debate teórico-penal e a bipartição entre teorias “absolutas” e “relativas”⁶⁷⁴. As formulações do primeiro grupo seriam retributivas, pois conceberiam a pena de forma estritamente racionalista-construtivista, direcionada à eventos pretéritos e desinteressada nos futuros efeitos sociais⁶⁷⁵. As formulações do segundo seriam preventivas, pois fundamentariam a pena na profilaxia de delitos futuros⁶⁷⁶. A proeminência

⁶⁷¹ Idem.

⁶⁷² Idem; Essa lógica também seria aplicável aos casos envolvendo ações de autolesão, tal como a tentativa de suicídio (Idem).

⁶⁷³ HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 24; HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Strafrecht und im materiellen Strafrecht.**, op. cit., pg. 952; Em inglês, a teoria foi exposta e desenvolvida nos seguintes livros: HÖRNLE, Tatjana. **Distribution of Punishment: The Role of a Victim's Perspective.** In *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 3, 1999, pg. 175 a 209; A teoria foi abordada em alemão nas seguintes artigos: HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Strafrecht.**, op. cit., pg. 143 a 158; HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 11 a 30; HÖRNLE, Tatjana. **Strafrecht.**, op. cit., pg. 29 a 43 e 57 a 60; HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Strafrecht und im materiellen Strafrecht.**, op. cit., pg. 950 a 958; HÖRNLE, Tatjana. **Tadel und Generalprävention** (2005), op. cit., pg. 19 a 39; HÖRNLE, Tatjana. **Tadel und Generalprävention** (1998), op. cit., pg. 83 a 100; HÖRNLE, Tatjana. **Tadel und Generalprävention** (1995), op. cit., pg. 261 a 282.

⁶⁷⁴ **Expressive Strafrecht.**, op. cit., pg. 143 e 144; HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 11 e 30; HÖRNLE, Tatjana. **Strafrecht.**, op. cit., pg. 3.

⁶⁷⁵ Ibidem, pg. 148; Ibidem, pg. 11 e 12; Ibidem, pg. 15.

⁶⁷⁶ Idem; Idem; Idem; Tatjana Hörnle dirige a crítica ao debate teórico-penal alemão e ressalta o equivoco dessa perspectiva bipartida ao sustentar que é possível identificar seis tendências teóricas. A primeira seria composta por “modelos de orientação preventiva” (*konsequent präventionsorientierte Modelle*), nos quais todas as decisões relativas à determinação da pena seriam voltadas para a maximização do efeito de prevenção criminal. A segunda seria composta pelas já mencionadas “teorias absolutas” (*absolute Theorien*), porém uma nomenclatura preferível seria “influências filosóficas do idealismo alemão” (*Anleihen bei der Philosophie des deutschen Idealismus*). A terceira seria composta pelas “teorias de união com fundamento na prevenção geral por ameaça” (*Vereinigungstheorien mit dem Fundament Androhungsgeneralprävention*). Essa tendência compreende abordagens variadas que compartilham o preceito de que ameaça punitiva posta pela lei penal seria capaz de influenciar infratores potenciais a não delinquir. A quarta seria composta pelas teorias baseadas na “prevenção geral positiva” (*positive Generalprävention*). As formulações abrangidas por essa tendência tem como ponto central a proposta de que a pena preveniria a ocorrência de crimes por contribuir para a internalização e aceitação da norma. As condutas em conformidade normativa não seriam motivadas pelo medo em ser punido, mas pela “confirmação da posição de cidadão leal ao direito” (*Bestätigung der Position als rechtstreuer Bürger*) proporcionada pela pena. A quinta tendência seria composta pelas “teorias expressivas da pena orientadas à norma” (*normorientierte expressive Strafrecht*). Essas formulações propõem que a pena expressaria a reprovação moral de uma conduta perante destinatários indeterminados, isto é, destinada à coletividade em uma acepção geral e abstrata. A sexta tendência seria composta pelas “teorias expressivas da pena orientadas às pessoas” (*personenorientierte expressive Strafrecht*). Essas formulações propõem que a

do ideário preventivo-criminal demonstraria uma tendência coletivista no debate teórico-penal, pois o fundamento para punir condutas relativas aos bens jurídicos coletivos seria igualmente aplicado àquelas que afetam os bens jurídicos individuais⁶⁷⁷. O viés coletivista deixaria entrever uma propensão em ignorar o sujeito passivo do delito⁶⁷⁸. A desconsideração da vítima pelas formulações preventivas motivaria a busca por uma concepção penal propícia a inclusão do indivíduo afetado pelo crime⁶⁷⁹.

Considera-se a possibilidade de incluir elementos ignorados pelas demais teorias da pena, tal como afetos, emoções e desejos da vítima⁶⁸⁰. A existência de um anseio retributivo por parte do indivíduo vitimado⁶⁸¹ explicaria a demanda por uma pena criminal sem recorrer às teorias preventivas⁶⁸². A existência de tal demanda estaria diretamente atrelada à personalidade da vítima e ao delito perpetrado⁶⁸³. A relação entre a demanda da vítima e o crime sofrido seria sumarizada como “*quanto mais grave o delito cometido contra a pessoa,*

pena expressaria uma mensagem direcionada à certos indivíduos (HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie.**, op. cit., pg. 143 e 147; HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 11 a 13, 15, 19 a 24; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 3, 15, 29 e 30).

⁶⁷⁷ HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 29; HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht.**, op. cit., pg. 950 a 952.

⁶⁷⁸ Idem; Idem; Inclusive, o viés coletivista acabaria por ocultar que em crimes, cujo sujeito passivo é um indivíduo, o direito de personalidade da vítima seria violado por uma eventual recusa do estado em fazer uma condenação apropriada (HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 29).

⁶⁷⁹ HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie.**, op. cit., pg. 155 a 158; HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 29 e 30; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 58 a 60; HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht.**, op. cit., pg. 952.

⁶⁸⁰ HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie.**, op. cit., pg. 148.

⁶⁸¹ Essa demanda poderia ser igualmente atribuída à coletividade, pois a pena também serviria para “conter os sentimentos de indignação” (*auffangen von Gefühle der Empörung*) proporcionados pelo delito (HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 35 e 36). Essa ideia está presente em teorias da pena de inspiração psicológica e psicanalítica, tal como aquelas propostas por Franz Alexander, Hugo Staub e Paul Reiwald (HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie.**, op. cit., pg. 148). A coletividade não seria entendida como uma abstração, mas como um conjunto de indivíduos indignados, porém não diretamente afetados, pelo crime (Ibidem, pg. 151). Essa formulações são praticamente ignoradas no atual debate teórico-penal, porém sustentam algo plausível e facilmente perceptível pelo fato de indivíduos ficarem indignados ao tomar conhecimento de que crimes graves foram cometidos (Ibidem, pg. 149).

⁶⁸² HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie.**, op. cit., pg. 148 e 151; Tatjana Hörnle embasa essa afirmação em estudos sobre a Teoria dos Jogos: DIEKMANN, Andreas. **Spieltheorie.** 2ª Ed. Reinbek bei Hamburg: Rowohlt Taschenbuch, 2010, pg. 52, 82, 120, 215 e 218; LAUE, Christian. **Die Konventionelle Theorie als Grundlage der Wirtschaftskriminologie und des Wirtschaftsstrafrechts.** In BANNENBERG, Britta. JEHLE, Jörg-Martin (Ed.). *Wirtschaftskriminalität.* Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2010, pg. 119; HENRICH, Joseph. Et all. **Costly Punishment Across Human Societies.** In *Science*, Vol. 36, 2006, pg. 1767.

⁶⁸³ HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie.**, op. cit., pg. 150; Por exemplo, a demanda de indivíduos lesionadas por delitos patrimoniais seria primeiramente voltada para o ressarcimento do prejuízo e depois para a punição do infrator, porém tal panorama não ocorreria com as vítimas de crimes graves e violentos (Idem; HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht.**, op. cit., pg. 953).

quanto mais ele tiver invadido a esfera de intimidade, quanto mais ele tiver influído na vida posterior, maior será a demanda punitiva a ser esperada’⁶⁸⁴.

A demanda retributiva explicaria a razão de existir um clamor pela punição do infrator, porém seria insuficiente para fundamentar a pena, isto é, uma empreitada que onera os recursos públicos e incisivamente ingere na esfera pessoal de todos aqueles submetidos ao sistema de justiça criminal⁶⁸⁵. A pena necessitaria de um fundamento normativo⁶⁸⁶. Estabelecer o interesse da vítima como critério normativo implicaria em uma fundamentação parcial da pena, pois seria condizente apenas com condutas que afetam os direitos de personalidade do indivíduo afetado pelo crime⁶⁸⁷. Essa reflexão conduz a inviabilidade de uma teoria da pena “única”, pois a fundamentação do ato punitivo não poderia ser alheia ao tipo de delito⁶⁸⁸. A necessidade de fazer referência aos interesses da vítima seria evidente em casos envolvendo crimes, cujo sujeito passivo é um indivíduo⁶⁸⁹. Uma fundamentação da pena pautada pelo interesse da vítima não significaria ignorar as necessidades da sociedade, porém implicaria estabelecer que os objetivos “coletivistas” devem estar coadunados com os anseios e demandas do indivíduo afetado pelo crime⁶⁹⁰.

Insurge-se a crítica de que fundamentar a punição de “crimes com vítima” no interesse do sujeito passivo seria uma aceitação da vingança⁶⁹¹. Existem duas possíveis respostas para esse questionamento⁶⁹². A primeira reconheceria que os anseios e demandas punitivas do indivíduo afetado pelo crime representam uma questão complexa e problemática, porém o fato de o estado ignorá-la poderia ensejar eventuais atos de justicamento privado⁶⁹³. A reação

⁶⁸⁴ HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie.**, op. cit., pg. 151.

⁶⁸⁵ Ibidem, pg. 152.

⁶⁸⁶ Idem; HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 26.

⁶⁸⁷ HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie.**, op. cit., pg. 152 e 153; Por exemplo, essa fundamentação poderia servir para delitos que atentam contra a autodeterminação sexual e liberdade individual ou que afetem gravemente a integridade física. Por outro lado, a punição de condutas que incidem sobre bens jurídicos coletivos ou bens jurídicos individuais patrimoniais poderia ser fundamentada na prevenção criminal (Idem).

⁶⁸⁸ Ibidem, pg. 153; HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 29 e 30; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 59 e 60; HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht.**, op. cit., pg. 952.

⁶⁸⁹ HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie.**, op. cit., pg. 153; Essa posição seria condizente com o conceito de “individualismo normativo” (*normative Individualismus*), o qual fundamentaria uma relação apropriada entre o estado e os indivíduos. (VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normativer Individualismus und das Recht.** In *Juristen Zeitung*, nº 22, 2005, pg. 1069).

⁶⁹⁰ HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht.**, op. cit., pg. 952 e 953.

⁶⁹¹ HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie.**, op. cit., pg. 153; HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht.**, op. cit., pg. 953.

⁶⁹² Ibidem, pg. 153 e 154.

⁶⁹³ Idem; HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht.**, op. cit., pg. 953 e 954.

estatal deveria encerrar o conflito e propiciar ao sujeito passivo do delito perceber eventuais ações vingativas como desnecessárias⁶⁹⁴. A teoria da pena seria entendida como orientada à finalidade de conter as emoções e sentimentos vingativos da vítima⁶⁹⁵.

A segunda investigaria a existência de interesses legítimos por detrás do que é comumente rotulado como “vingança” (*Rache*)⁶⁹⁶. Propõe-se uma diferenciação entre dois conceitos, a “vingança de sangue” (*Blutrache*) e a “demanda por satisfação” (*Genugtuungsbedürfnis*)⁶⁹⁷. O primeiro poderia ser delimitado como uma reação privada ao ilícito sofrido por um indivíduo⁶⁹⁸. O segundo seria uma legítima pretensão a pronúncia de uma “condenação” (*Unrechturteil*), isto é, uma declaração vinculante emitida por uma jurisdição soberana, cujo teor reconhece que a vítima sofreu um ilícito perpetrado por outrem e não um mero infortúnio decorrente do acaso⁶⁹⁹. O indivíduo formalmente reconhecido como vítima de um crime teria um tratamento diferente daquele que foi acometido por um desastre natural⁷⁰⁰.

⁶⁹⁴ Ibidem, pg. 154; Idem.

⁶⁹⁵ Idem; Idem; Uma teoria da pena com essa finalidade poderia ser considerada como consequencialista (HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie.**, op. cit., pg. 155)

⁶⁹⁶ HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie.**, op. cit., pg. 154; HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht.**, op. cit., pg. 954.

⁶⁹⁷ Idem; Idem.

⁶⁹⁸ HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie.**, op. cit., pg. 155; A vingança de sangue seria uma reação à violação de um direito, cuja realização implica infligir um mal ao perpetrador, movida pelo indivíduo vitimado e ocorrida em sociedades desprovidas de alternativas para lidar com transgressões. Os pormenores da reação seriam determinados pela inserção das partes nas relações de poder que regem a sociedade. A consolidação do monopólio coercitivo estatal acabou por extinguir a vendeta e alienar a vítima, pois a resolução de conflitos por um processo regrado conduziu o indivíduo afetado pelo crime ao papel de mera testemunha (Ibidem, pg. 154 e 155; HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht.**, op. cit., pg. 955).

⁶⁹⁹ HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie.**, op. cit., pg. 155; HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 26; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 39; HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht.**, op. cit., pg. 954 e 955; A demanda satisfatória da vítima estaria alicerçada na reconstrução de relações interpessoais em um nível normativo. Os indivíduos estariam inseridos em uma rede de reconhecimentos mútuos e significados simbólicos. A reconstrução de significados prejudicados por condutas, cujos resultados são lesões tangíveis, é um fator importante para as relações interpessoais. O trato dessas condutas (“crimes”) não seria limitado a prospectiva de remediar e superar as lesões causadas, pois também dependeria de uma retrospectiva de valorar ações e atribuir responsabilidade à indivíduos. Os variados sistemas de atribuição de responsabilidade, desenvolvidos tanto no âmbito sociocultural quanto jurídico, diferenciam os conceitos de “ilícito” (*Unrecht*) e “infortúnio” (*Unglück*) (HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie.**, op. cit., pg. 155 e 156) Ressalta-se a influência das ideias propostas na seguinte obra: STRAWSON, Peter Frederick. **Freedom and Resentment.** In WATSON, Gary (Ed.). *Free Will.* Oxford: Oxford Publishing Press, 1982, pg. 59, 60, 67 a 70.

⁷⁰⁰ HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie.**, op. cit., pg. 156; A pretensão da vítima seria direcionada a condenação do algoz, porém não estaria vinculado a cura de traumas ou outras perturbações mentais decorrentes do crime experimentado. A superação de mazelas psíquicas seria somente um efeito colateral possível e desejável da condenação. Apesar de vítimas exporem que nada pode apagar o trauma de um delito grave, a ausência de uma condenação do algoz intensificaria o sentimento de insegurança decorrente de tais situações (Ibidem, pg. 156 e 157).

O fato de o ato punitivo ser a forma pela qual o estado reconhece a condição da vítima não implicaria o acolhimento de interesses baseados em sentimentos inadequados para fundamentar a pena e propícios a um exercício emotivo e desproporcional do *jus puniendi*⁷⁰¹. Uma teoria da pena favorável a inclusão da vítima deve ter um fundamento normativo, isto é, um direito à condenação estatal existente em certas circunstâncias⁷⁰². A existência de tal direito pode ser sustentada por dois argumentos: o estado não pode ignorar os conflitos que ocorrem na própria esfera de competência⁷⁰³; a reação adotada para aplacar conflitos circunstancialmente deve assumir a forma de uma condenação, pois o significado simbólico da ação e omissão estatal é decisivo⁷⁰⁴. A renúncia estatal em agir e condenar o ocorrido contém uma declaração implícita, pois expõe que o crime foi apenas um infortúnio ou não foi suficientemente grave para merecer uma reação superior àquela prevista no âmbito cível⁷⁰⁵. Essa renúncia também implica uma declaração sobre a vítima, pois transmite que o sujeito passivo foi responsável pelo crime, não deve ser levado a sério ou não goza de plena cidadania⁷⁰⁶. O estado não deve ser compelido a agir em situações de leves afrontas ao direito de um indivíduo, porém a inércia diante de uma grave violação implica declarar que a vítima não vale a preocupação ou solidariedade do poder público⁷⁰⁷.

Um ponto relevante para as teorias expressivas consiste em fundamentar a necessidade da condenação ser acompanhada pela inflicção de um mal ao infrator⁷⁰⁸. Questiona-se a possibilidade de uma pena expressar a condenação de um crime sem infligir um mal ao agente⁷⁰⁹. A ausência de um ônus tangível seria viável na punição de indivíduos que incorreram em delitos leves, porém a pena que não inflige um mal ao perpetrador de uma conduta grave seria contraditória e comprometeria o significado expressivo da condenação⁷¹⁰. A intensidade da pena refletiria o grau de reprovação atribuído ao ilícito cometido pelo

⁷⁰¹ HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 26; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 39; HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Strafrechtstheorie und im materiellen Strafrecht.**, op. cit., pg. 954 e 955.

⁷⁰² Ibidem, pg. 26 e 27; Ibidem, pg. 38 e 39; Idem.

⁷⁰³ HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 27.

⁷⁰⁴ Idem.

⁷⁰⁵ Idem; HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Strafrechtstheorie und im materiellen Strafrecht.**, op. cit., pg. 955 e 956.

⁷⁰⁶ Idem; Idem; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 39 e 40.

⁷⁰⁷ Idem; Idem; Ibidem, pg. 40.

⁷⁰⁸ Ibidem, pg. 27 e 28; Ibidem, pg. 956; Ibidem, pg. 41 e 42.

⁷⁰⁹ Ibidem, pg. 28; Idem; Ibidem, pg. 42.

⁷¹⁰ Idem; Idem; Ibidem, pg. 42 e 43.

agente, isto é, a credibilidade da condenação e do ato punitivo estariam sincronizadas⁷¹¹. Punir sem infligir um mal ao infrator significaria que a conduta incorrida não foi grave⁷¹². A pena desprovida de um ônus tangível conflitaria com os interesses de indivíduos vitimados por crimes graves, pois comprometeria a credibilidade da condenação expressa pelo estado⁷¹³.

O fato de a condenação apropriada para certos crimes implicar na inflicção de um mal ao infrator não significaria uma necessidade em estabelecer penas mais severas⁷¹⁴. Não haveria uma relação direta entre o reconhecimento da legítima demanda satisfatória da vítima e a imposição de penas draconianas⁷¹⁵. A pronúncia de uma condenação penal por parte do estado constituiria um direito a ser reconhecido como legítimo e atribuível a todos os indivíduos afetados por crimes graves⁷¹⁶. A pretensão a ser oficialmente reconhecido como “vítima” compensaria o sujeito passivo do delito por ter abdicado da vingança e por ter uma reduzida participação no processo penal⁷¹⁷.

A fundamentação da pena consideraria os interesses e necessidades da vítima, porém seria permitido a este indivíduo ingerir diretamente na punição do infrator, pois o quantum sancionatório não poderia estar atrelado a peculiaridades de caráter pessoal⁷¹⁸. A introdução de interesses afetivos individuais deve ser evitada, pois a formalização e despersonalização do processo penal foi um avanço civilizatório⁷¹⁹. Apesar de uma pena pautada pelo subjetivismo do indivíduo diretamente afetado pelo crime ser imprudente, o estabelecimento e consideração de uma perspectiva vitimal serviria para identificar uma relação apropriada entre

⁷¹¹ HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie.**, op. cit., pg. 157; HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht.**, op. cit., pg. 956.

⁷¹² Idem; Idem.

⁷¹³ Idem; Idem; HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 28; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 42 e 43; As possibilidades de elucidações linguísticas seriam consideravelmente limitadas e a condenação de condutas que ultrapassam certo limiar de intensidade necessitaria de um alicerce fático. Apesar de promover o acerto financeiro entre os envolvidos, o pagamento compensatório ou indenizatório seria insuficiente para expressar a condenação estatal de delitos graves, pois não implicaria em uma genuína inflicção de um mal ao infrator (HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 28; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 42 e 43; HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht.**, op. cit., pg. 953).

⁷¹⁴ HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie.**, op. cit., pg. 157; A questão sobre a intensidade do rigor punitivo a ser adotado pelo sistema de justiça criminal não é abordado por essa proposta (Ibidem, pg. 158).

⁷¹⁵ Ibidem, pg. 157.

⁷¹⁶ Ibidem, pg. 158.

⁷¹⁷ Idem.

⁷¹⁸ Idem; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 40 e 41; A intensidade da pena também não deveria estar sujeita aos sentimentos de indignação da coletividade (HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie.**, op. cit., pg. 157).

⁷¹⁹ Idem; Idem; Por exemplo, a pacificação proporcionada pelo afastamento da vítima, e demais integrantes de sua esfera social, da resolução da querela e pelo estabelecimento de processo punitivo em que os indivíduos envolvidos são tratados de forma equânime pelo estado (Idem; Idem).

a seriedade do crime e a intensidade do ato punitivo⁷²⁰. A proposta implica uma consideração normativa sobre a perspectiva da vítima, ou seja, o parâmetro para avaliar o impacto de um crime sobre esse indivíduos seria objetivo e questionaria como alguém racional reagiria perante tal conduta⁷²¹. A abordagem forneceria parâmetros mais precisos para avaliar a gravidade do crime perpetrado pelo infrator, pois permitiria uma valoração mais criteriosa sobre a lesão imposta a vítima e as circunstâncias do cometimento da conduta⁷²².

2.2.4.c. Klaus Günther

A pena seria diferente de outras reações ao cometimento de crimes em virtude de ter um “significado simbólico-expressivo” (*symbolisch-expressive Bedeutung*)⁷²³. Esse fator impediria que a pena fosse abolida e substituída por uma compensação de danos entre a vítima e o autor do delito⁷²⁴. Em relação ao referido atributo da pena são propostas duas teses: primeira, o significado simbólico-expressivo da reação perante a conduta desviante deve ser publicamente exposto e não pode ser reduzido a uma compensação entre a vítima e o autor⁷²⁵; segunda, o significado simbólico-expressivo não dependeria de uma representação através da pena⁷²⁶, pois poderia ser igualmente exteriorizado por uma sentença condenatória, cuja

⁷²⁰ HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 41; HÖRNLE, Tatjana. **Distribution of Punishment: The Role of a Victim’s Perspective.**, op. cit., pg. 175 a 177; Salienta-se a diferença terminológica entre uma “perspectiva vitimal” (*a victims’s perspective*) e “perspectiva de uma vítima” (*the victims’s perspective*). A primeira seria objetiva e a segunda subjetiva (Ibidem, pg. 177); A abordagem proposta não implica punir segundo as preferências do indivíduo diretamente vitimado pelo crime. As impressões da vítima concreta em relação ao infrator seriam irrelevantes, pois tal abordagem resultaria em decisões legais moldadas por sentimentos e emoções pessoais. A equidade e uniformidade das sentenças condenatórias poderiam ser comprometidas, pois condutas iguais poderiam ser punidos de forma consideravelmente distinta em virtude de preferências individuais (Idem).

⁷²¹ HÖRNLE, Tatjana. **Distribution of Punishment: The Role of a Victim’s Perspective.**, op. cit., pg. 176 e 177.

⁷²² Ibidem, pg. 176 e 209.

⁷²³ GÜNTHER, Klaus. **Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe: Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?**, op. cit., pg. 206;

⁷²⁴ A proposta foi apresentada em uma coletânea em comemoração ao septuagésimo aniversário de Klaus Lüderssen. Destacam-se algumas propostas do penalista homenageado: a “compensação de danos” (*Schadensausgleich*) seria uma alternativa à pena; as medidas de ressocialização baseadas na terapia social e desprovidas de elementos coercitivos seriam um meio de prevenção criminal mais eficiente do que punir o infrator; a proteção de bens jurídicos seria mais efetiva e menos intrusiva se realizada por sanções administrativas ou pela compensação de danos no âmbito jurídico-civil. (LÜDERSSEN, Klaus. **Abschaffen des Strafens?** Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1995, pg. 259 a 278). Nota-se que o intuito de Klaus Günther era questionar a proposta de Klaus Lüderssen, argumentando que pena não poderia ser transformada em uma compensação cível em virtude de ter um significado simbólico-expressivo (GÜNTHER, Klaus. **Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe: Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?**, op. cit., pg. 207)

⁷²⁵ GÜNTHER, Klaus. **Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe: Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?**, op. cit., pg. 207.

⁷²⁶ Idem; Menciona-se especificamente o aspecto da pena que implica a inflicção de um mal ao infrator (Idem).

prolação decorreria de um processo penal formal, público e pautado pelo objetivo de avaliar a culpabilidade do agente⁷²⁷.

Um símbolo seria um sinal representante de um significado, ou seja, a compensação de um dano poderia ser considerada um sinal, pois o valor da prestação entregue representaria o que foi deteriorado⁷²⁸. O significado da prestação restitutiva seria totalmente determinado pelo valor daquilo que deve ser restituído⁷²⁹. Uma prestação que só representa os danos causados por alguém parece expressar um significado menor do que aquele pelo qual se impõe uma pena⁷³⁰. Deve reconhecer-se a necessidade de conhecer a perspectiva da vítima para decodificar o significado sobressalente da pena em relação à compensação e restituição⁷³¹.

A experiência de uma vítima não poderia ser reduzida a lesões imediatas e materiais, pois também implicaria sentimentos como desprezo, humilhação e degradação e originaria uma demanda satisfatória por parte do indivíduo vitimado pelo crime⁷³². As condutas capazes de ter tamanho impacto seriam designadas “delitos de integridade” (*Integritätsdelikten*), pois afetariam a identidade física e psíquica, isto é, a integridade pessoal da vítima⁷³³. Os estudos psicológicos sobre a vivência de crimes graves, tais como sequestro e estupro, indicam que as vítimas experimentam sentimentos de impotência e desamparo ao sofrer tais condutas⁷³⁴. O significado central do desprezo manifesto por tais delitos não dependeria de uma afronta à

⁷²⁷ Idem.

⁷²⁸ Idem.

⁷²⁹ Idem.

⁷³⁰ Idem.

⁷³¹ Idem.

⁷³² Idem.

⁷³³ Ibidem, pg. 208; Em sociedades hierarquizadas, os delitos de integridade, além de afetar a identidade física e psíquica, também seriam percebidos como um desprezo pela posição social da vítima. O conteúdo simbólico da pena e do crime não seria perceptível através dos sentidos, pois seriam decorrentes de interpretações. Pode estimar-se que a percepção do crime como uma afronta e desprezo teria primeiramente ocorrido em sociedades nas quais a posição social de um indivíduo detinha grande importância. Uma afronta à posição social seria um motivo de grande humilhação e passível de afetar a honra, reputação, status e mérito de alguém. Esse fato ensejaria uma reação por parte do indivíduo afetado, o qual buscaria satisfação pela desonra sofrida. A pena não significaria apenas um ressarcimento de danos, mas a satisfação da vítima que a implementava. Apesar de sociedades modernas serem baseadas na igualdade entre os cidadãos, o desprezo e afronta da honra ainda pertenceriam ao contexto moral subjacente aos conflitos sociais. Se tais concepções ainda persistem em sociedades atuais, não surpreende que a experiência de ser vítima de um delito de integridade ainda tenha um significado de afronta e degradação (Ibidem, pg. 208 e 209).

⁷³⁴ Ibidem, pg. 210 e 211.

posição social, mas de uma deterioração da autoestima e autoconfiança da vítima⁷³⁵. O cometimento do crime comprometeria o valor que a vítima atribui a própria vida⁷³⁶.

O significado simbólico-expressivo da pena também poderia ser encontrado na pretensão punitiva pública, ou seja, a perspectiva da coletividade seria imprescindível para delimitar o significado sobressalente da pena em face da compensação⁷³⁷. Em um plano abstrato, a demanda satisfatória da vítima seria oposta ao interesse estatal de autopreservação⁷³⁸. Uma forma de dirimir essa controvérsia seria indagar a terceiros não vitimados, porém possível e indiretamente afetados, sobre qual seria o significado do crime⁷³⁹. Esses indivíduos não seriam indiferentes a aviltosa experiência imposta à vítima de uma conduta delitiva⁷⁴⁰. A reação expressiva da vítima ao crime e o ato coletivo de indignação moral estariam relacionados⁷⁴¹. A pena seria uma expressão de reprovação moral e teria como fundamento a “atitude participante” (*teilnehmenden Einstellung*) com a qual os indivíduos reagem às violações e lesões que um terceiro inflige à vítima⁷⁴². Essa atitude refletiria compassividade com o sujeito passivo, mas também reconheceria o infrator como uma parte integrante da relações que compõem a comunidade⁷⁴³.

As atitudes participantes seriam um fator recorrente da vida em sociedade⁷⁴⁴. As “atitudes observantes” (*beobachtenden Einstellung*) seriam diferentes das participantes, pois somente seriam adotadas nas ocasiões em que inexiste motivo para repreensão, pois o agente nada poderia ter feito para impedir o resultado que causou⁷⁴⁵. A pena somente faria sentido se compreendida como expressão de uma atitude participante⁷⁴⁶. A relação entre a reação

⁷³⁵ Ibidem, pg. 211; HONNETH, Axel. **Kampf um Anerkennung: Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1992, pg. 214.

⁷³⁶ GÜNTHER, Klaus. **Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe: Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?**, op. cit., pg. 211; Deve mencionar-se que esses seriam casos extremos e nem todas as vítimas seriam atormentadas pela experiência de tais condutas, porém o espectro pairaria sobre os que já sentiram as emoções negativas proporcionadas por delitos de integridade (Idem).

⁷³⁷ Ibidem, pg. 215; Nesse contexto, o termo “pretensão punitiva pública” (*öffentliche Strafanspruch*) não é empregado como um sinônimo de “pretensão punitiva estatal” (*staatliche Strafanspruch*) (Idem).

⁷³⁸ Idem.

⁷³⁹ Idem.

⁷⁴⁰ Idem.

⁷⁴¹ Ibidem, pg. 216; STRAWSON, Peter Frederick. **Freedom and Resentment.**, op. cit., pg. 1.

⁷⁴² Idem; Ibidem, pg. 21; O termo alemão destacado foi traduzido do original em inglês “atitude reativa participante” (*participant reactive attitude*) (Idem).

⁷⁴³ GÜNTHER, Klaus. **Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe: Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?**, op. cit., pg. 216.

⁷⁴⁴ Idem.

⁷⁴⁵ As quais também seriam designadas “atitudes objetivante” (*objektivierenden Einstellung*) (Idem).

⁷⁴⁶ Idem; As atitudes participantes seriam uma parte integrante da experiência prática da vida em sociedade. A contraparte das atitudes participantes seriam as “atitudes observantes” (*beobachtenden Einstellung*), as quais também poderiam ser referidas por “atitudes objetivante” (*objektivierenden Einstellung*). As atitudes observantes

individual da vítima e a reprovação generalizada de um crime por terceiros também estaria baseada em uma atitude participante⁷⁴⁷. O ressentimento da vítima surgiria da experiência direta de uma violação realizada por outrem, ou seja, estaria relacionado com a “atitude reativa pessoal” (*persönliche reaktive Einstellung*) do indivíduo afetado pelo delito⁷⁴⁸. Um terceiro não afetado pelo crime reagiria de forma vicariante pela vítima, pois estaria expressando a indignação moral provocada pela conduta do infrator⁷⁴⁹. A reação vicariante de um terceiro estaria baseada na expectativa de consideração e respeito mútuo igualmente nutrida pela vítima⁷⁵⁰. A indignação moral de terceiros perante o crime teria um teor igual ao ressentimento da vítima perante o perpetrado dessa conduta⁷⁵¹. A indignação generalizada seria nutrida pelo ressentimento do indivíduo afetado pelo crime⁷⁵². A vítima estaria presente na reação de censura que a comunidade direciona ao infrator, pois o ressentimento do sujeito passivo seria igualmente dividido com outros indivíduos em um ato de identificação e solidariedade moral⁷⁵³. Deve ressaltar-se que a indignação moral de terceiros não seria pautada pela vivência específica de um indivíduo afetado por um crime, ou seja, a vítima seria referida somente como uma pessoa moral⁷⁵⁴. O juízo reprobatório que a comunidade impõe ao infrator seria unicamente baseado na expectativa de consideração e respeito mútuo válido para todos⁷⁵⁵. A reação vicariante da comunidade seria abstrata, pois a perspectiva da vítima seria considerada somente nos aspectos generalizáveis aos demais membros do convívio social⁷⁵⁶.

A função expressiva diferenciaria a pena de outras reações desencadeadas pela infração da norma jurídica, tais como multas, sanções administrativas e compensações cívicas⁷⁵⁷. A pena seria mais que o apreçamento de uma conduta ou a imposição de um custo à infração da norma, pois teria um “simbolismo reprobatório” (*missbilligenden Symbolismus*) que expressa o desvalor que a comunidade lega ao infrator e a conduta incorrida⁷⁵⁸. A pena

somente seriam adotadas nas ocasiões em que inexistente motivo para repreensão, pois o agente não poderia ter feito nada em relação ao ato perpetrado (Idem).

⁷⁴⁷ Idem.

⁷⁴⁸ Idem; STRAWSON, Peter Frederick. **Freedom and Resentment**, op. cit., pg. 14.

⁷⁴⁹ Idem; Idem.

⁷⁵⁰ Idem; Idem.

⁷⁵¹ GÜNTHER, Klaus. **Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe: Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?**, op. cit., pg. 217.

⁷⁵² Idem.

⁷⁵³ Idem.

⁷⁵⁴ Idem.

⁷⁵⁵ Idem.

⁷⁵⁶ Idem.

⁷⁵⁷ Idem; FEINBERG, Joel. **The Expressive Function of Punishment**, op. cit., pg. 397 a 400.

⁷⁵⁸ Idem; Idem; A expressividade da pena também seria fundamental para derivar outras funções de caráter simbólico, tal como o “repúdio das autoridades” (*authoritative disavowal*), a “não-aquiescência simbólica”

seria diferenciada de um acerto restitutivo ou compensatório por desempenhar performaticamente a reprovação coletiva da comunidade através da infligência de um mal ao infrator⁷⁵⁹. Os efeitos preventivo-criminais eventualmente proporcionados pela pena seriam apenas externalidades positivas⁷⁶⁰.

A pena não seria dirigida unicamente à comunidade, pois o infrator também seria um destinatário da reprovação expressa pelo ato punitivo⁷⁶¹. A censura penal reconheceria o perpetrador do crime como um sujeito moralmente autônomo⁷⁶². A atribuição desse status não ocorreria em casos resolvidos por restituições ou compensações, pois o agente seria tratado de uma forma meramente estratégica, calculista e alienada da própria capacidade moral⁷⁶³. O mal infligido pela pena não seria uma retribuição, mas uma expressão de censura⁷⁶⁴.

A pena seria uma reação dotada de um significado simbólico-expressivo contraposto àquele emanado pelo crime⁷⁶⁵. A pena não seria pertinente a uma mera afronta ilícita ao direito de outrem, mas ao significado expresso pela conduta violadora⁷⁶⁶. O significado do crime estaria relacionado à coletividade, pois uma conduta “contrária a norma” (*Gegen-Norm*) questionaria a “afirmação da norma” (*Normbejahung*)⁷⁶⁷. A experiência de sofrer um crime teria aspectos generalizáveis que transcenderiam a lesão individual-psicológica e demandariam uma reação maior que a mera compensação de danos⁷⁶⁸. O cerne do conteúdo simbólico-expressivo da pena seria declarar publicamente a ilicitude de uma conduta imputável a um indivíduo e declarar que a coletividade não aceitará tal forma de agir⁷⁶⁹. Essa declaração seria proferida perante a vítima, o infrator e a coletividade⁷⁷⁰. A vítima seria reconhecida como alguém que não sofreu um mero infortúnio ou fatalidade, mas uma conduta ilícita reprovada pela coletividade⁷⁷¹. A vítima também seria comunicada sobre o fato de não

(*symbolic nonacquiescence*), a “vindicação da lei” (*vindication of the law*) e a “absolvição dos outros” (*absolution of others*) indivíduos implicados como suspeitos (Idem).

⁷⁵⁹ Ibidem, pg. 217 e 218; Idem.

⁷⁶⁰ Ibidem, pg. 217; Idem.

⁷⁶¹ Ibidem, pg. 218; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions.**, op. cit., pg. 10

⁷⁶² Idem; Idem.

⁷⁶³ Idem; Idem.

⁷⁶⁴ Idem; Idem.

⁷⁶⁵ GÜNTHER, Klaus. **Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe: Eine neue Strafrechtstheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?**, op. cit., pg. 218.

⁷⁶⁶ Idem.

⁷⁶⁷ Idem; JAKOBS, Günther. **Das Schuldprinzip.** Opladen: Westdeutscher Verlag, 1993, pg. 27.

⁷⁶⁸ GÜNTHER, Klaus. **Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe: Eine neue Strafrechtstheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?**, op. cit., pg. 218.

⁷⁶⁹ Idem.

⁷⁷⁰ Idem.

⁷⁷¹ Idem.

ter tido culpa, pois o ocorrido seria imputado a um terceiro⁷⁷². O ilícito perpetrado seria atribuído ao infrator e o significado de tal conduta seria neutralizado⁷⁷³. Declara-se ao agente o fato de ser reconhecido como um indivíduo moralmente capaz⁷⁷⁴. A comunidade seria informada de que o ocorrido não foi um infortúnio, mas uma conduta ilícita, inaceitável e impassível de ser atribuída à vítima ou aos demais membros da comunidade⁷⁷⁵.

A associação entre a reação reprovadora e a pena que inflige um mal ao infrator seria uma convenção historicamente contingente e mutável⁷⁷⁶. A inflicção de um mal ao infrator seria desnecessária, pois o conteúdo simbólico-expressivo da pena seria suficientemente expresso através de um processo penal público e formal, cujo objetivo seria aferir a ilicitude e culpabilidade da conduta do infrator⁷⁷⁷. Uma declaração pública da sentença condenatória expressaria a repreensão da comunidade perante a conduta do infrator e teria a atribuição de atender a demanda satisfatória da vítima⁷⁷⁸.

2.2.4.d. Apreciação crítica

Um objeto de investigação constante nas teorias abordadas é indagar se existe e qual seria a relação entre necessidades, demandas e interesses da vítima em relação a pena.

Para Jean Hampton, o sistema punitivo respeitável pressupõe que uma conduta que consiste em uma “lesão moral” à vítima deve ser punida com uma resposta retributiva. O ato punitivo teria um significado de “diminuição” do autor perante a vítima, isto é, anula o conteúdo moral expresso pelo crime. Um traço marcante dessa proposta é reconhecer a possível necessidade de que a vindicação do valor moral da vítima implica na afronta ao algoz. Um ponto criticável seria o fato de a vítima permanecer como um expectador da empreitada punitiva. Apesar de a pena visar anular a aparente depreciação expressa por uma lesão moral, o indivíduo afetado por tal conduta permanece restrito a uma condição passiva. A vítima estaria alienada do ato voltado à restaurar-lhe a percepção próprio valor e reconhecimento perante os demais membros da sociedade.

A definição de “lesão moral” suscitaria dúvidas quanto a determinação das vítimas, cujo valor deveria ser reivindicado por uma resposta retributiva. A insatisfação com o

⁷⁷² Idem.

⁷⁷³ Ibidem, pg. 218 e 219.

⁷⁷⁴ Ibidem, pg. 219.

⁷⁷⁵ Idem.

⁷⁷⁶ Idem.

⁷⁷⁷ Idem.

⁷⁷⁸ Idem.

conceito pode ser demonstrada por um caso em que alguém sofre um crime considerado grave, porém desprovido de um dos elementos atribuídos à lesão moral⁷⁷⁹. Deve reconhecer-se que uma vasta gama de crimes é incompatível com tal conceito, pois não significam uma depreciação da vítima ou efetivamente ameaçam-lhe a habilidade de perceber o próprio valor ou tê-lo reconhecido perante os demais membros da sociedade⁷⁸⁰. A proposta contemplaria apenas os indivíduos afetados por crimes que constituam uma lesão moral, um conceito insuficiente para abarcar diversas condutas atualmente criminalizadas⁷⁸¹. Por exemplo, uma pessoa que tem um bem altamente valioso furtado ou a propriedade vandalizada não teria sofrido uma lesão moral⁷⁸². A proposta ultimamente implicaria aceitar que as vítimas de tais crimes não seriam “qualificadas” para ter o valor vindicado por uma resposta retributiva.

Tatjana Hörnle apresenta uma formulação mais inclusiva, pois não distingue os indivíduos em virtude de terem sido vitimados por um tipo de conduta agravada por expressar certo conteúdo moral. Em contradição ao proposto por Jean Hampton, o critério adotado seria o fato de o sujeito passivo ser um indivíduo. Reconhece-se que o fato de sofrer um crime já poderia incutir uma demanda retributiva, cuja intensidade seria proporcional a gravidade, violação da intimidade e afetação a vida posterior da vítima. Apesar de refratária a ingerência do sujeito passivo na determinação da pena, a autora expõe uma relação entre o anseio retributivo e o crime sofrido que permitiria conceber critérios razoáveis para um modelo de participação da vítima na empreitada punitiva.

O ceticismo da autora em relação às teorias da pena unidimensionais deve ser destacado⁷⁸³. A diversidade das condutas criminalizadas e a existência de interesses heterogêneos em relação à pena obstariam que uma formulação “purista” seja suficientemente

⁷⁷⁹ DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 37; DUFF, Antony. **Justice, Mercy and Forgiveness.** In *Criminal Justice Ethics*, Vol. 9, 1990, pg. 54 e 55.

⁷⁸⁰ DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 37 e 38; HAMPTON, Jean. **Correcting Harms Versus Righting Wrongs: The Goal of Retribution.**, op. cit., pg. 1678, 1681, 184 e 1685.

⁷⁸¹ DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 38.

⁷⁸² Idem; Além de propiciar a desconsideração de diversas vítimas, aparenta haver uma circularidade argumentativa entre os conceitos de “resposta retributiva” e “lesão moral”. A proposta afirma que uma resposta retributiva seria necessária perante uma lesão moral que compromete a percepção ou realização do valor da vítima. A compreensão do conceito lesão moral também pressuporia o porquê de tal lesão necessitar de uma resposta retributiva. A proposta incorreria em uma circularidade ao argumentar que uma conduta é “moralmente lesiva” em virtude de comprometer o valor da vítima, caso não haja uma resposta retributiva. A própria definição de lesão moral parcialmente faz referência a necessidade de uma resposta retributiva, enquanto que a noção de resposta retributiva demonstrar o porquê de uma resposta retributiva ser necessária (Idem).

⁷⁸³ HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 29 e 30; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 60; HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Strafrecht.**, op. cit., pg. 952.

convincente⁷⁸⁴. A constatação deixa entrever a necessidade de considerar o crime cometido ao fundamentar a punição do infrator. Apesar de uma teoria “fragmentada” parecer implausível e problemática⁷⁸⁵, admite-se a pertinência em diferenciar a fundamentação da pena imposta aos delitos interpessoais, pois tais condutas pressupõem um indivíduo como sujeito passivo e um destacado interesse punitivo da vítima.

Outro ponto digno de menção seria o reconhecimento de um direito da vítima à condenação do infrator, isto é, uma declaração vinculante, na qual o estado reconhece que o indivíduo foi lesionado por uma conduta ilícita imputada a um terceiro⁷⁸⁶. Percebe-se uma abordagem mais incisiva de um tema que parece ter sido explorado de forma insuficiente nas obras de autores com quem Tatjana Hörnle compartilha a influência filosófica⁷⁸⁷.

Apesar de a autora dedicar consideráveis esforços argumentativos em prol da vítima, questiona-se a posição refratária em relação à possibilidade de uma participação direta no processo punitivo. A crítica é ressaltada pelo fato de ser proposta o estabelecimento de uma perspectiva vitimal objetiva, cujo propósito seria auxiliar na mensuração da pena. A possibilidade de instrumentalização da vítima através dessa abordagem seria factível e nociva. Enfim, admite-se a relevância da proposta em virtude de ser um meio apropriado para lidar com situações em que a vítima não existe mais.

A contribuição de Klaus Günther pode ser destacada por asseverar que a pena não poderia ser substituída por outro tipo de reação ao ilícito em virtude de ter um caráter simbólico expressivo. Apesar de conter uma análise elucidativa sobre a alienação do sujeito passivo proporcionada pela consolidação do monopólio coercitivo estatal, questiona-se a proposta do autor propor uma consideração da vítima unicamente baseada em “aspectos universalizáveis”. Essa abordagem é suscetível de uma crítica análoga àquela apresentada a proposta de Tatjana Hörnle sobre uma perspectiva vitimal objetiva.

⁷⁸⁴ Idem: Idem; Idem.

⁷⁸⁵ LEITE, Alaor. **Teorias da pena, de Tatjana Hörnle**. In *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, Ano 1, Nº 1, 2014, pg. 302 e 303.

⁷⁸⁶ HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie**., op. cit., pg. 156; HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion**., op. cit., pg. 26 e 27; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien**., op. cit., pg. 38 a 40; HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht**., op. cit., pg. 952.

⁷⁸⁷ Menciona-se os demais autores expressivistas influenciados pela obra de Peter Strawson (STRAWSON, Peter Frederick. **Freedom and Resentment**., op. cit.), tais como Andreas von Hirsch, Klaus Günther e Tobias Zürcher: VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung**., op. cit., pg. 50; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions**., op. cit., pg. 10; ZÜRCHER, Tobias. **Legitimation von Strafe: Die expressiv-kommunikative Straftheorie zur moralischen Rechtfertigung von Strafe** Ibidem, pg. 177 e 178; GÜNTHER, Klaus. **Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe: Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?**, op. cit., pg. 218.

Outro ponto a ser tomado com ceticismo seria o descaso com a pena que implica a inflicção de um mal ao infrator, pois essa forma de expressar reprovação moral perante o crime seria mutável e superável. Apesar dessa análise ser plausível, aparenta ser insuficiente para embasar a conclusão de que impor uma privação ao infrator seria desnecessária em virtude de um processo penal público ser suficiente para expressar a reprovação moral.

Essas teorias podem ser destacadas por esmiuçarem o papel da vítima como um destinatário da expressão penal, representando um avanço qualitativo em relação às formulações anteriormente apresentadas. Apesar de notável dedicação à vítima, as formulações desse grupo não negam que o infrator e a sociedade também devam ser considerados como destinatários do conteúdo expresso pela pena⁷⁸⁸. Trata-se de uma posição adequada, pois o infrator e a comunidade devem ser tidos como destinatários, porém o ponto a ser posteriormente ressaltado é que a vítima deve ter uma primazia nos crimes em que o sujeito passivo é um indivíduo.

Enfim, deve mencionar-se que as obras analisadas deixam entrever certas hesitações: primeiro, promovem a relevância da vítima na teoria da pena, porém aparentam mantê-la em uma posição de espectador; segundo, enfatizam a desaprovação de uma participação ativa da vítima na empreitada punitiva. Subentende-se que os autores querem assegurar ao leitor que suas propostas não incentivam o revanchismo através de meios legais ou fornecem um embasamento jurídico-filosófico submeter o infrator ao arbítrio da vítima⁷⁸⁹. Apesar de ser um entrave ao desenvolvimento do assunto, a adoção de uma postura que prima em demonstrar temperança seria prudente para evitar a associação com grupos políticos que visam promover-se através o recrudescimento penal travestido de zelo pelas vítimas ou a volta as práticas punitivas pré-modernas⁷⁹⁰.

⁷⁸⁸ HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 30; GÜNTHER, Klaus. **Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe: Eine neue Strafreorie jenseits von Vergeltung und Prävention?**, op. cit., pg. 217 e 218.

⁷⁸⁹ HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Strafreorie.**, op. cit., pg. 157 e 158; HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 27; HÖRNLE, Tatjana. **Strafreorien.**, op. cit., pg. 40 e 41; HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Strafreorie und im materiellen Strafrecht.**, op. cit., pg. 952; HÖRNLE, Tatjana. **Distribution of Punishment: The Role of a Victim's Perspective.**, op. cit., pg. 176 e 177.

⁷⁹⁰ Idem; Idem; Idem; Idem; Idem.

3. Considerações conclusivas

A análise dos grupos teóricos permite estabelecer alguns contornos para uma teoria da pena fundamentada na vítima.

O fato de a pena ser fundamentada em conceitos abstratos e coletivistas deixa entrever que a vítima seria menos relevante que a validade da norma ou estado de respeito mútuo em que os cidadãos podem usufruir da liberdade individual. O crime não poderia ser reduzido a uma violação da norma ou afronta ao dever de lealdade ao ordenamento jurídico, pois certas condutas afetariam diretamente o indivíduo.

O enfoque no infrator como destinatário do conteúdo moral expresso pela pena, em detrimento de maiores considerações à vítima, conota uma questionável inversão de prioridades. O reconhecimento do status vitimal é importante, porém insuficiente para impedir que a vítima seja instrumentalizada como um parâmetro para aferir a censura penal.

O indivíduo reconhecido como um agente moralmente responsável e capaz não poderia ser privado de integrar um processo comunicativo com o estado. Deve reconhecer-se que ao tomar a vítima como mero receptor de uma expressão implica considerá-la como detentora de um status moral inferior ao do infrator. A vítima deve ser contemplada com a possibilidade de participar ativamente no processo de comunicação penal.

A vivência de um crime pode ocasionar um anseio retributivo, cuja intensidade poderia depender da gravidade da conduta e personalidade da vítima. A eventual satisfação da demanda retributiva pode pressupor o estabelecimento de um evento em que a vítima tem a oportunidade de expressar o mal sofrido ao algoz. O fato de o aspecto reprobatório da pena ser expresso pela intensidade do ônus punitivo permitiria inferir que a participação ativa na determinação da pena seria uma forma de a vítima expressar e buscar sanar a demanda retributiva decorrente do delito. Uma fundamentação do ato punitivo que efetivamente considere a vítima e supere a alienação proporcionada pelo viés coletivista do debate teórico-penal deve considerar a demanda retributiva do indivíduo afetado pelo crime.

CAPÍTULO III

UMA TEORIA DA PENA BASEADA NA VÍTIMA

1. Considerações introdutórias

O fato de o sujeito passivo individual ser constantemente ignorado indica que o coletivismo prevalece no debate teórico-penal⁷⁹¹. A referida tendência é bem ilustrada pelas formulações preventivas, as quais tencionam beneficiar a sociedade, admitindo a desconsideração dos interesses e demandas do indivíduo concretamente afetado pelo crime. As objeções expostas no *Primeiro Capítulo – A Pena e a Vítima* permitem observar que as teorias preventivas compartilham um inquietante descaso pelo indivíduo vitimado, pois são focadas nos efeitos do crime e pena para a sociedade ao ponto de desconsiderar e instrumentalizar o sujeito passivo do delito em prol de um benefício futuro, incerto e coletivo.

Fundamentar a punição de um delito interpessoal em um benefício coletivo deixa entrever que a vítima, o indivíduo concretamente lesionado pela conduta, seria menos relevante que a sociedade, o grupo composto por aqueles que sequer foram diretamente afetados. Preterir o penar de um indivíduo tangível em favor da “indiferença” de um coletivo abstrato seria uma escolha moralmente criticável e ensejaria questionar a fundamentação da pena unicamente preventiva em relação aos crimes com vítima.

A crítica à alienação da vítima em relação a punição do próprio algoz impele confrontar o viés coletivista predominante. As reflexões apresentadas aduzem a incompletude das teorias que ignoram o indivíduo vitimado ao fundamentar a punição de delitos interpessoais⁷⁹². Por questionar a alienação da vítima em relação à punição do próprio algoz, a teoria proposta tenciona estabelecer o indivíduo concretamente afetado pela conduta como o principal fundamento da pena.

⁷⁹¹ HÖRNLE, Tatjana. *Expressive Straftheorie.*, op. cit., pg. 143; HÖRNLE, Tatjana. *Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.*, op. cit., pg. 29; HÖRNLE, Tatjana. *Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht.*, op. cit., pg. 950 e 951.

⁷⁹² Idem; Ibidem, pg. 29 e 30; HÖRNLE, Tatjana. *Straftheorien.*, op. cit., pg. 58 a 60; HÖRNLE, Tatjana. *Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht.*, op. cit., pg. 952.

Propor um fundamento específico para punir crimes em que o sujeito passivo é um indivíduo não implica questionar a existência de uma teoria da pena “genérica”. Trata-se apenas de reconhecer que a maioria das formulações com destaque no debate teórico-penal é insuficiente para fundamentar a punição de delitos interpessoais, pois adota um viés coletivista alheio a condição da vítima.

Apesar de ter o enfoque no indivíduo vitimado, a teoria proposta não menosprezaria o coletivo, pois o fundamento para punir os “crimes sem vítimas” ainda seria a prevenção criminal. As condutas em que o sujeito passivo não é uma pessoa tutelam bens jurídicos supra-individuais, isto é, faz sentido que a fundamentação da pena tenha um viés coletivista focado nos benefícios sociais de uma reduzida incidência delitiva. A “regra” seria uma fundamentação coletivista para a pena.

Os crimes que pressupõem uma pessoa como sujeito passivo tutelam bens jurídicos individuais, isto é, deve admitir-se a coerência de a pena ter um fundamento individualista focado na vítima. A fundamentação da pena imposta aos delitos interpessoais excepciona a “regra” previamente mencionada, pois o viés individualista suplanta o coletivista, ou seja, a promoção de efeitos sociais benéficos é considerada menos relevante que a vítima.

Ressalta-se que a proposta não tenciona estabelecer o sujeito passivo individual como o fundamento exclusivo para punir delitos interpessoais. Trata-se de uma fundamentação que pode ser harmonizada com considerações sobre a profilaxia de crime futuros. Apesar de o individualismo ser mais relevante que o coletivismo, a anuência com a prevenção criminal demonstra a possibilidade de os dois vieses serem combinados para fundamentar a punição de delitos interpessoais. A compatibilização com uma teoria coletivista seria possível, isto é, desde que o principal fundamento da pena seja individualista e focado na vítima.

Outro ponto a ser destacado é o fato de a proposta não visar estabelecer uma teoria da pena para cada crime, isto é, fundamentar o ato punitivo segundo a gravidade da conduta delitiva⁷⁹³. Trata-se de uma proposição potencialmente nociva, pois poderia significar a relativização do fundamento para punir certos crimes⁷⁹⁴. A preocupação pode ser ilustrada por um cenário em que a punição de um delito leve é banalizada, pois o fundamento da pena é atrelado à gravidade da conduta⁷⁹⁵.

⁷⁹³ LEITE, Alaor. **Teorias da pena, de Tatjana Hörnle.**, op. cit., pg. 303.

⁷⁹⁴ Idem.

⁷⁹⁵ Idem.

Além disso, refuta-se uma proposição que tencione agrupar os crimes e estabelecer uma fundamentação da pena comum para cada conjunto delitivo⁷⁹⁶. Apesar de aparentar ser mais razoável, trata-se de uma proposição de parca exequibilidade⁷⁹⁷. O critério para sistematizar as condutas proscritas seria um ponto controvertido, pois determinaria a composição de cada grupo delitivo, ou seja, quais crimes seriam punidos por um fundamento e quais seriam punidos por outro. O fato de influir diretamente na punição do crime deixa entrever que o critério aglutinador adotado também deve ser fundamentado. Além de incrementar a complexidade para a fundamentação da pena, a proposição também seria criticável por possibilitar a relativização dos pressupostos normativos do ato punitivo e banalização da pena imposta aos delitos incluídos em certos grupos.

Apesar de advertir quanto a uma teoria que relacione o fundamento da pena e a gravidade da conduta delitiva, o argumento não obsta que hajam pressupostos normativos específicos para punir certos crimes. A existência de “fundamentações” da pena só seria nociva ao esvaziar o pressuposto normativo para punir certos crimes e incrementar o pressuposto normativo para punir outros. Considerar a vítima ao fundamentar a pena imposta ao perpetrador de um delito interpessoal não implicaria banalizar a punição das demais condutas proscritas. O fato de o principal fundamento para punir delitos interpessoais ser a vítima não altera o pressuposto normativo da pena imposta aos crimes em que o sujeito passivo não é um indivíduo.

Destaca-se a inexistência de um intento em estabelecer uma pluralidade de teorias da pena. Ao invés de propor uma fundamentação da pena para cada conduta ou grupo delitivo, apresenta-se uma teoria que distingue entre os pressupostos normativos para punir os crimes com vítima e os crimes sem vítima. Essa “bipartição teórica” é essencial para a proposta desenvolvida, pois permite elencar o sujeito passivo individual como o principal fundamento para punir crimes com vítimas. O estabelecimento de pressupostos normativos específicos à punição de delitos interpessoais possibilita inserir uma premissa individualista, cujo enfoque seja a vítima, nas teorias da pena.

⁷⁹⁶ Idem.

⁷⁹⁷ Idem.

2. Os fundamentos para uma teoria da pena específica aos delitos interpessoais

Após findar a exposição da premissa para uma teoria da pena centrada na vítima, passa-se a analisar os argumentos para fundamentá-la. Trata-se de uma formulação que pode ser fundamentada em três argumentos, o individualismo normativo, o contratualismo e o expressivismo penal. Os referidos argumentos passam a ser expostos segundo a ordem de menção.

2.1. Individualismo normativo

Pode introduzir-se o tema com a menção de que as ações humanas que afetam terceiros devem ser fundamentadas, tal como a pena criminal⁷⁹⁸. O indivíduo e o coletivo são tomados como elementos centrais de formulações éticas modernas, ensejando dois princípios fundadores: o “individualismo normativo” (*normativer Individualismus*) e “coletivismo normativo” (*normativer Kollektivismus*)⁷⁹⁹.

O individualismo normativo propõe que todas as decisões políticas e jurídicas são ultimamente fundamentadas por ter uma pertinência exclusiva com os indivíduos que atingem⁸⁰⁰. O individualismo normativo conteria três subprincípios⁸⁰¹: “princípio individual” (*Individualprinzip*), apenas indivíduos⁸⁰² podem ser o cerne de uma fundamentação ética, ou

⁷⁹⁸ VON DER PFORDTEN, Dietmar. KÄHLER, Lorenz. **Einleitung**. In VON DER PFORDTEN, Dietmar. KÄHLER, Lorenz (Ed.). *Normativer Individualismus in Ethik, Politik und Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, pg. 1.

⁷⁹⁹ Ibidem, pg. 1 a 5; VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normative Ethik.**, op. cit., pg. 17 e 18; VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normativer Individualismus und das Recht**. op. cit., pg. 1069.

⁸⁰⁰ VON DER PFORDTEN, Dietmar. KÄHLER, Lorenz. **Einleitung.**, op. cit., pg. 2 a 4; VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normative Ethik.**, op. cit., pg. 17 e 18; VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normativer Individualismus und das Recht**. op. cit., pg. 1069.

⁸⁰¹ VON DER PFORDTEN, Dietmar. KÄHLER, Lorenz. **Einleitung.**, op. cit., pg. 2.

⁸⁰² Em um sentido ético-normativo, a formulação estabelece que “indivíduos” (*Individuen*) seriam as pessoas, animais, plantas, microrganismos e objetos que tenham certo nível de relevância social (por exemplo, pedras). Em contraposição, os coletivos seriam junções de indivíduos, tais como grupos de pessoas, animais e demais objetos da natureza (famílias, nações, estados, raças, biótipos, ecossistema, regiões, biosfera etc). Os limites de um nível de relevância ético-normativa de objetos grandes ou pequenos seriam essencialmente determinados pela “perceptibilidade” (*Erkennbarkeit*), “capacidade de consideração” (*Berücksichtigungsfähigkeit*) e “possível influência na ação” (*mögliche Handlungsbeeinflussung*) de outros indivíduos afetados (VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normative Ethik.**, op. cit., pg. 25). O conceito “indivíduo” assume um significado abrangente nessa formulação, pois não necessariamente faz referência a um Ser Humano, mas a uma entidade individual.

seja, somente pessoas devem ser eticamente consideradas ou têm o dever ético de considerar os outros, excluindo-se os coletivos e as entidades holísticas (nação, família, ecossistema etc); “principio da generalidade” (*Allprinzip*), todos os indivíduos afetados por uma ação devem ser considerados ao fundamenta-la; “principio da consideração equânime” (*Prinzip der Gleichberücksichtigung*), todos os indivíduos afetados por uma ação ou decisão devem ser igualmente considerados ao fundamenta-la⁸⁰³.

O individualismo normativo enfatiza que uma consideração séria pelos indivíduos pressupõe não atribuir-lhes qualidades predeterminadas⁸⁰⁴. As pessoas devem poder escolher o aspecto da própria individualidade que seria decisivo em termos de legitimidade política⁸⁰⁵. O traço determinante para fundamentar ações políticas e jurídicas seria aferido ao observar o efetivo consentimento e os atuais desejos e objetivos dos indivíduos afetados⁸⁰⁶. A impossibilidade de tal averiguação conduz a uma segunda análise, na qual devem ser buscados prévios desejos e objetivos⁸⁰⁷. Uma vez constatada a inviabilidade da empreitada, propõe-se uma terceira opção que amplia o escopo da busca, incluindo presunções concretas sobre os efetivos desejos e objetivos do indivíduo afetado⁸⁰⁸. Caso a alternativa anterior também esteja indisponível, deve recorrer-se aos interesses e necessidades abstratas⁸⁰⁹. Essa escala decrescente de considerações pode ser sumarizada com a terminologia “interesse” (*Interesse*)⁸¹⁰.

O coletivismo normativo postula que a derradeira fundamentação de decisões políticas e jurídicas seja referente a uma entidade coletiva (nação, povo, movimento político, raça, etnia, sociedade, economia, comunidade, categoria funcional etc), a qual legitima as escolhas

Ressalta-se que o termo será usado unicamente em referência a um Ser Humano. Afinal, o indivíduo moralmente relevante para as teorias da pena é necessariamente uma pessoa.

⁸⁰³ VON DER PFORDTEN, Dietmar. KÄHLER, Lorenz. **Einleitung.**, op. cit., pg. 2; VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normative Ethik.**, op. cit., pg. 23 e 24.

⁸⁰⁴ VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normative Ethik.**, op. cit., pg. 50; VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normativer Individualismus und das Recht.**, op. cit., pg. 1071; Menciona-se algumas das formulações a discorrer sobre a característica humana determinante para fundamentar ações políticas: “busca pela autopreservação (Hobbes), consentimento fático (Locke), vontade, arbúrio (Rousseau, Kant), prazer e sofrimento, satisfação de interesses (Bentham, Mill, utilitarismo), direitos (Nozick, Dworkin), necessidades (Apel), liberdades (v. Hayek), interesses (Höffe, Hoerster, Patzig), preferências (Arrow, Gauthier), habilidades (Sen), aceitação, justificação fictícia (Scalon, Koller), totalidade dos julgamentos político-individuais (Nida-Rümelin)” (Idem).

⁸⁰⁵ VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normativer Individualismus und das Recht.**, op. cit., pg. 1071.

⁸⁰⁶ Idem.

⁸⁰⁷ Idem.

⁸⁰⁸ Idem.

⁸⁰⁹ Idem.

⁸¹⁰ Idem.

realizadas⁸¹¹. As decisões não consideram os indivíduos afetados, pois a legitimidade advém da referência à coletividade – percebida como um fim em si mesmo⁸¹².

Apesar de o individualismo e coletivismo normativo terem reduzido a influência de formulações éticas baseada em elementos transcendentais (Deus, direito natural, natureza etc), apenas o primeiro fundamenta decisões políticas e jurídicas de forma efetivamente imanente⁸¹³. Ressalta-se o fato de a consideração ética por indivíduos e coletivos ser essencialmente assimétrica⁸¹⁴. A assertiva pode ser demonstrada pela dissolubilidade de entes coletivos, pois inexistente um fundamento ético e secular para preservar a existência de uma entidade grupal se os indivíduos que a compõe quiserem terminá-la⁸¹⁵. A extinção de um coletivo pela vontade dos próprios membros não é repreensível e é indiferente sob uma perspectiva ética⁸¹⁶. A valoração de um coletivo decorre dos indivíduos que o compõe, ou seja, trata-se de um ente desprovido de um valor intrínseco e imanente⁸¹⁷.

Ainda que o termo possa sugerir o contrário, o individualismo normativo é compatível com objetivos gerais e metas coletivas, os quais podem ser promovidos se forem referentes ao interesse das pessoas afetadas⁸¹⁸. As ações necessariamente coletivas voltadas à realização de projetos comuns, tal como a tributação, seriam concebíveis⁸¹⁹. O individualismo normativo não deve ser tomado com uma subscrição das teorias libertárias⁸²⁰. O referido princípio também não inibiria a intervenção das autoridades para coibir o uso arbitrário da força e a causação de danos por terceiros⁸²¹. O individualismo normativo não implica em relativizar a

⁸¹¹ VON DER PFORDTEN, Dietmar. KÄHLER, Lorenz. **Einleitung.**, op. cit., pg. 3; VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normativer Individualismus und das Recht.**, op. cit., pg. 1069.

⁸¹² Idem; Ibidem, pg. 1070.

⁸¹³ Ibidem, pg. 3; VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normativer Individualismus und das Recht.**, op. cit., pg. 1070.

⁸¹⁴ VON DER PFORDTEN, Dietmar. KÄHLER, Lorenz. **Einleitung.**, op. cit., pg. 4.

⁸¹⁵ Idem; VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normativer Individualismus und das Recht.**, op. cit., pg. 1079.

⁸¹⁶ Idem; Idem.

⁸¹⁷ VON DER PFORDTEN, Dietmar. KÄHLER, Lorenz. **Einleitung.**, op. cit., pg. 4.

⁸¹⁸ VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normativer Individualismus und das Recht.**, op. cit., pg. 1070 e 1071.

⁸¹⁹ Ibidem, pg. 1070.

⁸²⁰ VON DER PFORDTEN, Dietmar. KÄHLER, Lorenz. **Einleitung.**, op. cit., pg. 4; VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normativer Individualismus und das Recht.**, op. cit., pg. 1070; Argumenta-se que o fato de as propostas libertárias entravarem o exercício da autoridade política e da regulação jurídica em prol da atuação de uma “mão invisível” deixa entrever a possível ocorrência de resultados que desconsideram os indivíduos envolvidos. Saliencia-se a diferença entre a perspectiva individual-normativa e aquelas mantida por autores que efetivamente propõem concepções estatais minimalistas, tais como Robert Nozick e David Gauthier (Idem; GAUTHIER, David. **Morals by Agreement.** Oxford: Oxford University Press, 1986; NOZICK, Robert. **Anarchy, State, and Utopia.** Nova York: Basic Books, 1974, pg. 18, 26 a 29).

⁸²¹ VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normativer Individualismus und das Recht.**, op. cit., pg. 1070; Inclusive, a doutrina liberal, precedente ao individualismo normativo, contraria violações aos direitos humanos, tais como vida, integridade física, liberdade e propriedade. Apesar de ter uma relação estreita com o liberalismo, o individualismo normativo é mais elementar, pois demonstra a direta relação com aqueles que proporcionam e demandam legitimidade, isto é, os indivíduos. O liberalismo é o programa social, político e jurídico que

justificação ética⁸²². Apesar de os desejos, necessidades e objetivos particulares dependerem dos indivíduos afetados pelas decisões, reconhece-se a existência de demandas que são fundamentais, pois são imprescindíveis para a vida humana (ar, água, alimentação etc)⁸²³.

2.1.1. Apreciação crítica do individualismo normativo como fundamento para uma teoria da pena específica aos delitos interpessoais

O fato de o ato punitivo representar uma considerável intrusão estatal na esfera individual impele reconhecer a necessidade de fundamentá-lo⁸²⁴. As teorias da pena seriam uma concretização essencial do individualismo normativo, o qual aduz que todos aqueles que sejam afetados devem ser considerados pela fundamentação do pelo ato punitivo⁸²⁵. O conceito de “afetação” (*Betroffenheit*) pressupõe uma ação efetivamente capaz de condizer ou contradizer os atributos morais essenciais de pessoas em um caso concreto⁸²⁶. O fato de a afetação ser um requisito para considerar um indivíduo na tomada de uma decisão politico-jurídica impele delimitar quem seriam as pessoas atingidas pela pena.

Trata-se de um questionamento a ser respondida em dois âmbitos, sendo o primeiro relativo à cominação penal. A criação de uma norma incriminadora comina uma pena aos indivíduos que incorrerem em certa conduta anteriormente permitida. O fato de a referida lei ser indistintamente aplicável aos membros de um convívio social expõe uma afetação de todos esses indivíduos, os quais passam a ser tolhidos de uma forma de agir. O individualismo normativo pressupõe que o estabelecimento de tal vedação legal deve ser fundamentado perante os indivíduos que afeta. A cominação de uma pena seria fundamentada em um interesse atribuível a todos os indivíduos na qualidade de “vítimas potenciais”, isto é, a proteção perante um terceiro que eventualmente possa infligir uma conduta delitiva⁸²⁷.

concretiza o individualismo normativo (VON DER PFORDTEN, Dietmar. KÄHLER, Lorenz. **Einleitung.**, op. cit., pg. 2).

⁸²² VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normativer Individualismus und das Recht.**, op. cit., pg. 1070.

⁸²³ Idem.

⁸²⁴ Ibidem, pg. 1075.

⁸²⁵ VON DER PFORDTEN, Dietmar. KÄHLER, Lorenz. **Einleitung.**, op. cit., pg. 2 a 4; VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normative Ethik.**, op. cit., pg. 17, 18 e 25; VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normativer Individualismus und das Recht.** op. cit., pg. 1075.

⁸²⁶ VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normative Ethik.**, op. cit., pg. 25.

⁸²⁷ VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normativer Individualismus und das Recht.**, op. cit., pg. 1075.

O segundo âmbito é pertinente a imposição do ato punitivo. O infrator pode ser dito como afetado pela pena, pois é submetido a uma intervenção estatal na esfera privada. O fato de ser infligido com uma privação tangível indica que o apenado é fática e moralmente afetado⁸²⁸, ou seja, o agente deve constar na fundamentação da pena. Apesar de a necessidade em vislumbrar o criminoso ser facilmente percebida, o critério de afetação não explicita uma razão para considerar a vítima ao fundamentar a imposição da pena. Inclusive, o contraste com a situação do infrator suscita dúvidas quanto à afetação da vítima, cujo esclarecimento é imprescindível para asseverar se o sujeito passivo individual deve ser considerado ao fundamentar a imposição de um ato punitivo. Podem formular-se as seguintes proposições para sustentar que a pena afeta a vítima nos termos do individualismo normativo.

A primeira hipótese propõe que o sujeito passivo individual seria afetado pelo ato punitivo ao ser implicado nos atos judiciais que apuram e julgam a conduta delitiva imputada ao infrator com o intuito de puni-lo. Por exemplo, a vítima arrolada como testemunha, submetida a perícia ou ingressada como assistente de acusação. O fato de participar no processo judicial, imprescindível para a imposição de um ato punitivo, seria suficiente para afirmar que a vítima foi “antecipadamente” afetada pela pena. Percebe-se que a proposta iguala a pena ao processo penal, pois considera que a vítima é afetada pelo ato punitivo apenas por ser implicada nos atos judiciais que visam apurar e julgar a conduta do infrator. A referida imprecisão seria suficiente para perceber que a vítima não é afetada pela pena. Ainda que o processo penal possa ter “afetado” a vítima, a alegação não pode ser estendida à imposição do ato punitivo. A primeira hipótese demonstra que a vítima não é afetada pela pena.

A segunda hipótese propõe que a pena afetaria a vítima através do bem jurídico tutelado. A punibilidade de delitos interpessoais seria ultimamente remetida à vítima, cujo bem jurídico teria sido violado⁸²⁹. A pena afetaria a vítima ao tutelar-lhe um bem jurídico individual. A hipótese também seria insatisfatória, pois a tutela penal de um bem jurídico atribuído ao sujeito passivo, ao invés do próprio indivíduo vitimado pelo crime, deixa entrever que o ato punitivo tem uma “afetação” restrita ao plano abstrato. A segunda hipótese também aponta que o sujeito passivo não é afetado pelo ato punitivo imposto ao infrator.

⁸²⁸ Conforme abordado no Capítulo II, a pena não é restrita ao plano meramente factual, pois o ônus concreto imposto ao infrator expressa a condenação da conduta incorrida, ou seja, pode dizer-se que o agente punido também seria moralmente afetado.

⁸²⁹ VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normativer Individualismus und das Recht.**, op. cit., pg. 1076.

O conceito de afetação estabelecido pela perspectiva individual-normativa aduz que o ato punitivo não incide sobre a vítima de um delito interpessoal. Inclusive, o indivíduo vitimado não deve ser referido pela fundamentação da pena imposta ao próprio algoz. Insta esclarecer o porquê de as últimas assertivas não comprometerem a compatibilidade do individualismo normativo com uma formulação teórica que toma o sujeito passivo como o fundamento para punir delitos interpessoais.

A vítima não seria considerada apenas por não ser afetada pela pena. O enunciado é meramente descritivo, pois, caso fosse afetado, o sujeito passivo deveria ser considerado na fundamentação do ato punitivo. O individualismo normativo não é inerentemente avesso a tomar a vítima como um fundamento para punir delitos interpessoais.

Além disso, deve reconhecer-se que a pena é concebida e determinada a partir de uma tendência político-criminal improfícua à vítima. Afinal, o individualismo normativo estabelece que a pena seria fundamentada por ter uma pertinência exclusiva com os indivíduos que afeta. O fato de apenas o infrator e a sociedade serem afetados reconduz a prevalência de uma concepção preventivo, cuja compatibilidade com o individualismo normativo dificilmente pode ser estabelecida em virtude de ter um caráter coletivista. Uma vez afastada esta concepção penal, e considerando as limitações das propostas expressivistas e retributivas já abordadas, deve retornar-se à questão fundamental da teoria da pena: *Por que punir?*

2.2. Contratualismo

As condutas delitivas que implicam uma pessoa no polo passivo representam uma violação de direitos subjetivos, tais como vida, integridade corporal, propriedade etc⁸³⁰. A concepção de um Estado de Direito liberal pressupõe que tais prerrogativas não decorrem da benevolência alheia, pois são inerentes à condição humana e devem ser legalmente chanceladas⁸³¹. O dever estatal em impedir a vitimização seria remetido ao indivíduo, o qual confere legitimidade ao exercício do poder público⁸³². A proteção de pessoas, em uma perspectiva contratualista, contra atos de violência e lesões decorrentes de condutas delitivas

⁸³⁰ RENZIKOWSKI, Joachim. **Dimensionen der Straftat: Täter-Opfer-Gesellschaft**. In KOHTE, Wolfhard. ABSENGER, Nadine. (Ed.). *Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs: Festschrift für Armin Holänd*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2015, pg. 211.

⁸³¹ Idem.

⁸³² Ibidem, pg. 211 e 212.

perpetradas por terceiros seria uma das condições necessárias à legitimação de uma entidade como “estado”⁸³³. Inclusive, o fato de alguém ter sofrido um crime seria atribuído à uma falha do sistema jurídico mantido pelo estado⁸³⁴.

O dever de salvaguarda perante eventuais ações criminosas não implicaria em uma garantia de incolumidade à todos os indivíduos sob a tutela estatal⁸³⁵. Afinal, existem fatos que independem da atuação e fogem totalmente ao controle do poder público. Por exemplo, uma pessoa não pode imputar o fato de ter sido atingida por um raio à uma falha na atuação do estado. Apesar de não poderem ser responsabilizadas por eventos análogos ao ilustrado, as autoridades seculares ainda poderiam ser demandadas em outros casos envolvendo o comprometimento à incolumidade de um indivíduo. Por exemplo, uma pessoa pode responsabilizar o estado pelas sequelas decorrentes de um tratamento médico inepto fornecido pelo sistema de saúde público. Apesar de a pormenorização da responsabilidade estatal não constituir o cerne da investigação, pode afirmar-se que o poder público não tem o dever de assegurar uma completa incolumidade a todos que tutela⁸³⁶.

O fato de nem todas as lesões poderem ser remetidas a uma ação ou omissão das autoridades atesta a limitação estatal quanto à garantia da incolumidade individual⁸³⁷. A assertiva ressalta o quão diferente são abordados os atos de violência e lesões causadas por condutas delitivas de terceiros, pois o poder público está incumbido de evitar que ocorram àqueles que estão sob sua guarda⁸³⁸. Apesar de um dever das autoridades perante os

⁸³³ RENZIKOWSKI, Joachim. **Dimensionen der Straftat: Täter-Opfer-Gesellschaft.**, op. cit., pg. 221; PALMA, Maria Fernanda. **Direito Constitucional Penal.** Coimbra: Editora Almedina, 2006, pg. 106 e 107; HAQUE, Adil Ahmad. **Group Violence and Group Vengeance: Toward a Retributivist Theory of International Criminal Law.** In *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 9, 2005, pg. 283; FLETCHER, George. **The Place of Victims in the Theory of Retribution.**, op. cit., pg. 60 a 63; HOBBS, Thomas. **Leviathan, or the Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical or Civil (1651).** In MOLESWORTH, William (Ed.). *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury: Vol. III.* Londres: John Bohn, 1839, pg. 208 e 209 (Cap. XXI); BECCARIA, Cesare. **Dei Delitti e delle Penne (1764).**, op. cit., pg. 7 (Cap. I).

⁸³⁴ RENZIKOWSKI, Joachim. **Dimensionen der Straftat: Täter-Opfer-Gesellschaft.**, op. cit., pg. 221; KANT, Immanuel. **Die Metaphysik der Sitten (1797).**, op. cit., pg. 42; HOBBS, Thomas. **Leviathan, or the Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical or Civil (1651).**, op. cit., pg. 208 e 209 (Cap. XXI).

⁸³⁵ RENZIKOWSKI, Joachim. **Dimensionen der Straftat: Täter-Opfer-Gesellschaft.**, op. cit., pg. 221.

⁸³⁶ Idem; Destaca-se a relevância da pena imposta ao autor de um delito interpessoal pois evita que a vítima tenha a impressão de ser tratada como uma pessoa que foi afligida por uma catástrofe natural ou outro fenômeno atribuível a um “poder maior”, isto é, aqueles que estão fora da suposta esfera protetiva estatal (HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht.**, op. cit., pg. 955; HASSEMER, Winfried. REEMTSA, Jan Philipp. **Verbrechensopfer: Gesetz und Gerechtigkeit.**, op. cit., pg. 130 e 131; REEMTSA, Jan Philipp. **Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem.**, op. cit., pg. 26 e 27; VON HIRSCH, Andreas. **Review of Nils Christie “Limits to Pain”.**, op. cit., pg. 315 a 318).

⁸³⁷ RENZIKOWSKI, Joachim. **Dimensionen der Straftat: Täter-Opfer-Gesellschaft.**, op. cit., pg. 221.

⁸³⁸ Idem.

particulares, o impedimento à vitimização aparenta ter empecilhos intransponíveis, isto é, pode presumir-se a inevitabilidade de violações aos direitos individuais ocorrerem.

O primeiro óbice à realização da incumbência estatal seria fático, pois proteger integralmente a totalidade de pessoas que compõem uma população seria uma tarefa inexecutável. O sucesso inquestionável de tal empreitada protetiva pressuporia uma autoridade estatal com atributos inverossímeis. Pode supor-se que o estado deveria ser apto a situar o cometimento de um crime com precisão temporal e espacial. O fato de saber “quando” e “onde” um delito ocorre também seria insuficiente, pois ainda seria imprescindível ao estado dispor de uma aparato interventivo que o habilitasse a frustrar a ocorrência de condutas delitivas a qualquer lugar e à qualquer momento.

Apesar de contarem com vastos recursos financeiros e expertise tecnológica, o total impedimento da vitimização seria uma meta inalcançável até para os padrões dos estados contemporâneos mais desenvolvidos. A tarefa seria inviável até para os países que seriam intuitivamente designados como os mais propícios a realiza-la, isto é, aqueles com elevados indicadores socioeconômicos, amplo acesso à tecnologia, reduzida população e um território facilmente controlável em virtude de ter pequenas dimensões⁸³⁹.

Não obstante uma maciça propaganda política no sentido contrário, os regimes mais repressivos da história também não lograram êxito em impedir as condutas que designavam proscritas⁸⁴⁰. Em relação aos referidos governos ditatoriais, menciona-se a existência de

⁸³⁹ Por exemplo, até países como Islândia, Liechtenstein e Mônaco, não conseguiram promover tal erradicação da criminalidade (HARRENDORF, Stefan. HEISKANEN Markku. MALBY, Steven. **International Statistics on Crime and Justice**. Helsinque: European Institute for Crime Prevention and Control, Affiliated with the United Nations (HEUNI), 2010). O fato de um país apresentar incidências delitivas altamente reduzidas, ou até inexistentes em determinado período, tal como os países mencionados, não permite assumir que os crimes somente não ocorrem por uma atuação profilática do estado. Afinal, alguns delitos podem ter ocorrido, porém não foram reportadas pelas vítimas ou devidamente registradas pelas autoridades (“a cifra escura da criminalidade”). Deve ressaltar-se a possibilidade de pessoas não terem sido vitimadas simplesmente pelo fato de ninguém ter incorrido em uma conduta delitiva. Trata-se de uma hipótese plausível e apta a ressaltar que a não ocorrência de crimes não está necessariamente atrelada a atuação do estado.

⁸⁴⁰ Apesar de ainda difundida no imaginário popular, a percepção de governos ditatoriais como aptos a suprimir a delinquência é altamente imprecisa. Dentre os regimes não democráticos erroneamente percebidos como exitosos no combate à criminalidade, menciona-se a União Soviética, a Alemanha Nazista, a Itália Fascista e a Espanha Franquista. Os seguintes estudos impelem rever o “sucesso” dos referidos regimes no combate à criminalidade e desmistificar a eficiência de seus aparatos de segurança pública: DUNNAGE, Jonathan. **Social Control in Fascist Italy: The Role of the Police**. In EMSLEY, Clive. JOHNSON. Eric. SPIERENBURG. Pieter. (Ed.). *Social Control in Europe. Volume 2, 1800–2000*. Columbus: The Ohio State University Press, 2004, pg. 261 a 280; CENARRO. Angela. **Violence, Surveillance, and Denunciation: Social Cleavage and the Spanish Civil War and Francoism, 1936–1950**. In EMSLEY, Clive. JOHNSON. Eric. SPIERENBURG. Pieter. (Ed.). *Social Control in Europe. Volume 2, 1800–2000*. Columbus: The Ohio State University Press, 2004, pg. 281 a 300; GELLATELY, Robert. **Backing Hitler: Consent and Coercion in Nazi Germany**. Oxford: Oxford University Press, 2001; THURSTON, Robert. **Life and Terror in Stalin’s Russia, 1934–1941**. New Haven: Yale University Press, 1998; GELLATELY, Robert. **The Gestapo and German Society**:

indícios sugerindo o inverso, isto é, a maior vulnerabilidade dos indivíduos à criminalidade⁸⁴¹. Além disso, a atribuição de tamanho poder de ciência e ação soa exagerada até em face dos estados totalitários característicos da literatura distópica, tais como “1984” ou “*The Man in the High Castle*”⁸⁴².

Para serem capazes de impedir a vitimização de todos os indivíduos sob sua tutela, as autoridades teriam que deter qualidades análogas à onisciência e onipotência. A constatação de que o poder público dispõe de tais atributos permitiria considera-lo como assemelhado a uma entidade transcendental⁸⁴³. Em termos fáticos, deve admitir-se que o estado é incapaz de evitar que todo indivíduo sofra um crime⁸⁴⁴.

O reconhecimento de um limite à capacidade protetiva estatal contradiria o direito individual a não ser afligido por um crime. Inclusive, uma menção à figura do Contrato Social permitiria inferir que o estado “assumiu” um dever que jamais poderá ser “adimplido”. Apesar de a última assertiva poder ser entendida como uma leitura estrita do contratualismo, a contínua vitimização de indivíduos sob a tutela do poder público é evidente e enseja indagar o porquê de o estado não ser questionado quanto ao suposto descaso com a própria incumbência protetiva. A resposta inicial seria reconhecer que as autoridades indis põem de meios para efetivamente garantir que todas pessoas não sofram condutas delitivas. A constatação poderia

Enforcing Racial Policy, 1933–1945. Oxford: Oxford University Press, 1990; PEUKERT, Detlev. **Inside Nazi Germany: Conformity, Opposition and Racism in Everyday Life.** Londres: Penguin, 1987; GELLATELY, Robert. **Die Gestapo und die deutsche Gesellschaft: Zur Entscheidung einer selbstüberwachenden Gesellschaft.** In SCHMIECHEN-ACKERMANN, Detlef (Ed.). *Anpassung, Verweigerung, Widerstand. Soziale Milieus, Politische Kultur und der Widerstand gegen den Nationalsozialismus in Deutschland im regionalen Vergleich.* Berlin: Gedenkstätte Deutscher Widerstand, 1997, pg. 109 a 121; MALLMANN, Klaus-Michael PAUL. Gehard. **Die Gestapo: Mythos und Realität.** Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft. 1995; MANN, Reinhard. **Protest und Kontrolle im Dritten Reich: Nationalsozialistische Herrschaft im Alltag einer rheinischen Grossstadt.** Frankfurt am Main: Campus Verlag, 1987.

⁸⁴¹ Inclusive, a Alemanha Nazista, tida como uma referência em termos de estado-policial, apresentava índices de criminalidade tão altos quanto às sociedades democráticas da época. Afinal, o que mais importava ao sistema de justiça criminal nacional-socialista não era o delito, mas quem o perpetrou (JOHNSON. Eric. **Criminal Justice, Coercion and Consent in ‘Totalitarian’ Society: The Case of National Socialist Germany.** In *British Journal of Criminology*, 2011, N° 51, pg. 601); Além disso, o Regime Nazista foi incapaz de suprimir o crime organizado na própria capital alemã, tal como visto no caso da *Ringvereine*, uma associação de grupos delinquentes atuante nos bairros operários de Berlim durante as décadas de 1920 e 1930. Apesar dos clamores governamentais quanto à erradicação do crime, os sindicatos do submundo continuaram a operar após a tomada de poder pelo NSDAP. Não há evidência de que os nazistas tenham prendido todos os membros da *Ringvereine*. Na verdade, documentos apontam para a sobrevivência do grupo após 1933. Logo, a história desses sindicatos levanta questões sobre os limites do controle nazista da vida alemã cotidiana, impelindo reflexões sobre os limites do monopólio da violência do Estado Nacional Socialista, o papel do crime na cultura política alemã e continuidades entre a República de Weimar e o Terceiro Reich (GOESCHEL, Christian. **The Criminal Underworld in Weimar and Nazi Berlin.** In *History Workshop Journal*, Vol. 75, N° 1, 2013, pg. 59).

⁸⁴² ORWELL, George. **Nineteen Eighty-Four (1948).** Londres: Everyman's Library, 1992; DICK, Philip K. **The Man in the High Castle (1962).** Nova York: Mariner Books, 2011.

⁸⁴³ HASSEMER, Winfried. REEMTSA, Jan Philipp. **Verbrechensopfer: Gesetz und Gerechtigkeit.**, op. cit., pg. 133, 136 e 205.

⁸⁴⁴ Idem.

soar como óbvia, porém ainda seria insatisfatória para aqueles que confiam e contam com estado para protegê-los.

Uma possível réplica seria reconhecer a inviabilidade de o estado erradicar a vitimização e perquirir sobre o porquê de o aparato de segurança pública não ser extrapolado até atingir um patamar em que apenas uma minoria seja afligida por crimes. Apesar de ser moralmente criticável por aceitar o padecer de alguns ao admitir que o estado não pode salvaguardar a todos, o argumento induz a questionar sobre as externalidades negativas que podem decorrer de uma exacerbação das medidas que tencionam evitar que indivíduos sofram condutas delitivas. A infactibilidade da incumbência protetiva não seria o único obstáculo ao poder público⁸⁴⁵. Percebe-se que a limitação à incumbência protetiva estatal não seria uma questão puramente fatural, pois também suscitaria indagar até que ponto as autoridades devem tentar impedir a vitimização de indivíduos⁸⁴⁶.

O segundo óbice seria um suplemento ao primeiro, pois aborda o aspecto normativo do dever estatal em relação à salvaguarda dos indivíduos perante delitos. Pode exemplificar-se o questionamento com a menção a um aparato de segurança pública orientado e apto a incrementar drasticamente a proteção dos indivíduos que acabe por submetê-los a arbitrariedades tão nocivas quanto os crimes que tencionava impedir. Apesar de recorrente em argumentos *ad terrorem*, o enunciado expõe um temeroso prognóstico social, pois o exacerbo da ingerência estatal prescinde de um patamar orwelliano para efetivamente restringir ou suprimir direitos individuais⁸⁴⁷.

⁸⁴⁵ Idem; REEMTSMA, Jan Philipp. **Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem.**, op. cit., pg. 9, Nota de Rodapé nº. 8.

⁸⁴⁶ Idem; Idem.

⁸⁴⁷ Por exemplo, a irrestrita vigilância audiovisual de espaços públicos (MAHMOOD RAJPOOT, Qasim; JENSEN, Christian D. **Video Surveillance: Privacy Issues and Legal Compliance.** In KUMAR, Vikas. SVENSSON, Jakob (Ed.) *Promoting Social Change and Democracy through Information Technology.* Lyngby: IGI Global, 2015, pg. 2 a 4; SOLOVE, Daniel. **Nothing to Hide: The False Tradeoff between Privacy and Security.** New Haven: Yale University Press, 2011, pg. 174 a 182.), o armazenamento não consensual de informações pessoais (SOLOVE, Daniel. **Digital Dossiers and the Dissipation of Fourth Amendment Privacy.** In *Southern California Law Review*, Vol. 75, 2002, pg. 1089 a 1117.), a interceptação arbitrária de comunicações (RAAB, Christopher. **Fighting Terrorism in an Electronic Age: Does the PATRIOT Act Unduly Compromise our Civil Liberties?** In *Duke Law & Technology Review*, Vol. 4, Nº 1, 2006, pg. 1, 2, 5 a 8, 14 a 20.), o uso de tortura como um meio para obter informações sobre o cometimento de crimes (SILVA DIAS, Augusto. **Torturando o Inimigo^[1] ou Libertando da Garrafa o Génio do Mal? Sobre a Tortura em Tempos de Terror.** In *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, Nº 71, jan./abr. 2012, pg. 265 a 275; AMBOS, Kai. **May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?** In *Journal of International Criminal Justice*, Nº 6, 2008, pg. 262 a 265; GRECO, Luís. **Las Reglas detrás de la Excepción. Reflexiones Respecto de la Tortura en los Grupos de Casos de Las Ticking Time Bombs.** In *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*. Nº 4, 2007, pg. 4 e 5).

Essa preocupação permearia o óbice normativo ao dever em impedir que pessoas sofram crimes, pois a ampliação das capacidades protetivas do estado poderia restringir a fruição de direitos subjetivos⁸⁴⁸. Não é absurdo supor que um aparato de segurança pública direcionado à erradicação da vitimização possa afetar ainda mais severamente a esfera privada dos indivíduos⁸⁴⁹, cerceando certos direitos e garantias fundamentais, tais como o direito à privacidade e o Princípio da Presunção de Inocência

O impasse aparenta ser inevitável, pois a incumbência estatal em impedir que pessoas sejam vitimadas deve ser conciliada com o resguardo pelos direitos subjetivos. O zelo pelos indivíduos sob a guarda do estado não dependeria apenas de impedir as condutas delitivas de terceiros, pois pressuporia igualmente que as autoridades evitassem uma sanha protetiva capaz de lesionar aqueles que deveriam tutelar. Deve reconhecer-se que a ampla fruição de direitos individuais, livre de uma excessiva ingerência estatal, pressupõe um determinado nível de vulnerabilidade ao cometimento de crimes.

As objeções fática e normativa ao cumprimento do dever estatal em evitar a vitimização enfatizam a incapacidade das autoridades em proteger integralmente a todos os indivíduos de condutas delitivas. As referidas objeções demonstram que um estado

⁸⁴⁸ REEMTSMA, Jan Philipp. **Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem.**, op. cit., pg. 9, Nota de Rodapé nº. 8; Por exemplo, a supressão de direitos individuais propiciada pela flexibilização dos requisitos à imposição de medidas restritivas (ANDRADE, Mariana Cunha. NOJIRI, Sergio. **Alienação parental e o sistema de Justiça brasileiro: uma abordagem empírica.** In *Revista de Estudos Empíricos em Direito Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*. Vol. 3, Nº 2, jul. 2016, pg. 190). Ainda em relação ao contexto brasileiro, destaca-se a Lei 11.340/2006, cuja finalidade é coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Apesar da inegável relevância no suporte às mulheres vítimas de violência doméstica, a referida lei não está isenta de casos em que foi aplicada de forma abusiva e nociva aos direitos individuais de outrem. Nesse sentido, destaca-se o uso das “medidas protetivas de urgência”, previstas pelo artigo 22 e 23 da referida lei, para promover a alienação parental do genitor masculino: “(...) quando mães, em 73% dos casos que ocorrem alienação parental, com a intenção de afastar os pais de seus filhos, registram ocorrências afirmando terem sido ameaçadas ou ofendidas pelos ex-companheiros afetivos ou parceiros esporádicos, para terem o que não conseguiriam pela via das Varas de Família ou dissimuladamente sob alegação de proteção ao filho, em flagrante exercício abusivo de seu poder familiar, tolhendo o pleno exercício do poder familiar do pai, violando o artigo 1.634 do CC, introduzido pela Lei 13.058/14, conhecida como Lei da Guarda Compartilhada. A concessão das medidas protetivas com cláusula de barreira é praticamente imediata, sendo certo que na quase totalidade das vezes a determinação é de impedimento de contato por qualquer meio de comunicação com a suposta vítima (mãe) e com seus familiares. Pensando na segurança da suposta vítima, nem sempre a autoridade responsável assegura e resguarda o direito de convivência da prole com o genitor afastado. A utilização dessa medida como forma de afastamento parental se dá de forma bastante simples: na dúvida, proteja-se a vítima e afaste-a do ‘pretense abusador’”(ULLMANN, Alexandra. MARREIROS BARBOSA, Ruchester. **Quando a Lei Maria da Penha é uma forma de alienação parental.** In *Revista Consultor Jurídico*, 24 de janeiro de 2018 (Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jan-24/quando-lei-maria-penha-forma-alienacao-parental>), acesso em 01/06/2018; Sobre a possibilidade de as autoridades, ao estabelecerem medidas de proteção, cujo o intento seria a prevenção criminal individual, acabarem prejudicando à própria vítima, tornando-a mais suscetível a ser afligida por uma conduta delitiva: BEN-SHAHAR, Omri. **Economics of the Law of Criminal Attempts: A Victim-Centered Perspective.** In *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 145, 1996, pg. 299, Nota de Rodapé nº 2, 309 a 312.

⁸⁴⁹ REEMTSMA, Jan Philipp. **Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem.**, op. cit., pg. 9, Nota de Rodapé nº. 8.

hipoteticamente apto a garantir tamanha proteção aos indivíduos seria temeroso, pois pressuporia um aparato de segurança pública com irrestrita capacidade observatório-interventiva, ou seja, uma entidade – no mínimo – propensa a incorrer em excessos. A inviabilidade de um resguardo total não significa que o estado deva buscar elevar a própria capacidade preventivo-criminal até o limite máximo da exequibilidade. Afinal, um aparato de segurança intrusivo não precisaria assumir proporções distópicas para restringir ou comprometer os direitos individuais. O cerne da questão seria estabelecer uma atuação estatal que harmoniza a prevenção criminal e o zelo pelos direitos subjetivos.

O proceder do poder público em relação àqueles que são eventualmente vitimados deve ser perquirido, pois esses indivíduos acabaram em uma posição insatisfatória. O preceito *pacta sunt servanda* não poderia ser invocado para fundamentar que uma vítima deve aceitar o fato de ter sofrido um crime como a mera materialização de um revés eventual devidamente previsto em uma cláusula contratual. Uma concepção contratualista razoável não poderia endossar tal argumento, pois estaria a propor uma interpretação “estrita” do Contrato Social, ou seja, um pacto teórico-hipotético seria tratado como se efetivamente fosse um instrumento jurídico⁸⁵⁰. O fato de o Contrato Social não pressupor manifestações expressas de vontade, tal como um “acordo literal”, faz com que seja impossível aceitar cláusulas injustas sob o argumento de autonomia da vontade. Por dever ser um *pacto justo*, o Contrato Social depende sempre de um critério de justiça, o qual seria o individualismo normativo⁸⁵¹. A assertiva impele reconhecer que a consideração daquele que foi afligido por um crime, sendo uma questão de justiça, deve considerar todos os afetados, tal como pode ser inferido a partir do Princípio da Afetação⁸⁵².

O estado poderia tomar providências orientadas ao futuro ou ao passado em favor do indivíduo vitimado. A visão prospectiva de que as autoridades cumprirão com o dever de proteção seria inócua à conduta delitiva previamente experimentada pela vítima. Apesar de essencial para evitar as complicações trazidas pela revitimização, a atuação protetiva seria insuficiente para sumarizar a providência do estado em favor do sujeito passivo individual. A

⁸⁵⁰ DAVIS, Michael. **Heavenly Philosophy: What Thomas Hobbes Said to Jean Hampton**. In *Social Contrary Theory*, Nº 32, 2006, pg. 341 a 342; HAMPTON, Jean. **Hobbes and the Social Contract Tradition**. Cambridge: Cambridge University Press, 1986, pg. 4, 186 a 188, 256 a 266 e 279; Em sentido contrário: GAUTHIER, David. **Symposium Papers, Comments and an Abstract: Hobbes's Social Contract**. In *Noûs*, Vol. 22, Nº1, 1988, pg. 71 a 82.

⁸⁵¹ VON DER PFORDTEN, Dietmar. KÄHLER, Lorenz. **Einleitung.**, op. cit., pg. 2; VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normative Ethik.**, op. cit., pg. 50; VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normativer Individualismus und das Recht.**, op. cit., pg. 1071.

⁸⁵² VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normative Ethik.**, op. cit., pg. 25.

mera reiteração da incumbência estatal em resguardar indivíduos perante infratores equipararia quem efetivamente foi afligido por um crime àqueles que são apenas vítimas em potencial⁸⁵³. A resposta mais apropriada para a situação do sujeito passivo individual não seria uma intensificação da atividade preventivo-criminal do estado.

O fato de uma atuação exclusivamente prospectiva não soar como a melhor garantia de justiça para o indivíduo vitimado suscitaria indagar uma possibilidade de trazê-lo para o sistema de justiça criminal, no qual o estado pune os crimes pretéritos. O fato de ser ensejada por um evento passado faria da pena uma providência estatal apropriada para tratar a questão da vítima⁸⁵⁴. A possibilidade de o sujeito passivo individual ter sofrido o crime em virtude da vulnerabilidade permitida pelo aparato de segurança pública seria o fundamento para o estado considera-lo no âmbito jurídico-penal. Por ser tomada como uma forma de expressar um conteúdo moral através da imposição de um ônus tangível, a pena concederia ao indivíduo vitimado uma chance de expor, impor e demandar ao próprio algoz uma responsabilização pelo crime sofrido⁸⁵⁵. A punição do autor tencionaria proporcionar uma satisfação, ainda que mínima, à vítima do crime, provendo-a com meios que podem possibilitar, mas não garantir, a consecução de tal empreitada.

A concepção penal proposta pode ser ilustrada como um “amparo” secundário conferido aos indivíduos sob a guarda estatal. Nesse contexto, o vocábulo destacado faz referência às estruturas, suspensas ou rente ao solo, posicionadas no perímetro externo de obras e construções verticalmente projetadas, objetivando impedir a queda de pessoas. Imagina-se um prédio em construção que tenha amparos suspensos ao longo do perímetro externo de cada andar, os quais, afixados de forma contígua às extremidades de cada laje, são projetados para o lado de fora da edificação, perfazendo uma área adicional de tantos metros. A limitação física dos referidos amparos obteria garantir que uma pessoa caída não atinja o chão. Além disso, os amparos não poderiam ser feitos com o material mais rígido o possível, pois ocasionaria um impacto violento ao indivíduo eventualmente despenhado, propiciando malefícios àquele que ultimamente deveria ser protegido. O fato de os amparos serem

⁸⁵³ SAUTNER, Lyane. **Opferinteressen und Strafrechtstheorien: Zugleich ein Beitrag zum restorativen Umgang mit Straftaten.**, op. cit., pg. 49; PRITTWITZ, Cornelius. **Opferlose Straftheorien?**, op. cit., pg. 60 e 61; KILCHLING, Michael. **Opferschutz und der Strafanspruch des Staates – Ein Widerspruch?** In *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2002, Heft 2, pg. 59

⁸⁵⁴ HAQUE, Adil Ahmad. **Group Violence and Group Vengeance: Toward a Retributivist Theory of International Criminal Law.**, op. cit., pg. 283; FLETCHER, George. **The Place of Victims in the Theory of Retribution.**, op. cit., pg. 58, 60 a 63.

⁸⁵⁵ FEINBERG, Joel. **The Expressive Function of Punishment.**, op. cit., pg. 397 a 400, 422 e 423.

compostos por uma substância que não dispõe da maior dureza possível deixaria entrever a factibilidade de alguém trespassá-los ao sofrer uma queda.

A possibilidade de indivíduos despencados não serem efetivamente protegidos pelas estruturas suspensas permite inferir que a colocação de amparos supervenientes seria uma providência cabível e zelosa com aqueles que possam vir a cair. Imagina-se um segundo tipo de amparo que consiste em uma superfície de amortecimento rente ao solo, posicionada no perímetro do edifício e espelhada na área adicional formada pela estrutura suspensa rente a cada andar. O propósito desse amparo secundário seria impedir um indivíduo despencado de colidir diretamente com o pavimento. Apesar de representar um maior zelo por aqueles que caíram sem ser resguardados pelos amparos suspensos, a estrutura de amortecimento rente ao solo não seria concebida com a finalidade de impedir a queda. O segundo amparo tencionaria possibilitar o melhor desfecho possível àquele que despenhou do edifício, porém seria inapto a garantir que a integridade física ou psicológica desse indivíduo não sofra ou venha a apresentar implicações negativas posteriores em virtude de tal ocorrido.

Pode perceber-se que o aparato de segurança pública, voltado a proteger de crimes aqueles que estão sob a tutela estatal, seria representado pela totalidade dos amparos suspensos, cuja função seria evitar o despenhamento de indivíduos. Por não ter o intento de impedir quedas, o amparo secundário, direcionado à possibilitar o melhor desfecho possível àquele que caiu, seria uma referência à pena, cuja finalidade não seria impedir a vitimização, mas também possibilitar o melhor desfecho possível ao sujeito passivo individual.

Uma perspectiva objetiva permitiria inferir que o segundo amparo proporciona condições objetivamente mais favoráveis àquele que caiu do prédio, pois ampliaria o leque de desfechos possíveis ao referido indivíduo. O segundo amparo aumentaria a possibilidade de uma pessoa despencada não ser confrontada com o pior resultado possível. A concepção penal proposta dispõe que o ato punitivo seria analogamente favorável ao sujeito passivo, pois uma pena que tenciona buscar a satisfação vitimal incrementa as possibilidades de esse indivíduo obter um desfecho favorável em relação ao crime sofrido.

Por possibilitar que a vítima possa disfrutar de um melhor resultado quanto à conduta delitiva experimentada, o ato punitivo seria a providência estatal a ser tomada em prol daqueles que passivamente experimentaram ações criminosas. A adoção desse provimento permitiria afirmar que as autoridades têm consideração pelas vítimas, garantindo que recebam uma resposta estatal justa à respeito do crime. Trata-se de uma perspectiva consoante o

individualismo normativo, pois seria capaz de oferecer uma resposta a todos aqueles que foram implicados pela conduta delitativa e afetados pela pena.

2.3. Expressivismo Penal

Após delimitar por que punir, deve identificar-se quem são as pessoas afetadas pela pena, conforme preceitua o individualismo normativo. Para tanto, é necessário recapitular o expressivismo penal⁸⁵⁶. Uma vez determinados aqueles que são afetados pelo ato punitivo, torna-se possível afirmar quais são os indivíduos, cujos interesses devem ser contemplados, seguindo a já mencionada escala de consideração individual-normativa⁸⁵⁷.

A abordagem realizada no *Capítulo II – As Teorias Expressivas da Pena* aduz a desnecessidade de uma digressão conceitual sobre tema, permitindo introduzir diretamente uma análise expressivista dos delitos interpessoais⁸⁵⁸. Apesar de uma descrição breve trazer a

⁸⁵⁶ Dentre outras previamente mencionadas no capítulo anterior, destacam-se as seguintes obras em inglês sobre o tema: WRINGE, Bill. **Rethinking expressive theories of punishment: why denunciation is a better bet than communication or pure expression.**, op. cit., pg. 682 a 686; WRINGE, Bill. **Punishment, Forgiveness and Reconciliation.**, op. cit., pg. 1117; GLASGOW, Joshua. **The Expressivist Theory of Punishment Defended.**, op. cit., pg. 608 e 609; ENGEN, Andy. **Communication, Expression, and the Justification of Punishment.**, op. cit., pg. 304 e 305; WRINGE, Bill. **An Expressive Theory of Punishment.**, op. cit., pg. 11 a 16; BENNETT, Christopher. **Précis of The Apology Ritual.**, op. cit., pg. 74; SImESTER, Andrew. VON HIRSCH, Andreas. **Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation.**, op. cit., pg. 11 a 14; DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community (2003).**, op. cit., pg. 388; DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community (2001).**, op. cit., pg. 79 e 80; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 32 e 33; DUFF, Antony. **Alternatives to Punishment – or Alternative Punishments.**, op. cit., pg. 51; HAMPTON, Jean. **An Expressive Theory of Retribution.**, op. cit., pg. 15; HAMPTON, Jean. **Correcting Harms Versus Righting Wrongs: The Goal of Retribution.**, op. cit., pg. 1664 a 1668; KLEINIG, John. **Punishment and Moral Seriousness.** op. cit., pg. 401 a 405; NARAYAN, Uma. **Appropriate Responses and Preventive Benefits: Justifying Censure and Hard Treatment in Legal Punishment.**, op. cit., pg. 179 e 180; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions.**, op. cit., pg. 9 a 12; PRIMORATZ, Igor. **Punishment as Language.** op. cit., pg. 196, 201 e 202; NOZICK, Robert. **Philosophical Explanations.**, op. cit., pg. 363, 370 e 371; MORRIS, Herbert. **A Paternalistic Theory of Punishment.**, op. cit., pg. 264 e 265; FEINBERG, Joel. **The Expressive Function of Punishment.**, op. cit., pg. 397 a 400, 418 a 423; Em relação às obras em alemão referidas no último capítulo, destacam-se as seguintes: HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie.**, op. cit., pg. 149 a 153; ZÜRCHER, Tobias. **Legitimation von Strafe: Die expressiv-kommunikative Straftheorie zur moralischen Rechtfertigung von Strafe.**, op. cit., pg. 137, 138 e 140; HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 26 a 30; VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., pg. 49 a 52; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 37 a 43; GÜNTHER, Klaus. **Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe: Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?**, op. cit., pg. 206 a 211 a 214, 218.

⁸⁵⁷ VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normativer Individualismus und das Recht.**, op. cit., pg. 1071.

⁸⁵⁸ Nesse sentido, apesar de as teorias expressivas da pena abordarem a vítima desde as primeiras proposições, as menções iniciais foram pouco minuciosas (FEINBERG, Joel. **The Expressive Function of Punishment.**, op. cit., pg. 404 a 408); Nas primeiras convergências significativas entre a questão da vítima e as teorias expressivas, propôs-se que o ato punitivo expressaria o reconhecimento do status “vítimal” à pessoa afligida por um crime. A pena asseveraria que determinado indivíduo foi submetido a uma conduta ilícita perpetrada por um terceiro, diferenciando-o daqueles acometidos por infortúnios, tais como catástrofes naturais (VON HIRSCH, Andreas.

pena como uma resposta ao crime, uma terminologia mais evocativa ao tema descreveria o ato punitivo como uma reação expressiva ante uma ação criminosa. Por uma ação prévia ser imprescindível para uma reação posterior, pode inferir-se que o cometimento de um crime é uma condição necessária para a imposição de uma pena⁸⁵⁹. O fato de ser suscitada por um conduta delinvente não permitiria tomar o ato punitivo como sinônimo de uma resposta à violação de uma norma⁸⁶⁰. Mais do que uma reação ao crime, a pena seria o dispositivo convencional para expressar o juízo condenatório suscitado por tal conduta⁸⁶¹. Além do referido aspecto moral, o ato punitivo também teria um aspecto factual, o qual seria o veículo simbólico do moral, ou seja, a pena teria dois aspectos, a reprovação ensejada pelo crime e a inflicção de um ônus tangível ao infrator⁸⁶². Sendo o infrator punido por um crime, pode inferir-se que tal indivíduo incorreu em uma conduta que suscitou um juízo condenatório, cuja expressão apropriada requereu infligir-lhe a uma privação concreta⁸⁶³.

Se for uma reação a um delito interpessoal, a punição de um infrator pressupõe uma vítima que seja um indivíduo. Mais do que uma mera resposta a violação da norma, o ato punitivo exteriorizaria o juízo condenatório ensejado pelo crime cometido contra certa pessoa. Os parâmetros para aferir o grau da reprovação da conduta envolvem a vítima, assinalando

Review of Nils Christie “Limits to Pain”., op. cit., pg. 315 a 318; WALTHER, Susanne. **Was Soll „Strafe“? Grundzüge eines zeitgemäßen Sanktionensystems**. In *ZStW* 111 (1999), Heft 1, pg. 136; GÜNTHER, Klaus. **Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe: Eine neue Strafrechtstheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?**, op. cit., pg. 206; REEMTSMA, Jan Philipp. **Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem**., op. cit., pg. 25; HASSEMER, Winfried. REEMTSMA, Jan Philipp. **Verbrechensopfer: Gesetz und Gerechtigkeit**., op. cit., pg. 130; HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Strafrechtstheorie und im materiellen Strafrecht**., op. cit., pg. 955); Posteriores interseções entre os temas propuseram que a condenação penal do infrator teria um significado especialmente relevante para as vítimas, o qual extrapolaria, em termos de significado, as ações de desaprovação cotidianamente vivenciadas (HAMEL, Roman. **Strafen als Sprechakt: Die Bedeutung der Strafe für das Opfer**., op. cit., pg. 178). Abordagens subsequentes postularam que a ausência de uma pena soaria como uma implícita afirmação quanto à conduta incorrida não ter sido grave ao ponto de justificar o uso do sistema de justiça criminal ou sugerindo que a própria vítima também foi responsável pelo ocorrido. O fato de o autor de um delito grave não ser punido deixaria entrever a insignificância da vítima, tendo em vista as autoridades lidarem como se tal indivíduo não valesse a atuação do estado (WEIGEND, Thomas. **„Die Strafe für das Opfer“? – Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht**., op. cit., pg. 50 a 52).

⁸⁵⁹ WRINGE, Bill. **An Expressive Theory of Punishment**., op. cit., pg. 11 a 13; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions**., op. cit., pg. 9 a 11; FEINBERG, Joel. **The Expressive Function of Punishment**., op. cit., pg. 397 a 400; VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung**., op. cit., pg. 49 e 50.

⁸⁶⁰ Idem; Idem; Ibidem, pg. 397 a 400; Ibidem, pg. 52 e 53.

⁸⁶¹ FEINBERG, Joel. **The Expressive Function of Punishment**., op. cit., pg. 400.

⁸⁶² WRINGE, Bill. **An Expressive Theory of Punishment**., op. cit., pg. 11 a 13; SIMESTER, Andrew. VON HIRSCH, Andreas. **Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation**., op. cit., pg. 11 a 14; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions**., op. cit., pg. 10 a 12; FEINBERG, Joel. **The Expressive Function of Punishment**., op. cit., pg. 422 e 423; VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung**., op. cit., pg. 46, 52, 53 e 65.

⁸⁶³ VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung**., op. cit., pg. 46, 52, 53 e 65; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions**., op. cit., pg. 10 a 12; FEINBERG, Joel. **The Expressive Function of Punishment**., op. cit., pg. 422 e 423.

que o sujeito passivo é essencial para determinar o conteúdo moral a ser expresso através da privação concreta que a pena inflige ao infrator. O indivíduo vitimado seria um referencial para valorar o crime cometido e formatar o ato punitivo. Tendo em vista que o aspecto fatural da pena seria o veículo simbólico do aspecto moral, pode inferir-se que a punição do infrator seria pertinente ao sujeito passivo, pois tal reação estatal expressaria uma “mensagem moral” (no mínimo) perceptível por aquele que sofreu o crime⁸⁶⁴. Afinal, com a inflicção de uma privação concreta ao agente, a pena deveria expressar um juízo condenatório apropriado à conduta delitativa que a vítima experimentou.

A concepção penal expressivista, analisada segundo o individualismo normativo, deixa entrever que a vítima e o infrator são afetados pelo ato punitivo. Por infligir um ônus tangível, pode perceber-se que o ato punitivo afeta o perpetrador factualmente. A pena não seria limitada ao plano material, pois a privação que recai sobre o infrator expressaria a reprovação ensejada pela conduta incorrida, ou seja, o ato punitivo traria uma afetação fatural e moral ao autor do crime. O ônus tangível infligido pela pena seria materialmente restrito ao criminoso, porém também expressaria um conteúdo moral relativo à vítima.

Apesar de ambos serem afetados, os sujeitos ativo e passivo do delito não seriam igualmente considerados na fundamentação da pena. A contemplação dispensada ao infrator seria proporcional à afetação causada pelo ato punitivo. Inclusive, as garantias penais e processuais penais à disposição do agente são um exemplo, pois consistem em uma ampla e bem articulada proteção aos interesses do indivíduo processado e possivelmente punido pelo estado⁸⁶⁵. A situação do sujeito passivo seria perceptivelmente diferente, pois o fato de ser

⁸⁶⁴ HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie.**, op. cit., pg. 152 a 157; HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.**, op. cit., pg. 26, 27 e 29; VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., pg. 50 e 51; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.**, op. cit., pg. 38 a 40; WEIGEND, Thomas. **„Die Strafe für das Opfer“? – Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht.** In *RW*, Vol. 120, 2010, pg. 50 a 53; HOLZ, Wilfried. **Justizgewähranspruch des Verbrechenopfers.** Berlin: Duncker & Humblot, 2007, pg. 125 a 129; HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht.**, op. cit., pg. 955 e 956; GÜNTHER, Klaus. **Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe: Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?**, op. cit., pg. 206 a 208; HASSEMER, Winfried. REEMTSA, Jan Philipp. **Verbrechenopfer: Gesetz und Gerechtigkeit.**, op. cit., pg. 130 e 131; REEMTSA, Jan Philipp. **Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem.**, op. cit., pg. 26 e 27; WALTHER, Susanne. **Was Soll „Strafe“? Grundzüge eines zeitgemäßen Sanktionensystems.**, op. cit., pg. 123; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions.**, op. cit., pg. 10; HAMPTON, Jean. **Correcting Harms Versus Righting Wrongs: The Goal of Retribution.**, op. cit., pg. 1664.

⁸⁶⁵ HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht.**, op. cit., pg. 951 e 952; HASSEMER, Winfried. REEMTSA, Jan Philipp. **Verbrechenopfer: Gesetz und Gerechtigkeit.**, op. cit., pg. 13, 14 e 25.

afetado pela pena não proporciona à vítima uma consideração análoga àquela recebida pelo autor do crime.

Apesar de afetado pelo teor moral do ato punitivo, o sujeito passivo seria compelido, salvo em casos excepcionais, tal como a ação privada⁸⁶⁶, a uma posição inerte durante a determinação do ônus tangível que será infligido àquele que o vitimou⁸⁶⁷. O fato de o conteúdo moral expresso pelo ato punitivo ser pertinente ao sujeito passivo permite aduzir que a consideração de seus interesses vitimais durante a determinação da pena seria a providência compatível com as exigências do individualismo normativo⁸⁶⁸. Afinal, a primeira etapa da escala de consideração pressupõe observar o efetivo consentimento, desejos e objetivos atuais dos indivíduos afetados pela pena⁸⁶⁹. Considerando que o aspecto factual formata o aspecto moral expresso pela pena, infere-se que a consideração apropriada pelo sujeito passivo individual poderia ser formulada como um direito à participação ativa no processo punitivo, o qual permitiria à vítima influir diretamente na determinação do ônus tangível a ser imposta ao próprio algoz. A premissa estabeleceria as bases para um posterior preenchimento do conceito “satisfação da vítima”.

3. Elementos para o adensamento de um direito da vítima à satisfação

Respondidas as perguntas “por que e o que é punir?”, as principais indagações do estudo, relacionando-as com a inserção da vítima na teoria da pena, convém apresentar esboços sobre um adensamento do referido direito à satisfação atribuído ao sujeito passivo individual. Ressalta-se que não há qualquer pretensão exaustiva nesta seção, tendo em vista a que a magnitude da empreitada demandaria uma investigação própria.

Em sentido amplo, o conceito “satisfação” seria o direito de a vítima participar ativamente na punição do agente que a afligiu com um crime. Uma delimitação conceitual

⁸⁶⁶ RENZIKOWSKI, Joachim. **Dimensionen der Straftat: Täter-Opfer-Gesellschaft.**, op. cit., pg. 217.

⁸⁶⁷ HASSEMER, Winfried. REEMTSA, Jan Philipp. **Verbrechensopfer: Gesetz und Gerechtigkeit.**, op. cit., pg. 22 a 25.

⁸⁶⁸ VON DER PFORDTEN, Dietmar. KÄHLER, Lorenz. **Einleitung.**, op. cit., pg. 1 e 2; VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normative Ethik.**, op. cit., pg. 25; VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normativer Individualismus und das Recht.**, op. cit., pg. 1071.

⁸⁶⁹ VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normativer Individualismus und das Recht.**, op. cit., pg. 1071.

estrita permitiria formular tal satisfação como a aquiescência de uma demanda, decorrente da conduta delitiva, que o indivíduo vitimado pode exigir do estado.

O dever em buscar satisfazer o indivíduo afligido por um crime seria a consolidação do reconhecimento estatal quanto à própria limitação preventivo-criminal. Afinal, o poder público atesta que, apesar de ter uma incumbência protetiva com todos que tutela, não conseguiu resguardar certa pessoa de ser vitimada. Além de atestar a limitação protetiva do estado, o referido ato também reconheceria o status de “vítima” ao indivíduo que sofreu o crime⁸⁷⁰. Apesar de ser impossível erradicar – e arriscado tentar suprimir ao máximo possível – a vulnerabilidade delitiva, o fato de o sujeito passivo não poder ser desconsiderado, sendo tal descaso uma afronta ao preceito “contratual” de tratar de forma justa a todos os vinculados à autoridade pública, ensejaria ao estado o dever de buscar satisfazê-lo por ter sofrido um crime, conferindo a esse indivíduo o direito de exigir tal prestação estatal. Trata-se de uma demanda, na qual o sujeito passivo, uma vez permitido a participar ativamente do processo punitivo, buscaria obter o melhor desfecho possível em relação ao crime sofrido, podendo influenciar a privação concreta a ser infligida ao próprio algoz e, conseqüentemente, o conteúdo moral expresso pela pena.

As referidas demandas teriam dois pressupostos de exequibilidade. O primeiro seria a existência de um interesse por parte da vítima. Afinal, o estado não terá que adimplir com o dever de buscar satisfazer a vítima, caso a própria pessoa afligida pelo delito não tenha interesse em participar do processo punitivo. Inclusive, a demanda retributiva não existirá em tais situações, nas quais o processo punitivo será conduzido segundo a figura da “vítima hipotética” e pautado pela escala de consideração proposta pelo individualismo normativo. O segundo pressuposto consistiria no interesse da vítima ser pertinente ao crime sofrido. A demanda não poderia abarcar interesses desconexos ao processo punitivo. Em termos retrospectivos, a demanda deve ser remontada ao crime sofrido e, em termos prospectivos, voltada à privação concreta a ser infligida ao agente no desfecho do processo punitivo.

As demandas exequíveis seriam divididas em dois grupos, não retributivas e retributivas. O primeiro abarcaria aquelas em que o interesse da vítima seria voltado à obtenção de um *status quo ante* material. A privação concreta imposta ao criminoso seria

⁸⁷⁰ HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht.**, op. cit., pg. 955; HASSEMER, Winfried. REEMTSA, Jan Philipp. **Verbrechensopfer: Gesetz und Gerechtigkeit.**, op. cit., pg. 130 e 131; REEMTSA, Jan Philipp. **Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem.**, op. cit., pg. 26 e 27; VON HIRSCH, Andreas. **Review of Nils Christie “Limits to Pain”.**, op. cit., pg. 315 a 318.

meramente instrumental, isto é, algo decorrente de uma compensação, restituição, reparação etc. Por terem uma considerável pertinência com interesses jurídico-cíveis, as demandas não-retributivas não necessitariam ser legadas ao âmbito criminal⁸⁷¹. Quanto às demandas retributivas, a vítima teria o interesse de que um ônus fosse infligido ao algoz, independente de algum propósito tangível. Ainda que exista algum anseio de cunho material, o principal interesse da é que o perpetrador do crime sofra uma privação concreta, apta a expressar o conteúdo moral que a vítima julgar pertinente.

A concepção penal proposta assume uma premissa elementar das teorias expressivas, pois toma que o ato punitivo expressa um conteúdo moral através da inflicção de um ônus tangível ao infrator. O fato de poder influir sobre o aspecto fático da pena permitiria à vítima formatar o conteúdo moral expresso pela pena.

A pena seria primeiramente um ato expressivo, pois o estado reconheceria o “status” de vítima ao sujeito passivo individual. O ato punitivo pena não seria uma mera expressão das autoridades à vítima, pois almejaria engajá-la em um diálogo, tomando-a como interlocutora e não mera receptora⁸⁷². A determinação do ato punitivo seria um processo de comunicação teleológica entre a vítima e o estado. O sujeito passivo individual seria abordado como um agente moral apto a um diálogo com as autoridades, cujo objetivo é determinar a pena a ser imposta, buscando satisfazê-lo. Através de tal processo comunicativo, o estado buscaria: analisar e tentar entender o sentimento que a vítima tem em relação ao crime sofrido e ao autor do crime; descobrir qual seria a punição tida como ideal pela vítima; determinar a pena a ser aplicada adequando a “pena ideal” aos limites impostos por preceitos basilares do estado, tal como a inalienabilidade dos direitos fundamentais (do autor); implementar a pena.

Por ser uma empreitada teleológica, a pena visa buscar a satisfação da vítima, porém, não tenciona garanti-la. Inclusive, se o ato punitivo tivesse como finalidade satisfazer a vítima, poderia ser incluído em uma tradição consequencialista. Ainda que a teoria proposta

⁸⁷¹ Isto é, desde que a vítima não tenha demandas retributivas, além das não retributivas.

⁸⁷² Outras formulações que abordam a vítima acabam sendo meramente expressivas, pois estão restritas a dizer que a pena deve expressar a reprovação estatal ao infrator, atestar que o penar da vítima decorreu de um ato injusto imputável a um terceiro, isto é, não um infortúnio produzido pelo acaso. Por exemplo: VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, op. cit., pg. 50; VON HIRSCH, Andreas. **Review of Nils Christie “Limits to Pain”.**, pg. 315 a 318; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions.** op. cit., pg. 10; HASSEMER, Winfried. REEMTSA, Jan Philipp. **Verbrechensopfer: Gesetz und Gerechtigkeit.**, op. cit., pg. 130; REEMTSA, Jan Philipp. **Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters - als Problem.**, op. cit., pg. 26; DUFF, Antony. **Alternatives to Punishment – or Alternative Punishments.**, op. cit., pg. 43 a 83; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 1 a 97; DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community.**, op. cit.; DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community.**, op. cit., 2003, pg. 387 a 407.

não seja consequencialista, ressalta-se que uma concepção penal instrumental diretamente pautada pela satisfação da vítima aparenta ser inviável. Afinal, esta concepção implicaria no estado garantir que a vítima seja efetivamente satisfeita através do ato punitivo. Apesar de ser um fator importante para a satisfação das pessoas que foram vitimadas, a pena não seria apta a proporcionar satisfação em todos os casos.

Em termos de aplicação da pena, a teoria proposta estabeleceria uma relação expressivo-comunicativa entre a vítima e o estado⁸⁷³ e outra meramente expressiva entre a vítima e o infrator. O estado intermediaria uma expressão “pura” da vítima ao infrator, pois o ato punitivo não tem o intento de estabelecer uma comunicação com o apenado⁸⁷⁴. Apesar de uma eventual “captação” do conteúdo moral expresso pela pena ser possível, a irresignação do infrator não comprometeria a empreitada punitiva. Em relação ao estado, a vítima seria receptora e interlocutora, pois a pena primeiramente expressa o reconhecimento estatal do direito a ter o autor punido e a participar desse processo punitivo e posteriormente engaja esse indivíduo em um processo comunicativo com o estado cujo objetivo é determinar a punição do criminoso.

Além de ser expressiva, a pena também teria uma nítida tendência retributiva, permitindo à pessoa afligida por um crime expressar o que sente perante o algoz ao retribuir-lhe o que entende ser merecido por tê-la vitimado⁸⁷⁵. A pena propiciaria um momento de “inversão” entre os polos do delito, pois o sujeito ativo passa a ser um receptor e o passivo passar a ser um expressor. Além de expressar o que a vítima entende ser merecido pelo infrator, a inversão também seria capaz de auxiliá-la a superar o ocorrido⁸⁷⁶. Ressalta-se que o critério de merecimento punitivo seria muito subjetivo e potencialmente problemático por três razões.

⁸⁷³ DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2003)., op. cit., pg. 388; DUFF, Antony. **Punishment, Communication and Community** (2001)., op. cit., pg. 79 e 80; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.**, op. cit., pg. 47 a 52; DUFF, Antony. **Alternatives to Punishment – or Alternative Punishments.**, op. cit., pg. 51 e 52; DUFF, Antony. **Trials and Punishments.**, op. cit., pg. 236 e 237.

⁸⁷⁴ GLASGOW, Joshua. **The Expressivist Theory of Punishment Defended.**, op. cit., pg. 608 e 609; Pode fazer-se uma analogia dizendo que a vítima é o remetente, o infrator é o destinatário, o estado é correio, a pena é o envelope e a forma da punição é a mensagem.

⁸⁷⁵ NOZICK, Robert. **Philosophical Explanations.**, op. cit., pg. 370 e 371; A pena retributiva seria um ato de comunicação comportamental, pois impor ao infrator o mesmo infortúnio que ele cometeu contra sua vítima é a forma mais intensa de expor e significar o caráter errôneo de tal ação.

⁸⁷⁶ HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Strafrecht und im materiellen Strafrecht.**, op. cit., pg. 953 e 956; HAMPTON, Jean. **Correcting Harms Versus Righting Wrongs: The Goal of Retribution.**, op. cit., pg. 1686 e 1687; JEROUSCHEK, Günter. **Straftat und Traumatisierung.**, In *Juristische Zeintung*, nº 4, 2000, pg. 193 e 194; REEMTSMA, Jan Philipp. **Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters - als Problem.**, op. cit., pg. 26.

Primeiro, a vítima poderia condicionar a satisfação a imposição de uma pena que comprometa bens jurídicos indisponíveis atribuídos ao infrator (vida, integridade física, vedação ao tratamento degradante). Por exemplo, uma pessoa que possui sequelas permanentes decorrentes de um crime violento pode desejar que seu agressor seja morto ou receba uma punição física impondo os mesmos tormentos ou uma pessoa que teve um ente querido horrendamente assassinado pode desejar que o criminoso seja punido com a morte ou ainda com uma morte igualmente terrível. Os termos necessários à satisfação da vítima não poderiam ser aplicados, pois implicariam uma afronta direta aos direitos fundamentais do infrator.

Segundo, a vítima poderia condicionar a satisfação à imposição de uma pena nitidamente desproporcional ao crime cometido pelo autor. Por exemplo, alguém que tem um bem de pequeno valor furtado e demanda a imposição de uma pena de anos de encarceramento para o autor de tal crime. Pode dizer-se que é razoável a pessoa desejar ver o criminoso punido com o ressarcimento do objeto, pagamento de uma indenização, medida restritiva ou ainda com uma pena carcerária curta, porém parece desarrozoado que alguém seja punido com anos de encarceramento por ter furtado um bem de pequeno valor.

Terceiro, a vítima poderia condicionar a satisfação ao completo perdão do algoz por entendê-lo como não merecedor de uma pena. Por exemplo, uma vítima que seja seguidora de uma religião ou adepta de uma corrente de pensamento que perceba o criminoso como digno de perdão ou como “vítima da sociedade” que merece ser ressocializada ao invés de punida. A proposição soa como razoável se aplicada aos infratores que incorreram em condutas designadas como menos graves, tais como crimes meramente patrimoniais, porém parece difícil aceitar que seja aplicada aos crimes mais graves, tais como estupro, tortura ou homicídio.

Para determinar uma pena capaz de satisfazer a vítima sem incorrer nos supramencionados problemas, adota-se um critério objetivo para complementar o critério subjetivo de merecimento. O critério objetivo seria constituído por um limite punitivo máximo, relativo e mínimo.

O primeiro estabeleceria o patamar punitivo que jamais poderia ser ultrapassado, independente do crime que a vítima sofreu. Por exemplo, não será admitido impor penas de morte ou tortura independente de quão horrendo tenha sido o crime que o autor perpetrou contra a vítima. Isso significa dizer que ninguém merece ser punido com certas condutas.

O segundo estabelecerá um patamar punitivo máximo relativo a cada crime para impedir que a vítima determine uma punição desproporcional ao crime cometido. Por exemplo, o crime α só poderia ser punido com uma dentre as seguintes penas ($A < B < C < D$) sob intensidade de 1 a 4, porém o crime β poderia ser punido com até duas dentre as penas ($A < B < C < D$) sob intensidade de 1 a 6, pois o primeiro crime seria menos grave que o segundo e conseqüentemente não poderia ser punido de forma mais severa. Um crime tido como menos grave não poderia ter uma pena máxima maior do que aquela atribuída a uma conduta mais grave.

O terceiro estabelecerá um patamar punitivo mínimo, pois satisfazer a vítima com a impunidade do autor somente seria possível em crimes relativos aos bens jurídicos disponíveis. Os crimes relacionados aos bens jurídicos indisponíveis teriam uma pena mínima estabelecida. A vítima poderia majorar a pena, observando o limite punitivo máximo e o relativo, porém não poderia extingui-la. A impossibilidade de satisfazer a vítima com a anistia desse tipo de crime seria análoga à situação em que a satisfação da vítima está condicionada a imposição de uma pena comprometedora de um bem jurídico indisponível atribuído ao infrator. As condutas tidas pelo ordenamento jurídico como punições inadmissíveis, em virtude de afetarem bens jurídicos indisponíveis, não devem ser passíveis de ter a punibilidade extinta por determinação da vítima. Ao permitir que a vítima extinga a punibilidade de um criminoso que pratica esse tipo de conduta, o estado estaria implicitamente admitindo que existem situações em que bens jurídicos indisponíveis podem ser disponíveis. A vítima não poderia renunciar ao direito à pena, porém poderia renunciar ao direito de participar no processo punitivo caso já esteja satisfeita em saber que seu agressor será punido e não queira realizar a determinação final da pena. Por exemplo, a vítima quer se afastar do caso e não efetuar a determinação final da pena, pois procura evitar lembrar o ocorrido, porém ainda deseja que o criminoso seja punido pelo seu ato.

A vítima teria discricionariedade para influir a pena final, levando em consideração aquilo que entender ser merecido pelo criminoso (critério subjetivo), porém sem ultrapassar os limites punitivos colocados pela lei penal (critério objetivo). Usando os termos do exemplo supramencionado, a vítima que sofreu o crime α poderia determinar que seu agressor receba a punição máxima de D4. A vítima não poderia determinar que a pena máxima seja CD5, a qual só poderia ser aplicada ao crime β . A pena de morte também não poderia ser determinada pela vítima, pois comprometeria um bem jurídico indisponível atribuído ao infrator. A vítima não poderá extinguir a pena se o crime α estiver relacionado a um bem jurídico indisponível. A

pena busca satisfazer a vítima, permitindo-a impor ao infrator aquilo que entender ser a retribuição merecida, porém deve ser reconhecido que as limitações supramencionadas impossibilitam a garantia de tal satisfação.

Em suma, através de um processo comunicativo com o estado, a vítima influencia o ônus tangível imposto ao infrator, formatando o conteúdo moral expresso pela pena. A participação do sujeito passivo individual no processo punitivo visa atender-lhe uma demanda oponível ao estado, porém, versando sobre a pena a ser imposta ao infrator. Os limites punitivos previamente estabelecidos impedem que o êxito da empreitada punitiva seja assegurado pelo estado, o qual teria o dever de buscar, porém, não teria o dever de garantir a satisfação da vítima. Após participar ativamente do referido processo e ter obtido o melhor desfecho possível em relação ao crime sofrido, isto é, infligir ao algoz um ônus compatível com os próprios interesses, expressando-lhe a percepção moral que teve sobre o ocorrido, a vítima poderia ser dita como satisfeita.

CONCLUSÃO

- I. A neutralização da vítima ocorreu no período histórico em que foram estabelecidas as tradições filosóficas que ainda são predominantes no debate teórico-penal. A celeuma que se apresenta é um descompasso quase bicentenário entre o pensamento jusfilosófico e a percepção social da vítima em relação ao fenômeno punitivo.
 - a. Em relação à tradição filosófica consequencialista, as teorias preventivas gerais e especiais propiciariam uma instrumentalização da vítima em prol de um benefício coletivo, futuro e incerto, destoando apenas quanto ao fato de as últimas tencionarem promover tal objetivo através de uma medida possivelmente favorável ao infrator. As teorias preventivas seriam criticáveis por assumir a instrumentalização do indivíduo vitimado em prol da incerta possibilidade de a pena propiciar um benefício futuro à coletividade e desconsiderar interesses vitimais improficuos à promoção do suposto interesse coletivo na prevenção criminal.
 - b. Em relação à tradição filosófica deontológica, as teorias retributivas influenciadas pelo idealismo alemão propõem que a pena seria a resposta intrinsecamente apropriada ao crime, ensejando a necessidade de punir os perpetradores de condutas que atentam contra conceitos metafísicos, tais como “justiça” e “direito”. A pena seria voltada a restauração, concebida em um plano abstrato, de tais conceitos, porém ignoraria o indivíduo concretamente afligido pelo delito.
 - c. Em relação às teorias neo-retributivas americanas, as formulações acabam por incorrer na mesma crítica, tendo em vista restringirem as considerações sobre a vítima à um plano puramente teórico-conceitual.
- II. O fato de as teorias da pena tradicionais terem se mostrado improficuas a uma efetiva consideração pela vítima permite inferir a necessidade de abordar as teorias expressivas da pena, as quais podem ser divididas de acordo com critérios: tradição filosófica (consequencialista, retributivista e teleológica); destinatário da pena (independente ou dependente: infrator, vítima e terceiros que tenham ciência

do crime); função da pena (expressiva “pura”, expressivo-comunicativa “censura”, expressivo-comunicativa “denúnciação” e comunicação teleológica).

- a. Uma pena fundamentada em abstrações conceituais e coletivistas deixa entrever que a vítima seria menos relevante que a validade da norma ou estado de respeito mútuo, no qual os cidadãos podem usufruir da liberdade individual. O fato de certas condutas delitivas afligirem diretamente indivíduos impediria reduzir a repercussão fática de todos os crimes à violação da norma ou afronta ao dever de lealdade ao ordenamento jurídico.
- b. Reconhecer o status de “vítima” de quem sofre um crime é uma importante providência a ser tomada em favor desta pessoa, porém não basta para impedi-la de ser instrumentalizada como um parâmetro para estabelecer a gradação da censura penal. Ao tomar o perpetrador da conduta como destinatário do conteúdo moral expresso pela pena, dispensando maiores considerações à vítima, demonstra-se uma questionável inversão de prioridades.
- c. O fato de não ser chamada a integrar um processo comunicativo com o estado aduz que vítima, abordada como uma mera receptora, teria um status moral inferior ao infrator. Sendo considerado um agente moralmente responsável e capaz, o indivíduo vitimado deve ser contemplado com a possibilidade de integrar um processo comunicativo com o estado.
- d. A vivência de um crime pode ocasionar uma necessidade retributiva, proporcional à conduta sofrida e a subjetividade do indivíduo da vítima. O estabelecimento de um evento, no qual o sujeito passivo individual tem a chance de expressar o penar sofrido ao próprio algoz, eventualmente satisfazer a necessidade retributiva advinda do sofrimento de um delito. A fundamentação da pena que, *de facto*, contempla o indivíduo vitimado, transpondo o afastamento decorrente do coletivismo prevalente no debate teórico-penal, não pode ignorar a necessidade retributiva instigada pela conduta do infrator. O juízo condenatório expresso pela pena seria formatado pela intensidade da privação infligida ao perpetrador, permitindo inferir que a efetiva agência no processo punitivo seria uma

forma de a vítima expressar e buscar sanar a necessidade retributiva proporcionada pela vivência passiva do delito.

III. Estabelecendo a possibilidade de distinguir uma teoria da pena para os delitos interpessoais de outra para os delitos coletivos, notou-se que através da complementação entre o individualismo normativo, contratualismo e expressivismo penal foi possível desenvolver uma teoria da pena *satisfatória, no sentido de que busca a satisfação da vítima, e garantidora, no sentido que protege os direitos fundamentais garantidos ao infrator.*

- a. O individualismo normativo – *princípio que estabelece que as decisões políticas e jurídicas são fundamentadas por serem ultimamente remetidas aos indivíduos que atingem* – permite a extração de um dever de igual consideração por todos as pessoas afetadas por uma ação.
- b. Confrontada com o individualismo normativo, a concepção punitivas defendida pelas formulações predominantes no debate teórico-penal mostrou-se incongruente, ensejando, novamente, a necessidade de responder a pergunta central de qualquer teoria da pena: *por que punir?*
- c. O hipotético Contrato Social pressupõe um critério de justiça, o qual é preenchido pelo individualismo normativo, impondo o reconhecimento de um dever não apenas de segurança, mas também de satisfação.
- d. A partir de uma perspectiva expressivista do contratualismo, estabeleceu-se um conceito de pena, segundo o qual, esta consiste em uma reação expressiva, na qual as autoridades expressam ao sujeito passivo sua limitação preventivo-criminal, convidando-o participar de um processo de comunicação teleológico voltado à busca pela satisfação do indivíduo vitimado. Uma análise dessa concepção, à luz do individualismo normativo, permite inferir que o sujeito passivo individual, sendo moralmente afetado pela pena, detém um direito subjetivo a ser considerado no processo punitivo, habilitando-o a influir direta e ativamente na determinação do ônus tangível a ser imposto ao infrator.
- e. Após participar ativamente do referido processo e ter obtido o melhor desfecho possível em relação ao crime sofrido, isto é, infligir ao algoz um

ônus compatível com os próprios interesses, expressando-lhe a percepção moral que teve sobre o ocorrido, a vítima poderia ser dita como satisfeita.

- f. Enfim, verificou-se certos pontos de tensão, ensejando uma exploração perfunctória dos limites desse direito, sendo encontrados resultados que podem ser reputados satisfatórios. Dentre os quais, menciona-se o direito do infrator a uma punição proporcional ao crime, limitando a influência da vítima sobre o conteúdo da pena; a limitação da esfera de liberdade da vítima em casos versando sobre penas pertinentes a delitos que afetam bens jurídicos indisponíveis da vítima.

BIBLIOGRAFIA

ADLER, Matthew. **Expressive Theories of Law: A Skeptical Overview**. In *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 148, 2000.

AMBOS, Kai. **May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?** In *Journal of International Criminal Justice*, N° 6, 2008.

ANDENAES, Johannes. **The General Preventive Effects of Punishment**. In *University of Pennsylvania Law Review*, 1966, Vol. 114, N° 7.

ANDERSON, Yanique. GRÖNING, Linda. **Rehabilitation in Principle and Practice: Perspectives of Inmates and Officers**. In *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 4, n° 2, 2016.

ANDRADE, Mariana Cunha. NOJIRI, Sergio. **Alienação parental e o sistema de Justiça brasileiro: uma abordagem empírica**. In *Revista de Estudos Empíricos em Direito Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*. Vol. 3, N° 2, jul. 2016.

ANTÓN ONECA, José. **Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración**. In *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1964, n° 166.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho Penal: Parte General**. 2ª Ed. Buenos Aires: Editorial Hamurabi SRL, 1999.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BARNES, Geoffrey. HYATT, Jordan. **Classifying Adult Probationers by Forecasting Future Offending: Final Technical Report**. Philadelphia: National Institute of Justice, U.S. Department of Justice, 2012.

BAURMANN, Michael. **Vorüberlegungen zu einer empirische Theorie der positiven Generalprävention**. In SCHÜNEMANN, Bernd. VON HIRSCH, Andrew. JAREBORG, Nils. (Ed.). *Positive Generalprävention: Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog (Uppsala Symposium 1996)*. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1998.

_____. **Zehn Thesen zum Verhältnis von Normanerkennung, Legitimität und Legalität**. In LÜDERSEN, Klaus (Ed.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?* Band. 1. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998.

BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Direito Penal Brasileiro - I**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

BAILLY, Anatole. BRÉAL, Michel. **Dictionnaire Étymologique Latin**. 6ª Ed. Paris: Librairie Hachette et Co., 1906.

BECCARIA, Cesare. **Dei Delitti e delle Penne (1764)**. Milão: Letteratura Italiana Einaudi, 1973.

BENN, Stanley. **An Approach to the Problems of Law**. In *Philosophy*. Vol. 33, Nº. 127, 1958.

BENNETT, Christopher. **State denunciation of crime**. In *Journal of Moral Philosophy*. Vol. 3, 2006.

_____. **Précis of *The Apology Ritual***. In *Teorema*, Vol. XXXI/2, 2012.

_____. **The Apology Ritual: A Philosophical Theory of Punishment**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008

_____. **Replies to My Commentators**. In *Teorema*, Vol. XXXI/2, 2012.

BEN-SHAHAR, Omri. **Economics of the Law of Criminal A empts: A Victim-Centered Perspective**. In *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 145, 1996.

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (1781)**. Kitchener: Batoche Books, 2000.

_____. **The Rationale of Punishment**. Londres: C. and W. Reynell, 1830.

BESSENYEY, Kristina. **Risk Assessment Instruments: Can We Predict Recidivism? A Review of the Research**. In *Scholar Works at University of Montana*, Nº 9001, 2000.

BIRR, Christiane. **„Kriminalstrafe ist öffentliche Rache“: Beobachtungen zum Strafgedanken in der juristischen Literatur der Frühen Neuzeit**. In HILGENDORF, Eric. WEITZEL, Jürgen (Ed.). *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung: Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2007.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral I**. 17ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BOTTOMS, Antony. VON HIRSCH, Andrew. **The Crime-Preventive Effect of Penal Sanctions**. In CANE, Peter. KRITZER, Herbert (Ed.). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

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

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Tomo I**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967.

BROOKS, Thom. **Punishment**. Nova York: Routledge, 2012.

CABRAL DE MONCADA, Luís. **O Duelo na Vida do Direito**. In *Estudos de História do Direito*. Vol. 1. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1948.

- CARRTHERS, David. **La Philosophie pénale de Montesquieu**. In *Revue Montesquieu*, 1997, n° 1.
- CARTER, Patrick. **Managing Offenders, Reducing Crime: A new approach**. In *Correctional Services Review*, 2003.
- CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. **Lições de Direito Penal – Parte Geral II: Penas e Medidas de Segurança**. Lisboa: Editorial Verbo, 1989.
- CENARRO, Angela. **Violence, Surveillance, and Denunciation: Social Cleavage and the Spanish Civil War and Francoism, 1936–1950**. In EMSLEY, Clive. JOHNSON. Eric. SPIERENBURG. Pieter. (Ed.). *Social Control in Europe. Volume 2, 1800–2000*. Columbus: The Ohio State University Press, 2004.
- CHRISTIE, Nils. **Limits to Pain**. Oslo: Universitetsforlaget, 1981.
- CLEMENS, Chelsie. **Effective and Ethical Measures of Predicting Criminal Offender’s Risk of Recidivism and Treatment Needs on Risk-Need Assessments**. In *Master of Social Work Clinical Research Papers*, N° 964.
- COCHRANE, Alasdair. **Prison on Appeal: The Idea of Communicative Incarceration**. In *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 11, N° 2, 2015.
- CORNACCHIA, Luigi. **Funzione della Pena nello Statuto della Corte Penale Internazionale**. Milão: Giuffrè Editore, 2009.
- CORREIA, Eduardo. **Estudos sobre a Evolução das Penas no Direito Português**. In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LIII, 1977.
- CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal I**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- COSTA ANDRADE, Manuel da. **A Vítima e o Problema Criminal**. Coimbra: Coimbra Editora.
- CROW, Iain. **The Treatment and Rehabilitation of Offenders**. Londres: SAGE Publications Ltd., 2001.
- DAVIS; Michael. **Punishment as Language: Misleading Analogy for Desert Theorists**. In *Law and Philosophy*, Vol. 10, N° 3, 1991.
- _____. **Heavenly Philosophy: What Thomas Hobbes Said to Jean Hampton**. In *Social Contrary Theory*, N° 32, 2006.
- DICK, Philip K. **The Man in the High Castle** (1962). Nova York: Mariner Books, 2011.
- DIEKMANN, Andreas. PRZEPIORKA, Wojtek. RAUHUT, Heiko. **Die Präventivwirkung des Nichtwissens im Experiment**. In *Zeitschrift für Soziologie*, Jg. 40, Heft 1, 2011.
- DIEKMANN, Andreas. **Spieltheorie**. 2ª Ed. Reinbek bei Hamburg: Rowohlt Taschenbuch, 2010.

DÖLLING, Dieter. ENTORF, Horst. HERMANN, Dieter. RUPP, Thomas. **Is Deterrence Effective? Results of Meta-Analysis of empirical studies on deterrence.** In *European Journal of Criminal Policy and Research*, Vol. 15, 2009.

DÖLLING, Dieter. **Zur spezialpräventiven Aufgabe des Strafrechts.** In DÖLLING, Dieter (Ed.). *Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag.* Berlin: Duncker & Humblot, 2003.

DRAPER, Anthony J. **Cesare Beccaria's influence on English discussions of punishment, 1764–1789.** In *History of European Ideas*, Vol. 26, 2000.

DÖLLING, Dieter. ENTORF, Horst. HERMANN, Dieter. HÄARING, Armando. RUPP, Thomas. WOLL, Andreas. **Zur generalpräventiven Abschreckungswirkung des Strafrechts – Befunde einer Metanalyse.** In *Soziale Probleme: Zeitschrift für soziale Probleme und soziale Kontrolle*, Jg. 17, Heft 2, 2006.

DOOB, Anthony. WEBSTER, Cheryl Marie. **Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis.** In *Crime and Justice*, Vol. 30, 2003.

DUBBER, Markus. **Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law.** In *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 53, N° 3, 2005.

DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.** In *Crime and Justice*, Vol. 20, 1996.

_____. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment.** In *Crime and Justice*, Vol. 20, 1996.

_____. **Reviewed Work: Censure and Sanctions, by Andrew von Hirsch.** In *Mind*, Vol. 104, N° 413, 1995.

_____. **Punishment, Communication and Community.** In MATRAVERS, Derek; PIKE, Jon. (Ed.). *Debates in Contemporary Philosophy: An Anthology.* Londres: Francis & Taylor Group, 2003.

_____. **Punishment, Communication and Community.** Oxford: Oxford University Press, 2001.

_____. **Alternatives to Punishment – or Alternative Punishments.** In CRAGG, Wesley (Ed.). *Retributivism and its Critics.* Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1992.

_____. **Trials and Punishments.** Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

_____. **Justice, Mercy and Forgiveness.** In *Criminal Justice Ethics*, Vol. 9, 1990.

DUNNAGE, Jonathan. **Social Control in Fascist Italy: The Role of the Police.** In EMSLEY, Clive. JOHNSON, Eric. SPIERENBURG, Pieter. (Ed.). *Social Control in Europe. Volume 2, 1800–2000.* Columbus: The Ohio State University Press, 2004.

- DURKHEIM, Émile. **L'Éducation Morale (1902)**. Paris: Librairie Félix Alcan, 1934.
- _____. **De la Division du Travail Social (1893)**. Paris: Les Presses universitaires de France, 1967.
- DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously (1973)**. Londres: Bloomsbury Publishing Plc., 2013.
- ENGEN, Andy. **Communication, Expression, and the Justification of Punishment**. In *Athens Journal of Humanities & Arts*, Vol. 1, N° 4, 2014.
- ERBER-SCHROPP, Julia Maria. **Schuld und Strafe: Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung des Schuldprinzips**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.
- EURICH, S. Amanda. **Reviewed Work: The European Nobility (1400-1800), by Jonathan Dewald**. In *Sixteenth Century Journal*, Vol. 28, N. 4, 1997.
- EWING, Alfred Cyril. **A Study of Punishment II: Punishment as Viewed by the Philosopher**. In *Canadian Bar Review*, Vol. 21, 1943.
- _____. **The Morality of Punishment: With Some Suggestions for a General Theory of Ethics**. Londres: Routledge & Kegan Paul Ltd., 1929.
- _____. **Punishment as a Moral Agency: An Attempt to Reconcile the Retributive and Utilitarian View**. In *Mind*. Vol. 36, N°. 143, 1927.
- FEINBERG, Joel. **The Expressive Function of Punishment**. In *The Monist*. Vol. 49, N°. 3, 1965.
- _____. **The Expressive Function of Punishment**. In FEINBERG, Joel. (Ed.). *Doing & Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*. Princeton: Princeton University Press, 1970.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas Básicos da Doutrina Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- FLETCHER, George. **The Place of Victims in the Theory of Retribution**. In *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 3, n° 1, 1999.
- FLEW, Anthony. **The Justification of Punishment**. In *Philosophy*. Vol. 29, N°. 111, 1954.
- FRISCH, Wolfgang. **Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention: Zur Schwierigkeit des „Abschieds von Kant und Hegel“**. In SCHÜNEMANN, Bernd. VON HIRSCH, Andrew. JAREBORG, Nils. (Ed.). *Positive Generalprävention: Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog (Uppsala Symposium 1996)*. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1998.
- FROTSCHER, Werner. PIEROTH, Bodo. **Verfassungsgeschichte**. 11^a Ed. Munique: Verlag C.H. Beck, 2012.

GAUTHIER, David. **Morals by Agreement**. Oxford: Oxford University Press, 1986

_____. **Symposium Papers, Comments and an Abstract: Hobbes's Social Contract**. In *Noûs*, Vol. 22, N°1, 1988.

GARVEY, Stephen. Alternatives to Punishment. In DEIGH, John. DOLINKO, David (Ed.). *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

GELLATELY, Robert. **The Gestapo and German Society: Enforcing Racial Policy, 1933–1945**. Oxford: Oxford University Press, 1990.

_____. **Die Gestapo und die deutsche Gesellschaft: Zur Entscheidung einer selbstüberwachenden Gesellschaft**. In SCHMIECHEN-ACKERMANN, Detlef (Ed.). *Anpassung, Verweigerung, Widerstand. Soziale Milieus, Politische Kultur und der Widerstand gegen den Nationalsozialismus in Deutschland im regionalen Vergleich*. Berlin: Gedenkstätte Deutscher Widerstand, 1997.

_____. **Backing Hitler: Consent and Coercion in Nazi Germany**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

GIL, Alicia. **Sobre la Satisfacción de la Víctima como Fin de la Pena**. In *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*. N° 4, 2016.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GLASGOW, Joshua. **The Expressivist Theory of Punishment Defended**. In *Law and Philosophy*, Vol. 34, 2015.

GOESCHEL, Christian. **The Criminal Underworld in Weimar and Nazi Berlin**. In *History Workshop Journal*, Vol. 75, N° 1, 2013

GOMÉZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La Retribución Comunicativa como Teoría Constructivista de la Pena: ¿El Dolor Penal como Constructo Comunicativo?** In *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*. N° 2, 2008.

GÜNTHER, Klaus. **Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe: Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?** In PRITTWITZ, Cornelius. BAURMANN, Michael. GÜNTHER, Klaus. KUHLEN, Lothar. MERKEL, Reinhard. NESTIER, Cornelius. SCHULZ, Lorenz. LÜDERSSSEN, Klaus. (Ed.). *Festschrift für Klaus Lüderssen: zum 70. Geburtstag am 2 Mai 2002*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002.

GÜNTHER, Klaus. **Criminal Law, Crime and Punishment as Communication**. In SIMESTER, Andrew P. DU BOIS-PEDAIN, Antje. NEUMANN, Ulfrid. (Ed.). *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2014.

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

_____. **Tem Futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch).** In *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Vol. 82, 2010.

_____. **A Ilha de Kant.** In GRECO, Luís. MARTINS, Antonio (Ed.). *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.

_____. **Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito: Em Comemoração aos Trinta Anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Claus Roxin.** Texto apresentado no painel sobre “Funcionalismo no Direito Penal” do I Congresso de Direito Penal e Criminologia, ocorrido na Universidade Federal da Bahia entre os dias 13 e 15 de abril de 2000.

_____. **Las Reglas detrás de la Excepción. Reflexiones Respecto de la Tortura en los Grupos de Casos de Las Ticking Time Bombs.** In *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*. Nº 4, 2007.

GREELY, Henry. **Neuroscience and Criminal Justice: Not Responsibility but Treatment.** In *Kansas Law Review*, Vol. 56, 2008.

GRICE, Herbert Paul. **Utterer’s Meaning and Intentions.** In *Philosophical Review*, Vol. 78, 1969.

_____. **Logic and Conversation.** In *William James Lectures.* Cambridge: Harvard University Press, 1967;

_____. **Meaning.** In *Philosophical Review*, Vol. 66, 1957.

HAMEL, Roman. **Strafen als Sprechakt: Die Bedeutung der Strafe für das Opfer.** Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

HAMPTON, Jean. **Moral Education Theory of Punishment.** In *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 13, Nº. 3, 1984.

_____. **Correcting Harms Versus Righting Wrongs: The Goal of Retribution.** In *UCLA Law Review*, Vol. 39, 1991-1992.

_____. **Hobbes and the Social Contract Tradition.** Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

_____. **The Retributive Idea.** In MURPHY, Jeffrie. HAMPTON, Jean (Ed.). *Forgiveness and Mercy.* Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

_____. **A New Theory of Retribution.** In FREY, R.G. MORRIS, Christopher W. (Ed.). *Liability and Responsibility: Essays in Law and Moral.* Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

_____. **An Expressive Theory of Retribution.** In CRAIG, Wesley (Ed.). *Retributivism and Its Critics.* Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1992.

HARCOURT, Bernard. **Beccaria's 'On Crimes and Punishments': A Mirror on the History of the Foundations of Modern Criminal Law.** Chicago: Coase-Sandor Institute for Law & Economics, Working Paper N. 648, 2013.

_____. **Joel Feinberg on Crime and Punishment: Exploring the Relationship Between The Moral Limits of the Criminal Law and The Expressive Function of Punishment.** In *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 5, N°. 1, 2001.

HARE, Richard Mervyn. **Freedom and Reason.** Oxford: Oxford University Press, 1963.

HART, Herbert Lionel Adolphus. The Presidential Address: Prolegomenon to the Principles of Punishment. In *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 60, 1959-1960.

HASSEMER, Winfried. REEMTSA, Jan Philipp. **Verbrechensopfer: Gesetz und Gerechtigkeit.** Munique: Verlag C.H. Beck, 2002.

HASSEMER, Winfried. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal.** Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989.

HASSEMER, Winfried. **História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra.** Lisboa: Editora AAFDL, 1995.

_____. **Einführung in die Grundlagen des Strafrechts.** 2^a Ed. Munique: Verlag C.H. Beck, 1990.

_____. **Absehbare Entwicklungen in Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik.** In PRITTWITZ, Cornelius. MANOLEDAKIS, Ioannis (Ed.). *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende: Deutsch-griechisches Symposium (Rostock, 1999).* Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000.

_____. **Variationen der positiven Generalprävention.** In SCHÜNEMANN, Bernd. VON HIRSCH, Andrew. JAREBORG, Nils. (Ed.). *Positive Generalprävention: Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog (Uppsala Symposium 1996).* Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1998.

HARRENDORF, Stefan. HEISKANEN Markku. MALBY, Steven. **International Statistics on Crime and Justice.** Helsinki: European Institute for Crime Prevention and Control, Affiliated with the United Nations (HEUNI), 2010.

HAQUE, Adil Ahmad. **Group Violence and Group Vengeance: Toward a Retributivist Theory of International Criminal Law.** In *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 9, 2005.

HEATH, James. **Eighteenth Century Penal Theory.** Oxford: Oxford University Press, 1963.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Grundlinien der Philosophie des Rechts (1820)**. Berlin: Verlag von Duncker und Humblot, 1833.

HELFFGOTT, Jacqueline. **Criminal Behavior: Theories, Typologies and Criminal Justice**. Londres: SAGE Publications Ltd., 2008.

HENRICH, Joseph. Et all. **Costly Punishment Across Human Societies**. In *Science*, Vol. 36, 2006.

HESPANHA, António Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia**. Sintra: Publicações Europa-América, Ltda., 1998.

HERMANN, Dieter. **Werte und Kriminalität: Konzeptionen einer Allgemeinen Kriminalitätstheorie**. Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, 2003.

HOBBS, Thomas. **Leviathan, or the Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical or Civil (1651)**. In MOLESWORTH, William (Ed.). *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury: Vol. III*. Londres: John Bohn, 1839.

HOLZ, Wilfried. **Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers**. Berlin: Duncker & Humblot, 2007.

HONNETH, Axel. **Kampf um Anerkennung: Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1992.

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

HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie**. In HILGERS, Thomas. KOCH, Gertrud. MÖLLERS, Christoph. MÜLLER-MALL, Sabine (Ed.). *Affekt & Urteil*. Paderborn: Wilhelm Fink Verlag, 2015.

_____. **Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht**. In *Juristen Zeitung*, n° 19, 2006.

_____. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion**. In VON HIRSCH, Andreas. NEUMANN, Ulfrid. SEELMANN, Kurt. (Ed.). *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2011.

_____. **Straftheorien**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.

HÖRNLE, Tatjana. VON HIRSCH, Andrew. **Tadel und Generalprävention**. In SCHÜNEMANN, Bernd. VON HIRSCH, Andrew. JAREBORG, Nils. (Ed.). *Positive Generalprävention: Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog (Uppsala Symposium 1996)*. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1998.

HÖRNLE, Tatjana. VON HIRSCH, Andrew. **Tadel und Generalprävention**. In *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Vol. 142, 1995.

HÖRNLE, Tatjana. VON HIRSCH, Andrew. **Tadel und Generalprävention.** In VON HIRSCH, Andrew. (Ed.). *Fairness, Verbrechen und Strafen: Strafrechtstheoretische Abhandlungen.* Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005.

HÖRNLE, Tatjana. **Distribution of Punishment: The Role of a Victim's Perspective.** In *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 3, 1999.

JAKOBS, Günther. **Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck.** Paderborn: Verlag Ferdinand Schöningh, 2004.

_____. **Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre.** 2^a Ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1991.

_____. **Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie.** 3^a Ed. Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 2008.

_____. **System der strafrechtlichen Zurechnung.** Frankfurt am Main: Verlag Vittorio Klostermann, 2012.

_____. **Zur gegenwärtigen Straftheorie.** In KODALLE, Klaus (Ed.). *Strafe muss sein! Muss Strafe sein? Philosophen-Juristen-Pädagogen im Gespräch.* Würzburg: Verlag Königshausen & Neumann, 1998.

_____. **Das Schuldprinzip.** Opladen: Westdeutscher Verlag, 1993.

JEROUSCHEK, Günter. **Geburt und Wiedergeburt des Peinlichen Strafrechts im Mittelalter.** In LÜDERSEN, Klaus. (Ed.). *Die Durchsetzung des öffentlichen Strafanspruchs: Systematisierung der Fragestellung.* Colônia: Böhlau Verlag, 2002.

_____. **Straftat und Traumatisierung.** In *Juristische Zeitung*, n° 4, 2000.

JESIONEK, Udo. **Die Wiederentdeckung des Verbrechensofners: Ein Paradigmenwechsel im Strafrecht.** In *Juridikum: Zeitschrift im Rechtsstaat*, n° 4, 2005.

JOHNSON, Eric. **Criminal Justice, Coercion and Consent in 'Totalitarian' Society: The Case of National Socialist Germany.** In *British Journal of Criminology*, 2011, N° 51.

KAHAN, Dan. **What Do Alternative Sanctions Mean?** In *The University of Chicago Law Review*. Vol. 63, 1996.

KANT, Immanuel. **Die Metaphysik der Sitten (1797).** In ROSENKRANZ, Karl. SCHUBERT, Friedrich Wilhelm. *Immanuel Kant's Sämtliche Werk. Neunter Theil.* Leipzig: Leopold Voss, 1838.

_____. **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785).** Colônia: Anaconda Verlag, 2016.

KILCHLING, Michael. **Opferschutz und der Strafanspruch des Staates – Ein Widerspruch?** In *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2002, Heft 2.

KINDHÄUSER, Urs. MAÑALICH, Juan Pablo. **Pena y Culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2011.

KIRCHMEIER, Jeffrey. **Aggravating and Mitigating Factors: The Paradox of Today's Arbitrary and Mandatory Capital Punishment Scheme**. In *William and Mary Bill of Rights Journal*, Vol. 6, 1998.

KLECK, Gary. BARNES, J.C. **Deterrence and Macro-Level Perceptions of Punishment Risks**. In *Crime & Delinquency*, Vol. 59, n° 7, 2008.

KLEINIG, John. **Punishment and Moral Seriousness**. In *Israel Law Review*, Vol. 25, N° 3 e 4, 1991.

KOCH, Arnd. **Binding vs. v. Liszt – Klassische und Moderne Strafrechtsschule**. In HILGENDORF, Eric. WEITZEL, Jürgen (Ed.). *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung: Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2007.

KÖNIGS, Peter. **The Expressivist Account of Punishment, Retribution, and the Emotions**. In *Ethical Theory and Moral Practice*, Vol. 16, N° 5, 2013.

LÖSCHNIG-GSPANDL, Marianne Johanna. **Der außergerichtliche Tatausgleich im allgemeinen Strafrecht: Voraussetzungen und Anwendungsmöglichkeiten**. In MIKLAU, Roland. SCHROLL, Hans Valentin (Ed.). *Diversión. Ein anderer Umgang mit Straftaten: Analysen zur Strafprozessnovelle*. Viena: Verlag Österreich, 1999.

LAUE, Christian. **Die Konventionelle Theorie als Grundlage der Wirtschaftskriminologie und des Wirtschaftsstrafrechts**. In BANNENBERG, Britta. JEHLE, Jörg-Martin (Ed.). *Wirtschaftskriminalität*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2010.

LEITE, Alaor. **Teorias da pena, de Tatjana Hörnle**. In *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, Ano 1, N° 1, 2014.

LIMA TORRES, José Reinaldo de. **O Direito na História: Lições Introdutórias**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

LÜDERSSEN, Klaus. **Abschaffen des Strafens?** Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1995.

MAHMOOD RAJPOOT, Qasim; JENSEN, Christian D. **Video Surveillance: Privacy Issues and Legal Compliance**. In KUMAR, Vikas. SVENSSON, Jakob (Ed.) *Promoting Social Change and Democracy through Information Technology*. Lyngby: IGI Global, 2015.

MALLMANN, Klaus-Michael PAUL. Gehard. **Die Gestapo: Mythos und Realität**. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft. 1995.

MAÑALICH, Juan Pablo. **La pena como retribución. Primera parte: La retribución como teoría de la pena**. In *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 28, N° 83, 2007.

_____. **La pena como retribución. Segunda parte: La retribución como teoría del Derecho penal.** In *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 28, N° 83, 2007.

_____. **Pena y Ciudadanía.** In *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 6, Año 2005.

MANN, Reinhard. **Protest und Kontrolle im Dritten Reich: Nationalsozialistische Herrschaft im Alltag einer rheinischen Grossstadt:** Frankfurt am Main: Campus Verlag, 1987.

MARTINSON, Robert. **What works? – Questions and answers about prison reform.** In *The Public Interest*, 1974, N° 35.

MAYER, Edward. **Prefrontal Lobotomy and the Courts.** In *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 38, N° 6, 1948.

MERLE, Jean-Christophe. **German Idealism and the Concept of Punishment.** Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

_____. **Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde: Eine Kritik am Retributivismus aus der Perspektive des deutschen Idealismus.** Berlin: De Gruyter Rechtswissenschaften Verlag, 2007.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a Las Bases del Derecho Penal.** 2ª Ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003.

MOMMSEN, Theodor. **Römisches Strafrecht.** Leipzig: Verlag Duncker & Humblot, 1899.

MONTENBRUCK, Axel. **Deutsche Straftheorie: Ein Lehrbuch.** 1ª Ed. In *Open Access der Freien Universität Berlin (Online ISBN 978-3-96110-050-7)*, 2017.

MOORE, Michael. **Closet Retributivism.** In MOORE, Michael (Ed.). *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law.* Oxford: Oxford University Press, 1997.

_____. **Justifying Retributivism.** In MOORE, Michael (Ed.). *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law.* Oxford: Oxford University Press, 1997.

_____. **Victims and Retribution: A Reply to Professor Fletcher.** In *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 3, n° 1, 1999.

MOORE, Wilbert. TUMIN, Melvin. **Some Social Functions of Ignorance.** In *American Sociological Review*, Vol. 14, 1949.

MORRIS, Norval. **The Future of Imprisonment.** Chicago: University of Chicago Press, 1974.

MORRIS, Herbert. **Persons and Punishment.** In *The Monist*. Vol. 52, N° 4, 1968.

_____. **A Paternalistic Theory of Punishment.** In *American Philosophical Quarterly*, Vol. 18, N° 14, 1981.

_____. **A Paternalistic Theory of Punishment.** In *American Philosophical Quarterly*, Vol. 18, N° 14, 1981.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal.** 2ª Ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2001.

MURPHY, Jeffrie. **Getting Even: The Role of the Victim.** In *Social Philosophy and Policy*, Vol. 7, n° 2, 1990.

_____. **Marxism and Retribution.** In *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 2, N° 3, 1973.

NAGEL, Thomas. **War and Massacre.** In *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 1, N° 2, 1972.

NARAYAN, Uma. **Appropriate Responses and Preventive Benefits: Justifying Censure and Hard Treatment in Legal Punishment.** In *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 13, N° 2, 1993.

NAUCKE, Wolfgang. **Feuerbachs Lehre von der Funktionstüchtigkeit des gesetzlichen Strafans.** In HILGENDORF, Eric. WEITZEL, Jürgen (Ed.). *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung: Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie.* Berlin: Duncker & Humblot, 2007.

NEUMAN, Elias. **Victimología: El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales.** Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984.

NOZICK, Robert. **Philosophical Explanations.** Cambridge: Harvard University Press, 1981.

_____. **Anarchy, State, and Utopia.** Nova York: Basic Books, 1974.

ORDOÑEZ, Marco. GOMEZ, Doris. **Victimología y Modernidad.** 1ª Ed. Bogotá: Unigraficas Marín, 2010.

ORWELL, George. **Nineteen Eighty-Four** (1948). Londres: Everyman's Library, 1992.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito Constitucional Penal.** Coimbra: Editora Almedina, 2006.

PAILLARD DE SAINT-AIGLAN, Alphonse. **Notice sur Jean Boutillier, auteur de la Somme Rurale.** In *Bibliothèque de l'école des chartes*, Tome 9, 1848.

PAWLIK, Michael. **Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe.** Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 2004.

_____. **Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre.** Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **Problemas y Perspectivas de las Teorías Expresivas de la Pena.** In *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, N° 4, 2014.

PEUKERT, Detlev. **Inside Nazi Germany: Conformity, Opposition and Racism in Everyday Life.** Londres: Penguin, 1987.

POPITZ, Heinrich. **Über die Präventivwirkung des Nichtwissens: Dunkelziffer, Norm und Strafe.** Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1968.

POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law.** 2ª Ed. Boston: Little, Brown & Company, 1977.

PRATT, Travis C. CULLEN, Francis T. BLEVINS, Kristie R. DAIGLE, Leah. MADENSEN, Tamara D. **The Empirical Status of Deterrence Theory: A Meta-Analysis.** In CULLEN, Francis T. WRIGHT, John Paul. BLEVINS, Kristie R. (Ed.). *Taking Stock: The Stock of Criminological Theory.* New Brunswick: Transaction Publishers, 2006.

PRIMORATZ, Igor. **Punishment as Language.** In *Philosophy.* Vol. 64, Nº. 248, 1989.

_____. **The Middle Way in the Philosophy of Punishment.** In GAVINSON, Ruth. (Ed.). *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H. L. A. Hart.* Oxford: Oxford University Press, 1987.

PRITTWITZ, Cornelius. **Opferlose Straftheorien?** In SCHÜNEMANN, Bernd. DUBBER, Markus (Ed.). *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem: Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA.* Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2000.

RAAB, Christopher. **Fighting Terrorism in an Electronic Age: Does the PATRIOT Act Unduly Compromise our Civil Liberties?** In *Duke Law & Technology Review,* Vol. 4, Nº 1, 2006.

RAMÍREZ GONZÁLEZ, Rodrigo. **La Victimología.** Bogotá: Editorial Temis Librería, 1982

RAWLS, John. **A Theory of Justice.** Cambridge: Harvard University Press, 1971.

REEMTSMA, Jan Philipp. **Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem.** Munique: Verlag C.H. Beck, 1999.

RENZIKOWSKI, Joachim. **Dimensionen der Straftat: Täter-Opfer-Gesellschaft.** In KOHTE, Wolfhard. ABSENGER, Nadine. (Ed.). *Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs: Festschrift für Armin Holänd.* Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2015.

RESCHER, Nicholas. **Distributive Justice: A Constructive Critique of the Utilitarian Theory of Distribution.** Indianapolis: Bobbs-Merrill Company, 1966.

RIBEIRO GIAMBERARDINO, André. **A Construção Social da Censura e a Penologia um Passo Além: Reparação Criativa e Restauração.** In *Sistema Penal & Violência.* Vol. 6, Nº 1, 2014.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. **Victimología: Estudio de la Víctima.** 7ª Ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2002.

RÖSSNER, Dieter. **Die besonderen Aufgaben des Strafrechts im System rechtsstaatlicher Verhaltenskontrolle.** In SCHÜNEMANN, Bernd. ACHENBACH, Hans. BOTTKE,

Wilfried. HAFFKE, Bernhard. RUDOLPHI, Hans-Joachim (Ed.). *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 2001.

ROXIN, Claus. **Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Der Aufbau der Verbrechenslehre**. 4^a Ed. Munique: Verlag C.H. Beck, 2006.

RÜPING, Hinrich. JEROUSCHEK, Günter. **Grundriss der Strafrechtsgeschichte**. 6^a Ed. Munique: Verlag C.H. Beck, 2011.

RUPP, Thomas. **Meta Analysis of Crime and Deterrence: A Comprehensive Review of the Literature**. Norderstedt: Books on Demand, GmbH, 2008.

SABADELL, Ana Lucia. **Tormenta juris permissione: Tortura e Processo Penal na Península Ibérica (Séculos XVI – XVIII)**

SAUTNER, Lyane. **Opferinteressen und Strafrechtstheorien: Zugleich ein Beitrag zum restaurativen Umgang mit Straftaten**. Innsbruck: StudienVerlag, 2010.

SESSAR, Klaus. **Wiedergutmachen oder strafen: Einstellungen in der Bevölkerung und der Justiz: ein Forschungsbericht**. Pfaffenweiler: Centaurus-Verlagsgesellschaft, 1992.

SCHÖPSDAU, Klaus. **Strafen und Strafrecht bei griechischen Denkern des 5. und 4. Jahrhunderts**. In ROLLINGER, Robert. LANG, Martin. BARTA, Heinz (Ed.). *Strafen und Strafrecht in den antiken Welten: Unter Berücksichtigen von Todesstrafe, Hinrichtungen und Peinlicher Befragung*. Wiesbaden: Harrassowitz Verlag, 2012.

SCHUMANN, Karl. **Empirische Beweisbarkeit der Grundannahmen von positiven Generalprävention**. In SCHÜNEMANN, Bernd. VON HIRSCH, Andrew. JAREBORG, Nils. (Ed.). *Positive Generalprävention: Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog (Uppsala Symposium 1996)*. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1998.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur – Gedanken zu Immanuel Kant**. In PRITTWITZ, Cornelius. BAURMANN, Michael. GÜNTHER, Klaus. KUHLEN, Lothar. MERKEL, Reinhard. NESTIER, Cornelius. SCHULZ, Lorenz. LÜDERSSSEN, Klaus. (Ed.). *Festschrift für Klaus Lüderssen: zum 70. Geburtstag am 2 Mai 2002*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002.

SHER, George. **In Praise of Blame**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

SILVA DIAS, Augusto. **Torturando o Inimigo^[SEP] ou Libertando da Garrafa o Génio do Mal? Sobre a Tortura em Tempos de Terror**. In *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, N° 71, jan./abr. 2012.

SOUSA E BRITO, José de. **Strafzwecke im Rechtsstaat**. In NEUMANN, Ulfrid. HERZOG, Felix (Ed.). *Festschrift für Winfried Hassemer*. Heidelberg: C.F. Müller, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **¿Nullum crimen sine poena? Sobre las Doctrinas Penales de la “Lucha contra la Impunidad” y del “Derecho de la Victima al Castigo del Autor”**. In *Revista Derecho Penal y Criminología*. Vol. 29, N° 86-87, 2008.

SIMESTER, Andrew. VON HIRSCH, Andreas. **Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation**. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2014.

SKILLEN, Anthony. **How to Say Things with Walls**. In *Philosophy*, Vol. 55, Nº 214, 1980.

SOLOVE, Daniel. **Nothing to Hide: The False Tradeoff between Privacy and Security**. New Haven: Yale University Press, 2011.

SOLOVE, Daniel. **Digital Dossiers and the Dissipation of Fourth Amendment Privacy**. In *Southern California Law Review*, Vol. 75, 2002.

STAHLER, Gerald. MENNIS, Jeremy. BELENKO, Steven. WELSH, Wayne. HILLER, Matthew. ZAJAC, Gary. **Predicting Recidivism for Released State Prison Offenders: Examining the Influence of Individual and Neighborhood Characteristics and Spatial Contagion on the Likelihood of Reincarceration**. In *Crime Justice and Behavior*, Vol. 40, Nº 6, 2013.

STRAWSON, Peter Frederick. **Freedom and Resentment**. In WATSON, Gary (Ed.). *Free Will*. Oxford: Oxford Publishing Press, 2003.

STEIKER, Carol. **Foreword: Punishment and Procedure. Punishment Theory and the Criminal-Civil Procedural Divide**. In *The Georgetown Law Journal*. Vol. 85, 1997.

STEPHEN, James Fitzjames. **A General View of the Criminal Law of England**. Londres: Macmillan and Co., 1863.

_____. **A History of the Criminal Law of England**. Londres: Macmillan and Co., 1863.

STERN, Lawrence. **Freedom, Blame, and Moral Community**. In *The Journal of Philosophy*. Vol. 71, 1974.

STRATENWERTH, Günter. **Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat**. 3ª Ed. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 1981.

STRAWSON, Peter Frederick. **Freedom and Resentment**. In STRAWSON, Peter Frederick (Ed.). *Freedom and Resentment and Other Essays*. Londres: Methuen Publishing Ltd., 1974.

TADROS, Victor. **Criminal Responsibility**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

TASIOULAS, John. **Punishment and Repentance**. In *Philosophy*, Vol. 81, 2006.

TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da Aplicação da Pena: Fundamentos de uma Determinação Judicial da Pena Proporcional ao Fato**. 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

THURSTON, Robert. **Life and Terror in Stalin's Russia, 1934–1941**. New Haven: Yale University Press, 1998.

ULLMANN, Alexandra. MARREIROS BARBOSA, Ruchester. **Quando a Lei Maria da Penha é uma forma de alienação parental.** In *Revista Consultor Jurídico*, 24 de janeiro de 2018. Acesso em 01/06/2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jan-24/quando-lei-maria-penha-forma-alienacao-parental>.

VARGAS, Federico León. **El rol de la retribución en una teoría de la pena como institución regulativa.** In *Revista Ius et Praxis*, Año 21, N° 1, 2015.

VELOSO, José António. **Pena Criminal.** In *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 59, 1999.

VAN DEN HAAG, Ernest. **Punishing Criminals: Concerning a Very Old and Painful Question.** Nova York: Basic Books, 1975.

VISCONTI, Arianna. **Onore, Riputazione e Diritto Penale.** Milão: EDUCatt, 2011.

VON BAR, Carl Ludwig. **A History of Continental Criminal Law.** Boston: Little, Brown and Company, 1916.

VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Normativer Individualismus und das Recht.** In *Juristen Zeitung*, n° 22, 2005.

_____. **Normative Ethik.**, Berlin: Walter de Gruyter & Co., 2010.

VON DER PFORDTEN, Dietmar. KÄHLER, Lorenz. **Einleitung.** In VON DER PFORDTEN, Dietmar. KÄHLER, Lorenz (Ed.). *Normativer Individualismus in Ethik, Politik und Recht.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

VON HIRSCH, Andrew. **Proportionality in the Philosophy of Punishment.** In *Crime and Justice*, Vol. 16, 1992.

_____. **Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals.** Manchester: Manchester University Press, 1985.

_____. **Doing Justice: The Choice of Punishment.** Nova York: Hill & Wang, 1976.

_____. **Censure and Sanctions.** Clarendon Press: Oxford, 1993.

_____. **Tadel und Prävention: Die Übelzufügung als Elemente der Strafe.** In SCHÜNEMANN, Bernd. VON HIRSCH, Andrew. JAREBORG, Nils. (Ed.). *Positive Generalprävention: Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog (Uppsala Symposium 1996).* Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1998.

_____. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.** In VON HIRSCH, Andreas. NEUMANN, Ulfrid. SEELMANN, Kurt. (Ed.) *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie.* Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2011.

_____. **Review of Nils Christie “Limits to Pain”**. In *Crime and Delinquency*, Vol. 28, 1982.

VON HIRSCH, Andrew, ASHWORTH, Andrew. **Proportionate Sentencing: Exploring the Principles**. Oxford: Oxford University of Press, 2005.

VON LISZT, Franz. **Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge**. Vol. 1 (1875 a 1891). Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1905.

VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm. **Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des Positiven Peinlichen Rechts. Band I (1799)**. Aalen: Neudruck Aalen, 1966.

VORMBAUM, Thomas. **A Modern History of German Criminal Law**. Durham: Springer Verlag, 2014.

WALLACE, R. Jay. **The Argument from Resentment**. In *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 108, 2007.

WALTHER, Susanne. **Was Soll „Strafe“? Grundzüge eines zeitgemäßen Sanktionensystems**. In *ZStW* 111 (1999), Heft 1.

WEIGEND, Thomas. **Kommentar zu Tatjana Hörnle, Gegenwärtige Strafbegründungstheorie**. In VON HIRSCH, Andreas. NEUMANN, Ulfrid. SEELMANN, Kurt. (Ed.) *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2011.

_____. **„Die Strafe für das Opfer“? – Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht**. In *RW*, Vol. 120, 2010.

WEITZEL, Jürgen. **Der Strafgedanke im frühen Mittelalter**. In HILGENDORF, Eric. WEITZEL, Jürgen (Ed.). *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung: Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2007.

_____. **Hoheitliches Strafen in der Spätantike und im frühen Mittelalter**. Colônia: Böhlau Verlag, 2002.

WESSELS, Johannes. BEULKE, Werner. **Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau**. 40^a Ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2010.

WILLIAMS, Bernard. **A Critique of Utilitarianism (1973)**. In SMART, John Jamieson Carswell. WILLIAMS, Bernard (Ed.). *Utilitarianism: For and Against*. 27^a Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

WILLOWEIT, Dietmar. **Rache und Strafe, Sühne und Kirchenbuße: Sanktionen für Unrecht an der Schwelle zur Neuzeit**. In HILGENDORF, Eric. WEITZEL, Jürgen (Ed.). *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung: Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2007.

WILKINS, Leslie. **The Politics of Prediction**. In FARRINGTON, David. TARLING, Roger (Ed.). *Prediction in Criminology*. Albany: State University of New York Press, 1985.

WILSON, James. **Thinking about Crime**. Nova York: Basic Books, 1975.

WHITMAN, James. **A Plea Against Retributivism**. In *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 7, 2003.

WRINGE, Bill. **Rethinking expressive theories of punishment: why denunciation is a better bet than communication or pure expression**. In *Philosophical Studies*, Vol. 174, N° 3, 2017.

_____. **An Expressive Theory of Punishment**. Londres: Palgrave Macmillan, 2016.

_____. **Collective Agents and Communicative Theories of Punishment**. In *Journal of Social Philosophy*, Vol. 43, N° 4, 2012.

_____. **War Crimes and Expressive Theories of Punishment: Communication or Denunciation?** In *Res Publica*, Vol. 16, 2010.

_____. **Why Punish War Crimes? Victor's Justice and Expressive Justifications of Punishment**. In *Law and Philosophy*, Vol. 25, 2006.

_____. **Punishment, Forgiveness and Reconciliation**. In *Philosophia*, Vol. 44, N° 4, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General**. 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, 1997.

ZIPF, Heinz. **Kriminalpolitik: Ein Lehrbuch**. 2ª Ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1980.

ZÖLLNER, Erich. **Geschichte der Franken bis zur Mitte des sechsten Jahrhunderts**. Munique: C.H. Beck, 1970.

ZÜRCHER, Tobias. **Legitimation von Strafe: Die expressiv-kommunikative Straftheorie zur moralischen Rechtfertigung von Strafe**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.