

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO

BETINA HEIKE KRAUSE SUECKER

**PRINCÍPIOS PARA A JUSTIFICAÇÃO DO DEVER DE PUNIR
(PRIVAÇÃO DA LIBERDADE) NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO: A RETRIBUIÇÃO POSSÍVEL**

Orientador: Prof. Dr. Thadeu Weber

Porto Alegre

2010

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS	09
1 PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA NA JUSTIFICAÇÃO DO DEVER DE PUNIR: A RETRIBUIÇÃO E A RETALIAÇÃO.....	15
1.1 Os princípios como fundamentos do sistema jurídico.....	15
1.2 Conflitos entre princípios jurídicos.....	19
1.3 Eticidade e pena: uma relação dicotômica?.....	23
1.4 O princípio da responsabilidade como corolário da liberdade.....	29
1.5 Por um fundamento jusfilosófico à consequência jurídica do delito.....	33
1.6 A busca de uma teoria da Justiça na justificação do dever de punir.....	37
1.7 A justiça punitiva em Agnes Heller: o princípio da retribuição.....	42
1.8 O princípio da retaliação em Kelsen: a vingança pelo Tribunal.....	49
2 O PODER DE RETRIBUIÇÃO DO ESTADO	60
2.1 A necessidade da imposição da pena.....	60
2.2 Uma retribuição privada.....	62
2.3 O dever de punir como vingança divina.....	65
2.4 A pena como espetáculo: a vingança pública.....	67
2.5 A Escola Clássica e o Iluminismo.....	70
2.5.1 Os princípios do Iluminismo.....	72
2.5.1.1 Legalidade e culpabilidade.....	73
2.5.1.2 Humanidade e proporcionalidade.....	77
2.5.1.3 Intervenção mínima e lesividade.....	83
2.6 A Escola Positiva: o atavismo criminoso	87
2.7 Um diálogo entre a pena e a Psicologia.....	90
2.8 A retribuição esperada pela sociedade punitiva e a tolerância zero.....	94
2.9 Aquele que retribui: o juiz criminal e a ausência de neutralidade.....	100
3 OS PRINCÍPIOS DA RETRIBUIÇÃO E DA RETALIAÇÃO NA JUSTIFICAÇÃO DO DEVER DE PUNIR PELO ESTADO, EM ESPECIAL, NA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE.....	107
3.1 Os princípios constantes no Direito Penal para a justificação do dever de punir.....	107

3.1.1	Teorias relativas: prevenção geral positiva, negativa e especial.....	107
3.1.2	Teorias mistas.....	111
3.2	A retribuição: os princípios da Justiça em Heller e Kelsen.....	113
3.2.1	Retribuição e o dever-ser da ressocialização.....	119
3.2.2	Retribuição e dignidade da pessoa.....	124
3.2.3	A retribuição nos crimes contra a natureza.....	131
3.2.4	As teorias da pena: retribuição na Lei Maria da Penha.....	140
3.2.5	A pessoa jurídica: retribuição nos crimes contra a ordem tributária.....	146
3.2.6	Retribuição e direitos fundamentais.....	152
3.2.7	Retribuição e o sentido jurídico da sanção penal.....	157
3.2.8	Sistemas processuais como legitimadores da intervenção penal: o processo como instrumento de retribuição.....	162
3.2.9	Retribuição e a seletividade da pena.....	166
3.2.10	A pena como retribuição: princípio, necessidade ou arbítrio?.....	169
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	176
	REFERÊNCIAS.....	181

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a discutir a justificação do dever de punir como instrumento estatal de resposta do aparato e do sistema penal aos condenados por sentença transitada em julgado. Para tanto, menciona princípios da justiça que se pretendem capazes de justificar a legitimação do Estado mediante o pacto social, o sentido que traz a repressão penal e a responsabilização criminal incidente sobre o agente que merece uma reprimenda pela prática de um crime. A problemática que se instaura reside no fato de que, para alguns juristas, a imposição da pena não guarda qualquer sentido, *telos*, ou fundamentação: existe apenas como manifestação e manutenção do poder estatal. Um arbítrio que garante sua perpetuação e legitimidade, pois apenas o Estado pode lançar mão de seu braço armado, que é o Direito Penal, como um instrumento jurídico de maior invasividade na esfera jurídica do indivíduo. Teorias existem com o intuito de abolir a pena rechaçando sua efetividade, outras tendem a enrijecer a resposta penal, com a criação ou a inflação de novos tipos que castiguem o delinquente contra o impulso ao prazer experimentado com a prática delitiva. Há outras, as quais advogam pela observância das garantias processuais de um sistema acusatório. Sejam quais forem as causas defendidas, este estudo sustenta o dever de punir, como obrigação, uma ação afirmativa do Estado, decorrente do pacto e justificado por princípios da Justiça, como o princípio retributivo, em Heller, e o da retaliação, em Kelsen, que podem ser traduzidos como uma resposta ao mal do crime com o mal da sanção, atentando para o caráter de universalidade dos princípios da Justiça, os quais não são objeto de negociação. O castigo é uma consequência advinda do contrato social que tenta se afastar da passionalidade e revestir-se de critérios de racionalidade e proporcionalidade, através de um sistema principiológico que garanta a institucionalização do aparato punitivo como instrumento que visa a coibir a vingança privada e um regresso à barbárie dos suplícios e do espetáculo da pena. Mais que um direito, punir é uma obrigação, devendo ser entendida como emanção daquele que se utiliza da vingança do Tribunal para justificar sua atuação e que retribui a prática do mal com o apenamento, não se esquecendo do respeito à dignidade da pessoa do apenado, apesar da crueldade com a qual o delito possa ter sido cometido.

Palavras-chave: Dever de Punir. Justificação. Princípios da Justiça. Retribuição. Retaliação.

ABSTRACT

This paper aims to discuss the justification of the duty of punishing as an instrument of state, and the criminal system convicted to the condemned ones. For this, the mentioned principles of justice which are able to justify the legitimacy of the State through the social pact, the direction that brings the criminal prosecution and criminal liability incident on the agent deserves a reprimand by the commission of a crime. The problematic that is set up is the fact that for some lawyers, the imposition of a sentence does not have any sense, *have them*, or reasoning: there is only a manifestation and maintenance of state power. A judgment that guarantee its legitimacy and perpetuate, since only the state can "lay hands on its arm", which is the Penal Law a legal instrument of greater invasiveness on the individual legal law. There are some theories in order to abolish the penalty rejecting its effectiveness, others tend to stiffen the penal response, with the creation or the inflation of new types that punish the offender against the impulse to experienced pleasure with delinquents practice. There are others, which advocate through the observance of procedural guarantees of an accusatory system. Whatever the advocated causes will be, this study supports the duty of punishing, as an obligation, an affirmative action of the State, regarding from the pact and justified by principles of justice, like retributive principle, in Heller, and retaliation in Kelsen, which can be translated as a response to evil crime and penalty, paying attention on the principles of justice, that are not subject of negotiation. The punishment is a consequence arising from the social contract trying to get away from the passions and be covered of rationality and proportionality criteria, through a system of principles that ensure the institutionalization of the apparatus as a punitive instrument that aims to curb private revenge and a return to barbarism of torture and the spectacle of the sentence. More than a right to punish it is an obligation and should be understood as an emanation from those who use the revenge of the Court to justify his/her acting practicing the evil with the condemned one, not forgetting the dignity of this person, despite the cruelty the crime may have been committed.

Keywords: Duty to punish, Justification, Principle of Justice, Retribution, Retaliation.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O crime é um fenômeno das sociedades complexas. O conflito faz parte da natureza humana e da convivência entre as pessoas. O contrato social foi uma forma encontrada pelas comunidades para tentar viver em paz, com regras de convivência muito bem definidas. Essas regras ditariam, frente a todos, o proibido, o permitido e o obrigatório, limitando o agir das pessoas em agrupamentos. A paz social é um dos fins do Direito. Contudo, não se pode contar com a adesão espontânea de todos os interessados. Alguns serão obedientes, outros não, tendo em vista que a vida é composta pela diferença.

A limitação ao agir parece ser a maior norma do convívio social, no respeito ao outro, na alteridade, no reconhecimento do outro como um sujeito de valor, como um portador de dignidade pessoal. Entretanto, as regras são burladas. Na transgressão, o Direito, através do Estado, antecipa-se no ordenamento, dispondo consequências a condutas esperadas, mas indesejadas. Comportamentos transgressores devem ser retribuídos, através do binômio crime e castigo. Diante do delito, o Estado tem o dever de punir.

Apenar significa impor uma sanção. Pena, por sua vez, é uma consequência jurídica do delito. Castigo é uma forma de privação de algum direito fundamental, que implique sofrimento a quem é dirigido. Pesar e dor são alguns efeitos aos quais as penas se propõem. Pena é castigo, especialmente, em se tratando da pena de prisão. Um castigo necessário para os delitos de maior gravidade, o qual não deixa de demonstrar que o Estado age ao punir aquele que não se comporta conforme o Direito. Essa é a previsão legal. As normas penais guardam preceitos primários, ao descreverem a conduta típica, e um secundário, ao estabelecerem o quanto de pena o juiz poderá dosar para aquele agente.

O problema central dessa temática é: como justificar o dever de punir do Estado?

A proposta concentra-se em dois princípios da Justiça, os quais traduzem a teoria absoluta da pena: a retribuição e a retaliação, em Hans Kelsen e Agnes Heller. Retribuição é um pagamento; retaliação, uma vingança. O Estado Democrático é aquele o qual prevê direitos fundamentais, que sobrevive baseado em uma Carta Política que se legitima pelo contrato social e que encontra suporte no

princípio da legalidade. Esse Estado é capaz e legítimo para a imposição de apenamentos, sendo considerado eleito para tal.

Afasta-se do particular a tarefa primitiva de vingar-se de forma irracional e atribui-se a tarefa de castigo ao Estado, um castigar pautado pela racionalidade das leis. Quem retalia é o ente estatal, bem como exige que o particular responda pelo que cometeu. Assim como os direitos fundamentais representam uma defesa do particular contra possíveis arbítrios e excessos do Estado sobre a esfera privada, a punição é um dever fundamental do Estado. Retribuir não é uma forma irracional de tratar o criminoso e o Estado não é autoritário por praticar tal função punitiva. Não haverá ferocidade como em movimentos punitivos mais radicais, haverá o cumprimento de princípios que traduzem a legalidade dessa intervenção.

É por isso que os princípios da retribuição e da retaliação serão a base da abordagem que defende que ao Estado cabe castigar, retaliar e retribuir. A retribuição e a retaliação, para Kelsen, justificam-se pela lei do talião: o mandamento cristão do amor é uma doutrina revolucionária.

Uma retribuição possível resulta em uma forma encontrada pelo Estado para responder (retribuir) ao criminoso, quando o comportamento esperado não foi o escolhido por ele, quando o Estado se frustra na manutenção da paz social.

Heller e Kelsen trazem importantes contribuições em relação às penas. Como sinônimos de seu alcance está a retaliação, que, diante de uma leitura atenta em Kelsen, se percebe como retribuição, dotada da racionalidade do Tribunal. Na doutrina desse positivista, encontram-se passagens que ora a justificam sob a denominação de retribuição, ora de retaliação, trazendo o sentido de revanche, vingança, pagamento do mal com o mal derivado do crime. O marco teórico em Kelsen, notadamente, revela a defesa do dever de punir pelo positivismo jurídico.

Para Kelsen, a sanção está diretamente ligada à ideia de coerção contra uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica. Para Heller, punição é uma forma de vingança efetuada nos termos das normas e das regras. Novamente, tem-se a retribuição e a retaliação legitimando, dentro desses dois princípios de Justiça, a pena tal qual está posta.

Importa ressaltar, neste momento, que, a despeito do marco positivista e dessa identidade atribuída a Kelsen, o leitor mais atento poderá perceber uma evolução em seu pensamento, ao longo da cronologia das obras, que aponta para a aquisição de ideias evangélicas, comparando o Direito às aplicações das penas ao

longo dos tempos, em especial, na época mosaica. O “olho por olho” defendido por Kelsen não é aquele dotado de paixão, de ódio ou de cólera: é um talionismo estatal, longe do significado e da extensão sentida e atribuída pelo particular. Esse ponto merece destaque para a compreensão do sentido do presente texto.

Heller, uma filósofa húngara, atribui à pena uma retribuição, como um princípio de Justiça verificável, excetuando-se ou excluindo-se outros dois princípios apontados pela autora, que são a intimidação e a reforma. Esses últimos merecem uma analogia com as teorias da pena relativas e mistas, as quais serão refutadas, tendo em vista que a retribuição é a única que consegue explicar o dever de punir e justificá-lo no Estado Democrático de Direito. Ao particular não cabe retaliar (vingar-se) ou retribuir ao criminoso (atribuir uma reprimenda e responder perante o fato): o Estado detém essa prerrogativa. Na obra da referida autora está clara a ideia de retribuição no sentido de punição, justificável, tendo em vista o “débito” do agente perante a autoridade criminal.

O primeiro capítulo desta exposição terá como norte um embasamento teórico até sua culminação com as principais defesas de Heller e Kelsen a respeito da justificação do dever de punir, mesmo que tenham formações diferentes. A vingança é objeto de intercâmbio, seja na retribuição como na retaliação: sai das mãos do particular e chega ao Tribunal. Esse é o órgão que detém a capacidade de retribuir e retaliar, através do ordenamento: o mal para os maus.

O diálogo que o Direito Penal estabelece com outras ciências apenas vem a enriquecer a justificação das penas com base na retribuição e na retaliação. A retribuição possível é aquela mais próxima do que prevê o ordenamento: um pagamento, uma prestação de contas entre o juiz criminal, que a impõe e aplica, e o autor do fato. O *possível* vem ao encontro do pensamento de Kelsen sobre a Justiça: não é um juízo que contente e traga felicidade a todos, em que pese sua relativização, mas um objetivo a ser buscado, dentro do imperfeito.

Retribuir e retaliar são dois princípios de Justiça que solidificam o exercício do dever de punir do Estado, cuja história das penas merecerá uma reflexão, para que se possa cotejar como a sanção evoluiu desde o início de seu surgimento. A temática gira em torno de que a pena, notadamente a de prisão, é defensável como instrumento de vingança pública (retaliação), de contenção à liberdade mal-administrada pelo particular. Por isso, a apreciação da Filosofia do

Direito, que norteia uma investigação sobre os Princípios da Justiça, faz-se imperiosa.

A imposição da pena, a imputação de um castigo depende da liberdade: é por isso que o ser humano acaba sendo “escravo” das escolhas de seu viver. O livre-arbítrio serve para se apurar, dentro do Direito, se aquele que age ou que se omite diante de determinada situação deveria ter adotado outro comportamento e se podia compreender a extensão de seu atuar. A liberdade não deixa de ser um pressuposto para a retribuição. Kelsen não pensa em Justiça como algo absoluto. Justiça é uma qualidade de uma conduta humana específica. Felicidade para todos e contentamento geral não existem. Essa não é a realidade dos fatos como se impõe. Tal ressalva é importante para a compreensão de Kelsen acerca do justo. O presente estudo traz a visão de Heller, um conceito ético de justiça que propõe a bondade para os bons, o que é a recompensa da retribuição, desde logo, não divorciando da possibilidade de cotejo com outras abordagens que enriqueçam o estudo da liberdade, da responsabilidade do agente, no enfoque de seu comportamento.

Kelsen declara que uma norma “justa” é a válida. Isso pressupõe que a justiça está mais atrelada a uma interpretação de validade. O que é felicidade para um pode não ser para o outro. Se o crime traz satisfação para um, pode trazer intenso pesar a outro. Avaliando os danos causados pelo crime, como juízo de valor negativo, visto como um mal, a liberdade daquele que o pratica envolve a sua capacidade de responder por ele: não pelo benefício próprio atingido, mas pelos impactos e danos causados a outras pessoas, que não foram respeitadas em suas necessidades de manutenção de uma vida digna e preservada de atentados.

A relevância da abordagem não está centrada na discussão acerca de conceitos de justiça entre Heller e Kelsen. O objetivo e a problemática central, os quais justificam o porquê das reflexões expostas, é a contribuição ao estudo do Direito, notadamente do Direito Penal, aliado aos princípios de Justiça retributiva, de como se pode sustentar a legitimidade do Estado no dever de punir.

No segundo capítulo, será realizada uma reflexão histórica com a evolução e os limites do dever de punir pelo Estado, através de um enfoque criminológico. Esse direcionamento buscará as contribuições de outras áreas do saber, para o enriquecimento da compreensão do fenômeno da criminalidade e como o Estado tem respondido no decorrer dos tempos. As ideologias penais e sua

influência sobre o julgador, aquele que retribui, são objeto de apreciação, para que seja possível a verificação dos diversos pensares acerca do crime e da pena.

O fenômeno criminológico tem sido banalizado diante de inúmeros posicionamentos atécnicos, que tentam explicá-lo através de processos psicológicos de retaliação irracional, como a defesa de penas humilhantes e cruéis, que violam o princípio da dignidade pessoal. A criminologia é uma ciência do ser, enquanto o Direito, do dever-ser. Pensar na Criminologia requer uma visão para além do Direito, como uma ciência auxiliar que se ocupa em debater sobre o fenômeno da violência, a vitimologia, a sociedade, o crime e o criminoso.

Além disso, os princípios penais merecem enfoque quando da inserção inevitável da legalidade como o vetor da aplicação do Direito Penal, na demonstração de que o indivíduo saiba como se comportar (ou deixar de fazê-lo) diante das expressas previsões legais acerca das condutas puníveis. A proporcionalidade das penas consiste em outro princípio que guarda estreita relação com a retribuição, a retaliação e o exercício dos direitos fundamentais: que o Estado não pune excessiva tampouco insuficientemente, considerando-se, naturalmente, que o gozo dos direitos fundamentais será limitado em decorrência da pena.

Finalmente, os princípios da retaliação e da retribuição possível nortearão o terceiro capítulo e como interferem nas compreensões acerca dos direitos fundamentais, da dignidade pessoal, nos crimes contra a natureza, contra a mulher e os praticados em detrimento da ordem tributária, além de reflexões sobre essas novas formas de criminalidade. A pena deve respeitar a pessoa do condenado em sua dignidade. Por isso, far-se-á referência a conceitos como humilhação, ressocialização e o sentido jurídico da sanção penal, que se destina a pessoas com livre-arbítrio que afrontaram a ordem social, mas que não deixaram de ser portadoras de dignidade.

Os direitos fundamentais devem ser observados, independentemente da natureza do delito, considerando-se a racionalidade do Estado ao apenar. A limitação dos direitos fundamentais não fere o exercício da retribuição pelo Estado: o particular deve ser capaz de responder pelas escolhas que fez.

Cumprido salientar, por derradeiro, que as ciências que estudam a criminalidade retratam a importante contribuição positivista kelseniana ao estudo do Direito e não trazem qualquer intenção de se apossar da ciência jurídica: coexistem com o Direito, a título de enriquecimento do estudo do crime e do castigo, o que

implicará menções acerca de juízos de valor incidentes sobre essas práticas, em razão dessa junção com outros saberes.

Como método, a fim de justificar o dever de punir do Estado, foram escolhidos dois princípios da Justiça: retribuição e retaliação. Para se chegar até esses princípios, através de pesquisa bibliográfica crítica, foi necessário um estudo comparativo entre diversos autores que sustentam a importância dos princípios para o embasamento da doutrina e da teoria do Direito, desde sua hierarquização axiológica até a presença de conflitos. A partir de então, o objetivo da abordagem centrou-se em uma análise acerca dos princípios mais aptos à justificação do dever de punir pelo Estado, através da teoria absoluta. Objetivou-se a demonstração de que, em um comparativo entre dois autores (Hans Kelsen e Agnes Heller) e dois princípios (retaliação e retribuição), é possível viabilizar a construção teórica pretendida: a justificação do Estado, ao impor sanções penais, como um dever diante da inobservância das regras do contrato social frente à prática de um delito, retribuindo e retaliando.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As penas podem ser explicadas por diversos princípios e teorias da Justiça. Essa abordagem buscou dois, dentre tantos, para sustentar a justificação do dever de punir dentro do projeto de poder do Estado: a retribuição e a retaliação.

Kelsen e Heller trazem o mesmo sentido na articulação de suas ideias. Punição como resposta, responsabilidade, vingança. Heller trabalha com a visão de bondade e maldade, de recompensa e punição, assim como Kelsen. O jurista, com a estruturação positivista de seus discursos, nega o questionamento sobre a norma em si e confirma a incidência de juízos sobre as condutas e a realidade do crime, que impõe uma resposta do Estado.

Não foi a proposta deste estudo a ênfase aos conceitos de justiça, em ambos os autores, apenas o registro e a menção acerca de suas visões, ressaltando que, ao longo dos escritos de Kelsen, se podem perceber algumas ilações acerca desse conceito, ora admitindo a irracionalidade de sua concretização, em uma relativização da justiça (humana), que descontentará a alguém (prejudicado), ora estatuidando que se verifica na correta aplicação das normas, cuja defesa parte do pressuposto de justiça como um ideal. A Justiça compreendida nessa exposição é aquela que retribui o mal com o mal, que tem como sentido um binômio em matéria criminal: o débito e o pagamento.

Nessa linha, na investigação de princípios de Justiça que reforcem a pena como retribuição, em nenhum momento, outros enfoques foram desmerecidos, apenas afastados em sua viabilidade. As teorias da pena (relativas e mistas) podem ser traduzidas por denominados princípios da Justiça, como a intimidação e a reforma, ainda que Heller não os reconheça como verdadeiros.

Há uma interessante história em uma das obras de Heller. A autora conta que, em uma de suas idas à Itália, conversou animadamente com um senhor de meia idade, em uma pequena *trattoria* em Roma, e lhe perguntou como poderia chegar à Porta Pia. Eis que o proprietário daquele restaurante lhe respondeu que não sabia, pois nunca, em toda a sua vida, tinha saído de sua cidade: Campo dei Fiori. Quinze anos depois, a bordo de um avião, rumo à Austrália, a filósofa húngara discutia os acontecimentos políticos da atualidade com uma “vizinha de assento”, uma mulher de meia idade, que confessou ser proprietária de três apartamentos em

lugares distintos e dominar cinco idiomas. Ao que a filósofa a indagou: “onde é a sua casa”? A viajante respondeu: “onde vive meu gato”.¹

Essa pequena passagem traz uma comparação: por um lado, há um homem que nunca saiu de sua cidade natal; de outro, uma cidadã do mundo, sem o mesmo referencial que aquele homem tinha. Para uma analogia, cabe o exemplo, no sentido dos olhares que podem ser dirigidos ao mundo e a interpretação acerca dos fatos da vida e das diferentes concepções teóricas que existem.

Em relação à justificação das penas, encontram-se alguns olhares. Negar a intimidação e a reforma significa explicar a pena pelo viés da retribuição. É uma opção. Poder-se-ia explicar e justificar a pena pela intimidação, pela eficácia e pelo temor dos quais as normas se revestem. Poder-se-ia sustentar a pena como uma reforma interior do agente, para os que acreditam nessa possibilidade, assim como na sustentabilidade da ressocialização, em especial, quando se dirige ao cárcere. Há argumentos para todos os sentidos, assim como discursos e interpretações válidos e com suporte epistemológico.

Como bem sustenta a filósofa húngara, o punir dirige-se ao passado. Aquele passado em que, em Kelsen, se esperaria que fosse cumprido o mandamento do amor. O mesmo pretérito no qual se esperavam outras escolhas.

A pena é retribuição, no sentido de que o Estado responde ao criminoso como uma forma de reação frente ao delito. Pena significa, também, uma forma de retaliação, como menciona Kelsen, uma vingança do Tribunal, no sentido de que é esse órgão que aplica e impõe o Direito, quando de sua violação. A “toga” representa o saber jurídico e o discurso legal de um Estado de Direito. Retaliar significa uma represália estatal, diferente da lei do Talião em esfera privada. O talionismo é aplicado pelo Estado tendo como por embasamento o princípio da legalidade, é por isso que o Estado é de Direito. Por talionismo não se entende fúria, entende-se legalidade, proporcionalidade, pagamento, débito, revide: são expressões associadas ao significado, ao sentido de talião que fora utilizado.

Afasta-se, dessa abordagem, a viabilidade fática dos princípios da Justiça expostos por Heller (repita-se, rechaçados pela autora) de intimidação e reforma. A prevenção dos delitos existe no mundo das letras, na codificação. A prevenção geral, no sentido de valência ou de eficácia da norma e de dissuasão, existem na

¹ HELLER, Agnes. **Una revisión de la teoría de las necesidades**. Barcelona: Paidós, 1996, p. 123.

previsão legal, nos tipos penais. Um criminoso contra a ordem tributária não deixará de praticar suas condutas típicas e, assim, afastar o ganho com essa escolha, porque existe um regramento que sustenta a reprovação de sua conduta. O princípio da reforma diz como uma mudança sincera do comportamento e da mente do criminoso, frente ao cumprimento de uma pena, que o fará refletir sobre o seu agir. Pense-se na Lei Maria da Penha: um companheiro que maltrata uma mulher tem uma tendência, uma compulsão a repetição, se esse comportamento já faz parte de sua vida. E, mesmo que não faça, o Estado não tem qualquer garantia de que não se repetirá.

Cumpra, mais uma vez, ressaltar que este estudo não defende a efetividade da ressocialização, ainda que seja uma proposta da legislação com a aplicação das penas e que não se coadune com a retribuição, senão com a prevenção geral positiva (teoria relativa).

Punir é mais que um direito. A dogmática traz o significado da punição como poder de punir, *jus puniendi*, direito de punir, quando, na realidade, a pena é o que se espera do Estado, quando o pacto for violado. Pena e transgressão são um binômio que guarda coerência. Apenar representa uma consequência direta de uma violação. Apresentou-se o ensinamento do jurista alemão Binding, quando trata a conduta criminosa como adequação típica. A proibição da norma não é explícita, mas existe, pois o Estado não pode punir o que não está claramente determinado como crime, em razão de uma série de princípios, como o *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Então, segundo a legalidade, o agente sabe como se comportar. As regras são claras nesse aspecto.

O Direito dita o que é lícito e ilícito. A lei é um comando que prescreve o permitido, o proibido e o obrigatório para uma convivência tolerável em sociedade. Justiça absoluta é a divina, assim como não se pode exigir do cidadão o mandamento do amor frente ao crime. Dentro do positivismo de Kelsen, o justo (na medida do possível e, por isso, traduz-se por uma retribuição possível) pode ser traduzido pela Justiça retributiva, que, aliás, em sua obra, em diversas passagens, trata como retaliação. Kelsen defende o talionismo estatal. O positivismo de Kelsen não nega ou destrói a existência da Justiça, ele a relativiza. O talionismo do Estado é racional. A democracia do Estado garante que a Lei Maior que elenca os direitos fundamentais, como direitos de defesa do particular, frente ao Estado, e de contenção do excesso punitivo, pela proporcionalidade, deve ser observada em

qualquer justificação racional, bem como na aplicação da pena por aquele que retribui.

O Estado, ao retaliar, não pode ser equiparado a um carrasco vingador, inquisidor. Kelsen trata bem dessa questão quando cita passagens da lei mosaica: a retaliação do Estado vem para que o particular “pague” por seu débito (expressão utilizada por Heller). Esse pagamento se faz em virtude do que o Direito dita como ilícito. A proteção do particular é a descrição do comportamento indesejado, expresso na codificação.

A pena de prisão não tem qualquer condão de reparação ou compensação. Pena é castigo. Nesse aspecto, não se pode coadunar com a reparação, no que diz respeito ao cárcere, aos delitos ambientais, aos crimes contra a mulher etc. Castigar significa impor sofrimento e dor a quem o causou, anteriormente, a alguém (ou à natureza, ou ao fisco). O cárcere não possibilita, como se impõe na atualidade, a ressocialização, a restauração de um bem jurídico violado. Esse bem não voltará ao seu estado original, porque o agente está sendo apenado e segregado em sua liberdade. Não se trabalhou, nesta abordagem, na defesa da pena como restauração, ainda que Heller defenda, em seus textos, que a pena deva reparar o dano causado. Prova da impossibilidade de reparação são os impactos ambientais causados pela extinção de espécies. Nesse caso, não há que se cogitar a restauração do meio ambiente.

A retribuição possível assenta-se nas limitações da realização de uma Justiça ideal, que contente a todos. Pena não é instrumento de felicidade, é uma forma de sofrimento como uma reação a um dano causado a um terceiro. A Justiça Retributiva é visivelmente diferente da Restaurativa: não visa a arrependimento e acordo, visa a impor uma sanção, assim como a lei a determina.

Interessante que Heller trabalha com a prática do crime como autopunição, e Kelsen, com a imputação que garante a liberdade, ao mesmo tempo em que a sanção é uma consequência de um passado, de um ilícito anteriormente cometido. Autopunição é uma visão mais psicológica, não tratada no positivismo jurídico e que pode ser explicada pela escola criminológica psicanalítica como a necessidade que o ser humano tem, ainda que inconsciente, de ser punido sobre as más escolhas de seu viver.

A Justiça retributiva é um ponto importante de convergência no pensamento de Kelsen e de Heller. Para ambos, justiça é a aplicação das normas a

todos aos quais se dirige no grupo social. Essa visão positivista do Direito agrega às normas e às regras a “responsabilidade” de conferir justiça diante da pena (o mais próximo do que se entende, pela proporcionalidade e pelos demais princípios penais que a nomeiam), como consequência ao descumprimento do que está posto. Essa é uma justiça possível, além de uma retribuição possível, erigida sob essa aplicação. Heller não defende a religiosidade, como Kelsen, ao estabelecer analogias entre a pena retributiva e as sanções dos povos antigos, porém admite que justo é o que advém da lei penal, de acordo com um sistema de recompensa e penitência. Não aquela penitência perante Deus, mas diante do Estado.

A dignidade pessoal é um pilar, um valor e um princípio constitucional e inerente a todas as pessoas, inclusive aos animais, que sofrem em decorrência crimes contra a natureza, contra seu habitat e suas formas de existência. Tratamento indigno significa expor o outro à humilhação, a maus tratos, a penas cruéis, degradantes, à tortura para a obtenção de confissões, aquela da Escola Clássica em Beccaria. Por mais que haja uma dificuldade em se precisar o conceito de dignidade, assim como uma definição mais próxima e possível de Justiça, nenhum ser humano, por maior que seja a retribuição do Estado, no sentido de *quantum* de pena, deve ser tratado de forma humilhante. Esse imperativo é motivo de choque ideológico entre as teorias que se posicionam na defesa da vítima não respeitada em sua dignidade e na tutela do mais débil (delinquente).

Ressocialização não é um efeito da pena, por mais que possa ser um dos objetivos propostos. Quando se retribui, a educação não é o viés da pena. Retribuir e retaliar não se prestam a “salvar” alguém por suas escolhas. Salvação é um conceito ligado ao divino.

Tanto para Heller quanto para Kelsen, pune-se não para evitar o mal, porém, para responder a ele com seu equivalente, percebido, visivelmente, por critérios de tempo e espaço. Em razão disso, a repreensão estatal é a retribuição e a retaliação.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S942p Suecker, Betina Heike Krause
Princípios para a justificação do dever de punir (privação
da liberdade) no estado democrático de direito: a
retribuição possível / Betina Heike Krause Suecker. – Porto
Alegre, 2010.
198 f.

Tese (Doutorado) – Faculdade Direito, Pós - Graduação em
Direito, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Thadeu Weber.

1. Direito Penal. 2. Sistemas Jurídicos. 3. Dever de Punir
(Direito). 4. Justiça (Direito). I. Weber, Thadeu. II.Título.

CDD 341.5

Bibliotecária Responsável
Ginamara Lima Jacques Pinto
CRB 10/1204