

© ***Direito e Linguagem*** nº 1, vol. 3. Ordinário (2024), pp. 59-80
·ISSN – 3020-898X ·DOI - 10.5281/zenodo.14506797

Punição e indenização

Punishment and Compensation

George P. Fletcher^{1 2}

Columbia University Law School

Sumário: 1. Introdução; 2. Perspectivas extrínsecas e intrínsecas; 3. A perspectiva intrínseca é necessária?; 4. Aspectos filosóficos da punição e da indenização; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

Resumo: O artigo analisa as conexões conceituais entre punição e indenização, destacando suas diferenças e semelhanças no contexto jurídico. George P. Fletcher argumenta que ambos os conceitos possuem dimensões extrínsecas e intrínsecas. A perspectiva extrínseca foca nos efeitos das sanções, como a dissuasão e a mudança de comportamento, enquanto a intrínseca analisa a adequação da sanção ao ato ilícito ou ao dano causado. Fletcher critica a abordagem econômica da jurisprudência por ignorar a dimensão intrínseca, enfatizando a necessidade de justiça corretiva para garantir a reparação moral e material às vítimas. Além disso, o autor confronta teorias utilitaristas e deontológicas, propondo uma visão integrada que considera tanto os resultados sociais quanto a equidade intrínseca. O artigo desafia abordagens tradicionais, propondo

¹ Columbia University Law School, Cardozo Professor of Jurisprudence desde 1994.

² Traduzido por *Samuel Ebel Braga Ramos*. Doutor em Direito pela UFPR. Advogado em Curitiba/PR. E-mail: samuel@sebr.adv.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8687113410420623>

uma análise conceitual como base para compreender melhor a estrutura normativa da punição e da indenização em sistemas jurídicos contemporâneos.

Palavras-Chave: Punição. Indenização. Dissuasão. Justiça.

Abstract: The article analyzes the conceptual connections between punishment and compensation, highlighting their differences and similarities within the legal context. George P. Fletcher argues that both concepts possess extrinsic and intrinsic dimensions. The extrinsic perspective focuses on the effects of sanctions, such as deterrence and behavioral change, while the intrinsic perspective examines the proportionality of the sanction to the wrongful act or damage caused. Fletcher critiques the economic approach in jurisprudence for neglecting the intrinsic dimension, emphasizing the need for corrective justice to ensure moral and material reparation for victims. Furthermore, the author confronts utilitarian and deontological theories, proposing an integrated view that considers both social outcomes and intrinsic fairness. The article challenges traditional approaches, advocating for a conceptual analysis as a foundation for better understanding the normative structure of punishment and compensation in contemporary legal systems.

Keywords: Punishment. Compensation. Deterrence. Justice.

1. INTRODUÇÃO

Quando romancistas e filósofos se voltam para o trabalho dos advogados, eles tendem a se concentrar em determinadas questões e ignorar outras. Dois processos – a *punição* e a *indenização* - estão no centro de nosso sistema jurídico, mas somente o formato tem atraído a

atenção de mentes literárias e filosóficas.

As questões de delito, culpa e expiação são de fascínio infinito não apenas para Dostoiévski e Duerrenmatt, mas para qualquer escritor que busque compreender os fundamentos de nossa vida moral. Para os filósofos, o conceito de punição se tornou um campo de provas do conflito ainda mais amplo entre as teorias morais deontológicas e utilitárias. Os deontologistas sustentam que punir o crime é correto e justo em si mesmo. Os utilitaristas insistem que o bem da punição dos criminosos depende da consequência benéfica da dissuasão e da incapacitação. Também para advogados, o conceito de punição ocupa o centro do palco como padrão para distinguir os processos criminais das ações civis. Quando uma sanção constitui punição, o Estado deve fornecer as estruturas processuais de um julgamento criminal.

Os tribunais enfrentam a questão de saber se determinadas sanções, como deportação e multas punitivas, constituem o tipo de punição característico de julgamentos criminais.

A noção igualmente importante de indenização não desfruta de nenhum desses aspectos. Os filósofos não investigam o significado da indenização enquanto escrevem incessantemente sobre a natureza da punição. Como advogados, falamos diariamente sobre indenizar as vítimas de acidentes e de programas governamentais, mas a questão se os fundos transferidos constituem uma indenização de outra coisa raramente nos preocupa. O fato de ignorarmos a natureza da indenização não deve nos confundir. A indenização dos danos por meio de indenização compulsória não tem o apelo dramático do crime e da punição. No entanto, as distinções entre as instituições de transferência de riqueza são importantes, tanto do ponto de vista moral quanto político. Os critérios para a classificação da indenização do bem-estar e da tributação redistributiva merecem nossa atenção. Esses critérios trazem à

tona características críticas e não discutidas de nossas instituições jurídicas.

Se a punição ocupa a interseção entre as teorias morais deontológicas e utilitárias, a indenização pode reivindicar a mesma distinção. Exigimos que os autores de delitos indenizem suas vítimas porque elas merecem uma indenização monetária por seus danos ou, alternativamente, por que desejamos estimular mudanças no comportamento que gera acidentes? As teorias deontológicas insistem que a indenização pelos danos causados é correta e um fim em si mesma. As teorias utilitaristas sustentam que a indenização das vítimas faz sentido apenas como um meio de promover objetivos sociais, como reduzir os custos dos acidentes e incentivar comportamentos socialmente úteis. Uma análise adequada da indenização não exige que nos comprometemos, como uma questão moral, seja em uma teoria utilitarista ou deontológica. Neste artigo, oferecerei uma descrição conceitual da indenização, que acaba por incluir os elementos de uma teoria deontológica. O método de investigação se assemelha ao trabalho filosófico sobre o conceito de punição. O resultado da investigação está em conformidade, estruturalmente, com os pontos de vista que enfatizam o componente retributivo intrínseco das sanções propriamente chamadas de punição. A pergunta que guia nossa investigação, então, não é “Qual é o propósito da indenização?”, mas sim “Qual é a natureza da indenização”? Essa pergunta convida a uma análise conceitual da indenização em vez de uma escolha moral explícita entre teorias morais utilitaristas e deontológicas.

2. PERSPECTIVAS EXTRÍNSECAS E INTRÍNSECAS

De início, gostaria de introduzir uma distinção terminológica que

me ajudará a fazer referência a várias teorias das indenizações e punição. O aspecto extrínseco da punição e da indenização compulsória se refere ao impacto da sanção sobre o comportamento futuro, seja do réu ou de outras pessoas. O aspecto intrínseco é inerente à relação entre a sanção e o ato ilícito ou prejudicial pelo qual a sanção é imposta. Esse aspecto tanto da punição quanto da indenização se expressa em questionamentos sobre se a sanção é adequada ou apropriada. A questão intrínseca da punição é se ela responde de forma justa ao ato ilícito do ator. A preocupação análoga sobre a indenização é se ela serve para retificar o dano sofrido pela vítima. Observe que essas duas questões intrínsecas trazem indícios de magia no processo legal. A punição elimina magicamente o erro; ela permite que o criminoso pague sua dívida com a sociedade. A indenização, da mesma forma, elimina o dano causado à vítima; o mero pagamento de dinheiro faz o tempo voltar e coloca a vítima na posição em que ela estaria se o dano não tivesse ocorrido.

Essa mágica intrínseca leva alguns observadores a duvidar se o trocadilho ou o pagamento ou a indenização faz sentido de qualquer forma, exceto por seu potencial intrínseco impacto sobre o comportamento futuro. Essas sanções presumivelmente têm um impacto externo, enquanto o componente intrínseco e mágico permanece em dúvida. A concretude da perspectiva extrínseca tende a apoiar as teorias utilitaristas, tanto de punição quanto de indenização. Essas teorias consideram a perspectiva extrínseca como a única consideração relevante.

Concentrar-se exclusivamente no aspecto extrínseco da punição e da indenização pode evitar certos argumentos brandos sobre a retificação dos erros do passado, mas somente às custas de alegações imprecisas e não comprováveis de impacto social. Ninguém ainda descobriu uma maneira de determinar o impacto dissuasivo relativo de um

único incidente de punição ou da exigência de indenização. De forma ainda mais crítica, o ponto de vista extrínseco obscurece distinções importantes entre sanções paralelas que podem ter o mesmo impacto social hipotético. Do ponto de vista extrínseco, há uma dificuldade considerável em distinguir entre punição e compromisso civil. No campo da indenização, a mesma perspectiva extrínseca ofusca os contornos da indenização tanto do ponto de vista do réu quanto do autor da ação. Se o impacto é tudo o que importa, então o pagamento de uma indenização pelo réu e o pagamento de uma multa parecem ser de igual importância. Se receber dinheiro é tudo o que importa, então o fato de a autora receber uma indenização dificilmente difere em natureza do fato de ela receber pagamentos de incentivo, auxílio ou bem-estar. A questão subjacente é se devemos incluir essas distinções em qualquer relato ou modelo que gerarmos de nossos processos jurídicos. Argumentarei que qualquer teoria do direito que ignore esse lado intrínseco, seja da punição ou da indenização, não consegue captar nossa realidade jurídica.

Embora ninguém, até onde eu saiba, tenha oferecido uma teoria de indenização paralela às elegantes teorias de punição, vários autores influentes assumiram posições implícitas sobre a natureza e a relevância da indenização. De fato, duas das escolas mais importantes da jurisprudência contemporânea se baseiam em posições implícitas sobre a natureza e o papel da indenização. Na escola de jurisprudência econômica, tipificada pelo trabalho de Calabresi e Posner, a indenização acaba sendo relevante. Na literatura filosófica oposta, caracterizada pelo trabalho de Robert Nozick, a distinção entre indenização e recompensa prova ser uma premissa crítica de uma teoria política libertária. A fim de obter alguma perspectiva sobre o conceito de indenização, devemos nos aprofundar para considerar essas visões divergentes sobre a relevância da perspectiva intrínseca e do conceito de indenização.

3. A PERSPECTIVA INTRÍNSECA É NECESSÁRIA?

Conforme Calabresi e Posner abordam a lei de responsabilidade civil, a investigação relevante consiste no impacto externo das sanções monetárias, nunca no exame do aspecto intrínseco da indenização. Forçar um réu a pagar em dinheiro pode estimular os tomadores de risco com situação semelhante a investir mais em segurança ou a ser mais cuidadosos no futuro, mas é irrelevante que, no caso específico, a indenização flua do réu para a vítima. O dinheiro poderia, também, ter sido pago como multa ao Estado.

Se a eficiência econômica fosse a única preocupação do sistema de responsabilidade civil, essa conclusão seria plausível. A transferência de ativos de uma parte para a outra não tem significado econômico. É claro que a realocação de riqueza apresenta questões distributivas, mas os economistas admitem que, em seus objetivos profissionais, eles não sabem nada sobre justiça distributiva ou sobre qualquer outra forma de justiça. Assim, a abordagem econômica do direito civil suprime a questão intrínseca de se a indenização por danos corrige a perda sofrida.

Um sistema de pensamento absurdo surgiu ao analisar se o governo deve pagar uma indenização às pessoas cuja propriedade é supostamente tomada no curso da regulamentação e de outras ações governamentais. A quinta emenda exige uma indenização justa àqueles cuja propriedade é tomada, direta ou indiretamente, para o bem público, mas à medida que Michelman e Ackerman desenvolvem suas versões de jurisprudência econômica, a obrigação de compensar deve depender exclusivamente do fato de que comprar aqueles que entram com ações judiciais é a maneira socialmente menos custosa de resolver o conflito.

O custo social de indenizar ou não indenizar inclui os custos administrativos do processamento das reivindicações e os possíveis

custos de desmoralização para aqueles que não são indenizados. Mas os custos sociais não incluem a despesa de transferência de ativos do governo para o indivíduo. Novamente, do ponto de vista econômico, a mera redistribuição da riqueza não representa um custo social. Mais uma vez, observamos que a jurisprudência econômica ignora sistematicamente o aspecto intrínseco da indenização.

Se a jurisprudência econômica ignora o aspecto compensatório dos pagamentos obrigatórios, a escola oposta considera o aspecto intrínseco da indenização como um conceito central para determinar as funções de um estado justo. Para entender esse ponto, devemos nos voltar para as teorias de Rawls e Nozick.

No mundo maravilhosamente simplificado da economia aplicada ao direito, todas as questões jurídicas se dividem em duas categorias: eficiência econômica e distribuição de riqueza. Essa bifurcação ignora a distinção fundamental entre justiça corretiva e distributiva. A justiça corretiva exige a transferência de ativos para corrigir algum dano pelo qual a parte pagadora é devidamente responsabilizada.

A justiça distributiva, por outro lado, determina a distribuição de bens para estabelecer o ponto de partida para a cooperação social voluntária. Na monumental obra de Rawls, a preocupação central é a justiça distributiva, e não a corretiva. A premissa básica de Rawls é que todos os desvios da distribuição igualitária de riqueza devem ser justificados. Ele ignora a questão da justiça corretiva, pois essas questões não surgem ao estabelecer a estrutura para a cooperação social, mas apenas para corrigir distúrbios concretos que ocorrem no curso da vida social.

No entanto, na poderosa réplica de Nozick a Rawls, o conceito de justiça corretiva torna-se o fio de prumo para estabelecer um patamar de relações justas e voluntárias, livres de coerção injusta. Para Nozick,

tributar os ativos legitimamente detidos pelo rico equivale a uma violação do direito natural de propriedade. Em contrapartida, exigir uma indenização por um dano causado é uma forma aceitável de coerção. A indenização simplesmente corrige um dano pelo qual a parte pagadora é justamente considerada responsável. Embora seja coercitiva, a indenização exigida não viola os direitos naturais de ninguém. Na verdade, a não exigência de indenização, quando justamente devida, representaria uma violação do direito da vítima à reparação de seus danos.

Na estrutura do argumento de Nozick, a distinção entre justiça corretiva e distributiva, entre indenização e redistribuição, é mais proeminente no desenvolvimento de um modelo de processos voluntários e justos que levaria a um estado mínimo, o *Night Watchman*³. O desafio para os libertários é desenvolver um modelo de Estado que não implique nem a perda injusta da liberdade nem a redistribuição da riqueza.

O obstáculo para um estado puramente voluntário seria, obviamente, os cidadãos que preferissem não se juntar ao estado central e, em vez disso, administrar seus próprios tribunais e aplicar suas próprias sentenças. De acordo com Nozick, forçar esses independentes a abrir

³ Nota do tradutor: Um *estado de vigia noturno*, também denominado Estado mínimo ou minarquia, é um modelo de governo com funções limitadas, baseado em princípios libertários. Seus defensores, conhecidos como minarquistas, sustentam que a principal função do Estado é garantir o respeito ao princípio da não agressão. Nesse sentido, o Estado deve se restringir a prover serviços essenciais como defesa militar, segurança pública e um sistema judiciário, com o objetivo de proteger os cidadãos contra agressões, roubos, violações contratuais, fraudes e garantir o cumprimento das leis de propriedade. Essa concepção é amplamente defendida por libertários de direita, particularmente nos Estados Unidos, em que está associada às filosofias políticas libertária e objetivista. Em outros contextos internacionais, o minarquismo também é promovido por socialistas libertários não anarquistas e libertários de esquerda. O conceito foi amplamente discutido e popularizado pelo filósofo Robert Nozick em sua obra *“Anarquia, Estado e Utopia”* de 1974. O Reino Unido do século XIX é frequentemente citado como um exemplo histórico dessa forma de governo, tendo sido descrito pelo historiador Charles Townshend como um modelo emblemático de estado mínimo.

mão de seus tribunais e de sua polícia privada seria uma intrusão em seus direitos naturais. E se eles fossem coercitivamente absorvidos pelo estado, o estado teria que conceder a eles sua proteção de manutenção da paz e seus serviços de resolução de disputas. As pessoas involuntariamente sujeitas ao monopólio da força do Estado presumivelmente não pagariam pelo acesso aos tribunais do Estado. Mas se elas não pagassem, a implicação seria que outros cidadãos voluntários teriam que pagar uma sobretaxa para apoiar os serviços oferecidos aos membros involuntários. Nozick conclui que essa sobretaxa representaria uma redistribuição de riqueza. Os membros voluntários estariam, de fato, subsidiando os membros involuntários. Um estado baseado no princípio do subsídio seria manchado pela redistribuição injusta de riqueza.

Para superar esses dois impedimentos a um estado justo e mínimo, Nozick toma emprestados os princípios de indenização e proibição da tradição da lei comum. O argumento para proibir tribunais e polícia independentes é que esses tribunais independentes exporiam os cidadãos voluntários do estado emergente a riscos excessivos de julgamentos arbitrários. Como algumas atividades perigosas são proibidas como incômodos, um estado emergente poderia legitimamente proibir tribunais e polícias independentes que não são conhecidos por serem confiáveis e justos permanece o problema de caracterizar os serviços gratuitos para membros involuntários de modo a evitar a mácula da redistribuição.

O argumento de Nozick é que, como os indivíduos são privados de seu direito natural de fazer valer suas próprias reivindicações, os serviços gratuitos do Estado devem ser vistos como uma forma de indenização. Nozick faz uma analogia entre epiléticos proibidos de dirigir e independentes proibidos de administrar seus próprios tribunais. Ambas as proibições são baseadas no medo de que o exercício de um direito

básico coloque outras pessoas em perigo excessivo. Nozick argumenta que os epiléticos devem ser compensados por serem privados do direito de dirigir e, portanto, por extensão do mesmo princípio, os independentes têm direito a uma indenização por terem sido privados de seus tribunais. A indenização consiste nos serviços gratuitos oferecidos pelo Estado. O argumento de Nozick precisa ser reforçado em vários pontos. Meu objetivo ao expor esse argumento não é endossar sua conclusão de que um estado pode evoluir sem a redistribuição da riqueza, mas para demonstrar a importância de distinguir entre redistribuição e indenização no desenvolvimento de uma teoria política.

É justo dizer que os autores que mencionei moldam o debate básico em nossas faculdades de direito atualmente. A escola de jurisprudência econômica ignora o aspecto intrínseco da indenização, pois, como suas premissas implicam, uma mudança na riqueza não tem significado econômico. Por outro lado, os teóricos que defendem a distinção entre justiça corretiva e distributiva tendem a considerar a indenização coercitiva como imune às preocupações libertárias tradicionais. É imperativo que tomemos uma posição em relação a esse conflito. As questões são substanciais e metodológicas. O que está em jogo é a maneira como pensamos sobre nossas instituições jurídicas. E a forma como pensamos tem implicações de longo alcance para o que consideramos como usos aceitáveis do poder legal.

4. ASPECTOS FILOSÓFICOS DA PUNIÇÃO E DA INDENIZAÇÃO

Como podemos determinar se a perspectiva intrínseca é necessária para um relato adequado da indenização? Sugiro que sigamos o exemplo da literatura filosófica sobre punição e tentemos aplicar seus ensinamentos ao conceito relacionado de indenização. As duas noções,

afinal, estão intimamente relacionadas. Sob a perspectiva extrínseca, ambas funcionam como sanções impostas contra pessoas que, em termos gerais, causam danos ou colocam outros em perigo. Da perspectiva intrínseca, a punição busca retificar o desequilíbrio público gerado pelo ato ilícito do réu, enquanto a indenização compulsória busca retificar o desequilíbrio privado gerado pelo fato de o réu causar danos. O problema em ambos os contextos consiste em refinar essa descrição geral dos dois remédios.

Na literatura filosófica sobre punição, duas questões recorrentes se apresentam. A primeira se concentra na relação necessária entre a pessoa que pune e o infrator; a segunda, nas razões para exigir que o infrator sofra. Vamos analisar essas duas questões, primeiro com relação à punição e, depois, por extensão, ao processo de exigir indenização.

Suponha que alguém tenha feito algo moralmente errado. Queremos fazer algo a respeito. Se agirmos contra um malfeitor, o sofrimento que prevemos nem sempre equivale, conceitualmente, a uma punição. Para um exemplo de autoajuda que não equivale a punição, pense no boicote proposto contra a *Nestlé Corporation* por comercializar sua fórmula infantil em países subdesenvolvidos.

Muitas pessoas argumentaram que o fato de a *Nestlé* expandir seu mercado dessa forma constitui um erro moral. O efeito é induzir as mulheres pobres dos países subdesenvolvidos a gastar seus recursos com fórmulas em vez de nutrir seus filhos com seu leite natural. Se o boicote for bem-sucedido, ele infligirá inquestionavelmente danos econômicos à *Nestlé Corporation*. Do ponto de vista externo, esse dano parece muito com uma punição. O efeito da perda de lucros sobre a *Nestlé Corporation* se assemelharia à imposição de uma multa pelo governo por um ato ilícito. No entanto, independentemente de seu poder econômico, as pessoas físicas que realizam um boicote não podem, na natureza das

coisas, punir a *Nestlé Corporation*.

Da mesma forma, o boicote dos Estados Unidos aos Jogos Olímpicos não poderia, de fato, equivaler a uma punição à União Soviética por invadir o Afeganistão. O motivo pelo qual esses boicotes não equivalem a uma punição é que a pessoa que busca punir é igual ao suposto infrator. Os iguais não podem punir uns aos outros. A punição pressupõe uma autoridade superior que julga a conduta do outro como errada. Deus pode punir o homem; o Estado pode punir seus cidadãos; os pais podem punir seus filhos. Esse ponto sobre autoridade é um ponto conceitual. É uma afirmação sobre a natureza da punição, não uma tese normativa sobre como devemos interpretar o conceito.

O conceito de indenização se presta a uma ficção conceitual análoga. Se alguém sofreu ferimentos em um acidente ou desastre natural, qualquer pessoa pode oferecer assistência para ajudar a reduzir o sofrimento da vítima, mas nem todos que oferecem dinheiro ou outras formas de riqueza estão em posição de compensar a parte ferida. Suponhamos que um incêndio atinja uma aldeia navajo e que encontremos dinheiro para ajudar aliviar o sofrimento da vítima.

Podemos ajudar as vítimas com nossos fundos, mas, por uma questão conceitual, não as compensamos. Se um incendiário tivesse provocado o incêndio e, se fosse obrigada a pagar pelos danos, no entanto, seus pagamentos constituiriam uma indenização. Essa distinção sutil convida a outras. Suponhamos que os aldeões tenham seguro de vida e recebam os recursos de suas apólices. Em geral, não nos referiríamos aos fundos pagos pela companhia de seguros como indenização.

Por que não? Afirmo que essas variações do problema se enquadram em um padrão descrito por uma relação necessária entre a parte pagadora e o evento prejudicial. A parte pagadora deve ter alguma

responsabilidade pelo dano causado. Se oferecermos alívio aos aldeões, o faremos sem qualquer sugestão de responsabilidade pelo incêndio. Ele se aplica à seguradora de incêndio, que simplesmente age para cumprir sua obrigação contratual. Mas o incendiário obviamente está em uma relação de responsabilidade e, portanto, seu pagamento constitui uma indenização.

As alternativas conceituais à indenização assumem diversas formas. Podemos chamar os fundos que oferecemos aos aldeões de “caridade”, ou se o governo fornecesse os fundos, “assistência” seria o termo correto. Os recursos pagos pela companhia de seguros não seriam nem indenização nem assistência, nem bem-estar nem caridade.

A característica distintiva da transação de seguro é o fato de as partes seguradas direito de receber os recursos de suas apólices. Observe que a maioria dos casos de pagamento obrigatório constitui indenização, mas o exemplo do seguro contra incêndio é uma exceção. Nesse caso, o direito contratual do segurado retira o pagamento das categorias de assistência social e auxílio, mas o fato de a empresa não ter uma relação responsável com o incêndio impede que descrevamos o pagamento como indenização.

Na segunda perspectiva, que derivamos da literatura filosófica sobre punição, nos concentramos no motivo da ação judicial ou administrativa. Uma série de sanções atende a todos os critérios externos de punição. *Impeachment*, deportação, expulsão da Ordem - todas elas, nas palavras de H.L.A. Hart, “envolvem dor ou outras consequências normalmente consideradas desagradáveis”. Todos eles ocorrem na relação de autoridade exigida e todos eles atendem às condições necessárias e suficientes de Hart para a punição. No entanto, sabemos intuitivamente que nenhuma delas constitui punição.

Considere o *impeachment* e a condenação de oficiais civis dos

Estados Unidos. Essa sanção é imposta por altos crimes e contravenções e, no entanto, a remoção do cargo não constitui punição por esses crimes. Se isso acontecesse, esperaríamos que a cláusula de dupla penalização impedisse o processo criminal subsequente do funcionário afastado. No entanto, a cláusula da dupla incriminação não se aplica. Se o *impeachment* representasse uma forma de pagar a dívida com a sociedade, poderíamos esperar que o poder de perdão do Presidente se aplicasse ao crime relevante e, assim, eliminasse a dívida que precisa ser paga. No entanto, por exceção expressa na Constituição, o poder de perdão não se aplica a *impeachments*. Como explicar que uma sanção possa beirar a punição e, ainda assim, ficar aquém dela? A explicação, acredito, está no motivo do *impeachment* e da destituição do cargo.

O objetivo desse remédio não é anular o erro, mas proteger o público removendo o funcionário público infrator. O significado do crime grave ou da contravenção é que ele fornece evidências de falta de confiabilidade e confiabilidade no cargo.

Pode ser que o estigma do *impeachment* seja maior do que o da revogação por eleição popular, mas o peso da sanção recai sobre a proteção social em vez da retribuição por atos ilícitos. Como medida de separação e proteção, o impeachment não se qualifica como punição. A mesma análise explica por que, legal e filosoficamente, a deportação e a expulsão do cargo estão fora do alcance da punição e, portanto, podem ser impostas sem todas as proteções processuais de um julgamento criminal.

Ao me referir a esse conjunto de questões como o motivo da sanção, não quero dizer que os juízes individuais necessariamente têm um motivo específico em mente quando impõem uma sentença. Em vez disso, o motivo deve ser inferido a partir dos atributos da sanção, tanto da forma como foram concebidos quanto da forma como se cristalizaram na

prática. A qualidade do *impeachment* e da deportação se torna evidente em comparação com uma sanção relacionada, a expatriação, que a Suprema Corte trata como punição. A expatriação por delito é submetida ao tipo de escrutínio normalmente reservado para sanções criminais.

A deportação e a expatriação são importantes. A dor e a privação implícitas na deportação são incidentais ao objetivo de separar um estrangeiro infrator do país, a separação compulsória cumpre seu objetivo de proteger a sociedade. A expatriação, por outro lado, não realiza nada, exceto a desgraça do cidadão desonrado. O cidadão expatriado permanece em casa; se ele for perigoso, continuará sendo perigoso mesmo como estrangeiro residente. Se houver algum benefício social decorrente da expatriação, será apenas como resultado do mecanismo adicional de exemplo e dissuasão. Se outras pessoas testemunharem a desonra de um cidadão, é possível que se abstenham de cometer o mesmo crime.

A tese emergente é que, se uma sanção protege automaticamente a sociedade ao remover alguém de uma posição em que ele nos coloca em perigo, então a sanção tem um componente não punitivo. Se, ao contrário, a sanção funciona principalmente para desonrar e estigmatizar o infrator, então estamos inclinados a ver a sanção como punição. *Impeachment*, deportação e expulsão da Ordem dos Advogados se enquadram na categoria de sanções que, em sua própria imposição, atingem um objetivo socialmente desejável de separar o infrator de uma função ou de um local onde ele possa ser perigoso. A expatriação se assemelha mais ao *jogging*, à pena capital e ao confinamento penitencial. Essas são sanções criadas para desonrar e estigmatizar o infrator e, por meio desse ato de rotulagem, talvez reformar o infrator e incentivar outros a se absterem de comportamentos semelhantes.

A dificuldade dessa análise, devo observar, é que ela não

consegue, à primeira vista, explicar por que consideramos a prisão como uma forma de punição. Na medida em que o confinamento na prisão serve apenas para separar os infratores perigosos da sociedade, a prisão funciona de forma muito semelhante à deportação por um período específico. Talvez o efeito estigmatizante da prisão seja suficiente para explicar por que essa forma de separação difere dos casos que consideramos não punitivos. Alternativamente, o confinamento pode ser uma forma especial de separação, muito mais intrusiva à liberdade do que simplesmente remover alguém de um cargo ou de uma sociedade específica. Embora eu ache que minha descrição geral da punição esteja correta, concordo que o caso central da prisão pode exigir uma análise distinta.

Meu objetivo aqui é ilustrar um método de análise que, em minha opinião, traz lições importantes para a compreensão da estrutura de indenização na lei. Lembre-se da confiança de Nozick na distinção entre indenização e redistribuição. Como decidimos se um determinado pagamento constitui um ou outro?

Não é suficiente apontar para um incidente anterior de causar como o estímulo para o pagamento exigido. Temos que colocar a questão adicional pergunta: o que o pagamento faz! A analogia com os mecanismos de separação se desfaz nesse ponto, pois não há uma maneira fácil de inspecionar um pagamento monetário para determinar o que ele realiza. Temos que refletir sobre os critérios para avaliar o valor do pagamento. Será que olhamos para a riqueza relativa dos piratas ao avaliar os danos? Se o fizermos, dificilmente poderemos negar a sugestão de que o pagamento efetua uma redistribuição de riqueza.

Por outro lado, se limitarmos nosso foco à transação que causa o dano, o pagamento funciona mais como uma medida de indenização. Será que aplicamos o princípio de que o réu deve aceitar a vítima como a

encontra? Em caso afirmativo, novamente parece que o motivo da sanção é corrigir os efeitos do dano na vítima específica. As medidas redistributivas não consideram a vítima em sua particularidade concreta; em vez disso, elas tratam a vítima como um membro da classe de pessoas que merecem uma parcela maior da riqueza da sociedade.

Assim, se considerarmos a idade e a capacidade de ganho da vítima em particular, estruturamos o pagamento obrigatório para destacar o efeito compensatório.

Em nossos sistemas de exigência de indenização às vítimas de atos ilícitos e de tomadas governamentais, não permitimos provas da riqueza relativa das partes. Em vez disso, exigimos, especialmente no sistema de responsabilidade civil, que o réu aceite a vítima como ela a encontra. Isso sugere que a função dos pagamentos de responsabilidade civil é indenizar e não redistribuir a riqueza. É claro que poderíamos mudar o sistema para que ele operasse de forma diferente, mas meu objetivo aqui é analisar os requisitos de um modelo que explicaria nossas práticas. Argumentos revolucionários são reservados para aqueles que podem nos convencer, por uma questão de princípio, de que o que estamos fazendo agora está errado.

5. CONCLUSÃO

Se eu tiver oferecido uma descrição adequada da indenização conforme esse conceito se cristalizou em nossas práticas jurídicas, então uma característica dessa descrição nos leva de volta ao conflito entre a análise econômica e filosófica da indenização. Os critérios para aferir o pagamento - fundamental para entender se é indenização ou redistribuição - coincidem com o que chamamos anteriormente de aspecto intrínseco da indenização. A perspectiva extrínseca nos diz apenas que a

indenização é como muitas outras ações que têm o efeito de transferir riqueza de uma pessoa para outra. A perspectiva intrínseca nos informa se o pagamento responde adequadamente a uma determinada vítima ferida em uma ocasião específica.

Agora, lembre-se do contraste no início deste artigo entre a jurisprudência econômica, que ignora a perspectiva intrínseca da indenização, e a escola filosófica tipificada pelo trabalho de Nozick, que se baseia na perspectiva intrínseca ao elaborar uma teoria política. Se meu relato sobre a indenização for correto, segue-se que a jurisprudência econômica não pode oferecer um relato fiel dos conceitos que realmente empregamos na discussão de problemas jurídicos. Nenhum sistema de pensamento que ignore a perspectiva intrínseca, seja na punição ou na indenização, pode capturar as distinções que usamos todos os dias na abordagem de problemas jurídicos.

Sua rejeição categórica das descrições econômicas de nosso sistema jurídico poderia bem que poderia provocar uma objeção incisiva. Como é possível, pode-se dizer, que por punição.

Ao me envolver em uma análise conceitual, posso resolver as questões normativas que preocupam todo lavrador receptivo? Qual é o objetivo da lei de responsabilidade civil? Ele serve apenas para fornecer indenização ou para minimizar os custos de acidentes? Qual é o objetivo da cláusula de domínio eminente? É para garantir a propriedade privada contra a redistribuição ou é para minimizar os custos sociais dos programas governamentais? Essas questões normativas estão na linha de frente de toda discussão teórica. Como é possível simplesmente ignorá-las com um argumento sobre a estrutura da indenização?

A objeção é poderosa e, de fato, vai ao cerne das disputas atuais sobre justiça e eficiência como valores jurídicos. A busca pelo propósito "correto" do direito penal, da responsabilidade civil, da primeira emenda

e, na verdade, de todas as instituições do nosso sistema jurídico, domina o discurso teórico. No entanto, em minha opinião, essa busca é mal concebida.

Em primeiro lugar, a busca do propósito certo direciona nossa atenção para o impacto, ou a perspectiva extrínseca, de nossas instituições jurídicas. O propósito “certo” consiste sempre na busca de algum objetivo proposto pelo teórico. A preocupação com essas metas ou políticas obscurece os limites entre instituições paralelas, todas elas com objetivos específicos, dos quais favorecem o mesmo objetivo. Do ponto de vista da proteção social, podemos dificilmente distinguir entre punição, impeachment e deportação. No entanto, a vida da argumentação jurídica consiste precisamente na elaboração de distinções desse tipo, investigando a essência de conceitos relacionados e estabelecendo os limites entre eles. Este é o simples fato com o qual nos deparamos toda vez que pensamos sobre discurso nos termos da primeira emenda, sobre buscas nos termos da quarta emenda, sobre o conceito de testemunho na análise do privilégio contra a autoincriminação e sobre punição criminal nos termos da sexta emenda. O hábito de fazer distinções define o ofício do advogado, e qualquer modo de pensamento que obscureça os limites de conceitos relacionados não fala aos advogados, mas a outras pessoas que se preocupam mais com semelhanças funcionais do que com a estrutura das ideias. A preocupação com propósitos e metas, em suma, com a perspectiva extrínseca, obscurece as distinções, pois nos afasta das considerações intrínsecas que são necessárias para distinguir instituições diferentes que tendem a ter o mesmo impacto externo.

Minha segunda resposta àqueles que defendem o foco em propósitos em vez de distinções conceituais começa com um ponto da teoria política. Parto do pressuposto de uma sociedade heterogênea, na qual todos nós buscamos diversos objetivos. A função das instituições

jurídicas é justamente permitir que indivíduos com objetivos diversos se envolvam em uma cooperação pacífica e eficaz, que retirem a ênfase dos propósitos e motivos. A validade de um contrato não depende dos propósitos das partes. Não importa o motivo pelo qual uma pessoa toma dinheiro emprestado, mas apenas o fato de tê-lo tomado emprestado. Da mesma forma, a responsabilidade civil por agressão não se baseia no motivo pelo qual A deu um chute em B, mas apenas no fato de que A intencionalmente deu um chute em B. De modo geral, os motivos são igualmente irrelevantes na avaliação da responsabilidade criminal. Desconsiderar os objetivos finais permite estabelecer um conjunto de princípios que funcionem como o menor denominador comum entre as diversas posturas e motivos. É exatamente disso que precisamos em uma sociedade na qual buscamos cooperar, apesar de termos propósitos particulares.

Da mesma forma, devemos reconhecer que cada teórico tem uma explicação preferida sobre porque punimos os criminosos, porque exigimos uma indenização por aquisições e porque protegemos a liberdade de expressão. Exatamente como a validade dos contratos não depende dos objetivos finais das partes, a análise de nossas instituições não deve incorporar os objetivos preferidos deste ou daquele grupo de teóricos. Em vez disso, devemos ver o direito penal, a lei de responsabilidade civil, a lei de aquisição e outras instituições como o denominador comum de propósitos concorrentes. É por isso que insisto em uma análise conceitual da punição e da indenização, em vez de uma visão dessas sanções atreladas a algum objetivo que todos nós deveríamos ter como certo. A perspectiva intrínseca não parte de uma meta, mas da realidade dos conceitos cristalizados no discurso jurídico cotidiano. É no exame desse discurso que descobrimos a estrutura implícita de nossos conceitos e promovemos uma visão do direito livre de

propósitos aprovados comercialmente. A medida que nos afastamos dos propósitos privados, desenvolvemos um método jurídico que está em conformidade com a maneira como os advogados realmente pensam e argumentam. Mas o mais importante é que, ao reconhecer que uma análise adequada da punição e da indenização não precisa incorporar um objetivo social específico, incentivamos a diversidade de propósitos por trás de uma instituição comum. Mantemos a unidade de nosso sistema jurídico ao mesmo tempo em que favorecemos a individualidade e a liberdade humana.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FLETCHER, George P. **Punishment and Compensation**. 14 Creighton Law Review, 691, 1981.