

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA
NÍVEL MESTRADO

PAULO VINÍCIUS BORGES SANTOS

RAZÕES DE PUNIR: A TEORIA DE H. L. A. HART

SÃO LEOPOLDO

2017

Paulo Vinícius Borges Santos

RAZÕES DE PUNIR: a teoria de H. L. A Hart

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em Filosofia,
pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia
da Universidade do Vale do Rio dos Sinos -
UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Alfredo Culleton

SÃO LEOPOLDO

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Elaborada por Carla Broseghini Moreira de Carvalho (Bibliotecária) – CRB1499/DF

S237 Santos, Paulo Vinícius Borges.

Razões de punir: a teoria de H. L. A. Hart / Paulo Vinícius Borges Santos. São Leopoldo, RS : Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2017.

106 f.

Orientador: Prof. Dr. Alfredo Culleton.

Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Filosofia.

1. Hart. 2. Crime. 3. Punição. I. Culleton, Alfredo. II. Título.

CDU 343.8:101

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Paulo Vinícius Borges Santos

RAZÕES DE PUNIR: a teoria de H. L. Hart

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Filosofia, pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Aprovado em 30 de outubro de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Alfredo Santiago Culleton – UNISINOS

Prof. Dr. Denis Coitinho Silveira – UNISINOS

Prof. Dr. Cláudio Roberto Cogo Leivas – UFPel

Ao meu amado pai,
Dedico este trabalho ao senhor, meu pai, meu herói.
Saudade eterna. Amor eterno.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo seu amor incondicional e por ter enviado um anjo para me incentivar a realizar este sonho.

Ao meu pai, meu grande herói, que sempre se faz presente em minha vida.

A minha mãe e aos meus avós pelo amor e carinho.

Aos meus irmãos e sobrinhos pela amizade.

Ao meu orientador pela sua sabedoria.

Aos colegas, professores e funcionários da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS que sempre apoiaram este projeto.

Meus mais sinceros agradecimentos a todos vocês que sonharam comigo. Um sonho não se sonha sozinho.

RESUMO

Pretende-se analisar, nesta dissertação, as razões de punir sob o prisma da teoria mista de H. L. A. Hart, observando para isso em que medida Hart adota as teorias utilitarista e retributivista, especialmente em Bentham e Kant. Para tanto, observa-se o pensamento filosófico na conceituação da finalidade da punição e nas razões pelas quais se deve punir. Objetiva-se, com isso, examinar as teorias da pena com o intuito de encontrar respostas às questões: o que justifica a prática geral da punição? A quem pode a punição ser aplicada? Como nós podemos punir? A pesquisa é eminentemente bibliográfica, desenvolvida a partir da identificação, leitura, análise e interpretação dos escritos dos maiores defensores destas escolas filosóficas. O utilitarismo projeta a função da pena para o futuro, objetivando a prevenção de novos delitos. Sob outra perspectiva, o retributivismo, ao enxergar a pena como consequência do delito, volta sua visão para o passado, apontando como seu fundamento o merecimento e o castigo do infrator. Hart defende a integração das duas teorias mais importantes do pensamento filosófico, considerando a teoria utilitarista quanto ao objetivo geral justificador, e a retributivista no que concerne à distribuição. Da análise da teoria mista de Hart observa-se que, diante da complexidade do instituto da punição, a razão de punir se revela num sistema misto e equilibrado, que abrange tanto a retribuição ao infrator pelo mal cometido como a prevenção de novos delitos.

Palavras-chave: Hart. Crime. Punição.

ABSTRACT

This dissertation purpose is to analyze the reasons for punishing from the point of view of the H. L. A. Hart's mixed theory, observing to what extent Hart adopts utilitarian and retributivist theories, especially in Bentham and Kant. For this, one observes the philosophical thought in the conceptualization of the aim of the punishment and the reasons by which one must punish. The purpose is to examine the theories of punishment in order to find answers to the questions: what justifies the general practice of punishment? To whom may punishment be applied? How may we punish? The research is eminently bibliographical, developed from the identification, reading, analysis and interpretation of the writings of the greatest defenders of these philosophical schools. Utilitarianism projects the justification of punishment for the future, aiming at the prevention of new crimes. From another perspective, retributivism, when seeing the penalty as a consequence of crime, returns its view to the past, pointing as its foundation the merit and punishment of the offender. Hart defends for the integration of the two most important theories of philosophical thought, considering the utilitarian theory as to the general justifying aim, and the retributivist as far as distribution is concerned. From the analysis of Hart's mixed theory it is observed that, faced with the complexity of the institute of punishment, the reason for punishing is revealed in a mixed and balanced system, which includes both retribution to the offender for wrongdoing and the prevention of new offenses.

Keywords: Hart. Crime. Punishment.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	O UTILITARISMO E A PUNIÇÃO EM BENTHAM	11
2.1	O UTILITARISMO	11
2.2	O UTILITARISMO DE JEREMY BENTHAM.....	16
2.3	AS INTENÇÕES E AS CIRCUNSTÂNCIAS DO ATO.....	25
2.4	O PANÓPTICO.....	30
2.5	O UTILITARISMO E A PUNIÇÃO	32
3	O CRIME E A PUNIÇÃO NA TEORIA RETRIBUTIVA	49
3.1	O RETRIBUTIVISMO: ORIGEM E CONCEITO.....	49
3.2	O MERECIMENTO E A PUNIÇÃO.....	51
3.3	A FINALIDADE DA PENA.....	53
3.4	O RETRIBUTIVISMO E AS DEMAIS FINALIDADES DA PENA.....	57
3.5	A REINCIDÊNCIA, A DELAÇÃO PREMIADA E A ISENÇÃO DE PENA SOB O PRISMA DO RETRIBUTIVISMO	58
3.6	O RETRIBUTIVISMO DE KANT.....	60
3.7	O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A LEI DE TALIÃO.....	66
3.8	CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
4	O CRIME E A PUNIÇÃO NA TEORIA MISTA DE HART	71
4.1	INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO DE HART ACERCA DA PUNIÇÃO.....	71
4.2	O CONCEITO E O OBJETIVO DA PUNIÇÃO.....	73
4.3	O OBJETIVO GERAL JUSTIFICADOR E OS PRINCÍPIOS DA DISTRIBUIÇÃO....	75
4.4	AS EXCLUDENTES DE CRIMINALIDADE COMO PRINCÍPIO DE JUSTIÇA	78
4.5	A RESPONSABILIDADE OBJETIVA.....	87
4.6	O GRAU DE SEVERIDADE DAS PENAS.....	88
4.7	AS CRÍTICAS À TEORIA REFORMADORA.....	90
4.8	A TEORIA RETRIBUTIVA NA VISÃO DE HART	92
4.9	A TEORIA MISTA DE HART.....	95
	CONCLUSÃO	99
	REFERÊNCIAS	104

1 INTRODUÇÃO

O convívio pacífico entre os seres humanos é um dos objetivos da sociedade, pois sua ausência anularia, em todo ou em parte, os grupos sociais, conservando apenas os mais fortes. Contudo, desde os primórdios da humanidade o homem vem praticando ações que tumultuam a convivência social e violam tanto os ideais do Estado democrático de direito como os valores éticos e morais, surgindo assim a necessidade de se punir.

O Estado passou a elaborar normas disciplinadoras da conduta humana para extinguir a vingança privada e manter a harmonia da vida em sociedade, estabelecendo punições para os casos de descumprimento legal. A sanção é, assim, o método no qual o Estado repreende todo aquele que ferir suas regras.

O grande questionamento deste trabalho reside no âmbito da finalidade da pena, ou ainda, na definição de quais são as razões necessárias para justificar que o Estado imponha um mal a determinados cidadãos. Tanto no direito penal como no campo filosófico, discute-se qual seria o objetivo da punição, isto é, qual o certo a fazer com a pessoa que age ilicitamente, transgredindo as regras estatais e por que fazê-lo. Este é o tema da presente pesquisa: entender qual é a finalidade da punição e por que a sociedade inflige danos deliberados a seus cidadãos, excluindo-os do processo político e restringindo sua liberdade de ir e vir.

A escolha deste tema não se justifica por sua polêmica, mas sim por sua suma importância e extrema atualidade. É imprescindível, para a vida em sociedade, que tenhamos uma análise esmerada da medida adequada da pena, para que a legislação penal e sua aplicabilidade sejam de acordo com seu fim.

Nucci destaca exatamente esse caráter polêmico da finalidade da pena:

Nada é mais controverso, no Direito Penal, do que o conceito e as finalidades da pena. Como expusemos acima, acreditamos na finalidade multifacetada da pena, sem que se possa excluir qualquer aspecto, desde a retribuição até os diversos prismas da prevenção. (NUCCI, 2017, p. 358).

A dificuldade em se justificar a prática da punição reside na indivisibilidade entre dor e punição, pois nada atinge mais a liberdade, a segurança e a dignidade humana do que a imposição de pena, como bem ressaltou Anabela Miranda Rodrigues:

A pena é, sem dúvida, quer do ponto de vista moral quer social, a mais relevante das reações jurídicas. Trata-se do meio mais enérgico ao dispor do poder instituído para assegurar a convivência pacífica dos cidadãos em sociedade, mas é simultaneamente o que toca mais de perto a sua liberdade, segurança e dignidade. Exatamente (sic)

aquele crédito e este peculiar significado explicam a razão pela qual a pena tem sido objeto de aprofundada investigação mesmo no domínio das reflexões filosóficas, quer quanto aos seus fundamentos, quer quanto aos fins que mediante ela se visam atingir (RODRIGUES, 1995, p. 152).

Diante do questionamento sobre quais motivos justificam a imposição de uma pena restritiva dos direitos fundamentais dos cidadãos, as escolas filosóficas buscam construir uma linha de pensamento delimitando a finalidade da punição. Destacam-se entre elas não apenas o utilitarismo e o retributivismo, como também as teorias denominadas mistas, por mesclarem os fundamentos da prevenção utilitarista com os da retribuição, a exemplo da teoria de H. L. A. Hart.

Nesta obra iremos tratar, portanto, a questão da razão de punir, ou melhor, o porquê se pune, sob a ótica da teoria mista de Hart que harmoniza o utilitarismo com o retributivismo.

Ferrajoli, citando Sêneca, esclarece os pontos de divergências entre estas teorias da pena:

A diferença entre justificações absolutas ou retributivistas e justificações relativas ou utilitaristas encontra-se expressa de forma límpida em um conhecido trecho de Sêneca: as justificações do primeiro tipo são *quia peccatum*, ou seja, dizem respeito ao passado; aquelas do segundo, ao contrário, são *ne peccetur*, ou seja, referem-se ao futuro. Enquanto para as primeiras a legitimidade externa da pena é apriorística, no sentido de que não é condicionada por finalidades extrapunitivas, para as segundas, diferentemente, referida legitimidade é condicionada pela sua adequação ou não ao fim perseguido, externo ao próprio direito, e, portanto, exigindo um balanceamento concreto entre os valores do fim que justifica o "quando" da pena e o custo do meio do qual se deve justificar o "como". (FERRAJOLI, 2002, p. 205).

Nucci destaca que o conceito de pena não se confunde com sua função e que a retribuição e a prevenção utilitarista são formas de legitimação da pena:

Ninguém pode negar que a pena é um mal que se impõe como consequência de um delito. A pena é, sem dúvida, um castigo. Aqui não valem eufemismos, e também a teoria preventiva deve começar a reconhecer o caráter de castigo da pena. Entretanto, uma coisa é o que seja a pena e outra, distinta, qual seja a sua função e o que legitima o seu exercício. Noutro aspecto, contrapõem-se as concepções retributiva e preventiva. Os retributivistas crêem que a pena serve à realização da Justiça e que se legitima suficientemente como exigência de pagar o mal com outro mal. Os prevencionistas estimam, noutro prisma, que o castigo da pena se impõe para evitar a delinquência na medida do possível e que somente está justificado o castigo quando resulta necessário para combater o delito. Retribuição e prevenção supõem, pois, duas formas distintas de legitimação da pena. Rechaço a legitimação que oferece a retribuição. Inclino-me pela prevenção (MIR PUIG, 2012, p. 41; NUCCI, 2017, p. 357-358).

O objetivo geral deste estudo é analisar a obra de H. L. A. Hart, especificamente no que concerne à Teoria da Punição, com o fim de entender as razões pelas quais se deve punir.

O objetivo específico desta dissertação é analisar as razões de punir sob o prisma da teoria mista de H. L. A. Hart, observando para tanto em que medida Hart adota os pensamentos utilitarista e retributivista, especialmente em Bentham e Kant e, por fim, concluir pela viabilidade da aplicação dessa escola filosófica à Teoria da Punição.

Desta forma, o trabalho foi dividido em três partes: na primeira, abordaremos a visão utilitarista de Bentham acerca da punição; na segunda, faremos um estudo sobre a teoria retributivista; como preâmbulos para adentrarmos na terceira, a teoria mista de Hart.

Os procedimentos metodológicos seguidos nesta atividade de pesquisa obedecem às regras que são próprias da investigação filosófica. Isso significa que se trata de uma pesquisa eminentemente bibliográfica, que será desenvolvida a partir da identificação, leitura, análise e interpretação dos escritos dos filósofos mencionados.

Afinal, qual é a finalidade da pena? A presente dissertação visa ajudar a compreender o fundamento da punição, tendo como referencial a teoria mista de H. L. A. Hart. Pretendemos, portanto, responder a três questionamentos: o que justifica a prática geral da punição? A quem pode a punição ser aplicada? E como nós podemos punir?

Entendemos que a punição não pode ser aplicada sem um objetivo justificador, não sendo admissível punir simplesmente por punir. É primordial que haja um fundamento tanto na elaboração das leis penais como na aplicabilidade da punição. Esse fundamento ou objetivo intrínseco de se punir será detectado ao respondermos à indagação: o que se busca com a punição?

Para chegarmos à conclusão de que a pena tem um fundamento complexo e que nenhuma teoria isoladamente consegue atingir todas as suas nuances, sendo necessário o desenvolvimento de uma teoria mista, observamos a influência utilitarista e retributivista na teoria mista de H. L. A. Hart.

2 O UTILITARISMO E A PUNIÇÃO EM BENTHAM

2.1 O UTILITARISMO

O utilitarismo é uma doutrina ética que avalia a conduta humana baseando-se nas consequências dos atos e considera boa toda ação que resultar na felicidade do maior número de pessoas. A teoria utilitarista originou-se em contraposição à Teoria do Direito Natural, a partir dos estudos de seu maior defensor, Jeremy Bentham, sobre a ciência do direito. Sua intenção era, a partir de um princípio sólido, desenvolver uma teoria que gerasse uma ciência moral e jurídica apta a nortear e analisar com justiça as ações humanas. Os ensinamentos deste filósofo serão abordados no item 2.2.

Segundo Menezes (2015, p. 97), o utilitarismo é mais bem definido a partir da célebre frase de Francis Hutcheson: “a melhor ação é a que busca a maior felicidade para o maior número de indivíduos”.

A utilidade, maior valor moral, é muitas vezes apontada como sinônimo de felicidade. O utilitarismo clássico segue o princípio hedonista de que o objetivo da vida humana é o prazer, considerado o bem supremo. O princípio da utilidade põe o hedonismo como primeiro preceito moral ou coluna da moralidade. Para o hedonismo, bem-estar se resume exclusivamente a presença de prazer e ausência de dor. A vida é considerada boa quando o indivíduo possui mais desejos satisfeitos do que frustrados.

Poder-se-ia considerar, assim, o utilitarismo uma versão do hedonismo clássico associado a um aspecto social. Em outras palavras, a teoria utilitarista empregaria o conceito do hedonismo de que as ações humanas são instrumentos de busca do prazer e da felicidade, integrando-o aos sentimentos sociais na perspectiva de que outras pessoas também buscam a felicidade. Assim, a finalidade da moral não seria apenas a maior felicidade, mas também a visão da quantidade de seres atingidos, ou seja, o maior número de pessoas.

Filósofos das gerações seguintes expandiram os ideais utilitaristas, contribuindo consideravelmente com seus estudos para o aperfeiçoamento desta teoria ética. Seus defensores mais famosos são, entre outros, John Stuart Mill, Henry Sidgwick, Moore, Hume, Karl Popper e, atualmente, Peter Singer.

John Stuart Mill parece ser adepto do utilitarismo de regras, que ampliando o conceito de utilidade não avalia as atitudes isoladamente, mas elabora normas morais que, teoricamente,

proporcionam felicidade ao maior número. Este pensador é considerado um utilitarista de regras ao afirmar que:

A proposição de que a felicidade é o fim e o objectivo da moralidade não significa que não se possa construir qualquer estrada para atingir esse objectivo, ou que as pessoas que seguem para lá não devam ser aconselhadas a seguir uma direcção em vez de outra. As pessoas têm mesmo de deixar de dizer coisas sem sentido sobre este assunto, coisas essas que nunca diriam, e às quais nunca dariam ouvidos, a propósito de outros assuntos de interesse prático. Ninguém defende que, como os marinheiros não têm tempo para calcular o Almanaque Náutico, a arte da navegação não se baseia na astronomia. Sendo criaturas racionais, eles vão para o mar com os cálculos já feitos, e todas as criaturas racionais vão para o mar da vida com as suas mentes já preparadas para as questões comuns acerca do que está certo e errado, assim como para muitas das questões, de longe mais difíceis, acerca do que é ser sábio ou tolo. (sic) (MILL, 2005, p.64-65)

O utilitarismo de atos determina que uma ação é correta quando tem como consequência a maior felicidade para o maior número de pessoas. É realizado, assim, um cálculo para cada ato individualmente, ou seja, ação por ação.

O utilitarismo de regras entende que não é possível, a todo tempo, efetuar esse cálculo, sendo necessária a existência de regras práticas. Dessa forma, não se calcula individualmente qual ação terá as melhores consequências bastando seguir uma regra geral definida em função da maior probabilidade de gerar felicidade. A avaliação não é feita sobre ações individuais, mas sobre regras pré-estabelecidas, como exemplo, uma regra geral que determine que mentir é errado, pois a experiência já demonstrou que a mentira traz mais consequências negativas do que a verdade.

Para exemplificar a diferença entre utilitarismo de regras e de atos, podemos considerar três situações: um militar decidindo se lança uma bomba num barco onde viajam duas pessoas inocentes e três terroristas que irão praticar um genocídio; um médico que descobre que o paciente só possui sete dias de vida e se questiona se deve mentir para que o paciente viva seus últimos dias ao lado da família, sem estresse e sem internação hospitalar e um policial escolhendo se tortura um terrorista para que ele confesse onde implantou a bomba.

Para um utilitarista de atos a melhor ação é aquela que trará melhores consequências em cada ato isolado, nestes casos o benefício de matar, mentir e torturar trará maior felicidade ao maior número de pessoas tornando essas decisões corretas. Neste tipo de utilitarismo, constata-se que até mesmo uma regra moral básica como não matar um inocente, pode ser considerada correta e moral.

O utilitarista de regras defenderia que matar, mentir e torturar em geral tem como consequência mais prejuízos do que benefícios, então independentemente do exemplo estas ações são erradas.

Mill (2005) associa a felicidade com a utilidade de tal forma que, para ele, o princípio da utilidade também pode ser chamado de princípio da maior felicidade. Em seus estudos, conceitua felicidade como existência de prazer e ausência de dor:

O credo que aceita a utilidade, ou o Princípio da Maior Felicidade, como fundamento da moralidade, defende que as ações estão certas na medida em que tendem a promover a felicidade, erradas na medida em que tendem a produzir' o reverso da felicidade. Por felicidade, entende-se o prazer e a ausência de dor; por infelicidade, a dor e a privação de prazer. É preciso dizer muito mais para dar uma visão clara do padrão moral estabelecido por esta teoria – em particular, que coisas inclui ela nas ideias de dor e de prazer e em que medida isso ainda é uma questão em aberto. Mas essas explicações suplementares não afetam a teoria da vida em que esta teoria da moralidade se baseia – nomeadamente, a ideia de que o prazer e a isenção de dor são as únicas coisas desejáveis como fins, e de que todas as coisas desejáveis (que são tão numerosas no esquema utilitarista como em qualquer outro) são desejáveis ou pelo prazer inerente em si mesmas ou enquanto meios para a promoção do prazer e da prevenção da dor. (MILL, 2005, p. 48).

John Stuart Mill defende que a finalidade de todo homem ao praticar um ato é a felicidade: "A doutrina utilitarista é a de que a felicidade é desejável, e é a única coisa desejável, como um fim, todas as outras coisas são desejáveis apenas enquanto meios para esse fim" (MILL, 2005, p. 75).

Acerca da felicidade, Aristóteles define que uma cidade é mais bem governada quando seu regime promove a felicidade no maior grau possível (ARISTÓTELES, 1998) e ressalta que a felicidade, acima de qualquer outra coisa, é considerada como esse sumo bem (ARISTÓTELES, 2014). A dor é sempre encarada pelo utilitarismo como um mal, independentemente das pessoas constantes na relação, pois causar dor ao próximo tem como consequência sofrimento para todos. À vista disso, a referida teoria tenta minimizar a dor, só admitindo-a se for para evitar outra maior.

Enquanto o utilitarismo clássico afirma a existência de um único bem, a felicidade, e um único mal, o sofrimento, a teoria moderna defende que há outros desejos, não considerando a felicidade o único fim moral das condutas humanas, incluindo as outras vontades humanas na definição de bem.

O “utilitarismo” defendido por Hume é peculiar, não apenas por conferir à ideia de utilidade dois significados – “condutor à felicidade” e “condutor a um fim proposto” –, mas também por entender que a verdade moral não pode ser atingida através da soma de pontos de utilidade.

A ligação de utilidade com felicidade e sofrimento foi estabelecida por Hume superficialmente, e David Hartley conceituou inicialmente felicidade, associando-a a obtenção do prazer e alívio da dor.

Em *An Enquiry Concerning the Principles of Morals*, Hume assevera que:

It appears to be matter of fact, that the circumstance of utility, in all subjects, is a source of praise and approbation: That it is constantly appealed to in all moral decisions concerning the merit and demerit of actions: That it is the sole source of that high regard paid to justice, fidelity, honour, allegiance, and chastity: That it is inseparable from all the other social virtues, humanity, generosity, charity, affability, lenity, mercy, and moderation: And, in a word, that it is a foundation of the chief part of morals, which has a reference to mankind and our fellow-creatures. ¹ (HUME, 1912, [p. 103]).

Macintyre afirma categoricamente que, apesar de as questões acerca da moralidade fazerem parte do nosso discurso, em verdade nós perdemos a sua compreensão: “Temos, na verdade, simulacros de moralidade, continuamos a usar muitas das suas expressões principais. Mas perdemos – em grande parte, senão totalmente – nossa compreensão, tanto teórica quanto prática, da moralidade” (MACINTYRE, 2001, p. 15). Esta discussão, sobre se há na natureza humana princípios morais, é avaliada desde 1912 por Hume:

Were it doubtful, whether there were any such principle in our nature as humanity or a concern for others, yet when we see, in numberless instances, that whatever has a tendency to promote the interests of society, is so highly approved of, we ought thence to learn the force of the benevolent principle; since it is impossible for any thing to please as means to an end, where the end is totally indifferent. On the other hand, were it doubtful, whether there were, implanted in our nature, any general principle of moral blame and approbation, yet when we see, in numberless instances, the influence of humanity, we ought thence to conclude, that it is impossible, but that every thing, which promotes the interest of society, must communicate pleasure, and what is pernicious give uneasiness. But when these different reflections and observations concur in establishing the same conclusion, must they not bestow an undisputed evidence upon it? ² (HUME, 1912, [p. 103]).

¹ Parece ser uma questão de fato que a circunstância da utilidade, em todos os tópicos, é uma fonte de louvor e aprovação: que a utilidade é constantemente mencionada em todas as decisões morais relativas ao mérito e demérito das ações: que é a única fonte da elevada consideração à justiça, fidelidade, honra, lealdade e castidade: que ela é inseparável de todas as outras virtudes sociais, da humanidade, da generosidade, da caridade, da afabilidade, da clemência, da misericórdia e da moderação. E, em uma palavra, que ela é o fundamento da parte principal da moral, que tem referência à humanidade e aos nossos semelhantes. (HUME, 1912, [p. 103], tradução nossa).

² Se fosse duvidoso, se há princípio de humanidade ou preocupação com os outros em nossa natureza, quando vemos, em inúmeros exemplos, que tudo o que tem uma tendência a promover os interesses da sociedade é tão altamente aprovado, devemos então aprender a força do princípio benevolente; pois é impossível para alguma coisa agradar como meio para um fim, onde o fim é totalmente indiferente. Por outro lado, se era duvidoso, se há, implantado em nossa natureza, qualquer princípio geral de culpa moral e aprovação, mas quando vemos, em inúmeros exemplos, a influência da humanidade, devemos então concluir que é impossível, mas que tudo o que promove o interesse da sociedade deve comunicar prazer, e o que é pernicioso dar inquietação. Mas quando essas diferentes reflexões e observações concordam em estabelecer a mesma conclusão, não devem eles conceder uma evidência incontestável sobre ela? (HUME, 1912, [p. 103], tradução nossa).

A despeito de alguns autores declararem que o utilitarismo separa da moral as regras divinas, Mill declara como perfeição ideal da moralidade alguns ensinamentos da Bíblia: "Na regra de ouro de Jesus de Nazaré, lemos todo o espírito da ética da utilidade, tratar os outros como queremos que nos tratem e amar o nosso próximo como a nós mesmos constituem a perfeição ideal da moralidade utilitarista" (MILL, 2005, p. 58). Acrescenta:

[...] que a questão depende da ideia que formamos do caráter moral da Divindade. Se for verdadeira a crença de que Deus deseja, acima de todas as coisas, a felicidade das suas criaturas, e que foi este o propósito da sua criação, a utilidade, além de não ser uma doutrina alheia a Deus, é mais profundamente religiosa do que qualquer outra. (MILL, 2005, p. 62).

Para Mill, "A felicidade é o único fim da ação humana, e a sua promoção o teste para julgar toda a conduta humana". (MILL, 2005, p. 79), pois "nada é desejado como fim, exceto a felicidade" (MILL, 2005, p. 78).

Sidgwick (2010) prossegue com a teoria utilitarista clássica de Bentham, e sua maior contribuição se deu ao enfrentar, em seus escritos, algumas críticas ao utilitarismo. Para ele: "uma sociedade está ordenada de forma correta e, portanto, justa, quando suas instituições mais importantes estão planejadas de modo a conseguir o maior saldo líquido de satisfação obtido a partir da soma das participações individuais de todos os seus membros" (SIDGWICK, 2010, p. 22).

Defensor do utilitarismo das estratégias múltiplas, Sidgwick entende que não importam os meios utilizados quando se busca a felicidade geral e "que a única lei que ele podia decisivamente querer como universal era que os homens agissem de modo a promover a felicidade universal" (SIDGWICK, 2010, p. 275).

Karl Popper, influenciado na sua infância pela pobreza que assolava Viena, criou o utilitarismo negativo como forma de evitar a dor, buscando em seus discursos utilitaristas defender os mais pobres e erradicar a pobreza:

A visão abjeta da pobreza de Viena foi um dos principais problemas que me perturbaram quando eu ainda era uma criança pequena—tanto que estava quase sempre no fundo do meu espírito. Poucas pessoas que agora vivem numa das democracias ocidentais sabem o que significa a pobreza no princípio deste século: homens, mulheres, crianças sofrendo de fome, frio e desespero. Mas nós, as crianças, não podíamos ajudar. Não podíamos fazer mais do que pedir umas moedinhas para dar a alguns pobres. (POPPER, 2008, p. 21).

O utilitarismo negativo de Popper inverte assim o *slogan* da teoria utilitarista clássica de felicidade ao máximo, para “a menor quantidade possível de dor para todos” ou “dor ao mínimo” (POPPER, 1998, p. 256).

Singer (1977) entende que, na esfera da ética, as consequências dos atos estabelecem o ponto mais importante da teoria utilitarista, uma vez que são elas que produzem os únicos bens e males em si, quais sejam, o prazer e a dor. O princípio da utilidade visa que todas as ações tenham como consequência a maximização de prazer e a minimização de dor.

O princípio da maior felicidade rechaça o egoísmo, impondo ao homem valores altruístas como a solidariedade e o amor ao próximo, supervalorizando o prazer coletivo em detrimento de particularismos: “Porém, ele não é de maneira alguma uma condição indispensável para a aceitação do padrão utilitarista, pois esse padrão não é a maior felicidade do próprio agente, mas o maior total de felicidade em termos globais” (MILL, 2005, p. 52).

Ao estudar o utilitarismo e o egoísmo, Maria Cristina Longo Cardoso Dias observa que:

Tendo em vista este modelo de indivíduo, depreende-se que tal indivíduo certamente olha para si porque busca a sua felicidade, mas, ao mesmo tempo, não pode ser reduzido ao autointeresse, pois conforme os arranjos sociais evoluem, conforme as faculdades elevadas são despertadas, compreende que a busca da felicidade é algo que, muitas vezes, constitui em nela não pensar, em obter muitos e variados prazeres, em possuir tranquilidade e emoção, em transformar em seu próprio interesse os interesses dos outros (Mill, 2000, p. 196-7, 202), não constituindo, portanto, uma vida de arroubos ou uma vida egoísta (DIAS, 2014, p. 5).

A teoria utilitarista se relaciona intimamente com os ideais da democracia, ou seja, do governo da maioria. Para Alexis de Tocqueville, uma lei é considerada democrática quando promove o bem-estar do maior número possível de pessoas.³

O utilitarismo vem resistindo ao tempo e se perpetuando na história da humanidade como uma das mais respeitáveis teorias filosóficas sobre ética. Após mais de um século e meio de existência, não perdeu sua influência e importância nos debates sobre ética. Em verdade, as críticas foram a mola propulsora das modificações no pensamento utilitarista, transformando-o atualmente numa teoria mais sofisticada e respeitada.

2.2 O UTILITARISMO DE JEREMY BENTHAM

³ *“Democratic laws generally tend to promote the welfare of the greatest possible number for they emanate from the majority of the citizens, who are subject to error, but who cannot have an interest opposed to their own advantage... The advantage of democracy does not consist... in favoring the prosperity of all, but simply contributing to the well-being of the greatest number”* (TOCQUEVILLE, 1945, p. 247-249).

Além de filósofo, Jeremy Bentham era também jurista e, como tal, idealizou uma legislação que controlasse o comportamento humano baseada em um princípio ético, qual seja, o princípio da utilidade. Para ele, um dos maiores defensores da teoria utilitarista, a finalidade moral das ações é alcançar a felicidade do maior número de pessoas. Por conseguinte, o utilitarismo afirma a existência de apenas um único bem, a felicidade, e um único mal, a dor.

Ética, para o utilitarismo, seria a arte de guiar as ações humanas com o intuito de produzir a maior quantidade possível de felicidade:

[...] II. – Em sentido amplo, a ética pode definir-se como a arte de dirigir as ações do homem para a produção da maior quantidade possível de felicidade em benefício daqueles cujos interesses estão em jogo.

III. – Quais são, porém, as ações que o homem pode dirigir? Serão necessariamente ou as suas próprias ações ou as de outros agentes. A ética, enquanto arte de dirigir as próprias ações do homem, pode ser denominada a arte do autogoverno, ou seja, a ética privada (BENTHAM, 1974, p. 69).

O utilitarismo de Bentham nasceu de suas críticas ao direito natural, especialmente no tocante à obrigação dos súditos em obedecer às ordens do monarca, mesmo na hipótese em que este não adimplisse com suas obrigações. Bentham questiona essa obrigatoriedade de obediência e a condiciona aos casos em que contribuiria para a felicidade geral, sobrepondo, assim, o utilitarismo ao direito natural.

Este filósofo não desenvolve seu estudo sob a ótica da ética privada, ou seja, o comportamento individual que transmite apenas o prazer pessoal não é o foco de suas anotações. Sua busca baseia-se na felicidade geral através da legislação ou governo fundamentado por normas, que seria o equivalente social da ética privada, sendo a arte de governar denominada geralmente legislação.

Como jurista, Bentham tentou aplicar a filosofia moral ao direito, especialmente à punição. Para ele, o direito deveria ser reformado como um todo, mas suas atenções se voltaram especialmente ao direito penal. Seu livro mais famoso, *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*, foi idealizado para ser uma introdução a um projeto de Código Penal.

Tendo em vista sua formação acadêmica em Direito, o utilitarismo de Bentham tem um aspecto peculiar: ele aplica o principal princípio utilitarista, qual seja, o da utilidade em seus estudos sobre as normas legais, em especial acerca da justificação da punição. Para ele, uma alternativa de maximizar a felicidade é impedir as condutas humanas que causam dor, tipificando-as como crime e criando punições na tentativa de desencorajar a prática do delito.

Bentham explica que todo homem analisa as consequências de suas ações e prefere as que causam mais prazer e menos dor. Aristóteles (1969) conceitua prazer e dor como estados da alma; para Platão (1995), dor seria a experiência do corpo e da alma, e prazer foi conceituado por Kant (1995) como o sentimento sem interesse de satisfação na presença da beleza, seja natural ou artística.

O senhorio desses dois fatores estaria tão intrinsecamente ligado às decisões humanas que não haveria como desagregá-lo de nossas deliberações. Ele confere a esta ligação um verdadeiro relacionamento de escravidão, concluindo que só há uma forma de obrigar moralmente o ser humano a agir, qual seja, a obediência a esses fatores: “[...], quer seja isto, quer seja aquilo que na realidade deve ser feito, não existe nada em virtude do qual um homem possa em última análise ser moralmente obrigado a fazê-lo, senão em virtude de um destes dois fatores: ou a dor ou o prazer”. (BENTHAM, 1974, p. 19).

Sobre este controle, acrescenta que:

A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: *a dor* e *o prazer*. Somente à eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por uma parte, a norma que distingue o que é reto do que é errado, e, por outra, a cadeia das causas e dos efeitos. (BENTHAM, 1974, p. 9).

E ainda:

Os dois senhores de que falamos nos governam em tudo o que fazemos, em tudo o que dizemos, em tudo o que pensamos, sendo que qualquer tentativa que façamos para sacudir este senhorio outra coisa não faz senão demonstrá-lo e confirmá-lo. Através das suas palavras, o homem pode pretender abjurar tal domínio, porém na realidade permanecerá sujeito a ele em todos os momentos da sua vida. (BENTHAM, 1974, p. 9).

Tal relação de dominação é, para esse jurista, reconhecida pelo princípio da utilidade, tendo como objetivo utilizar a lei e a razão humana para construção da máxima felicidade: “o princípio da utilidade reconhece esta sujeição e a coloca como fundamento desse sistema, cujo objetivo consiste em construir o edifício da felicidade através da razão e da lei” (BENTHAM, 1974, p. 9).

No estudo do prazer e da dor, Bentham conclui que existem quatro fontes que dão origem a tais sentimentos, quatro tipos de sofrimento e sete circunstâncias para o cálculo dos prazeres. Assim, a felicidade e o sofrimento procedem basicamente de: fonte física, fonte política, fonte moral e fonte religiosa. Bentham considera que essas fontes colaboram para o

caráter da obrigatoriedade da lei ou da norma de conduta, induzindo o homem a tomar atitudes que visem a promover a felicidade. As recompensas e os castigos seriam, assim, grandes incentivadores das ações morais.

A fonte física é assim denominada, pois sofrimento e alegria fazem parte do curso natural da vida, não sendo oriundo de atos humanos ou divinos. Ao nascer, se desenvolver, procriar e morrer, o homem passará inevitavelmente por momentos de prazer e de dor.

Fonte política ocorre quando esses sentimentos são consequências do ato de uma pessoa ou grupo escolhido especialmente para administrar, tais como governantes e juízes que estabelecem regras e aplicam sanções para quem as desobedece, obtendo, assim, o bem-estar da sociedade.

A fonte moral ou popular é definida quando o prazer e a dor derivam de atos de indivíduos que possuem proeminência na sociedade, sendo este destaque concedido em decorrência da espontaneidade da pessoa, e não de regras preestabelecidas.

A fonte religiosa ocorre quando essas duas emoções estão sujeitas à vontade de um ser superior.

Todos os prazeres e dores que o ser humano está susceptível de sentir nascem, invariavelmente, de cada uma dessas quatro fontes.

Tentando entender o que é prazer e dor para melhor calculá-los, Bentham analisa essas quatro fontes e conclui que também existem quatro tipos de sofrimento/sanção:

- a) calamidade (dor causada pelo curso natural da vida);
- b) punição (dor imputada pela lei);
- c) recusa de uma ajuda amigável (tipo de punição moral, quando uma pessoa nega ajuda por reprovar sua conduta moral); e
- d) providência particular (proveniente da punição religiosa).

Segundo Bentham, “propiciar prazeres e evitar dores constituem os objetivos que o legislador tem em vista, razão pela qual é de conveniência que compreenda o seu valor. Os prazeres e as dores constituem os instrumentos com os quais o legislador deve trabalhar” (BENTHAM, 1974, p. 22). O autor não reconhece diferença qualitativa entre os prazeres, considerando todos valiosos, havendo apenas desigualdade no tocante à quantidade, que poderia ser mensurada através de um cálculo racional. Ele define, assim, sete circunstâncias para orientar o legislador a efetuar o cálculo de dor e prazer, facilitando a escolha dos atos moralmente certos. Essas circunstâncias são denominadas elementos ou dimensões:

- a) intensidade do prazer ou da dor;

- b) duração (o tempo entre o início e o fim do prazer);
- c) certeza ou incerteza (qual a chance de o prazer acontecer);
- d) proximidade no tempo ou longinquidade (intervalo de tempo que decorre do prazer satisfeito);
- e) fecundidade (possibilidade de um prazer ou dor gerar outros sentimentos da mesma natureza);
- f) pureza (possibilidade que o prazer ou a dor possuem em não gerar sentimentos assimétricos);
- g) extensão (o número de pessoas atingidas).

A análise de moralidade se resume apenas no saldo líquido positivo. Não importa se uma minoria será sacrificada para que haja bem-estar para a maioria, compensando-se assim o sofrimento de uns pela felicidade da maioria, pois para Bentham “a maior felicidade do maior número é o fundamento da moral e da legislação” (STRATHERN, 2003, p. 146).

Ao introduzir a ideia de alcançar a maior felicidade possível, a utilidade passa a ser tratada como um princípio ético. Assim, a busca da felicidade é, para Bentham, o próprio conceito do princípio da utilidade, consagrando uma ligação tão estreita entre ambos que os tornou inseparáveis. Utilidade para esta teoria é o valor moral mais alto, sendo muitas vezes considerada sinônimo de felicidade, que significa a presença de prazer e ausência de dor. Bentham enfatiza que “[...], afirmar-se-á que uma determinada ação está em conformidade com o princípio da utilidade, ou, para ser mais breve, à utilidade, quando a tendência que ela tem a aumentar a felicidade for maior do que qualquer tendência que tenha a diminuí-la” (BENTHAM, 1974, p. 10).

Com muita propriedade, Bentham (1974) conceitua o princípio da utilidade como a tendência de alguma coisa a alcançar o bem-estar, o bem, a beleza, a felicidade, as vantagens, etc. O conceito de utilidade não deve ser reduzido ao sentido corrente de modo de vida com um fim imediato.

A esta definição, acrescenta ainda que:

Por princípio da utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade. (BENTHAM, 1974, p. 10).

E mais:

O termo utilidade designa aquela propriedade existente em qualquer coisa, propriedade em virtude da qual o objeto tende a produzir ou proporcionar benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade (tudo isto, no caso presente, se reduz à mesma coisa), ou (o que novamente equivale à mesma coisa) a impedir que aconteça o dano, a dor, o mal, ou a infelicidade para a parte cujo interesse está em pauta; se esta parte for a comunidade em geral, tratar-se-á da felicidade da comunidade, ao passo que, em se tratando de um indivíduo particular, estará em jogo a felicidade do mencionado indivíduo. (BENTHAM, 1974, p. 10).

De acordo com Bentham, o princípio da utilidade, fundador das noções de moralidade e justiça, em seu sistema, deve ser conforme uma noção de natureza humana verificada empiricamente. Tal natureza pressupõe que os homens estão sob o domínio de dois senhores soberanos, a saber: o prazer e a dor. Assim, Bentham (1974, p. 10) assinala:

Ou, em outros termos, o princípio da utilidade é explicado da seguinte forma; [...] O princípio que estabelece a maior felicidade de todos aqueles cujo interesse está em jogo, como sendo a justa e adequada finalidade da ação humana, e até a única finalidade justa, adequada e universalmente desejável; da ação humana, digo, em qualquer situação ou estado de vida, sobretudo na condição de um funcionário ou grupo de funcionários que exercem os poderes do governo [...].

Utilidade é, dessa forma, a soma dos prazeres, após a diminuição da dor de todas as pessoas envolvidas num ato isolado, ou seja, o saldo bem-estar menos sofrimento, resultando, assim, num cálculo líquido de felicidade. Esta operação numérica considera a felicidade geral ou de uma comunidade como a soma dos interesses dos diversos membros que a integram (BENTHAM, 1974), comunidade aqui entendida como um conceito figurado composto pelas pessoas e pelo interesse da própria comunidade. Vejamos:

V – É inútil falar do interesse da comunidade, se não se compreender qual é o interesse do indivíduo. Diz-se que uma coisa promove o interesse de um indivíduo, ou favorece ao interesse de um indivíduo, quando tende a aumentar a soma total dos seus prazeres, ou então, o que vale afirmar o mesmo, quando tende a diminuir a soma total das suas dores. (BENTHAM, 1974, p. 10).

Adolfo Sánchez Vázquez ressalta a dificuldade prática deste cálculo:

Mas o cálculo dos efeitos ou conseqüências não é uma tarefa fácil, ainda que se faça com unidades numéricas, como pretendia Bentham no seu famoso “cálculo hedonista”, no qual as unidades de bem eram unidades de prazer. (SÁNCHEZ VÁZQUEZ, 1993. p. 174).

Utilidade não se restringe à felicidade individual, mas à coletiva. Bentham pretende que cada indivíduo seja feliz ao pensar e agir no propósito de conquistar bem-estar a toda

coletividade, premissa do hedonismo ético universal. A dificuldade de implementação desta linha de pensamento hedonista surge na medida em que o ser humano, por sua natureza, tende a buscar sua própria felicidade, relutando contra a ideia de sacrifício do seu prazer em prol da felicidade alheia.

John Stuart Mill avalia esse sacrifício como uma virtude: "O sacrifício é a virtude mais elevada que se pode encontrar no homem". (MILL, 2005, p. 57). Acrescenta, ainda, Mill que o sacrifício só é considerado um bem quando tem como finalidade a felicidade:

A moralidade utilitarista reconhece nos seres humanos o poder de sacrificarem o seu próprio maior bem pelo bem de outros. Só se recusa a admitir que o próprio sacrifício seja um bem. Para ela, um sacrifício que não aumenta nem tende a aumentar o total de felicidade é um desperdício. A única renúncia pessoal que aplaude é a devoção à felicidade, ou a alguns meios para a felicidade dos outros, seja da humanidade considerada coletivamente ou de alguns indivíduos dentro dos limites impostos pelos interesses coletivos da humanidade. (MILL, 2005, p. 57).

O utilitarismo exige, assim, a imparcialidade, a benevolência e o desinteresse:

Quanto à escolha entre a sua própria felicidade e a felicidade dos outros, o utilitarismo exige que ele seja tão estritamente imparcial como um espectador benevolente e desinteressado. Na regra de ouro de Jesus de Nazaré, lemos todo o espírito da ética da utilidade, Tratar 'os outros como queremos que nos tratem e amar' o nosso próximo como a nós mesmos constituem a perfeição ideal da moralidade utilitarista. Quanto aos meios para a máxima aproximação a este ideal, a utilidade prescreve, em primeiro lugar, que as leis e estruturas sociais coloquem tanto quanto possível a felicidade ou (como se lhe pode chamar para falar em termos práticos) o interesse de qualquer indivíduo em harmonia com o todo, e, em segundo lugar, que a educação e a opinião, que têm um poder tão grande sobre o carácter humano, usem esse poder para estabelecer na mente do indivíduo uma associação indissolúvel entre a sua própria felicidade e o bem comum (MILL, 2005, p. 58).

A teoria utilitarista não realça os *self-regarding* ou motivos pessoais, por influenciarem a felicidade pessoal, e não a da sociedade como um todo. Entre eles destacamos: o amor ao poder, o desejo físico, a autopreservação e o interesse pecuniário.

O utilitarismo se distingue das demais teorias consequencialistas à medida que busca a felicidade geral, considerando igualmente as pessoas. Ele consagra a ideia de que a regra do utilitarismo, de maximizar a felicidade para o maior número possível de indivíduos, não se restringe ao comportamento individual do ser humano ou da comunidade, devendo ser obedecida também pelo Poder Legislativo que, ao elaborar uma lei, observará sua finalidade, que nada mais é do que a utilidade geral, resumida na máxima felicidade ao maior número. Se assim o fizer, as leis receberiam a qualidade de serem úteis. Diante de tal pensamento, Bentham declara:

Pode-se afirmar que uma medida de governo (a qual constitui apenas uma espécie particular de ação, praticada por uma pessoa particular ou por pessoas particulares) está em conformidade com o princípio de utilidade – ou é ditada por ele – quando, analogamente, a tendência que tem a aumentar a felicidade da comunidade for maior do que qualquer tendência que tenha a diminuí-la. (BENTHAM, 1974, p. 10).

Enfatizando a utilidade como critério na avaliação da conduta humana, ressalta o autor:

Pode-se afirmar que uma pessoa é partidária do princípio de utilidade quando a aprovação ou desaprovação que dá a alguma ação, ou a alguma medida, for determinada pela tendência que, no seu entender, tal ação ou medida tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da comunidade; ou, em outras palavras, pela sua conformidade ou não-conformidade com as leis ou os ditames da utilidade. (BENTHAM, 1974, p. 9).

Acrescenta ainda que:

Diz-se que uma coisa promove o interesse de um indivíduo, ou favorece ao interesse de um indivíduo, quando tende a aumentar a soma total dos seus prazeres, ou então, o que vale afirmar o mesmo, quando tende a diminuir a soma total das suas dores. Por conseguinte, afirmar-se-á que uma determinada ação está em conformidade com o princípio da utilidade, ou, para ser mais breve, à utilidade, quando a tendência que ela tem a aumentar a felicidade for maior do que qualquer tendência que tenha a diminuí-la. (BENTHAM, 1974, p. 10).

Para Bentham, a natureza do indivíduo sempre o força a buscar a felicidade e a fugir do sofrimento, calculando invariavelmente as consequências de suas ações através de sua razão. As mudanças humanas são constantemente referentes à quantidade de prazer, e nunca à qualidade. Partindo dessa premissa, ele avalia a hipótese de uma pessoa consentir ou discordar de uma ação, utilizando critério próprio, diverso das consequências dos atos:

Se a pessoa estiver inclinada a crer que a própria aprovação ou desaprovação que dá à ideia de um ato, sem qualquer consideração pelas suas consequências, constitui para ela um fundamento suficiente para julgar e agir, façamo-la refletir consigo mesma sobre a seguinte questão: o seu modo de pensar deve ser considerado como norma do reto e do errado para todos os outros homens? Ou será que a convicção de cada um tem o mesmo privilégio de constituir uma norma-padrão?

Se responder afirmativamente à primeira questão, façamo-la perguntar-se a si mesma se o seu princípio não é despótico e hostil a todos os outros homens. (BENTHAM, 1974, p. 12).

Sobre o tema, ele continua:

Se responder afirmativamente à segunda questão, perguntemos se tal princípio não leva ao anarquismo, e se, caso assim for, não haveria tantas normas do reto e do errado

quantos são os homens. Perguntemos-lhe também se, nesta hipótese, não se deveria concluir que, mesmo em se tratando de uma e mesma pessoa, o que é hoje reto amanhã poderia ser errado, sem que haja a mínima alteração na própria coisa. Inquiramos também se, nesta hipótese, não aconteceria inevitavelmente que uma e mesma coisa seria ao mesmo tempo reta e errada, no mesmo lugar. (BENTHAM, 1974, p. 12).

Bentham preconiza que a aplicação do princípio da utilidade assegura às ações humanas o caráter de justiça, não necessitando de nenhuma outra norma reguladora, e que “refutar a justeza do princípio da utilidade com argumentos constitui tarefa impossível” (BENTHAM, 1974, p. 12). Para o autor, o direito é produto de uma escolha política, e para que haja justiça essa decisão tem que ser conforme o princípio utilitarista. Ele refuta todo e qualquer princípio contrário ao da utilidade, considerando-os sempre inconvenientes ou incoerentes. Nesta linha de pensamento, considera que “os sistemas que tentam questionar este princípio são meras palavras e não uma atitude razoável, capricho e não razão, obscuridade e não luz”. (BENTHAM, 1974, p. 9).

O utilitarismo ganha forma com sua ideologia de que as leis e as decisões políticas, apesar de continuarem nas mãos da mesma classe social, teriam o dever moral de reduzir a pobreza através do respeito ao princípio da utilidade, ao prazer e à felicidade do maior número. Assim uma ação, seja ela particular ou governamental, estará em conformidade com esse princípio se ela está propensa a incrementar a felicidade da maioria. Por conseguinte, tanto a ação governamental como a legislação são consideradas boas quando são capazes de proporcionar o máximo de felicidade ao maior número de indivíduos que a elas estão subordinados. Nesse sentido são as palavras de Bentham:

Quando uma pessoa supõe que uma ação ou, em particular, uma medida de governo, está em conformidade com o princípio de utilidade, pode ser conveniente, para as finalidades do discurso, imaginar uma espécie de lei ou ditado, denominado uma lei ou ditado de utilidade; conseqüentemente, poderá ser conveniente dizer que a ação em pauta está em conformidade com tal lei ou ditado. (BENTHAM, 1974, p. 10).

Acrescenta ainda que:

Pode-se afirmar que uma pessoa é partidária do princípio de utilidade quando a aprovação ou a desaprovação que dá a alguma ação, ou a alguma medida, for determinada pela tendência que, no seu entender, tal ação ou medida tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da comunidade; ou, em outras palavras, pela sua conformidade ou não-conformidade com as leis ou os ditames da utilidade. (BENTHAM, 1974, p. 11).

2.3 AS INTENÇÕES E AS CIRCUNSTÂNCIAS DO ATO

Ao propor a análise de um ato sob o prisma do Direito Penal, Bentham considera que as ações não devem ser analisadas isoladamente, mas levando-se vários elementos em consideração. Para isto, além dos motivos que levaram à prática do ato e a disposição geral do mesmo, devemos observar quatro elementos, quais sejam: o ato praticado em si, as circunstâncias nas quais o ato foi praticado, a intenção que provavelmente acompanhou o ato e a consciência, inconsciência ou falsa consciência, que podem ter acompanhado a ação (BENTHAM, 1974).

Acerca desta análise das consequências de um ato e das intenções, Bentham declara:

[...] ao rol das consequências de um ato pertencem não somente as que poderiam ter derivado dele, mesmo independentemente da intenção, senão também as que dependem da conexão que pode existir entre as consequências acima mencionadas e a intenção. A conexão que existe entre a intenção e certas consequências constitui, como veremos abaixo, um meio de produzir outras consequências. Nisto reside a diferença entre o agir racional e o agir irracional. V. – Ora, a intenção, no que concerne às consequências de um ato, dependerá de dois fatores: (1) o estado da vontade ou da intenção, com respeito ao próprio ato; (2) o estado da inteligência, ou das faculdades de percepção, em relação às circunstâncias que acompanham, ou parecem acompanhar a intenção. (BENTHAM, 1974, p. 25).

Continua ainda o eminente jurista seu estudo sobre a intenção do ato, fazendo um paralelo entre as circunstâncias e o estado do autor:

Ora, no que tange a estas circunstâncias, a faculdade de percepção é suscetível de três estados: consciência, inconsciência e falsa consciência. Temos estado de consciência quando a parte em questão acredita existirem precisamente aquelas circunstâncias que de fato existem, e não outras. Há estado de inconsciência quando a pessoa deixa de perceber a existência de certas circunstâncias que na realidade existem. Teremos falsa consciência quando alguém acredita ou imagina existirem certas circunstâncias que na verdade não são reais. (BENTHAM, 1974, p. 25).

Para se qualificar uma ação de boa ou má, é necessário avaliar as circunstâncias que a cercam, tais como: motivo, causa, efeitos, entre outros. Bentham (2008) entende que não há um só motivo que seja mal por si próprio ou totalmente bom.

Bentham destaca aspectos do caráter do homem contrapondo aos aspectos que circundam os atos; enfatiza também o quanto a moral individual pode influenciar na legislação. Para ele, um ato tanto pode ser bom como ruim, dependendo das circunstâncias que o rodeiam:

Estas devem necessariamente ser levadas em consideração, e isto antes de podermos determinar qualquer coisa acerca das consequências. Com efeito, de outra forma nunca poderemos ter certeza sobre quais possam ser as consequências de um ato em

seu conjunto. Em outros termos: de outra forma nunca poderemos saber se o ato é benéfico, ou indiferente, ou prejudicial. Em certas circunstâncias até o matar uma pessoa pode constituir um ato benéfico, ao passo que em outras pode constituir fato pernicioso o simples oferecer alimento a uma pessoa. [...] Tomemos qualquer ato e veremos que nada existe na natureza das coisas que impeça qualquer coisa imaginável de ser uma circunstância do ato. Qualquer coisa pode constituir uma circunstância de qualquer outra. (BENTHAM, 1974, p. 26).

Neste mesmo sentido, posicionou-se afirmando que “era isto o que tínhamos a dizer acerca dos dois primeiros fatores dos quais pode depender a tendência má de uma determinada ação, isto é, o próprio ato e o conjunto geral das circunstâncias que o podem ter acompanhado”. (BENTHAM, 1974, p. 29). Ele explica ainda que [...] “uma circunstância é material, quando do ponto de vista da causalidade apresenta uma relação visível com as consequências. Teremos, em contrapartida, uma circunstância imaterial, quando não apresenta relação visível com as consequências”. (BENTHAM, 1974, p. 26).

Bentham (1974) preceitua que as consequências de uma ação podem se relacionar com uma circunstância de quatro maneiras:

- a) por via de causalidade produtora – quando a circunstância pertence ao rol de circunstâncias que contribuem para a consequência;
- b) por via de derivação – “quando pertencer ao número daqueles eventos para cuja produção a circunstância em questão contribuiu” (BENTHAM, 1974, p. 27);
- c) por via de conexão colateral, “quando a circunstância em pauta, bem como o evento respectivo, sem que um tenha sido instrumento na produção do outro, se relacionam, cada um deles (a circunstância e o evento), a alguma coisa comum, a qual esteve implicada na produção de ambos” (BENTHAM, 1974, p. 27);
- d) por via de influência conjunta, quando circunstância e consequência se relacionam “entre si de qualquer outra forma ou não, contribuirão ambos conjuntamente para a produção de alguma consequência que lhes é comum”. (BENTHAM, 1974, p. 27).

Para um melhor entendimento dessa relação entre a consequência e a circunstância, Bentham exemplifica um homicídio, ressaltando cada circunstância que envolveu o crime e o

tipo de relacionamento com a consequência do ato, qual seja, o ferimento seguido de morte. Os detalhes do crime são:

No ano de 1628, Villiers, duque de Buckingham, favorito e ministro de Carlos I da Inglaterra, recebeu um ferimento e faleceu. A pessoa que o feriu foi um tal Felton, o qual, irritado com a má administração de que se acusava o referido ministro, viajou de Londres a Portsmouth, onde o duque se encontrava de passagem. Felton entrou na antecâmara do duque e, encontrando-o vivamente ocupado em conversação com uma série de pessoas que o rodeavam, aproximou-se dele, sacou um punhal e o assassinou. Devido ao esforço feito, o chapéu do assassino caiu ao chão, sendo encontrado logo depois, juntamente com o punhal ensanguentado. Na coroa interna do chapéu encontraram-se pedaços de papel, nos quais estavam escritas frases que exprimiam o objetivo da vinda de Felton. (BENTHAM, 1974, p. 27).

Utilizando o exemplo acima, Bentham cita o grupo ao qual cada circunstância participa:

Quadro 1 – As circunstâncias do ato (Continua)

POR VIA DE CAUSALIDADE PRODUTORA	POR VIA DE DERIVAÇÃO	POR VIA DE CONEXÃO COLATERAL	POR VIA DE INFLUÊNCIA CONJUNTA
O fato de Felton sacar o punhal	O fato de o punhal estar ensanguentado	O fato de se haver encontrado o chapéu no chão	A situação e a conversação das pessoas ao redor do duque de Buckingham são circunstâncias que se relacionam com as circunstâncias do fato de Felton ter aberto caminho para a sala, ter viajado a Portsmouth, etc. uma vez que contribuíram em comum para o evento do ferimento de Villiers, impedindo-o de ficar de sobreaviso no momento em que o intruso apareceu
A entrada de Felton na antecâmara do ministro		O fato de se haver encontrado as frases dentro do chapéu	
A viagem de Felton a Portsmouth		O fato de terem sido escritas	
A irritação de Felton em relação à má administração de Buckingham			

A má administração de Buckingham em si mesma			
O fato de o rei Carlos nomear Buckingham como ministro			

Quadro 1 – As circunstâncias do ato (Conclusão)

Fonte: Elaborado pelo autor.

A circunstância particular da intenção ou da vontade pode afetar o próprio ato ou as consequências do ato ou ambos:

Desses dois fatores, aquele que for afetado pela intenção pode ser denominado fator *intencional*. Se a intenção afetar o ato, este pode ser qualificado como intencional; se afetar as consequências, também estas serão denominadas intencionais. Se a intenção afetar tanto o ato como as consequências, toda a *ação* pode ser denominada intencional. Evidentemente, aquele dos dois fatores mencionados que não for objeto da intenção será denominado *não intencional*. (BENTHAM, 1974, p. 29).

Existe a possibilidade de o ato ser intencional e as consequências não serem intencionais, como por exemplo, quando um indivíduo tem “[...] a intenção de tocar uma pessoa, sem tencionar feri-la; e, no entanto, conforme for o andamento das consequências, pode acontecer que se fira a pessoa” (BENTHAM, 1974, p. 29).

Para Bentham (1974, p. 29), é plenamente viável que as consequências de uma ação sejam intencionais e nem todas as etapas desta ação sejam completamente intencionais. Ele exemplifica esta hipótese:

Suponhamos que alguém tencione ferir uma pessoa correndo contra ela e derrubando-a por terra e, com este intuito, corra em direção a ela; pode acontecer, porém, que uma terceira pessoa sobrevenha repentinamente entre as duas. Acontecerá então que a primeira pessoa (a que tencionava ferir a segunda), antes de poder parar na sua corrida, bata contra a terceira (ao invés de colidir contra a segunda, como tencionava originariamente), e esta derrube a segunda. (BENTHAM, 1974, p. 29).

Essa hipótese só pode ocorrer quando pelo menos a primeira etapa do ato for intencional. Isto porque se a pessoa não tem a intenção no início da ação, não existe por conseguinte a intenção de gerar a consequência. Essa pessoa pode não ter qualquer intenção ou até mesmo desejar outras consequências de natureza semelhante no futuro. Para esta hipótese, Bentham exemplifica:

Suponhamos – voltando ao caso acima - que a terceira pessoa corra por sua própria conta contra a segunda e a derrube. A primeira tinha a intenção de fazer uma coisa da mesma natureza – ou seja, correr ela mesma contra a segunda e derrubá-la ao chão – porém na realidade nada fez concretamente para pôr em prática tal intenção. Consequentemente, não se pode afirmar que as consequências individuais do ato – que a terceira pessoa praticou para derrubar a segunda – sejam intencionais por parte da primeira pessoa. [...] (BENTHAM, 1974, p. 30).

A intenção pode ser considerada boa ou ruim levando-se em consideração dois fatores: as consequências do ato ou seus motivos. Assim, uma boa intenção deriva, basicamente, ou de uma consequência boa ou de um bom motivo, como bem salientou Bentham:

[...] a intenção de uma pessoa em qualquer ocasião pode ser denominada boa ou má, ou com referência às consequências do ato ou com referência aos seus motivos. Se a intenção for qualificada boa ou má em algum sentido, será necessariamente ou porque se acredita que ela produz boas ou más consequências, ou porque se crê que ela se origina de um motivo bom ou de um motivo mau. Entretanto, a qualidade boa ou má das consequências depende das circunstâncias. Ora, as circunstâncias não constituem objeto da intenção. A intenção de uma pessoa tem por objeto o ato, através da sua intenção a pessoa produz o ato; quanto às circunstâncias, a pessoa não as visa com a sua intenção; na medida em que considerarmos as circunstâncias na sua qualidade de circunstâncias, não podemos afirmar que as pessoas as produzam. Se porventura houver algumas circunstâncias de cuja produção a pessoa tiver sido causa instrumental, isto se deu em razão de intenções anteriores, dirigidas a atos anteriores, os quais produziram aquelas circunstâncias como consequências: no tempo em questão a pessoa as assume como as encontra. (BENTHAM, 1974, p. 30-31).

Esse autor difere vontade de inteligência, considerando que os atos e suas consequências são tanto objeto da vontade humana como da inteligência, enquanto que as circunstâncias não são objetos da vontade, mas somente da inteligência:

Os atos, juntamente com as suas consequências, constituem objeto da vontade bem como da inteligência, ao passo que as circunstâncias como tais são apenas objeto da inteligência. Em relação a elas a única coisa que podemos fazer é conhecê-las ou não conhecê-las; em outras palavras, ter consciência delas ou não tê-la. Ao item “consciência” pertence o que se pode e deve dizer acerca da qualidade boa ou má da intenção de uma pessoa, conforme resulta das consequências do ato; ao item “motivos” pertence o que se pode e deve dizer a respeito da sua intenção, conforme resulta do motivo. (BENTHAM, 1974, p. 31).

Assim, antes de se qualificar uma ação de boa ou ruim, é necessário fazer uma observação das circunstâncias que a abraçam, pois nenhuma ação é benéfica ou maléfica em si mesma.

2.4 O PANÓPTICO

O panóptico é um modelo circular de prisão ideal criado por Bentham, onde apenas uma pessoa vigiaria todos os detentos sem que estes percebessem se estão ou não sendo vigiados. Nos seus escritos, ele se refere à arquitetura prisional originando a ideia circular das prisões utilizadas amplamente na atualidade. Esse presídio foi pensado para conferir segurança, dominação, submissão forçada, reforma do preso e incentivo ao trabalho. O trabalho seria o meio de reforma do condenado, pois colaboraria com a conquista de uma vida digna ao sair da prisão. Desta forma, o trabalho teria que ser atrativo e fecundo, não admitindo trabalhos inúteis ou árduos.

Bentham conceitua o panóptico como:

Uma *casa penitenciária* mais particularmente é (desculpe, devo me corrigir e dizer: deveria ser) o que toda prisão poderia e, em algum grau, ao menos deveria ser: planejada ao mesmo tempo como um local de *custódia segura* e como um local de *trabalho*. Todos esses locais devem necessariamente ser, quer seja planejado ou não, um *hospital* — um local onde, no mínimo, haverá pessoas doentes, mesmo que não se ofereçam meios para seu alívio. (BENTHAM, 2008, p. 34).

Continua descrevendo-o como:

O edifício é circular. Os apartamentos dos prisioneiros ocupam a circunferência. Você pode chamá-los, se quiser, de *celas*. Essas *celas* são separadas entre si e os prisioneiros, dessa forma, impedidos de qualquer comunicação entre eles, por *partições*, na forma de raios que saem da circunferência em direção ao centro, estendendo-se por tantos pés quantos forem necessários para se obter uma cela maior. O apartamento do inspetor ocupa o centro; você pode chamá-lo, se quiser, de *alojamento do inspetor*. Será conveniente, na maioria dos casos, se não em todos, ter-se uma área ou um espaço vazio em toda volta, entre esse centro e essa circunferência. Você pode chamá-lo, se quiser, de área *intermediária* ou *anular*. Cerca do equivalente da largura de uma cela será suficiente para uma *passagem* que vai do exterior do edifício ao alojamento. Cada cela tem, na circunferência que dá para o exterior, uma *janela*, suficientemente larga não apenas para iluminar a cela, mas para, através dela, permitir luz suficiente para a parte correspondente do alojamento. A circunferência interior da cela é formada por uma *grade* de ferro suficientemente fina para não subtrair qualquer parte da cela da visão do inspetor. Para impedir que cada prisioneiro veja os outros, as partições devem se estender por alguns pés além da grade, até a área intermediária: eu chamo essas partes protetoras de *partições prolongadas*. (BENTHAM, 2008, p. 20-21).

O isolamento ou separação das celas referidas acima tinha um objetivo específico, que era impedir a proliferação de uma cultura carcerária, pois para Bentham os homens segregados acabam absorvendo os costumes e linguagens do grupo a que pertencem, além de criarem suas próprias leis que são ditadas pelos mais respeitados, ou seja, os mais temíveis.

Esse filósofo defende a humanização das prisões e a assistência pós-penitenciária, afirmando que o condenado só seria reabilitado se, ao voltar ao convívio da sociedade, tivesse

apoio que permitisse sua reintegração sem retornar ao mundo do crime. Outra fonte de sua atenção são os problemas penitenciários, em especial as condições humilhantes das prisões. Para ele o sistema, ao invés de reabilitar, incentivaria, diante dos maus-tratos, um sentimento de vingança à sociedade, educando os detentos, em verdade, para a maldade.

Para ele, as estruturas físicas dos presídios somadas à ociosidade dos criminosos tiram a honra destes que ao saírem do cárcere retornam a prática delitiva incentivados pela miséria e submetidos ao autoritarismo de certos homens usualmente depravados pelo crime e pela tirania.

O edifício circular idealizado por ele, no qual todas as celas ficariam expostas à observação do inspetor-mor, não apenas deixariam os presos visíveis, como também os guardas, impedindo-os de praticar maus-tratos:

Outra vantagem importante, quaisquer que sejam os propósitos aos quais o plano possa ser aplicado, particularmente onde ele é aplicado aos propósitos mais severos e coercivos, é que *os subguardas ou subinspetores, os empregados ou subordinados de qualquer tipo, estarão sob o mesmo e irresistível controle do guarda-mor ou inspetor-mor, da mesma forma que os prisioneiros ou outras pessoas a serem governadas*. Nos planos comuns, que meios, que possibilidades tem o prisioneiro de apelar à humanidade do diretor para tomar medidas contra a negligência ou opressão de subordinados naquela rígida esfera a não ser as *poucas* oportunidades – ou, como muitos guardas *julgam* apropriado, simplesmente nenhuma – que, em uma prisão superlotada, o guarda mais consciencioso pode permitir-se? Quão diferente seria sua sorte no presente plano! Em nenhum caso poderiam seus subordinados exercer ou deixar de exercer seu dever, mas ele deve saber a hora e o grau e a maneira de fazê-lo. Isso dá uma resposta, e uma resposta satisfatória, a uma das questões políticas mais intrigantes — *quis custodiet ipsos custodes* [quem guarda os próprios guardas]? E, na medida em que o cumprimento de seu dever se tomaria tão mais fácil do que jamais foi até agora, da mesma forma qualquer desvio poderia — e deveria — ser punido com a severidade mais inflexível. E essa circunstância que toma este plano tão benéfico para aquilo que é chamado de *liberdade* quanto ele o é para a necessária coerção; tão poderoso como um controle sobre o poder subordinado quanto como uma prevenção da delinquência; tão eficiente como uma proteção à inocência quanto como um castigo para o culpado. (BENTHAM, 2008, p. 31, grifo nosso).

Dessa forma, a estrutura física das penitenciárias deve influenciar a punição de tal forma que auxilie o cumprimento do seu propósito:

Na minha última carta, esforcei-me por lhe mostrar, no plano do edifício proposto, as vantagens prometidas por uma construção desse tipo quando aplicada a lugares de *confinamento* e considerada apenas desse ponto de vista. Conceda-me permissão, agora, para considerá-la como aplicável aos propósitos conjuntos da *punição*, da *reforma* e da *economia pecuniária*. (BENTHAM, 2008, p. 35-36).

Michel Foucault fez a análise mais completa do panóptico; para ele, Bentham teria a intenção muito maior do que criar simples prisões ao descrever o panóptico. Esse modelo de estrutura de vigilância, além de automatizar e desindividualizar o poder, também patrocina a

dominação e a submissão dos que são observados. Isso o levou a concluir que tal característica permitiria sua utilização em outros locais, tais como: indústrias, hospitais, escolas, manicômios...

Para ele, o poder seria exercido automaticamente, ao ser sustentado pela consciência do condenado da sua permanente visibilidade, sem necessidade de amarras. Ele se tornaria preso por esta concepção, ou seja, o próprio infrator se sujeitaria espontaneamente ao poder, sendo domado e domador simultaneamente, e a partir de uma relação fictícia criaria uma relação de sujeição real, pois sua estrutura permitia que, com um olhar, se visse tudo o que acontece. Ou como declarou Foucault (2007, p. 166-167) “o Panóptico é uma máquina de dissociar o par ver-ser visto: no anel periférico, se é totalmente visto, sem nunca ver; na torre central, vê-se tudo, sem nunca ser visto”.

O panóptico tem sido estudado até os dias atuais, sendo irrefutável a sua contribuição para a diminuição das penas cruéis.

2.5 O UTILITARISMO E A PUNIÇÃO

Como os utilitaristas consideram bom tudo aquilo que é útil para o maior número possível de pessoas, o princípio da utilidade assume o papel de fundamento da moralidade, transformando toda ação útil em legítima. A Teoria da Pena elaborada por Bentham fundamenta-se, portanto, no princípio utilitarista de felicidade ao máximo. Para ele, o princípio da utilidade deve ser a base da construção legislativa no âmbito do Direito Penal, uma vez que o objetivo do Estado é utilizar a punição para desestimular ações que maximizam o sofrimento. Assim, “segundo o princípio de utilidade, as penas legais são males, que devem recair acompanhados de formalidades jurídicas sobre indivíduos convencidos de terem feito algum ato prejudicial, proibido pela lei, e com o fim de se prevenirem semelhantes ações para o futuro” (BENTHAM, 2002, p. 20).

Diante disso, ele sintetiza afirmando que a justificação da pena se revela no princípio da utilidade, ou seja, “o que justifica o castigo, é a sua maior utilidade, ou, para melhor dizer, a sua necessidade. Todo o delinquente é inimigo público; e como podem os inimigos consentir em serem desarmados, e reduzidos a estado de não fazerem mal?” (BENTHAM, 2002, p. 20).

Para ele, a pena tem que ter uma finalidade essencial, que é prevenir novas infrações; considera, ainda, que na maioria das vezes é impossível reparar o infortúnio causado pelo delito,

mas é possível retirar o desejo de fazer o mal, pois o mal da pena pode ser maior que o ganho do crime.

A punição necessita de satisfatórias razões para sua existência, sendo indispensável que a penalidade proporcione um benefício, prazer ou diminuição de dor maior à comunidade do que o sofrimento gerado pela sua aplicação.

A respeito da punição, enfatiza Bentham (1974, p. 66): “como temos visto, o escopo geral de todas as leis é evitar o prejuízo, isto é, quando valer a pena [...]”. Assim, a punição, ao ser criada ou aplicada, deve atender à ética consequencialista, visando satisfazer seu princípio básico: princípio da utilidade ou da maior felicidade, maximizando imparcialmente a felicidade para o maior número. A penalidade deve ser, portanto, voltada para o futuro, ter uma utilidade preventiva; ou seja, não deve ser um fim em si mesmo, ancorado em uma ideia abstrata de “justiça”, conforme propunha a teoria ‘retribucionista ou absoluta da pena (BENTHAM, 2002).

O ser humano é encarado como um ser racional que calcula os prazeres e os dissabores que o delito pode produzir. O motivo do crime seria a tentação de obter alguma vantagem. Em uma equação lógica, basta, assim, que o mal da pena, incluindo todos os inconvenientes que traz, ultrapasse essa vantagem para que o efeito dissuasório se produza (BENTHAM, 2002).

No que diz respeito à punição, Winfried Hassemer explica que, segundo a Teoria da Prevenção Geral Positiva, a aplicação da pena serve para impor a todos uma ordem jurídica geral, reafirmar as normas, proteger os bens jurídicos mais relevantes e reabilitar normativamente a vítima, a fim de que possamos viver em comunidade (HASSEMER, 2007).

Segundo Ingram (2010), o utilitarismo de Jeremy Bentham ressalta que o castigo é útil, pois produz maior prazer ao maior número de pessoas, e a razão por que devemos infligir esse mal aos criminosos condenados não é porque o merecem, mas porque isso evita um mal maior: o crime. Esta teoria, ao analisar uma ação apenas por suas consequências benéficas, fere a ideia de justiça, admitindo a punição de inocentes quando causar prazer ao maior número de pessoas ou for o menor entre dois males.

Ao escrever sobre punição, Bentham (2002) ressalta que o criminoso é membro da sociedade como qualquer outra pessoa e que o seu bem é o bem de todos, assim como o seu mal é o mal de todos. Enfatiza, ainda, que essa verdade não pode ser esquecida e que mesmo nos casos em que os interesses do infrator são sacrificados pelo interesse geral, ele mantém seus direitos – tudo isso em nome da moralidade da justiça.

Bitencourt (2016, p. 87) afirma que Bentham “aceitava a necessidade de que o castigo fosse um mal, mas como um meio para prevenir danos maiores à sociedade. Já não se tratava

de que a pena constituísse um mal desprovido de finalidades” e que “foi um avanço importante na racionalização da doutrina penal o fato de Bentham insistir que a função da pena não era a vingança do fato criminoso praticado, mas a prevenção da prática de novos fatos” (BITENCOURT 2004, p. 48).

Bentham traz a ética ao campo do direito penal ao estabelecer que a criminalização de uma conduta e a quantidade de punição devem ser mensuradas por um cálculo matemático dos prazeres e das dores derivantes de cada ato. Para ele, “a tendência geral de um ato é mais pernicioso ou menos pernicioso, de acordo com a soma total das suas conseqüências, isto é, conforme a diferença entre a soma das conseqüências boas e a soma das conseqüências funestas” (sic) (BENTHAM, 1974, p. 25).

Para o autor, existe uma proporcionalidade matemática entre a punição de uma conduta humana e o grau que esta ação irá intervir na felicidade ou na dor da sociedade:

A parte da missão de governo que consiste em punir constitui mais particularmente o objeto da lei penal. A obrigatoriedade ou necessidade de punir uma ação é proporcional à medida em que tal ação tende a perturbar a felicidade e à medida em que a tendência do referido ato é pernicioso. Ora, a felicidade consiste naquilo que já vimos, ou seja, em desfrutar prazeres e estar isento de dores. (BENTHAM, 1974, p. 25).

Acerca da ligação entre utilitarismo benthaniano e o Poder Legislativo, Freitas leciona que a atividade legislativa poderá ser usada para facilitar a cooperação entre os indivíduos na busca da felicidade global:

A primeira lei de natureza, para Bentham, consistiria em buscar o prazer e evitar a dor, sendo necessário para alcançar tal escopo que a felicidade pessoal fosse alcançada pela felicidade alheia. [...] *A solução para encontrar a cooperação entre os homens, ele a aponta na identificação de interesses, factível através da atividade legislativa do governo.* (sic) (FREITAS, 1986, p. 44, grifo nosso).

O utilitarismo defendido por Bentham prescreve que a função do legislador é, utilizando sua compreensão acerca da natureza humana, elaborar a legislação de forma a garantir a maximização da felicidade e a minimização do sofrimento do maior número de pessoas. Muitas vezes poderá valer-se da comparação de duas ações escolhendo aquela à qual poderá gerar um resultado positivo superior de prazer. É necessário, portanto, estruturar a legislação penal de forma a consagrar o princípio da utilidade e cumprir a missão dos governantes, que consiste em promover a felicidade da sociedade, punindo e recompensando (BENTHAM, 1974).

Acerca dos objetivos do legislador, esse jurista considera que:

[...] a felicidade dos indivíduos de que se compõe uma comunidade — isto é, os seus prazeres e a sua segurança — constitui o objetivo, o único objetivo que o legislador deve ter em vista, a única norma em conformidade com a qual todo indivíduo deveria, na medida em que depende do legislador, ser *obrigado* a pautar o seu comportamento. (BENTHAM, 1974, p. 19).

No prefácio do livro *Teoria das Penas*, ele discorre mais detalhadamente acerca do dever do Estado e do legislador ao elaborar uma lei penal:

Um bom Legislador deve cuidar mais em prevenir os crimes, do que um despicar a Justiça, máxima trivial no dia de hoje, mas que não deve ficar em palavras, já que temos a fortuna de viver debaixo de um Governo Constitucional; para que se não diga que as leis humanas não têm senão escravos, porque não tem senão suplícios. Os tiranos gostam de sangue, nem se podem sustentar senão pela força, *ultima ratio regum*, um bom Governo e imagem de um pai, que não mortifica, nem desterra seus filhos, senão depois de esgotar todos os meios de os poder emendar. Facilitai os meios de cada um poder ganhar a sua vida, desterrai a ociosidade, e os delitos serão menos, educai a mocidade; na boa educação e na paz e felicidade das famílias estão as sementes da felicidade geral. (BENTHAM, 2002, p. 13).

O ato de obediência à legislação, além de evitar o mal à sociedade, traz outra consequência benéfica, qual seja, a felicidade por não sofrer punição.

A tipificação de condutas humanas como crime permite que o Estado mantenha a ordem na sociedade, desestimulando a prática lesiva e evitando o sofrimento. Sobre o tema, Bentham afirma:

Bem sei que para maior parte dos homens não há senão o medo; mas devemos ter em vista, dizia Pastoret, que Deus é o único Juiz, e vingador do pecado, e que se as leis humanas castigam é só com o fim de restabelecer a ordem social. (BENTHAM, 2002, p. 13).

A pena é a maneira pela qual o Estado aplica suas regras abstratas a um caso real, tendo como destinatário toda pessoa que desrespeitar a lei. Assim, “[...] não podemos conceber um só direito, nem do Governo, nem dos particulares que possa existir sem o direito de castigar: a pena é a sanção de todos os outros” (BENTHAM, 2002, p. 20).

Pode-se dizer que uma pena é preventiva quando visa reduzir a incidência de condutas criminosas, utilizando a punição do infrator como meio de ressaltar o poder do Estado e alertar à sociedade que será punido todo cidadão que, possuindo uma pretensão criminosa, não obedecer aos padrões de conduta determinados pela lei. Ao escrever sobre o assunto, Francesco Carnelutti ressalta:

Dizem, facilmente, que a pena não serve somente para a redenção do culpado, mas também para a advertência dos outros, que poderiam ser tentados a delinquir e por isso deve os assustar; e não é este um discurso que deva se tomar por chacota; pois ao menos deriva dele a conhecida contradição entre função repressiva e a função preventiva da pena: o que a pena deve ser para ajudar o culpado não é o que deve ser para ajudar os outros; e não há, entre esses dois aspectos do instituto, possibilidade de conciliação. (CARNELUTTI, 2006, p. 103).

Carnelutti (2006) valoriza de tal maneira o caráter exemplificativo da pena que destaca a importância do infrator permanecer na prisão, mesmo estando recuperado da sua natureza criminosa, apenas para servir de ensinamento aos demais:

O mínimo que se pode concluir dele é que o condenado, o qual, ainda tendo caído redimido antes do término fixado para a condenação, continua em prisão porque deve servir de exemplo aos outros, é submetido a um sacrifício por interesse alheio; este se encontra na mesma linha que o inocente, sujeito a condenação por um daqueles erros judiciais que nenhum esforço humano jamais conseguirá eliminar. Bastaria para não assumir diante da massa dos condenados aquele ar de superioridade que infelizmente, mais ou menos, o orgulho, tão profundamente aninhado ou mais íntimo de nossa alma, inspira a cada um de nós, ninguém verdadeiramente sabe, no meio deles, quem é ou não é culpado e quem continua ou não sendo. (CARNELUTTI, 2006, p. 103.)

Sobre o tema, o jurista Luiz Regis Prado relata que:

Em síntese: a justificativa da pena envolve a prevenção geral e especial, bem como a reafirmação da ordem jurídica, sem exclusivismos. Não importa exatamente a ordem de sucessão ou de importância. O que se deve ficar patente é que a pena é uma necessidade social – última ratio legis, mas também indispensável para a real proteção de bens jurídicos, missão primordial do Direito Penal. De igual modo, deve ser a pena, sobretudo em um Estado constitucional e democrático, sempre justa, inarredavelmente adstrita à culpabilidade (princípio e categoria dogmática) do autor do fato punível. [...] O que resta claramente evidenciado numa análise sobre a teoria da pena é que sua essência não pode ser reduzida a um único ponto de vista, com exclusão pura e simples dos outros, ou seja, seu fundamento contém realidade altamente complexa. (PRADO, 2005, p. 567).

Ao lecionar sobre a pena, Bentham ressalta a importância de inabilitar, reformar ou amedrontar o criminoso, impedindo sua reincidência:

Relativamente ao réu, já sabemos que a pena encerra três objetos: inabilitação, reforma, acanhamento para cometer o crime com medo da lei. Se o delito é de natureza que inspira grande terror, porque denota no animo de seu autor uma disposição mui depravada, é preciso tirar-lhe o poder de reincidir; mas se é menor, bastará aplicar-lhe uma pena de passagem: mas esta pena em todo o caso deve ter qualidade; próprias para reformar e assustar o réu depois que sai da prisão. (sic) (BENTHAM, 2002, p. 24).

Apesar de Bentham entender que o crime, por ter ocorrido no passado, não afeta mais que um indivíduo, não podemos olvidar que tanto a prática de um crime como a punição do

infrator atingem direta ou indiretamente três grupos distintos – a sociedade, o criminoso e a vítima – e que, dependendo do sujeito da relação, a pena terá uma finalidade diferente.

Dois efeitos importantes da punição são: a reparação à vítima e o sofrimento do infrator. A dor causada ao transgressor da lei serve de exemplo, prevenindo, de um modo geral, a prática de delitos tanto pelo criminoso, como pelo restante da sociedade. No tocante ao ressarcimento da vítima, Bentham declara que “tendo precavido os crimes, ainda resta ao magistrado reparar do modo possível o estrago que tem feito, concedendo à parte lesada uma satisfação, quero dizer, um bem, que possa ressarcir a injúria que sofreu” (sic) (BENTHAM, 2002, p. 24). Acerca desse duplo efeito, ele ainda ressalta que:

Essa desforra, cimentada sobre motivos que se acham desenvolvidos no segundo “Tratado da Legislação”, parece que não pertence ao réu, por isso que se aplica uma diferente pessoa; e até mesmo á primeira vista ninguém dirá que tem alguma relação com ele: mas esses dois fins tem um enlace real verdadeiro. Há penas que tem dois efeitos: uma reparação feita à parte Lesada, e um padecimento proporcionado, que se aplica ao réu; de sorte que por uma só e mesma operação, preenchem dois fins no mesmo tempo. Neste caso estão as penas pecuniárias; qualidade eminente, quando se guardam limites. (sic) (BENTHAM, 2002, p. 24).

Um ato que causa prejuízo deve ser, além de ressarcido, combatido de forma que não volte a acontecer em nome da felicidade da sociedade. Desta forma, “quando acontece um ato nocivo, um delito, dois pensamentos se devem oferecer ao espírito do legislador ou do magistrado: o modo de prevenir o crime para que não torne a acontecer, e o meio de reparar quanto for possível o mal, que tem causado” (BENTHAM, 2002, p. 22-23).

O caráter preventivo possui uma face específica que seria abster o infrator da prática de novos delitos, e uma geral, ao incentivar o restante da sociedade a obedecer às leis penais através do exemplo do que lhe sucederia se cometesse a mesma infração. Assim, “[...] a pena aplicada a um indivíduo é o modo de conservar o todo” (BENTHAM, 2002, p. 24), ou em outras palavras:

O modo geral de prevenir os crimes é declarar a pena que lhe corresponde, e fazê-la executar, o que, na acepção geral e verdadeira serve de exemplo. O castigo em que o réu padece é um painel em que todo homem pode ver o retrato do que lhe teria acontecido, se infelizmente incorresse no mesmo crime. Este é o fim principal das penas, é o escudo com que elas se defendem. Considerando o delito que passou na razão de um fato isolado, que não toma a aparecer, a pena teria sido inútil; seria ajuntar um mal a outro mal; mas quando se observa que um delito impune deixaria o caminho livre não só ao réu. mas a todos os mais que tivessem os mesmos motivos e ocasiões para se abalançarem ao crime [...] A pena, que em si mesma não tem valia a pena, que repugna a todos os sentimentos generosos, sobe até emparelhar com os mais altos benefícios, quando a podemos encarar, não como um ato de raiva ou de vingança contra um criminoso ou desgraçado, que se rende a uma inclinação funesta, mas como

um sacrifício indispensável para a salvação de todos. (sic) (BENTHAM, 2002, p. 23-24).

O caráter preventivo da pena não se relaciona apenas com o desestímulo da reincidência, mas, sobretudo, desaconselha toda a sociedade da prática do ato ilegal:

O perigo imediato vem do criminoso; este é o primeiro objeto, a que se deve acudir, mas ainda resta o perigo de que outro qualquer, com os mesmos motivos e com a mesma facilidade, não venha a fazer o mesmo. Sendo isto assim, há dois modos de atalhar o perigo: um particular que se aplica ao réu; e outro geral que se aplica a todos os membros da sociedade sem exceção. (BENTHAM, 2002, p. 23).

O jurista alemão Franz Von Liszt coaduna com este entendimento:

O fato de que a pena produz toda uma série de efeitos reflexos, como me ocorre chamá-los, é obvio, porém carece de importância suficiente para invalidar nossa classificação. Somente resta mencionar, ademais, a importância da ameaça penal, aquele que, como exortação e intimidação, reforça motivos que devem fazer desistir da perpetração de delitos. Não devemos perder de vista este efeito, mas no momento, teremos de deixá-lo de lado. Pois não se trata para nós dos imperativos estatais, mas de pena estatal, da qual a ameaça da pena somente é um imperativo agravado. (LISZT, 2005, p. 56).

A punição tem assim, como objetivo, a prevenção da prática de novos crimes: “o modo geral de prevenir os crimes é declarar a pena que lhe corresponde, e fazê-la executar, o que, na aceção geral e verdadeira serve de exemplo” (BENTHAM, 2002, p. 23). Além disso, “a pena deve fazer-se respeitar em um grau maior do que o crime se faz apetecível” (BENTHAM, 2002, p. 28).

Ao escrever sobre a dupla face da pena, Bentham assevera que “[...] todas as vezes que a pena não consegue o seu fim, é um dobrado mal: para o público, por isso que deixa cometer o crime, que devia obstar; e para o réu, porque o vem a castigar sem tirar utilidade” (BENTHAM, 2002, p. 29). Conclui-se, portanto, que o papel da punição na redução da criminalidade assume, em geral, duas formas principais: incapacitação e dissuasão.

A finalidade da pena depende do ponto de vista em que é observada, podendo ser da sociedade, da vítima ou do infrator. Em relação à sociedade, seu objetivo é a prevenção geral. Bentham considera tão importante que a punição sirva de exemplo para a sociedade que rechaça a ideia de punição em segredo:

E verdade que necessitamos lançar mão de penas reais mas a principal razão é para servirem de exemplo: a realidade da pena é necessária; porque sem esta realidade não podemos ter a aparência, que na imposição das penas deve ser o nosso fim essencial: todo o mal que não aparece, fica perdido; logo, é preciso que o mal real seja o menor, e o mal aparente o maior possíveis. Se castigar um homem em estátua pudesse dar de

si a mesma impressão de terror, seria um desatino, e até crueldade enforçar um homem. Se os réus fossem constantemente castigados em segredo, é uma verdade inegável que, à exceção da vantagem accidental que poderia resultar de se emendar este ou aquele, ou de ficar com as mãos presas para não fazer mal, a aplicação das penas teria sido inútil: a pena real neste caso era tudo; o castigo aparente coisa nenhuma; cairia de repente sobre os homens como um mal imprevisível; não se teria apresentado ao seu espírito para o afastar da ação criminosa; não serviria de exemplo a ninguém. (sic) (BENTHAM, 2002, p.26).

Bentham considera que a pena tem um aspecto formal e lúgubre e que a crueldade deveria ser aparente. O autor não aceita, assim, as penas cruéis, pois não considera a dor como um fim em si mesma. A solução encontrada foi a aparência de crueldade, o que impressionaria a sociedade e ao mesmo tempo não causaria sofrimento extremo ao infrator. O autor não demonstra simpatia às penas cruéis como a de morte, considerando-as uma perda ou desperdício, pois a força e a riqueza de uma nação estão alicerçadas no número de homens que possui. Sua visão das mutilações não é diferente: um homem mutilado se torna um incapaz para o trabalho e, conseqüentemente, um peso para a sociedade, aumentando os custos do Estado ou, quando abandonado, da caridade pública.

Muitos doutrinadores acreditam que o que amedronta realmente o infrator, mais do que a rigorosidade da punição, é a certeza da sua aplicação. No momento do crime, o criminoso não pensaria no rigor da punição, mas na probabilidade de ser flagrado ou de não ser punido. Uma pena que fosse extremamente rigorosa, mas sem aplicabilidade, só serviria para suavizar e não fortificar o sistema penal. Assim, o denominado modelo neoclássico dissuasório vislumbra na eficácia do sistema penal, e não na sua rigidez, a grande saída para o combate da criminalidade (GARRIDO; STANGELAND; REDONDO, 2001). Sobre o tema, Bentham esclarece que:

A punição, mesmo em suas formas mais repulsivas, perde seu caráter odioso quando existe a *certeza* de que ela será aplicada: quando sabe que ela é certa, nem mesmo o mais duro facínora vai querer se expor à possibilidade de sua aplicação. Se um exemplo for necessário, pense no meio utilizado pela tão admirada lei da Inglaterra, em um de seus ramos mais admiráveis — meio que funciona não com os criminosos, mas com a classe dos juizes. Qual é esse meio, se não a morte? E não a morte comum, mas a morte como o resultado necessário, mas lento, de uma longa tortura. E, contudo, que reprovção mereceu essa lei? Quando foi ela, alguma vez, acusada de crueldade? (BENTHAM, 2008, p. 35).

Outra vertente principal do pensamento utilitarista sobre a punição é a possibilidade de reabilitação do criminoso. É a ideia de ver a pena como uma terapia por meio da qual os infratores seriam reeducados e modificados de forma que se tornem membros plenos e úteis da sociedade.

Para Platão, a pena é a medicina na alma (apud BETTIOL, 1977, p. 169), tendo a função de purificar o infrator mais do que o organismo social, mas sem refutar o caráter retributivo da punição. Neste mesmo diapasão posicionou-se Agostinho (apud BITENCOURT, 1993 p. 21) em sua obra *A cidade de Deus*, ao afirmar que a pena não deve se destinar a destruir o culpado, mas ao seu melhoramento.

Bentham repudia as penas infamantes, pois considera que estas diminuam consideravelmente a probabilidade de reabilitação. Como limite da retribuição, Bentham considera que a pena é um mal que não deve extrapolar o dano produzido pela infração: assim, a pena pode ser má apenas para evitar um sofrimento maior a toda sociedade, ou seja, a maldade da pena tem uma finalidade. A punição é um mal lucrativo e justificável se e apenas se evitar um mal maior, sendo dispensada nos casos em que o motivo não for plausível ou não for útil, ou for muito oneroso ou ineficaz, racionalizando o poder persecutório do Estado:

O mal que produzem os castigos, é uma despesa que faz o Estado com intenção de lucrar: este lucro é prevenir os crimes: nesta operação não há mais que somar o ganho e diminuir a perda: donde se segue que abater a despesa ou acrescentar a receita, é tender igualmente para a utilidade geral. (BENTHAM, 2002, p. 25, grifo nosso).

Para ele, uma pena é econômica quando atinge o efeito pretendido aplicando a menor dor possível; e será onerosa quando o efeito maléfico for maior que o benéfico, ou nos casos em que se poderia alcançar o mesmo fim com menos dor.

Bentham esclarece que apesar de todos saberem o que significa a pena ou o castigo, é importante conceituá-lo para que possamos definir o que não pode ser inserido na sua definição. Para ele, o conceito de castigar é:

Castigar: no sentido mais vulgar é impor o mal a uma pessoa com intenção direta relativamente ao mal, em razão de alguma ação que parece que se fez ou que se deixou de fazer. Não passemos a diante sem esclarecer primeiro a definição que temos dado. A intenção direta, relativamente ao mal, que se impõe é essencial. Se faço o mal a um sujeito sem intenção de lhe fazer, é um mero acaso: se lhe fiz para o salvar de algum perigo, ou para me salvar, ou por outro motivo que nada tem com prejuízo que sente, um semelhante ato não se pode chamar castigo. (BENTHAM, 2002, p. 17).

A pena deve desestimular a prática da infração penal e para isso deve impor um prejuízo proporcional ao lucro obtido com o crime. Dessa forma, as penas não devem somente punir o indivíduo pela infração exercida, sendo necessário que tenha uma abordagem mais humanizada e previna a prática de outros delitos. O autor considera, portanto, a Justiça retributiva um mal

que gera infelicidade, não satisfazendo os anseios da coletividade. Para ele, a punição só poderia ser aplicada se trouxesse consequências favoráveis, suprimindo o dano.

Partindo da premissa de que a finalidade da pena é a prevenção geral, a lei, ao estabelecer uma punição para quem executasse determinada ação, estaria evitando que o ato prejudicial à felicidade geral fosse praticado. Vejamos:

I – O objetivo geral que caracteriza todas as leis – ou que deveria caracterizá-las – consiste aumentar a felicidade global da coletividade; portanto, visam elas em primeiro lugar a excluir, na medida do possível, tudo o que tende a diminuir tal felicidade, ou seja, tudo que é pernicioso.

II – Acontece, porém, que *toda punição constitui um ato pernicioso; toda punição constitui, em si mesma, um mal*. Por conseguinte, com base no princípio da utilidade – se tal princípio tiver que ser admitido –, uma punição só pode ser admitida na medida em que abre chances no sentido de evitar um mal maior. (BENTHAM, 1974, p. 65, grifo nosso).

Considerando os castigos e as recompensas previstos na legislação como um ato bipolar, ruim em sua essência, mas que incentiva o homem a obedecer às leis, ampliando a felicidade de toda sociedade, Bentham (1974, p. 66) argumenta que não deveria haver punição nos casos em que:

- a) não houvesse motivo para punir, pois não sendo o ato nocivo, não haveria dano a se esquivar;
- b) quando a punição fosse ineficaz, não impedindo o dano;
- c) quando a pena fosse inútil ou muito onerosa a ponto de o dano causado pela pena ser maior que o dano a se evitar;
- d) quando a pena for supérflua, ou seja, o dano pode ser poupado sem a punição ou por um preço menor.

Apesar de considerar má toda forma de punição por ferir o direito à liberdade, à propriedade e, em muitos casos, à vida, defende que a pena tem que ser extremamente severa a ponto de, ao efetuar o cálculo utilitarista, convencer o agente a desistir da conduta criminosa. Para ele (BENTHAM, 1974, p. 66), os objetivos da pena são:

- a) evitar o crime;
- b) induzir o criminoso a praticar um delito menos ofensivo, mas que também atenda a seus anseios, quando for impossível impedir totalmente a prática do delito;

- c) induzir o criminoso, já decidido pela prática de um crime específico, a causar o mínimo de prejuízo possível;
- d) evitar o prejuízo com o menor custo possível.

Ainda sobre o cálculo utilitarista efetuado pelo ser humano antes da prática de um crime, Bentham entende que só poderá falar-se em prevenção da infração nas hipóteses em que o valor da punição é superior à soma do prazer obtido com a prática do ato ilegal:

Todo homem se governa nas suas ações por um cálculo bem ou mal feito, sobre prazeres e penas, ainda mesmo o que não é capaz de uma reflexão apurada, lembre-se, por exemplo de que a pena vai ser a consequência de uma ação que lhe agrada, esta ideia faz um certo abalo em seu espírito para o retirar do prazer. Se o valor total da pena lhe parece maior, se pesa mais do que o valor total do prazer, é natural que a força que o afasta do crime venha por fim vencer, e que não tenha lugar o desatino que formava no seu pensamento. (BENTHAM, 2002, p. 23).

Bentham elabora, ainda, normas para reger o estudo acerca da punição ideal para cada crime, nas quais as quatro primeiras se referem ao mínimo da punição necessária e a quinta se refere ao máximo de pena aplicável ao caso. Sob outro ângulo, destacamos que todas as seis regras estão voltadas ao legislador, porém a última possui a peculiaridade de se remeter também ao juiz. São elas:

- a) “O valor ou a gravidade da punição não deve ser em nenhum caso inferior ao que for suficiente para superar o valor do benefício da ofensa ou crime” (BENTHAM, 1974, p. 66-67). Quando a punição é inferior ao benefício do crime, “a menos que outras considerações, independentes da punição, intervenham e atuem eficazmente na qualidade de motivos preservadores” (BENTHAM, 1974, p. 67), ela se torna totalmente ineficaz e sem utilidade, pois não impedirá o delito. A punição tem que superar a tentação de cometer o crime. A pena inferior à infração seria crueldade não apenas com os inocentes, por desprotegê-los, expondo-os aos malefícios da infração, mas também ao criminoso, na medida em que o puniria sem finalidade e retiraria a possibilidade de atingir o objetivo benéfico. O primeiro objetivo é, assim, evitar o crime.

- b) “Quanto maior for o prejuízo derivante do crime, tanto maior será o preço que pode valer a pena pagar no caminho da punição” (BENTHAM, 1974, p. 67).
- c) “Quando houver dois crimes em concorrência, a punição estabelecida para o crime maior deve ser suficiente para induzir uma pessoa a preferir o menor” (BENTHAM, 1974, p. 68). Essa regra tem como objetivo persuadir o infrator a escolher o crime menos pernicioso.
- d) “A punição deve ser regulada de tal forma para cada crime particular, que para cada nova parte ou etapa do prejuízo possa haver um motivo que dissuada o criminoso de produzi-la” (BENTHAM, 1974, p. 68). Esta norma tem como alvo persuadir o infrator a causar o mínimo de prejuízo necessário para atingir seu objetivo.
- e) “A punição não deve em caso algum ser maior do que for necessário para que esta seja conforme às normas aqui indicadas” (BENTHAM, 1974, p. 68). Esta regra visa impedir a prática do delito, com o menor custo possível.
- f) “Para que a quantidade de punição realmente infligida a cada criminoso possa corresponder à quantidade tencionada para criminosos semelhantes em geral, é necessário sempre levar em consideração as várias circunstâncias que influenciam a sensibilidade de cada um” (BENTHAM, 1974, p. 68). Esta regra tem em mente que as pessoas reagem diferentemente no tocante à quantidade de dor, quando expostas à mesma causa. Assim, uma punição igual não trará a mesma dor para todos os envolvidos.

Em *Teoria das Penas*, esse jurista faz um paralelo diferenciando pena e delito:

[...] a diferença entre as penas e os delitos não está na sua natureza, que é e pode ser a mesma; está em que as penas são abonadas pela lei, e os delitos são ilegítimos: estes são proibidos; as penas emanam da lei. Quanto aos seus efeitos, são diametralmente opostos: o crime produz um mal de primeira ordem, e um mal da segunda causa dano a um indivíduo que o não pode evitar, e espalha um terror mais ou menos geral: a pena causa um mal da primeira ordem, e um bem da Segunda: faz passar o criminoso por um padecimento que tem incorrido por sua vontade; e nos seus efeitos secundários transforma-se em bem, amedronta os homens perigosos, é o alento das almas inocentes, e vem a ser o único abrigo que pode manter e conservar qualquer sociedade. (BENTHAM, 2002, p. 21-22).

Ainda debruçado sobre o estudo das penas e dos delitos, o autor explica a ideia de que é a proporção existente entre eles que definirá o mínimo e o máximo da pena:

Estabelecei uma proporção entre os delitos e as penas: é um dos preceitos de Montesquieu, de Beccaria e de outros muitos. Excelente máxima na verdade; mas que tem mais de aparato que de instrução, uma vez que se reduz a termos gerais; trabalho estéril enquanto não soubermos em que consiste uma tal proporção, enquanto não houverem regras que nos possam encaminhar seguramente na aplicação de certa pena a respeito de qualquer delito que se pode oferecer. As penas têm o seu *minimum*, e o seu *maximum*. Há razões para que não sejam menores, e há também razões para que não devam ser maiores: são os dois lados da questão que sempre devemos ter em vista, sem propender para um, nem para outro. (BENTHAM, 2002, p. 27).

Segundo Bentham (2002, p. 23-24), só há três maneiras de se impedir a reincidência: “tirando-lhe o poder físico de fazer o mal” quando ele fica inabilitado para fazê-lo; “fazendo-lhe esfriar o desejo”, ou seja, deixando-o reformado; e “obrigando-o a ser menos afoito”, momento em que ele fica como se estivesse preso pelo medo da lei.

No primeiro caso, o homem desmandado já não pode cometer o crime, no segundo não tem a mesma vontade de o cometer, no terceiro ainda que tem desejos não se atreve. No primeiro fica inabilitado, no segundo reformado, no terceiro está como preso porque tem medo da lei. O modo geral de prevenir os crimes é declarar a pena que lhe corresponde, e fazê-la executar, o que, na aceção geral e verdadeira serve de exemplo. O castigo em que o réu padece é um painel em que todo homem pode ver o retrato do que ele teria acontecido, se infelizmente corresse mesmo crime. Este é o fim principal das penas, é o escudo com que elas se defendem.. Considerando o delito que passou na razão de um fato isolado, que não torna a parecer, a pena teria sido inútil; seria ajuntar a outro mal; mas quando se observar que um delito impune deixaria o caminho livre não só ao réu. mas a todos os mais que tivessem os mesmos motivos e ocasiões para se abalançarem ao crime, logo se conhece que a pena aplicada a um indivíduo é o modo de conservar o todo. A pena, que em si mesma não tem valia a pena, que repugna a todos os sentimentos generosos, sobe até emparelhar com os mais altos benefícios, quando a podemos encarar, não como um ato de raiva ou de vingança contra um criminoso ou desgraçado, que se rende a uma inclinação funesta, mas como sacrifício dispensável para salvação de todos. (sic) (BENTHAM, 2002, p. 23-24).

Neste prisma, Bentham cria uma série de regras com a finalidade de maximizar os objetivos benéficos da punição:

PRIMEIRA REGRA – “É necessário que o mal da pena seja maior que o interesse que se pode tirar do crime” (BENTHAM, 2002, p. 27). O mal da pena é considerado por este filósofo como a força que distancia o homem do delito e o interesse, seja dinheiro ou não; é a força que o leva a cometer o crime. Teríamos assim que colocar essas duas forças numa espécie de balança, e aquela que obtiver maior peso conduzirá a ação humana, tanto em relação ao criminoso como em relação ao exemplo que dará a toda sociedade:

[...] se o réu achar o interesse, que recebeu pelo seu delito maior e mais a seu jeito que o mal da pena que sofreu pelo ter cometido, é bem natural que o tome outra vez a

cometer sem haver quem o sustenha: a pena, em tal caso vem a ser nula; porque o não pode atemorizar; e o povo, observando que a balança do ganho inclina a favor do criminoso, de nada lhe poderá servir o exemplo que podia tirar do castigo. (BENTHAM, 2002, p. 28).

Para elucidar esta regra, o autor utiliza o exemplo abaixo:

Que conceito faríamos de um cirurgião, que para não molestar o doente deixasse o tratamento incompleto? Seria um ato de humanidade bem entendida acrescentar á doença o tormento de uma operação inútil? Logo, é necessário que a pena corresponda a todos os graus da tentação, exceto quando a mesma tentação é um sinal da inocência, ou do bom caráter do réu; porque então deve dar-se a modificação da pena, como; por exemplo, a respeito de um pai, que, para matar a fome da sua família, tivesse cometido um roubo. (sic) (BENTHAM, 2002, p. 28-29).

SEGUNDA REGRA:

Quando a ação é de natureza que oferece uma prova concludente de ser um costume inveterado, é necessário que a pena seja bem vigorosa para exercer não somente o proveito do delito individual – mas de todos os crimes do mesmo gênero que podemos supor terem sido cometidos pelo mesmo réu impunemente. (sic) (BENTHAM, 2002, p. 29).

Explicando os motivos desta regra, Bentham esclarece que:

Este cálculo conjectural, apesar de ser rigoroso, é de uma necessidade absoluta em certos casos, como em crimes fraudulentos, pesos sem estarem aferidos, medidas falsificadas, moeda falsa: se um destes que fabricam uma tal moeda não fosse punido senão pelo valor do único delito que se lhe pode provar, semelhante prática fraudulenta viria a ser, na sua totalidade de grande lucro para o réu: logo, a pena seria sem eficácia, se não contrabalançasse o ganho total, que se pode supor resultar, não de um ato particular, mas de uma série de atos do mesmo gênero. (BENTHAM, 2002, p. 29).

TERCEIRA REGRA – “A pena deve exceder o interesse que se tira do crime, a ponto de compensar o que lhe falta na razão de certeza e aproximação” (BENTHAM, 2002, p. 29).

O autor explica que, para avaliar esta regra, temos que pensar em duas circunstâncias: certeza e distância. Assim, o interesse do crime é mais certo que a punição, enquanto que o criminoso considera a pena mais distante do que o proveito do delito:

O interesse do crime é, via de regra, mais certo do que costuma ser o castigo; ou, o que vem a dar no mesmo, assim parece ao réu: geralmente falando, é mais imediato; a tentação está presente, o castigo, tange: e aqui temos duas circunstâncias que tornam menos vigoroso o efeito do castigo: a sua incerteza e a distância em que o réu o considera. (BENTHAM, 2002, p. 29-30).

Ideal seria que a punição contasse com a circunstância certa, pois exceto em casos excepcionálíssimos de paixão impetuosa – e acrescentamos ao pensamento de Bentham os casos de insanidade mental –, ninguém praticaria crime, pois encontraria como óbice a certeza de não desfrutar do lucro do delito conjuntamente com o constrangimento de ser descoberto:

Uma vez que a pena não conseguisse mais nada do que tirar simplesmente ao réu o fruto do seu crime, contanto que não falhasse, ninguém se atreveria a ser criminoso: qual seria a homem cordato que se lançaria voluntariamente a cometer um crime, com o risco certo de o não desfrutar, e com a vergonha de ser apanhado? Mas como sempre se figura possível a poder escapar, é necessário dar á pena um maior valor para contrabalançar a probabilidade de se não empregar. (sic) (BENTHAM, 2002, p. 30).

Neste ponto, devemos ressaltar que a punição pode ser compreendida pela ótica de três grupos de pessoas: vítima, infrator e sociedade. Na visão do infrator, temos que o meio mais eficaz de instigá-lo a desistir da prática delitiva é a certeza da punição.

A severidade da pena, apesar de importante, não tem tanta eficácia quanto a sua certeza. Nota-se que nem mesmo a pena de morte reduziu o número de crimes contra a vida, enquanto que a certeza de receber uma sanção em retribuição ao ato delitivo é o maior fator dissuasório. Ademais, após o crime a sociedade voltará sua atenção ao agir do Estado em coibi-lo ou não. A não repreensão ou a repreensão de forma inadequada conduz à sensação de impunidade e, de certa forma, incentiva a prática delitiva; já a reprimenda munida de certeza e severidade serve de exemplo e advertência de que todo ato imoral ensejará uma reação estatal, na forma de punição.

A certeza da punição é tão importante que deve ser levada em consideração no cálculo da pena:

Daqui se segue que quanto mais pudermos aumentar a certeza da pena, tanto mais lhe devemos diminuir a rigor; é este o grande interesse que resultaria de uma Legislação simplificada e de um bom sistema de ordem judicial. Pela mesma razão é necessário que a pena acompanhe o crime o mais que for possível; porque a sua impressão esmorece no espírito dos homens, logo que deixam de a ter diante dos olhos; além da grande razão de que a distancia da pena reforça a mesma incerteza, dando-lhe novas probabilidades de se não verificar. (BENTHAM, 2002, p. 30).

QUARTA REGRA – “Quando concorrem dois ou mais delitos, o mais nocivo deve ficar sujeito a uma pena mais forte, para que o réu não tenha um motivo para não passar do menor” (BENTHAM, 2002, p. 30).

Bentham elucida esta regra utilizando o exemplo dos crimes de furto e homicídio, afirmando que se matar durante um furto não aumentar a pena, haverá em verdade um estímulo à prática do homicídio, pois este crime maior facilitará o anonimato do autor do menor.

QUINTA REGRA - Quanto maior é o crime, tanto se pode arriscar uma pena mais grave, em virtude de ser possível se prevenir.

SEXTA REGRA – “Não se deve impor a mesma pena a todos os réus pelo mesmo delito; é necessário reparar nas circunstâncias que influem na sensibilidade” (BENTHAM, 2002, p. 32). Um exemplo clássico dessa regra utilizado por Bentham são as penas pecuniárias, nas quais um mesmo valor não surte efeito semelhante entre ricos e pobres.

Jeremy Bentham foi um visionário, influenciando fortemente, até os dias atuais, a legislação penal com sua visão filosófica da punição, como bem destacou Bitencourt (2016, p. 86): “a sua contribuição no campo da Penologia mantém-se vigente ainda em nossos dias”. Ele defende uma nova ideologia para a legislação penal, ao buscar utilizá-la com a finalidade de maximizar o prazer, consagrando o caráter preventivo das penas. Para isso, associa a punição ao utilitarismo, que tem como objetivo mediato encontrar a felicidade do maior número de pessoas por meio de ações humanas que gerem o maior saldo líquido de prazer após a dedução do sofrimento, incentivando a elaboração de regras legais e morais que visem ao bem-estar da sociedade.

Às três perguntas objeto deste estudo – “O que justifica a prática geral da punição?”, “A quem pode a punição ser aplicada?” e “Como nós podemos punir?” – Bentham responde que a justificativa da punição reside em seu caráter preventivo. A pena é um mal provido de finalidade, pois evita maiores danos à sociedade ao reduzir a incidência de condutas criminosas; a função da pena, assim, não é a vingança, mas a prevenção de novos delitos. O caráter preventivo da pena não apenas desestimula a reincidência, como desaconselha toda a sociedade da prática do ato ilegal. O aspecto de maior polêmica no pensamento utilitarista é quando se refere a quem pode a punição ser aplicada, especialmente na possibilidade de, para alcançar a felicidade do maior número de pessoas, ser necessário infligir pena a um inocente. Para o utilitarismo, as consequências benéficas justificam a punição de um inocente. Em relação à quantidade de punição, Bentham, em atenção ao princípio da proporcionalidade, entende que a proporção existente entre delito e punição definirá o mínimo e o máximo da pena.

3 O CRIME E A PUNIÇÃO NA TEORIA RETRIBUTIVA

3.1 O RETRIBUTIVISMO: ORIGEM E CONCEITO

Durante o absolutismo, a justiça e o poder eram centralizados nas mãos do monarca. Quem praticava um crime, agia, em verdade contra a pessoa do rei e do próprio Deus, e por isso merecia ser castigado, pagando o mal cometido.

Com o declínio do absolutismo e início do mercantilismo, modificou-se não apenas o conceito de Estado como o de pena, segundo Jescheck (1981, p. 96): "a pena não podia ter senão as mesmas características e constituir um meio a mais para realizar o objetivo capitalista".

O Estado liberal exige que a fundamentação da pena deixe de se basear em Deus, no soberano, na religião e no próprio Estado, e passe a ser entendida como

[...] a retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena é fruto da necessidade de se restaurar a ordem jurídica interrompida. À expiação sucede a retribuição, a razão divina é substituída pela razão de Estado, a lei divina pela lei dos homens". (RAMIREZ; MALARÉE, 1982, p. 120).

O nascimento da teoria retributiva inovou o Direito Penal, ao dar origem ao princípio da culpabilidade – *nullum crimen sine culpa*, ou melhor, a ninguém será imputado um delito ou receberá uma punição sem que sua ação criminosa seja reprovada em um tribunal. Em defesa do princípio da culpabilidade, Damásio de Jesus (2008) afirma que só poderá ser punido quem feriu a lei e que, agindo com dolo ou culpa, tornou-se merecedor da reprovação estatal.

Jorge de Figueiredo Dias ressalta que este importante princípio, essencial ao Direito Penal até os dias atuais, surgiu a partir da teoria retributiva:

E aqui reside justamente o mérito das doutrinas absolutas: qualquer que seja o seu valor ou desvalor como teorização dos fins das penas a concepção retributiva teve – histórica e materialmente – o mérito irrecusável de ter erigido o princípio da culpabilidade em princípio absoluto de toda a aplicação da pena e, desse modo, ter levantado um veto incondicional à aplicação de uma pena criminal que viole a eminente dignidade da pessoa humana. (DIAS, 1999, p. 93).

Existe, contudo, grande variedade e complexidade da teoria retributiva, versões que enfraquecem e outras que fortalecem a afirmação de que os infratores merecem moralmente uma punição por seus atos ilícitos. Iremos abordar, no entanto, somente o retributivismo na sua forma mais estrita.

A palavra “retribuição” vem do latim *re + tribuo*, que quer dizer "eu pago de volta", ou seja, o infrator paga a dívida que tem com a sociedade em resposta ao benefício que obteve com o descumprimento da lei, visando recompor o estado anterior ao delito.

A teoria retributiva, como o próprio nome já diz, é aquela em que a punição é vista como uma retribuição ao criminoso pelo ilícito cometido. Não há outros objetivos a não ser o Estado causar um prejuízo ao infrator, devolvendo o mal justo pelo mal injustamente cometido. A pena transmite aos malfeitores o tratamento que eles merecem, evidenciando uma mensagem de admoestação ou censura proporcional à infração praticada pelo transgressor.

Alec Walen defende a necessidade de a teoria retributiva se conectar aos princípios morais:

[...] retributive justice must ultimately be justified in a larger moral context that shows that it is plausibly grounded in, or at least connected to, other, deeply held moral principles. Only in this way should its intuitive appeal be regarded, in reflective equilibrium, as morally sound. (WALEN, 2017)⁴

Sobre a indispensabilidade da pena, Nucci destaca que “a pena é uma necessidade social de sobrevivência, cuja imposição simboliza a retribuição pela prática do crime, objetivando-se a prevenção de outras infrações, seja pelo próprio condenado, seja por outras pessoas” (NUCCI, 2017, p. 358).

Paulo S. Xavier de Souza define pena como: “castigo, compensação, reação ou retribuição pelo delito, justificada por seu valor axiológico intrínseco; portanto, não é um meio, mas um dever ser metajurídico” (SOUZA, 2006, p. 70).

Bitencourt descreve o retributivismo como:

A característica essencial das teorias absolutas consiste em conceber a pena como um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado através do delito de modo que sua imposição estaria justificada, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado: *quia peccatum*. Por isso também são conhecidas como teorias retributivas. (BITENCOURT, 2016, p. 133).

Para Ferrajoli (2002, p. 204), o retributivismo considera a pena um castigo, uma retribuição; essa teoria é possuidora de valor moral, constituindo-se um dever ser meta-jurídico com fundamento em si mesmo:

⁴ [...] a justiça retributiva deve, em última análise, ser justificada em um contexto moral mais amplo que demonstre que ela é plausivelmente fundamentada em, ou pelo menos, conectada a outros princípios morais profundamente mantidos. Somente desse modo seu recurso intuitivo deve ser considerado, em equilíbrio recíproco, como moralmente saudável (tradução nossa).

São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como "castigo", "reação", "reparação" ou, ainda, "retribuição" do crime, justificada por seu, intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. (FERRAJOLI, 2002, p. 204).

Para os retributivistas, a punição deve possuir alguns requisitos: tem que gerar sofrimento ou um bem ser retirado do infrator; a pena deve ser aplicada pela autoridade intencionalmente, sem cogitar qualquer outro fim; a punição deve ser imposta em consequência da prática de um crime; e, por fim, que o sofrimento imposto pela pena sirva também para reprovar ou repreender o infrator pela prática do crime.

3.2 O MERECIMENTO E A PUNIÇÃO

O merecimento do infrator em ser punido é a raiz do retributivismo. O merecimento retira o valor negativo do sofrimento, tornando-o algo valioso. Muitos retributivistas entendem que o sofrimento é um bom resultado porque é merecido, e que os infratores merecem não apenas sofrer, mas sofrer punição. Sofrimento aqui é uma imposição objetiva, e não subjetiva.

O filósofo Jeffrie Murphy (2007, p. 11) define como retributivista todo aquele que reconhece a punição como merecimento do infrator; ou melhor, retributivista seria a pessoa que acredita que a principal justificativa para punir um criminoso é que o criminoso merece.

Embora Mitchell Berman seja adepto de uma teoria mista – ou, como ele próprio se define, *I believe that punishment can be justified in principle on the strength of many disparate rationales*⁵ (BERMAN, 2013, p. 83) –, ele afirma, mesmo discordando, que o pensamento retributivista predominante é no sentido de que os infratores merecem sofrer (BERMAN, 2013, p. 87).

Michael Moore (1997, p. 87) salienta que o retributivismo é a ideia de que a punição é justificada pelo merecimento do ofensor.

A teoria retributivista clássica entende que o criminoso merece a punição, mesmo que não se alcance nenhuma outra finalidade como a dissuasão ou a incapacidade. Porém, muitos filósofos e penalistas entendem que o merecimento sozinho não justifica o custo de uma punição. Custo aqui em sentido amplo, envolvendo, além do financeiro, o abuso de poder, os erros na condenação de inocentes e seus efeitos colaterais. Para Husak (2000), tais custos só se

⁵“Eu acredito que a punição pode ser justificada, em princípio, por fortes justificativas diferentes” (BERMAN, 2013, p. 83, tradução nossa).

justificam quando a punição tem efeito benéfico na prevenção dos delitos. Nos casos em que os custos da punição ultrapassam os benefícios, a justificativa utilizada para punir é a retribuição ou o merecimento. A punição é entendida, assim, como uma valiosa ferramenta para alcançar o sofrimento merecido pelo infrator. Em contrapartida, muitos pensadores defendem que é uma barbaridade considerar que o sofrimento é bom, como bem afirmou Victor Tadros (2011).

O professor de Direito Penal e Processo Penal Constitucional e doutor em Filosofia David Dolinko (1991) defende que não se deve confundir o merecimento da punição com o direito de executá-la. Ele exemplifica sua teoria, baseada no direito sucessório norte-americano, utilizando um pai com dois filhos, em que o primeiro é amoroso e o segundo um péssimo filho. Neste caso, o genitor deixa como herança quase tudo para o segundo filho. Assim, apesar de acreditarmos que o primogênito mereceria pelo menos metade da herança, não temos o direito de tomar a propriedade e a posse do segundo filho e entregar ao primeiro. Diante desse exemplo, ele esclarece que assim como o merecimento não justifica a violação de um direito, o merecimento sozinho também não justifica a punição.

Num mundo ideal, não haveria motivos para impor sofrimento, contudo as infrações são cometidas diariamente e imputar dor merecidamente, segundo Hegel (1942), é muito melhor do que não impor. Tal posicionamento relaciona-se com o pensamento de Rawls (1971), de que o direito tem que ser anterior ao bem para que os direitos fundamentais sejam consagrados. Assim, segundo a Teoria Mista de Rawls que abrange tanto o consequencialismo como o retributivismo, a justiça (justiça aqui entendida como equidade) deve prevalecer na sociedade antes mesmo dos objetivos, uma vez que o direito e a justiça devem ser colocados antes do bem.

As teorias mistas, como as de Rawls e Hart são consideradas retributivismo negativo, recebendo esta denominação por retirar do conceito retributivista a justificção da punição pelo sofrimento do ofensor, mantendo os elementos da culpa e da proporcionalidade, ou seja, só poderá ser punido aquele que for culpado pela infração e proporcionalmente à esta. Assim, os seus defensores não admitem nem a punição de um inocente nem a punição de um culpado mais severamente do que ele merece.

O retributivismo positivo explica o porquê punir, ou seja, a justificção da punição é punir o culpado porque ele merece sofrer, contudo o retributivismo negativo não se concentra na explicação do porquê punir, limitando-se a estabelecer que, independentemente da justificção da punição utilizada, não se deve punir um inocente, nem o culpado mais severamente do que o seu merecimento.

A finalidade da pena, contudo, não se exaure na pessoa do criminoso; o delito traz consequências também à vítima e à sociedade. O Estado deve oferecer à vítima uma satisfação ou um bem que tenha a capacidade de remir, ao menos em tese, o dano sofrido. A vítima anseia justiça, e nada poderia ser mais justo do que retribuir ao infrator o mal merecido. Injustiça, neste caso, seria não imputar aquilo que ele merece – ou melhor, não puni-lo quando ele é merecedor de punição. Nenhum outro bem poderia aliviar o sentimento de injustiça do que presenciar seu agressor recebendo a merecida punição. Dessa forma, a justificação da pena em relação à vítima do crime também é atingida pelo ideal da teoria retributiva.

3.3 A FINALIDADE DA PENA

Roxin determina que a finalidade da pena não é outra senão a justiça: “a justificação de tal procedimento não se depreende, para esta teoria, de quaisquer fins a alcançar com a pena, mas apenas da realização de uma ideia: a justiça” (ROXIN, 2004, p. 16).

Para os retributivistas, ao punir o Estado exerce o seu *jus puniendi*, demonstrando ao infrator que sua punição é apenas a consequência direta da sua escolha em infringir a lei e que se assim não tivesse agido, não sofreria as consequências da pena, tais como a sua prisão.

Para Paulo Queiroz, o mais importante no fundamento retributivista é o reconhecimento de que toda pena tem como pressuposto o delito. Assim, a pena é sempre uma consequência proporcional ao crime:

O principal mérito da fundamentação retributiva radica no fato de que a pena, independentemente dos fins a que se destine, deve ter sempre o delito como pressuposto, isto é, o crime conceitualmente é retribuição de um “mal” e há de ser sempre proporcionada ao comportamento delituoso praticado, razão pela qual se presta, assim, a coibir abusos por parte do Estado na sua graduação (QUEIROZ, 2005, p. 23).

Gilberto Ferreira enfatiza que a pena é consequência do crime, independentemente de possuir outra finalidade. Assim, “a pena é justa em si e sua aplicação se dá sem qualquer preocupação quanto a sua utilidade. Ocorrendo o crime, ocorrerá a pena, inexoravelmente. O importante é retribuir com o mal, o mal praticado. (FERREIRA, 2000, p. 25).

A pena tem o fim de proteger a sociedade dos danos causados aos bens jurídicos importantes, só havendo a retribuição como razão para sua existência. Alguns doutrinadores defendem que a punição possui a peculiaridade da aflição, enquanto que para outros é um mero caminho para aquisição de certas vantagens, tanto para a sociedade como para o infrator.

Jescheck (1981, p. 96) entende que o retributivismo se lastreia na ideia de que o Estado é o defensor da justiça, protegendo as liberdades individuais:

[...] no reconhecimento do Estado como guardião da justiça terrena e como conjunto de ideias morais: na fé, na capacidade do homem para se autodeterminar e na ideia de que a missão do Estado perante os cidadãos deve limitar-se à proteção da liberdade individual. Nas teorias absolutas coexistem, portanto, ideias liberais individualistas e idealistas.

Jescheck, segundo Bitencourt (2016, p. 135), afirma que esta teoria não possui apenas um ângulo jurídico, mas também filosófico: “nesta proposição retribucionista da pena está subentendido um fundo filosófico, sobretudo de ordem ética, que transcende as fronteiras terrenas pretendendo aproximar-se do divino”.

Comumente tem-se confundido o retributivismo com a vingança, porém esses dois institutos têm conceitos peculiares e distintos. A vingança, além de ser pessoal, envolve sentimento; já a retribuição não necessita da vontade da vítima no sofrimento do infrator, mas apenas a realização da justiça. Moore (1997) declara que mesmo que não haja na sociedade o desejo de vingança, ainda haverá motivo retributivista para punir o infrator.

George Fletcher, professor da Columbia Law School, também defende que a teoria retributiva não se resume à vingança, ao declarar, em seu livro *Rethinking Criminal Law*, que o retributivismo “*is not to be identified with vengeance or revenge, any more than love is to be identified with lust*”⁶ (FLETCHER, 2000, p. 417). A vingança é, porém, o sentimento responsável pela grande aceitação popular da teoria retributiva.

A ação que merece como resposta a punição é aquela em que há violação intencional do direito de terceiros. Acerca das ações passíveis de serem punidas, Alec Walen explica:

The dimension of mens rea also matters for determining whether conduct can serve as a morally appropriate basis for punishment (Feinberg 1990: 147–150). As the level of culpability goes from purpose and knowledge through recklessness to negligence, it becomes progressively harder to justify a punitive response to any given rights violation [...] (WALEN, 2016).⁷

⁶ “[...] não deve ser identificado com vingança em nome próprio ou alheio ou vingança em nome próprio, assim como o amor não pode ser identificado com a luxúria”

⁷ A dimensão da *mens rea* também importa para determinar se a conduta pode servir como uma base moralmente apropriada para punição (Feinberg 1990: 147-150). Como o nível de culpabilidade vai de intencional e conhecimento por imprudência à negligência, torna-se progressivamente mais difícil justificar uma resposta punitiva a qualquer violação de direitos [...] (WALEN, 2016, tradução nossa).

O homem dispõe de livre arbítrio entre obedecer e desobedecer às leis, possuindo discernimento sobre seus atos. Desta forma, não seria apenas admissível senão imperativo que o Estado exigisse o cumprimento de suas normas. O autor da ação delitiva teve a faculdade de escolha entre cometer o crime ou não, lesar o bem jurídico ou não, e ao optar pelo caminho delitivo, o infrator deve receber como resposta estatal, a punição, não havendo qualquer outra finalidade da pena a não ser castigar. A teoria retributiva se concretiza pela aplicação de um mal justo previsto legalmente em retribuição a um mal injusto cometido pelo infrator.

Ao unir o discernimento ao livre arbítrio e à conduta delitiva, os retributivistas concluem que há requisitos suficientes para o imediato cumprimento da punição. O homem, possuidor de livre arbítrio, discerne qual atitude tomar, e uma vez escolhido e praticado um ato delitivo, ele merece ser punido.

Bitencourt (2016, p. 134) assevera que, para o retributivismo, a pena possui somente uma finalidade, que é fazer justiça, e seu fundamento está exatamente no livre-arbítrio:

Segundo este esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a Justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto. Isto se entende quando lembramos da "substituição do divino pelo humano" operada nesse momento histórico, dando margem à implantação do positivismo legal.

Muito se discute acerca da aplicabilidade da pena quando esta não atinge outra finalidade, diversa da retribuição. No tocante aos crimes mais graves, encontramos maior número de adeptos à imposição de punição, mesmo quando ela não produz qualquer efeito. Muitos defendem a punição até no caso hipotético de um estuprador estar fisicamente incapacitado a estuprar novamente, não possuindo qualquer necessidade de dissuadi-lo ou incapacitá-lo à prática do estupro.

Outro exemplo utilizado pelos adeptos da teoria retributiva é a hipótese de um infrator estar se divertindo em uma ilha enquanto são difundidas filmagens suas pré-fabricadas mostrando seu sofrimento na prisão, alcançando a dissuasão geral, sem, contudo, fazer justiça. Assim, é imprescindível que a punição devolva o mal produzido pelo criminoso, ao usar seu livre arbítrio na escolha de infringir a lei.

Ao optar pela prática criminosa, um infrator deve receber como recompensa o mal da punição, ou seja, *punitur quia peccatum est*, pune-se porque é pecado. A pena se torna um ente

que independe de finalidade; sua existência se justifica por si mesmo, possuindo natureza imperativa, e não associada a qualquer fim.

Por possuir responsabilidade moral, o homem recebe, como retribuição à sua escolha de infringir à lei, a punição, que nada mais é do que a tentativa de endireitar um mal injusto com o mal justo, consagrando a ideia de igualdade, responsável pela aplicação da justiça. Trata-se, portanto, de um justo castigo em retribuição ao crime injusto, restabelecendo a ordem jurídica desrespeitada.

A existência do livre-arbítrio serve de justificativa para a punibilidade dos infratores, uma vez que o direito estatal de punir fundamenta-se na escolha do indivíduo em desobedecer à lei, recebendo em retribuição um castigo.

Paulo S. Xavier de Souza ressalta que a pena é um fundamento em si mesmo: “as teorias retributivas são absolutas, porque não se vinculam a nenhum fim, concebendo a pena como um fundamento em si mesmo” (SOUZA, 2006, p. 70). A pena seria uma consequência do delito fundamentada no desejo do infrator ao decidir pelo injusto:

No esquema retribucionista, a imposição da pena tem a exclusiva tarefa de realizar justiça, devendo a culpabilidade do autor ser compensada com a imposição de um mal proporcional, a pena, como consequência jurídico-penal do delito, encontrando fundamento no livre arbítrio como capacidade do homem de decidir entre o justo e o injusto. (SOUZA, 2006, p. 70).

A pena é a materialização da reprovação da conduta delitativa praticada pelo infrator que, diante de seu livre arbítrio, escolhe conscientemente assim agir, sendo, portanto, responsável pela sua ação criminosa.

Paulo S. Xavier de Souza acrescenta que a pena está intrinsecamente associada às ideias de injustiça e culpabilidade do agente ao escolher livremente cometer um ilícito:

Em síntese, para a teoria retributiva, a pena assume aspecto de castigo talionalmente vinculado com a magnitude do injusto e reprovação da culpabilidade do delinquente, retribuindo a culpa do homem que atuou livremente (imputáveis), ao contrário das medidas aplicadas contra aqueles que não agiram (inimputáveis), que não podem ser reprovados. (SOUZA, 2006, p. 71).

A aplicação de uma sanção legal revela o poder do Estado ao restabelecer a ordem jurídica diante de um ilícito. O objetivo de punir é retribuir, através de medidas punitivas, como por exemplo o encarceramento, o mal que o infrator escolheu causar.

O jurista alemão Fran Von Listz afirma que "a objetivação da pena conduziu-se a isso, que, por premissa necessária da sua utilização, também o conteúdo e a extensão da razão em

função da espécie de pena vêm determinados e subordinados à ideia de escopo" (LISZT, 2005, p. 25).

O infrator deve se conscientizar de que sua pena deriva diretamente da sua livre decisão de desrespeitar as leis e a sociedade, merecendo, assim, a punição. O jurista Haroldo Caetano e Silva coaduna com esta ideia, afirmando que para o retributivismo a pena não tem outra finalidade que não seja recompensar a maldade com outra maldade:

Pela teoria absoluta ou retributiva, a pena apresenta a característica de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal. A pena não tem outro propósito que não seja o de recompensar o mal com outro mal. Logo, objetivamente analisada, a pena na verdade não tem finalidade. É um fim em si mesma. (SILVA, 2002, p. 35)

Para a Escola Clássica, o direito de punir está baseado na escolha que o indivíduo faz ao cometer o delito. A punição possui então um caráter retributivo, consagrando a sanção como castigo.

3.4 O RETRIBUTIVISMO E AS DEMAIS FINALIDADES DA PENA

Outras finalidades da pena, tais como reparar a vítima, ressocializar o infrator, reformá-lo, dar dignidade através do trabalho, intimidá-lo, corrigi-lo, reeducá-lo, etc. não são objeto de estudo da teoria retributiva, que se preocupa apenas com o castigar, devolvendo ao condenado o mal causado.

Para esta teoria, o autor do delito é punido simplesmente por ter cometido a infração (*punitur quia peccatum est*), opondo-se a qualquer outro fim, seja ele preventivo ou utilitarista. Dessa forma, qualquer outra finalidade há de ser sempre secundária, não se admitindo nem sua superioridade nem sua igualdade ao objetivo de fazer justiça.

Os efeitos secundários das penas não intencionais, como por exemplo, o sofrimento da família, não são considerados punição. Carvalho Neto esclarece que o retributivismo visa apenas retribuir o mal com o mal, e que possíveis efeitos diversos não influenciam na sua finalidade:

Pela teoria absoluta, a pena tem uma finalidade retribucionista, visando à restauração da ordem atingida. Hegel assinalava que a pena era a negação da negação do direito. Já Kant disse que, caso um estado fosse dissolvido voluntariamente, necessário seria antes executar o último assassino, a fim de que sua culpabilidade não recaísse sobre todo o povo. Para esta teoria, todos os demais efeitos da pena (intimidação, correção, supressão do meio social) nada têm a ver com a sua natureza. O importante é retribuir

com o mal, o mal praticado. Como afirma Fernando Fukussana, a culpabilidade do autor é compensada pela imposição de um mal penal. Consequência dessa teoria é que somente dentro dos limites da justa retribuição é que se justifica a sanção penal (CARVALHO NETO, 1999, p. 15).

Tomaz Shintati (1999, p. 184) afirma que, até os dias atuais, o objetivo da pena ainda é a retribuição. Para exemplificar esta afirmação, ressalta a opinião de Nelson Hungria, de que a pena nada mais é do que recompensar alguém por aquilo que ele merece: “a pena ainda não perdeu sua finalidade retributiva. Na lição de Nelson Hungria, a pena, como retribuição, traduz primacialmente um princípio humano por excelência, que é o da justa recompensa: cada um deve ter o que merece”.

Existe, portanto, uma única finalidade para os retributivistas, que seria simplesmente punir o infrator; qualquer outro objetivo não entra no cômputo da punição.

3.5 A REINCIDÊNCIA, A DELAÇÃO PREMIADA E A ISENÇÃO DE PENA SOB O PRISMA DO RETRIBUTIVISMO

Reincidência se revela no aumento de pena quando o infrator reiteradamente pratica condutas delitivas. Para o retributivismo, a primeira pena já retribuiu o mal causado e esgotou seus efeitos, não podendo ser considerada na dosimetria da segunda, sob pena de *bis in idem*, de ferir o princípio da proporcionalidade e afrontar o princípio da retribuição penal. Este último princípio foi definido por Luigi Ferrajoli (2002) como uma garantia ao infrator de que ele só poderá ser punido por suas ações, jamais se admitindo que haja punição derivada do que a pessoa é, em consonância com o caráter retributivo da pena.

O retributivismo não considera a prática de crime anteriormente cometido na aplicação da punição do crime atual; para eles, uma punição mais severa para o próximo erro constituirá efetivamente uma dupla punição para o primeiro. Fletcher (2000), afirma que punir mais severamente a reincidência seria punir duplamente o primeiro delito.

Ferrajoli critica o instituto da reincidência, citando em seu livro *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal* opiniões semelhantes à sua, ao considerar que a punição, uma vez cumprida, extingue completamente o crime e restitui seu autor à condição de inocente:

A condição do reincidente (ou pré-julgado), culpabilizada desde a Antigüidade, foi duramente criticada por muitos escritores iluministas que com razão rechaçaram, por respeito ao princípio de retribuição, a hipótese de que fosse considerada como motivo para o agravamento da pena. “A pena”, escreve Pagano, “cancela e extingue integralmente o delito, restaurando, ao condenado que a sofreu, a condição de inocente

[...]. Portanto, não se pode importunar o cidadão por aquele delito cuja pena já tenha sido cumprida”. E Morelly chega, inclusive, a pedir que seja castigado quem ousar recordar publicamente as penas sofridas no passado por alguém em face de delitos precedentes. Essas indicações foram, contudo, totalmente subvertidas na segunda metade do século XIX pela regressão positivista da cultura penal, que centrou grande parte da nova política criminal na relevância e no tratamento dos tipos de autor, mais do que nos de delito. (FERRAJOLI, 2002, p. 297).

O pensamento retributivista baseado na necessidade de impor sofrimento àqueles que ofendem a ordem moral, na culpa do agente e na proporcionalidade destoa do instituto da delação premiada, que nada mais é do que um acordo celebrado entre o delegado ou Ministério Público e o réu ou investigado e seu defensor, segundo o qual, além de admitir sua culpa, o infrator beneficiará a justiça delatando outros envolvidos na atividade criminosa, em troca de uma diminuição da pena ou até mesmo do perdão judicial. O ponto de divergência reside no fato da colaboração premiada não considerar a culpa do infrator, retirando a punição ou reduzindo a pena, o que, em ambos os casos, fere o princípio da proporcionalidade. Assim, a compensação realizada pela delação premiada infringe o dever de punir, aplicando recursos em outros meios diversos da punição.

Os críticos deste instituto jurídico não avaliam que devido à complexidade de alguns crimes, os instrumentos tradicionalmente utilizados para apurar e reprimir delitos se tornam ineficazes. Já os seus defensores consideram justificável não punir um infrator quando este lhe proporcionará informações e provas que levarão à punição de mais criminosos ou de criminosos mais merecedores de punição.

A delação premiada, assim, não visa beneficiar ao réu, mas à sociedade. Este instituto jurídico é aplicável especialmente às infrações penais de difícil apuração, nas quais nenhum dos envolvidos faz prova contra si mesmo. Nesses delitos, a colaboração premiada tem-se mostrado um dos poucos, senão o único meio hábil à repressão ao crime.

No Brasil, a Lei de Crimes Hediondos foi a primeira legislação a prever este instituto, sendo posteriormente acompanhada pela Lei de Organização Criminosa, entre outras. Somente com a delação de um dos criminosos, tem sido possível encontrar provas e descobrir os envolvidos nesses tipos penais mais complexos.

Apesar de ser quase unânime que, em linhas gerais, um infrator deve ser punido por seu crime, na delação o cerne da questão envolve a escolha do menor entre dois males: de um lado existe a hipótese de se punir um criminoso e do outro temos a possibilidade de, ao diminuir sua pena ou perdoo-lo, obter elementos suficientes para dismantelar uma quadrilha, bloquear a

atividade delitiva, impedir a perpetuação da lesão ao patrimônio público, devolver aos cofres públicos os valores desviados, retirar seus nomes da vida pública, etc.

O retributivismo é incompatível com as causas de extinção de punibilidade, tais como a prescrição e a decadência, hipóteses em que o Estado perde o direito de punir o agente. Uma teoria que considera a retribuição como função da pena e defende a obrigatoriedade de punição, mesmo quando não se atinge qualquer outra finalidade, não poderia admitir tais hipóteses de perda do direito estatal de impor uma sanção penal.

Igualmente os casos de isenção de pena, como por exemplo, os crimes patrimoniais cometidos por cônjuge na constância do casamento, não podem ser explicados por esta teoria, ao entender que a pena é única e exclusivamente uma retribuição ao crime cometido.

As causas de extinção de punibilidade, assim como as de isenção de pena são incompatíveis com o retributivismo, vez que, teoricamente, exigem a renúncia estatal à punição do infrator e conseqüentemente a renúncia à retribuição, revelando que o Estado tem o poder de decidir quando, como e o que punir.

3.6 O RETRIBUTIVISMO DE KANT

Os dois filósofos mais relevantes do pensamento retributivista alemão são Kant e Hegel. Kant expressou seu entendimento acerca da punição especialmente no livro *A metafísica dos costumes*, enquanto Hegel escreveu *Princípios da Filosofia do Direito*.

Embora ambos defendam a teoria retributivista, eles divergem quanto ao seu enfoque. Kant entende a finalidade da pena como um valor de ordem ética, analisando a lei penal sob a ótica do seu valor moral, ao passo que Hegel volta seu pensamento mais para ordem jurídica, justificando a pena pela imprescindibilidade de recompor a lei infringida, como afirma Ferrajoli:

[...] a tese de origem kantiana segundo a qual a pena é uma retribuição ética, que se justifica por meio do valor moral da lei penal violada pelo culpado e do castigo que conseqüentemente lhe é imposto, e aquela de ascendência hegeliana, segundo a qual a pena é uma retribuição jurídica, justificada pela necessidade de restaurar o direito por meio de uma violência, em sentido contrário, que reestabeleça o ordenamento legal violado. (FERRAJOLI, 2002, p. 205).

Ao enfatizarmos o aspecto filosófico da finalidade da punição, abordaremos o pensamento kantiano acerca da punição. Contrapondo-se a Aristóteles, que considerava as ações morais uma virtude, Kant defende que as ações devem ser realizadas porque é a coisa

certa a fazer, sem qualquer motivação pessoal ou finalidade. Assim, para este filósofo, devemos ajudar ao próximo não porque desejamos um sentimento de solidariedade, de bondade ou qualquer outra recompensa, pois a ação moral não é um meio para chegar a um fim, mas ajudar o próximo deve ser feito simplesmente porque é o certo a fazer, a este dever ele denominou de “imperativo categórico”.

Diferentemente do imperativo hipotético, que resumidamente possui a fórmula “se quiser alcançar A faça B, onde a ação B não é pura, mas apenas um meio para se atingir A”, o imperativo categórico deve ser um dever moral legítimo, portanto racional, rigoroso e independente de qualquer emoção, circunstância ou consequência.

Para Kant, a diferença entre moral e direito é que o direito intimida com coação na hipótese de descumprimento da norma legal, não havendo qualquer preocupação com a motivação do infrator, apenas com o cumprimento da lei.

Dimoulis (2003, p. 29) explica, em seu manual, o entendimento de Kant acerca da finalidade do direito: “o objetivo do direito é conciliar a liberdade de cada um com a liberdade dos demais, de forma que a liberdade possa prevalecer como regra geral”. Este filósofo alemão não se importa com os motivos que levam o ser humano a agir, mas somente com a conformidade com a lei e, desse modo, aprecia os atos praticados por dever e em cumprimento ao ordenamento jurídico, afirmando que a ação praticada em obediência à lei é uma virtude com teor moral:

[...] exactamente aí é que começa o valor do carácter, que é moralmente sem qualquer comparação o mais alto, e que consiste em fazer o bem, não por inclinação, mas por dever. Assegurar cada qual a sua própria felicidade é um dever (pelo menos indirectamente); pois a ausência de contentamento com o seu próprio estado num torvelinho de muitos cuidados e no meio de necessidades insatisfeitas poderia facilmente tornar-se numa grande tentação para transgressão dos deveres. (KANT, 2007, p. 28, grifo nosso).

Para Kant, a lei é um imperativo categórico no qual o Estado deve infligir uma sanção ao infrator, isto é, a lei não tem outro fim senão sua respectiva representação, e como tal quem não a obedece não é merecedor da cidadania: “uma violação da lei pública que torna alguém que a comete inapto à cidadania é chamada simplesmente de crime [...]” (KANT, 2003, p. 174).

Kant se importa puramente em aplicar o castigo, independentemente se haverá consequências benéficas para a sociedade e até mesmo para o infrator, pois o ser humano não pode ser usado como meio para atingir uma finalidade específica. A pena existe pelo simples fato de uma lei ter sido infringida:

A punição imposta por um tribunal (*poena forensis*) – distinta da punição natural (*poena naturalis*) na qual o vício pune a si mesmo e que o legislador não considera – jamais pode ser infligida meramente como um meio de promover algum outro bem a favor do próprio criminoso ou da sociedade civil. Precisa sempre ser a ele infligida somente porque ele cometeu um crime, pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre objetos de direitos a coisas: sua personalidade inata o protege disso, ainda que possa ser condenado à perda de sua personalidade civil. (KANT, 2003, p. 174-175).

Para Kant, as ações humanas devem servir de norma, isto é:

[...] *devo proceder sempre de maneira que eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal*. Aqui é pois a simples conformidade à lei em geral (sem tomar como base qualquer lei destinada a certas acções) o que serve de princípio à vontade, e também o que tem de lhe servir de princípio, para que o dever não seja por toda parte uma vã ilusão e um conceito quimérico; e com isto está perfeitamente de acordo a comum razão humana (2) nos seus juízos práticos e tem sempre diante dos olhos este princípio. A esta regra ele intitula imperativo categórico, conceituado como “*age segundo uma máxima que possa valer simultaneamente como lei universal*” (KANT, 2007, p. 33, grifo nosso).

O filósofo afirma que, para a ação moral ser considerada universal e necessária, devemos invariavelmente praticá-la por dever. Os sentimentos e desejos não podem, dessa forma, afetar a ação, pois não é fundamento suficiente para que uma lei seja universal. Sobre o dever de agir, leciona Kant:

[...] se uma acção realizada por dever deve eliminar totalmente a influência da inclinação e com ela todo o objecto da vontade, nada mais resta à vontade que a possa determinar do que a lei objectivamente, e, subjectivamente, o puro respeito por esta lei prática, e por conseguinte a máxima que manda obedecer a essa lei, mesmo com prejuízo de todas as minhas inclinações. (KANT, 2007, p. 31).

Ao definir lei, Kant declara que “a lei, porém, é o princípio objectivo, válido para todo o ser racional, princípio segundo o qual ele deve agir, quer dizer um imperativo” (KANT, 2007, p. 58). Acerca do imperativo, ele o conceitua: “o imperativo categórico é portanto só um único, que é este: age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal” (KANT, 2007, p. 59) ou “age em conformidade ao dever por dever” (KANT, 2011, p. 300).

Ao afirmar que a lei é um imperativo categórico, Kant (2007, p. 50) ressalta que “o imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma acção como objectivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade”. Assim, todo aquele que infringe a lei não é merecedor de ser um cidadão e deve ser punido impiedosamente.

O imperativo categórico é, em poucas linhas, a obrigação de todo ser humano de se comportar de acordo com princípios morais, a fim de que a obediência por todos traga o bem à sociedade.

Kant distingue o imperativo hipotético do categórico, que também é denominado por ele como “imperativo da moralidade”. Eles se diferenciam pelo conteúdo finalístico: enquanto que o imperativo hipotético tem um conteúdo finalístico externo, o imperativo categórico o possui como um fim em si mesmo. A pena, necessária para que se alcance justiça, provém do imperativo categórico, sendo, portanto, um fim em si mesma.

Ao escrever sobre os imperativos, Kant (2007, p. 501) destaca essa diferenciação quanto ao referido conteúdo finalístico:

Ora, todos os imperativos ordenam ou hipotética ou categoricamente. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma acção possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma acção como objectivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade.

Nesse mesmo escopo são os ensinamentos de Alexandre Travessoni Gomes:

Surge a necessidade de a razão impor regras à conduta humana, o que fará através dos imperativos. Para Kant, os imperativos ordenam ou hipotética ou categoricamente. Os imperativos hipotéticos representam a necessidade de uma acção possível como um meio de se alcançar um fim. Os imperativos categóricos mandam uma acção objectivamente, necessária por si mesma, sem relação com qualquer finalidade: uma acção que é boa em si mesma. (GOMES, 2000, p. 63-64).

Para Joaquim Carlos Salgado, o direito está ligado ao imperativo categórico:

O imperativo hipotético tem relevância para o direito, embora não seja o seu fundamento último. É o modo como aparece a norma jurídica no direito positivo e deve funcionar, pode-se dizer, como esquema de aplicação dos princípios a priori do direito (do imperativo categórico) ao mundo pragmático da legislação positiva, dada a sua participação, ao mesmo tempo, do teórico e do prático. (SALGADO, 1995, p. 211).

Sobre a punição, Paulo de Souza Queiroz (2001, p. 19-20) ressalta:

Para Kant, a pena atende a uma necessidade absoluta de justiça, que deriva de um ‘imperativo categórico’, isto é, de um imperativo incondicional, independentemente de considerações finais ou utilitárias. A pena basta a si mesma, como realização da justiça, pois ‘as penas são, em um mundo regido por princípios morais (por Deus), categoricamente necessárias’.

O imperativo categórico poderia ser simplificado como uma regra racional que pretende ser universal. Sua imperatividade está associada a uma exigência ética de a punição ter como finalidade reparar não somente o mal causado, mas também a moral violada. A única finalidade da pena é fazer justiça, uma vez que "quando a justiça é desconhecida, os homens não têm razão de ser sobre a Terra" (KANT, 1978, p. 167). Por se tratar de um instituto que logra a justiça, só há falar-se em punição quando houver desobediência à ordem jurídica, rejeitando qualquer hipótese de punição de inocentes.

É imperiosa e incondicional a necessidade de se fazer justiça através da punição. Assim, mesmo que uma sociedade venha a se dissolver, Kant (1993) afirma que o último homem condenado por homicídio deve ser morto, sob o fundamento de que as pessoas precisam ter uma experiência que represente o valor das suas ações e também para que a culpa da infração não seja atribuída à população:

Mesmo se uma sociedade civil tivesse que ser dissolvida pelo assentimento de todos os seus membros (por exemplo, se um povo habitante de uma ilha decidisse separar-se e se dispersar pelo mundo), o último assassino restante na prisão teria, primeiro, que ser executado, de modo que cada um a ele fizesse o merecido por suas ações, e a culpa sanguinária não se vinculasse ao povo por ter negligenciado essa punição, uma vez que de outra maneira o povo pode ser considerado como colaborador nessa violação pública da justiça. (KANT, 2003, p. 176).

O exemplo acima, da necessidade de punição mesmo na dissolução de uma sociedade, revela que o retributivismo se concentra no passado, ou melhor, na reparação de um fato pretérito, enquanto que o utilitarismo, ao justificar a punição pela característica da prevenção do crime, volta sua visão para o futuro. Sobre o assunto, Estefam ressalta que:

Para Kant, adepto dessa teoria, mesmo se uma sociedade voluntariamente se dissolvesse, ainda assim o último assassino deveria ser punido a fim de que cada um recebesse a retribuição que exige sua conduta. Nota-se, então, que a base das teorias absolutas encontra-se no passado, que demanda reparação. A frase de Kant certamente seria criticada pelos adeptos das teorias relativas. Romagnosi ponderou que se depois do primeiro crime existisse a certeza moral de que outro não seria praticado, a sociedade não teria direito de punir o agente (ESTEFAM, 2017, p. 337).

Kant afirma que não é ético fundamentar a punição com base na teoria utilitarista, pois o homem não é um simples meio, mas um fim em si mesmo: “[...] os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio [...]” (KANT, 2007, p. 68).

Em pelo menos dois dos seus escritos – *Doutrina do Direito* (KANT, 1993) e *A Metafísica dos Costumes* (KANT, 2003) – Kant despreza completamente o caráter preventivo

da pena, pois ao minimizar a punição, seja qual for a intenção, perde-se não apenas a justiça, mas o valor da própria vida. O caráter preventivo seria, segundo seu entendimento, uma ofensa grave que fere o direito da sociedade à justiça retributiva. Assim, mesmo que a punição não traga qualquer vantagem, ela deve ser aplicada. Rejeitada totalmente a teoria utilitarista, Kant resume que a finalidade da pena é realizar justiça:

A lei penal é um imperativo categórico; e infeliz é aquele que se arrasta pelo caminho tortuoso do eudemonismo para encontrar algo que, pela vantagem que se possa tirar, descarrega-se do culpado, em todo ou em parte, das penas que merece segundo o provérbio farisaico: “Mais vale a morte de um só homem que a perda de todo o povo”; porque, quando, a justiça é desconhecida, os homens não têm razão de ser sobre a Terra. (KANT, 1993, p. 176).

A lei da punição é um imperativo categórico e infeliz aquele que rasteja através das tortuosidades do eudaimonismo, a fim de descobrir algo que libere o criminoso da punição ou, ao menos, reduza sua quantidade pela vantagem que promete [...] Se a justiça perecer não haverá mais valor algum na vida dos seres humanos sobre a terra. (KANT, 2003, p. 175).

Um dos mais renomados penalistas alemão e professor de Filosofia do Direito da Ludwig-Maximilians Universität (Munique, Alemanha), Bernd Schünemann, ao ser entrevistado pela revista *Liberdades*, reconhece que até os dias atuais Kant continua sendo um dos filósofos mais importantes para o Direito Penal:

Na sua opinião, professor, quais os filósofos mais importantes para o direito penal? Que filósofos o senhor mais aprecia?
BS – Para o penalista, um dos filósofos mais importantes é, sem dúvida, Kant. A moderna filosofia analítica também me parece indispensável para uma argumentação cuidadosa e diferenciada – ela é, por assim dizer, a ciência mãe da ciência do direito. Pessoalmente, leio Nietzsche com grande prazer, porque nele enxergo um agudo crítico da hipocrisia do mundo burguês, mas não creio que ele tenha tanto a dizer ao penalista. (SCHÜNEMANN, 2010, p. 12).

Em que pese o reconhecimento de renomados juristas da importância de Kant para o Direito Penal, alguns filósofos, como Schopenhauer, criticam severamente suas ideias jurídicas: “Somente a senil debilidade de Kant poderia explicar o conjunto da sua teoria do direito, que não é mais que um estranho tecido de erros que nascem uns dos outros...” (SCHOPENHAUER, [s.d.], p. 48).

Schopenhauer amplia sua crítica a Kant, afirmando que a finalidade da punição é prevenir o crime, mostrando o castigo:

Por isto a teoria de Kant, que pretende ser a pena estabelecida unicamente em vista da punição, é irracional e destituída de fundamento. Coisa que entre tanto não impede seja ela reproduzida ainda nos escritos de muitos legistas, toda envolta de frases ressonantes que, em última análise, são vazias de sentido; dizem, por exemplo, que com a pena o delito será expiado, ou neutralizado, ou anulado, etc. Mas ninguém tem o direito de arrogar-se o ofício de juiz, de vingador puramente moral, e de punir o erro alheio com a inflicção da dor. Numa palavra, de impor a expiação. Seria isto uma pretensão bem audaciosa; atesta-o a Bíblia com as palavras: Porquanto a Mim somente é reservada a vingança e Eu só darei a retribuição, diz o Senhor. Certo, o homem tem o direito de velar pela segurança da sociedade, o que não é possível senão com a ameaça de penas para todas as ações qualificadas de criminosos, com o fim de preveni-las por meio de contramotivos, que consistem na penalidade cuja ameaça se apresenta; tal ameaça não pode ser eficaz senão com a condição de que seja cumprida toda vez que suceda o caso a ser punido. A pena, ou mais exatamente, a lei penal, tem um fim puramente preventivo, que é o de prevenir o delito apontando-lhe o castigo. (SCHOPENHAUER, [s.d.], p. 56).

3.7 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A LEI DE TALIÃO

A teoria retributiva entende que quem comete um crime merece ser punido proporcionalmente ao delito cometido, não aceitando nem a punição de inocentes nem penalidades desproporcionalmente grandes.

Paulo Queiroz sintetiza afirmando que, independentemente da função da pena, seu pressuposto será sempre o cometimento de um crime e sua aplicação obedecerá ao princípio da proporcionalidade como meio de evitar excessos:

O principal mérito da fundamentação retributiva radica no fato de que a pena, independentemente dos fins a que se destine, deve ter sempre o delito como pressuposto, isto é, o crime conceitualmente é retribuição de um “mal” e há de ser sempre proporcionada ao comportamento delituoso praticado, razão pela qual se presta, assim, a coibir abusos por parte do Estado na sua graduação. (QUEIROZ, 2005, p. 23).

Alguns pensadores, como Hegel (1942) e Morris (1968), entendem que os infratores têm o direito de serem punidos, e que não puni-los é uma injustiça a eles. Isto não quer dizer que perdoar um infrator é injusto, mas que o criminoso tem o direito de ser tratado proporcionalmente à gravidade do delito.

Estefam ressalta que a pena, uma vez consagrada pelo princípio da proporcionalidade, serve para reparar o mal e restabelecer a ordem jurídica:

Para as teorias absolutas, a finalidade da pena é eminentemente retributiva. A pena atua como a contrapartida pelo mal cometido (*punitur quia peccatum est*). Um mecanismo necessário para reparar a ordem jurídica violada pelo delinquente. Este, quando pratica o ilícito penal, produz um mal (injusto), reparado com a inflicção de outro (justo). A vantagem das teorias absolutas consiste em agregar à pena a ideia de

retribuição e, com isso, estabelecer que a sanção deve ser proporcional à gravidade do fato. (ESTEFAM, 2017, p. 337).

A punição é a resposta, ou melhor, a retribuição à culpabilidade do infrator, sendo assim necessário que seja proporcional ao prejuízo causado pela infração. A teoria retributiva defende que é tão ruim punir um infrator mais do que ele merece quanto punir um inocente.

Russell Christopher (2003) ressalta que o retributivismo impõe um dever absoluto de punir os culpados sempre que uma oportunidade surgir e que punir um infrator menos do que ele merece viola o direito à punição do próprio infrator (CHRISTOPHER, 2003).

Para Kant, a punição é vista como uma imposição ética inabdicável, e o retributivismo um imperativo categórico. Continua Kant (1797) afirmando que não punir um infrator seria injusto com a vítima, e neste caso a sociedade se tornaria colaboradora da violação da lei. Já Hill (1999) diz que essa obrigação de punir o infrator não é em relação à vítima, mas sim em observância à lei. Apesar da opinião de Kant, a teoria retributiva defende que a vingança se centraliza no merecimento do infrator em receber um castigo, e não na vítima.

Aplica-se perfeitamente ao pensamento kantiano a lei de Talião, pois este filósofo entende que, quando o bem jurídico tutelado pelo Estado sofre um dano, o ente federativo tem o dever de punir o bem jurídico individual do infrator nas mesmas proporções da infração. Em suas palavras: “o mal imerecido que fazes a outro de teu povo o fazes a ti mesmo: se o desonras, desonras a ti mesmo; se o roubas, roubas a ti mesmo; se o maltratas ou o matas, maltratas ou matas a ti mesmo” (KANT, 1993, p. 177). Este entendimento é o corolário do princípio da igualdade.

Para ele, há uma relação de causalidade entre crime e punição. Por exemplo, todo homem que mata deve morrer, não havendo justiça em qualquer outro tipo de punição diverso da morte, ou seja, “cada um receba o valor de seu fato”:

Se, porém, ele cometeu assassinato, terá que morrer. Aqui não há substituto que satisfará a justiça. Inexiste similaridade entre a vida, por mais desgraçada que possa ser, e a morte, e, conseqüentemente, nenhuma igualdade ou analogia entre o crime e a retaliação, a menos que a morte seja judicialmente aplicada ao criminoso, ainda que tenha que estar isenta de qualquer maltrato que pudesse tornar abominável a humanidade na pessoa que a sofre. (KANT, 2003, p. 176).

Kant é adepto da aplicação do *ius talionis* (olho por olho, dente por dente), exigindo assim que a resposta estatal pelo prejuízo causado pela infração seja de valor equivalente e aplicada por um tribunal. Sobre a lei de Talião, afirma o autor: “Há somente o direito de Talião (*jus talionis*) que possa proporcionar determinadamente a qualidade e a quantidade da pena,

porém com a condição bem entendida de ser apreciada por um tribunal (não pelo juízo privado)...” (KANT, 1993, p. 177). No conceito de Talião, a pena é um reflexo idêntico do infortúnio suportado pela vítima que recai sobre o infrator compensando o mal. Retribui-se o fato para compensar o sofrimento, ou seja, a punição será idêntica ao ato praticado.

A lei de Talião defende a proporcionalidade baseada numa escala de punição, que determina uma pena para cada crime específico, onde os delitos mais graves são punidos com fortes penas e os delitos pequenos com penalidades leves. Na versão clássica, aquele que, por exemplo, furta 500 reais deve devolver 500 reais, mas para Kant (1797, p. 142) o ladrão não deve devolver apenas o valor que furtou, mas sim todos os direitos à propriedade. Sua defesa da lei de Talião vislumbra apenas a vontade estatal.

A proporcionalidade passa a ser uma imposição absoluta, e a lei de Talião a única que tem o poder de determinar quantidade e qualidade da pena, porque os demais princípios não possuem o condão de atingir a justiça. Vejamos:

Mas que tipo e que quantidade de punição correspondem ao princípio e medida da justiça pública? Nada além do princípio de igualdade (na posição do ponteiro na balança da justiça) inclinar-se não mais para um lado do que para o outro. Em conformidade com isso, seja qual for o mal imerecido que infliges a uma outra pessoa no seio do povo, o infliges a ti mesmo. Se o insultas, insultas a ti mesmo; se furtas dele, furtas de ti mesmo; se o feres, feres a ti mesmo; se o matas, matas a ti mesmo. Mas somente a lei de Talião (*ius talionis*) – entendida, é claro, como aplicada por um tribunal (não por ter julgamento particular) – é capaz de especificar definitivamente a qualidade e a quantidade de punição; todos os demais princípios são flutuantes e inadequados a uma sentença de pura e estrita justiça, pois neles estão combinadas considerações estranhas. (KANT, 2003, p. 175).

A lei de Talião evita, assim, punições desproporcionais, como ocorre na vingança privada. Esta lei surgiu para manutenção dos grupos sociais, impondo que a vingança estivesse de acordo com o dano – olho por olho e dente por dente – evitando o castigo além da infração. Alguns doutrinadores, como Bitencourt, observam um caráter humanitário neste princípio taliônico:

Com a evolução social, para evitar a dizimação das tribos, surge a lei de Talião, determinando a reação proporcional ao mal praticado: olho por olho, dente por dente. Esse foi o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima, representando, de certa forma, a primeira tentativa de humanização da sanção criminal. A lei de Talião foi adotada no Código de Hamurabi (Babilônia), no Êxodo (hebreus) e na Lei das XII Tábuas (romanos). No entanto, com o passar do tempo, como o número de infratores era grande, as populações iam ficando deformadas, pela perda de membro, sentido ou função, que o Direito talional propiciava. Assim, evoluiu-se para a composição, sistema através do qual o infrator comprava a sua liberdade, livrando-se do castigo. A composição, que foi largamente aceita, na sua época, constituiu um dos antecedentes da moderna reparação do Direito Civil e das penas pecuniárias do Direito Penal. (BITENCOURT, 2016, p. 73-74).

Ao estudar o direito estatal de punir, Kant defende a pena de morte declarando que “todo aquele que cometer assassinato, ordená-lo ou for cúmplice deste – deverá ser executado” (KANT, 2003, p. 177). Para este pensador, existem crimes mais difíceis de punir adequadamente através de uma retaliação, como nos casos dos crimes contra a humanidade, trazendo como exemplo o estupro, a pederastia e a bestialidade:

A punição para o estupro e a pederastia é a castração (como a de um eunuco branco ou negro num serralho), a da bestialidade, a expulsão permanente da sociedade civil, uma vez que o criminoso tornou a si mesmo indigno da sociedade humana. *Per quod quis peccat, per idem punitur et idem*. Os crimes mencionados são qualificados como contra a natureza porque são cometidos contra a própria humanidade. Infligir quaisquer punições segundo o próprio arbítrio a esses crimes seria literalmente contrário ao conceito de justiça punitiva, pois a única vez que um criminoso não pode se queixar que um mal lhe é feito é quando faz retornar sua má ação sobre si mesmo, e o que é feito a ele de acordo com o direito penal é o que ele cometeu aos outros, se não em termos de sua letra, ao menos em termos de seu espírito. (KANT, 2003, p. 206).

3.8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos fundamentos aqui demonstrados, conclui-se que os retributivistas partem de alguns pressupostos – o homem possui livre arbítrio, conhece as regras que deve respeitar, poderia tê-las obedecido – mas escolhe de livre e espontânea vontade transgredi-las, cometendo assim um ilícito. A quebra deste pacto social gera ao Estado o direito de vingar-se, retribuindo ao infrator o mal causado.

A pena é, assim, um castigo, proporcional ao delito, que um membro da sociedade tem que sofrer por infringir as regras legais e causar dano à coletividade. A punição nada mais é do que a retribuição do Estado pela infração praticada.

O objetivo justificador é única e exclusivamente a retribuição ao crime cometido, outras possíveis funções da pena, tais como a prevenção, a dissuasão, a incapacidade, etc. não têm qualquer importância para esta teoria. Diante deste único fim, a punição deve ser aplicada mesmo quando o culpado não tenha mais condições de reincidir ou a prevenção não possa ser atingida. Afinal, seu único intuito é punir o infrator, ou melhor, retribuir o mal imerecido pelo mal merecido, fazendo com que o criminoso usufrua as consequências de sua ação. A pena é, então, somente uma representação da justiça, sem qualquer outra finalidade senão a de ser um fim em si mesma.

Ocorre que não podemos isolar uma ação de suas inúmeras consequências; ao ser aplicada uma pena em retribuição a um ilícito cometido, invariavelmente a sociedade observará o exemplo de que todo aquele que infringir suas normas receberá uma punição, o que gera a prevenção de crimes. Não há prevenção sem a prévia definição de que todo aquele que cometer um delito será penalizado, ou melhor, o caráter preventivo é consequência da retribuição, da certeza de que toda atitude delitativa sofrerá uma punição.

Em resposta às três perguntas abordadas nesta dissertação – “O que justifica a prática geral da punição?”, “A quem pode a punição ser aplicada?” e “Como nós podemos punir?” –, a teoria retributiva defende que o que justifica a prática geral da punição é a retribuição, ou seja, é a devolução ao criminoso de um mal justo previsto legalmente pelo mal injusto cometido pelo infrator. Como o pressuposto da pena é a existência de um delito, só será permitido punir aquele que infringir à lei, sendo, portanto, inadmissível a punição de um inocente. A pena, por sua vez, deverá atender, tanto em relação a sua quantidade como a sua qualidade, ao princípio da proporcionalidade, não se aceitando, assim, penas proporcionalmente grandes.

4 O CRIME E A PUNIÇÃO NA TEORIA MISTA DE HART

4.1 INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO DE HART ACERCA DA PUNIÇÃO

A maior parte do trabalho de Hebert Hart se refere à teoria geral do direito, mas ele se dedica também ao estudo da punição. Hart publicou vários artigos sobre Direito Penal num estilo peculiar de escrita, envolvendo fundamentação normativa e moral. Ele consegue harmonizar a filosofia moral e o direito positivo. Tais escritos foram consolidados em 1968 no livro *Punishment and Responsibility – Essays in the Philosophy of Law*. Seus estudos permeiam a discussão filosófica acerca de quais princípios tornam moralmente tolerável punir um infrator. Sua abordagem da função da pena é bastante teórica, o que o tornou alvo de diversos críticos que consideram seu positivismo teoricamente interessante, porém insuficiente para elucidar os desafios apresentados na prática forense.

Hart esclarece que sua intenção é fazer uma descrição moralmente aceitável da punição, e em todo seu trabalho busca destacar, nos institutos do Direito Penal, os componentes da justiça e da moral. Ele traça, ainda, um paralelo entre pontos importantes para o Direito Penal, como o estudo da pena e as teorias utilitarista e retributivista.

Este filósofo do direito é adepto da teoria mista, por considerar que nenhuma teoria isolada é suficiente para justificar a punição; um único princípio não é capaz de elucidar o complexo sistema penal. Simplificar a razão de punir, sob a ótica de apenas uma teoria, retira do multifacetado sistema punitivo a possibilidade de encontrar solução satisfatória, razão pela qual a pena deve possuir mais de um objetivo. Para Hart (1968), qualquer relato moralmente tolerável sobre a instituição da punição criminal deve selar um compromisso entre os princípios radicalmente distintos e parcialmente conflitantes:

General interest in the topic of punishment has never been greater than it is at present and I doubt if the public discussion of it has ever been more confused. The interest and the confusion are both in part due to relatively modern scepticism about two elements which have figured as essential parts of the traditionally opposed "theories" of punishment. On the one hand, the old Benthamite confidence in fear of the penalties threatened by the law as a powerful deterrent has waned with the growing realisation that the part played by calculation of any sort in anti-social behaviour has been exaggerated. On the other hand, a cloud of doubt has settled over the keystone of "Retributive" theory. Its advocates can no longer speak with the old confidence that statements of the form "This man who has broken the law could have kept it" had a univocal or agreed meaning; or where scepticism does not attach to the meaning of this form of statement, it has shaken the confidence that we are generally able to

distinguish the cases where this form of statement is true from those where it is not.
(HART, 1968, p. 1).⁸

Sua teoria se baseia, assim, em uma integração e acomodação das duas teorias mais importantes do pensamento filosófico, utilitarismo e retributivismo, com a finalidade de solucionar as questões que envolvem o complexo instituto da punição.

O pensamento de Hart é essencialmente utilitarista no tocante ao objetivo geral justificador, mas para evitar eventuais distorções, ele consagra a utilização dos princípios de justiça. Assim, a teoria de Hart dá uma resposta mista às três questões: o que justifica a prática geral da punição? A quem pode a punição ser aplicada? Como nós podemos punir?

A primeira pergunta diz respeito ao objetivo geral justificador e se subdivide em dois aspectos: responsabilidade (quem pode ser punido?) e valor (como punir?).

Diante da complexidade que envolve o instituto da punição, ele enfatiza que nem a retribuição, nem a reforma, nem a dissuasão respondem isoladamente a estas perguntas; cada uma delas é relevante em diferentes aspectos para se obter uma justificação moralmente aceitável para a punição. Não há apenas um valor supremo ou objetivo para responder à questão da justificação da punição, ou seja, nenhuma teoria isoladamente consegue responder a todas as questões sobre o tema.

Acerca do posicionamento, à sua época, da Câmara dos Lordes sobre a justificação da punição, Hart relata que em julho de 1956 o Lord Chancellor (presidente da Câmara dos Lordes e chefe do Judiciário inglês) associou a função educativa de repreensão pública com a função de intimidação, ao afirmar: “[...] *the ultimate justification of any punishment is not that it is a deterrent but that it is the emphatic denunciation of the committing of a crime*”⁹ (HART, 1968,

⁸ Interesse geral no tópico de punição nunca foi maior do que é no presente e duvido que a discussão pública disto jamais tenha sido tão confusa. O interesse e a confusão são em parte devido ao ceticismo relativamente moderno sobre dois elementos, os quais têm figurado como partes essenciais das tradicionalmente opostas "teorias" da punição. Por um lado, a antiga confiança de Bentham no temor às penalidades ameaçadas pela lei, como um poderoso meio de intimidação, que tem diminuído com a crescente percepção de que o papel desempenhado pelo cálculo de qualquer tipo de comportamento antissocial tem sido exagerado. Por outro lado, uma nuvem de dúvidas se estabeleceu sobre a pedra angular da teoria "retributivista". Seus defensores não podem mais falar com a velha confiança de que enunciados do tipo: "Este homem que quebrou a lei poderia tê-la mantido" têm um significado inequívoco ou comum, ou onde o ceticismo não se liga ao significado desta forma de enunciado, isto tem abalado a confiança que geralmente nós somos capazes de distinguir os casos onde esta forma de enunciado é verdade daqueles em que não é. (HART, 1968, p. 1, tradução nossa).

⁹ “[...] a justificação final de qualquer punição não é que isso é um meio de intimidação, mas que é a repreensão pública enfática do cometimento de um crime”. (HART, 1968, p. 2, tradução nossa).

p. 2) e "[...] *the real crux of the question at issue is whether capital punishment is a uniquely effective deterrent*"¹⁰ (HART, 1968, p. 2).

Hart continua ressaltando que, nessa mesma data, o Lord Denning separou o instituto da repreensão pública do sofrimento do infrator ao alegar que a repreensão pública não implica a deliberada imposição de sofrimento que é a característica necessária à justificação.

4.2 O CONCEITO E O OBJETIVO DA PUNIÇÃO

Para explicar melhor seu pensamento, Hart analisou o instituto da pena sob três aspectos. Primeiramente ele a conceitua, depois ele analisa qual a justificativa ou o objetivo geral justificador (*general justifying aim*) e por último, o que ele chama de “distribuição”, que nada mais é do que o estudo de quem deve ser punido e da quantidade de pena a ser aplicada.

Hart não limita o conceito de crime a uma ofensa a ordem jurídica, mas o entende também como uma violação à moral. Punição deve ser a materialização da condenação moral pela prática de um crime, e não somente um reflexo da transgressão da lei, pois a moralidade antecede à legislação. É, assim, a razão da existência da lei, e a pena, um meio para se restabelecer a ordem moral.

Elaborando sua definição, Hart separa o que ele denomina de “caso central da punição”, extraíndo dele cinco elementos:

- (i) *It must involve pain or other consequences normally considered unpleasant.*
- (ii) *It must be for an offence against legal rules.*
- (iii) *It must be of an actual or supposed offender for his Offence.*
- (iv) *It must be intentionally administered by human beings. other than the offender.*
- (v) *It must be imposed and administered by an authority constituted by a legal system against which he offence is committed.* (HART, 1968, p. 4-5).¹¹

O segundo e o terceiro elementos trazem em seu bojo uma problemática, denominada por Hart (1968) de *definitional stop*, ou seja, uma vez que só podemos chamar de pena quando

¹⁰ "o verdadeiro cerne da questão em debate é saber se a pena capital é um meio de intimidação excepcionalmente eficaz" (HART, 1968, p. 2, tradução nossa).

¹¹ (i) Ela deve envolver dor ou outras conseqüências normalmente consideradas desagradáveis.
(ii) Ela deve ser por uma infração contra as regras legais.
(iii) Ela deve ser imposta a um infrator por sua infração.
(iv) Ela deve ser administrada intencionalmente por seres humanos que não sejam o infrator.
(v) Ela deve ser imposta e administrada por uma autoridade constituída por um sistema legal contra o qual a infração foi cometida. (HART, 1968, p. 4-5, tradução nossa).

ela recair sobre um ofensor que cometeu uma infração contra as regras legais, o que dizer da pena quando ela é infligida a um inocente? Para o utilitarismo, as consequências benéficas justificam a punição, e tal posicionamento leva os retribucionistas a questionarem: por que não aplicar uma punição a inocentes, tais como a família do infrator, quando esta imposição trouxer consequências benéficas? Para Hart, seria errado responder que não se trata de punição, mas apenas da sua justificação.

Diante dessa dificuldade conceitual, Hart definiu casos secundários de punição a pessoas que não se enquadram na definição do caso padrão, por não serem um ofensor que cometeu uma infração contra regra legal, quais sejam:

- (a) *Punishments for breaches of legal rules imposed or Administered otherwise than by officials (decentralised sanctions).*
- (b) *Punishments for breaches of non-legal rules or orders (punishments in a family or school).*
- (c) *Vicarious or collective punishment of some member of a social group for actions done by others without the former's authorisation, encouragement, control or permission.*
- (d) *Punishment of persons (otherwise than under (c)) Who are neither in fact nor supposed to be offenders. (HART, 1968, p. 5).¹²*

Apesar de entender ser possível encontrar algumas vantagens na punição de inocentes, como a prevenção e a repressão ao crime, Hart dá extrema importância à teoria retributiva no que concerne à distribuição, respondendo às perguntas: quem pode ser punido? E como puni-lo?

O objetivo imediato de transformar uma conduta em crime é “[...] *to announce to society that these actions are not to be done and to secure that fewer of them are done*”¹³ (HART, 1968, p. 6). Dessa forma, o objetivo, não da punição, mas da legislação penal, é denunciar que certos tipos de condutas não devem ser executadas, desencorajando-as. Além disto, a lei penal também descreve comportamentos para encorajar as pessoas a praticá-lo: por exemplo, podemos citar o crime de omissão de socorro, que encoraja o condutor a prestar socorro à vítima.

¹² (a) Punições para as violações das regras legais impostas ou administradas exceto por autoridades (sanções descentralizadas).

(b) Punições para as violações de regras ou ordens não legais (punições em uma família ou escola).

(c) Uma punição indireta (vicário) ou coletiva de algum membro de um grupo social por ações feitas por outros, sem o consentimento do autor, incentivo, controle ou permissão.

(d) Punição de pessoas (diversas do âmbito de (c)), que não são nem de fato nem supostamente infratores. (HART, 1968, p. 5, tradução nossa).

¹³ “[...] para anunciar à sociedade que essas ações não são para ser cometidas e para garantir que menos delas sejam praticadas” (HART, 1968, p. 6, tradução nossa).

Não se deve confundir o objetivo imediato da lei penal com a justificação da punição. Enquanto a punição é justificada como a denúncia pela comunidade de um crime, o objetivo imediato da lei penal é encorajar ou desencorajar certas condutas.

Os adeptos do retributivismo, ou como Hart descreve, aqueles que analisam a lei como um mero instrumento para impor a moralidade e que não justificam a punição pelas consequências benéficas, mas pela necessidade de impor sofrimento àqueles que ofendem a ordem moral “[...] *would not deny that the aim of criminal legislation is to set up types of behaviour (in this case conformity with a pre-existing moral law as legal standards of behaviour and to secure conformity with them*”¹⁴ (HART, 1968, p. 8).

4.3 O OBJETIVO GERAL JUSTIFICADOR E OS PRINCÍPIOS DA DISTRIBUIÇÃO

A grande discussão entre as teorias utilitarista e retributivista encontra-se exatamente no objetivo geral justificador: enquanto a primeira justifica a punição pelas consequências benéficas, a segunda define que “[...] *the main justification of the practice lies in the fact that when breach of the law involves moral guilt the application to the offender of the pain of punishment is itself a thing of value*”¹⁵ (HART, 1968, p. 8).

Dentro da teoria retributiva, Hart distingue o objetivo geral justificador, que seria aplicar sofrimento através da punição àqueles que violaram a ordem moral e jurídica do que ele denomina de “distribuição”, que nada mais é do que garantir que somente aqueles que violaram a lei voluntariamente podem ser punidos. Assim, o estudo da teoria mista de Hart exige que a retribuição, no objetivo geral, seja diferenciada da distribuição na distribuição:

*Though in fact I agree with Mr. Benn in thinking that these all either avoid the question of justification altogether or are in spite of their protestations disguised forms of Utilitarianism, I shall assume that Retribution, defined simply as the application of the pains of punishment to an offender who is morally guilty, may figure among the conceivable justifying aims of a system of punishment. Here I shall merely insist that it is one thing to use the word Retribution at this point in an account of the principle of punishment in order to designate the General Justifying Aim of the system, and quite another to use it to secure that to the question "To whom may punishment be applied?" (the question of Distribution) the answer given is "Only to an offender for an offence".*¹⁶ (HART, 1968, p. 9).

¹⁴ “[...] não negariam que o objetivo da legislação penal é a criação de tipos de comportamento (neste caso em conformidade com uma lei moral preexistente) como padrões legais de comportamento e para garantir a conformidade com elas” (HART, 1968, p. 8, tradução nossa).

¹⁵ “[...] a principal justificação da prática reside no fato de que, quando a violação da lei envolve culpa moral a aplicação ao infrator da pena de punição é em si uma coisa de valor” (HART, 1968, p. 8, tradução nossa).

¹⁶ Embora na verdade eu concorde com o Sr. Benn em pensar que todos estes ou evitam a questão da justificação completamente ou são, apesar de seus protestos disfarçadas formas de utilitarismo eu, devo assumir que

A distribuição nada mais é do que a resposta a duas perguntas: quem deve ser punido e com que severidade? A isto Hart denomina “questão de responsabilidade e de valor”.

Este filósofo do Direito defende que é perfeitamente compatível mesclar a teoria utilitarista com a teoria retributivista, reconhecendo que:

*[...] the General Justifying Aim of the practice of punishment is its beneficial consequences and that the pursuit of this general aim should be qualified or restricted out of deference to principles of Distribution which require that punishment should be only of an offender for an offence.*¹⁷ (HART, 1968, p. 9).

Hart utiliza o objetivo geral justificador do utilitarismo, limitando-o com a aplicação da teoria retributiva apenas no tocante à distribuição, ou seja, a punição visa às consequências benéficas, mas somente pode ser aplicada a um infrator que cometer uma infração. A retribuição no objetivo geral é, assim, aplicada apenas no tocante à distribuição. Para Hart, não há como limitar o uso da retribuição na distribuição apenas quando o objetivo geral da justificação da prática da punição for a retribuição. A justiça se consagra quando uma punição é aplicada exclusivamente àquele que comete um crime, não se admitindo a punição de inocentes.

Este pensador dá tanta ênfase à ideia de a punição ser aplicada somente a quem comete uma infração, que considera que “[...] *restriction of punishment to offenders is a simple consequence of whatever principles (Retributive or Utilitarian) constitute the Justifying Aim of punishment*”¹⁸ (HART, 1968, p. 11).

O utilitarismo enxerga a pena como um mal necessário para proteger a sociedade, e sua severidade será apenas o suficiente para desestimular a prática delitiva, garantindo a prevenção tanto individual, para que o infrator não cometa o crime novamente, como geral, para que os outros membros da sociedade, ao observarem o exemplo, não pratiquem o ato delitivo.

Já a teoria retributiva vê a punição como uma retribuição pelo crime cometido, não admitindo a punição de inocentes, ou seja, daqueles que não merecem a pena. Desta forma, só

Retribuição, definido simplesmente como a aplicação das dores de punição a um infrator que é moralmente culpado, pode figurar entre as concebíveis justificativas dos objetivos de um sistema de punição. Aqui me limito a insistir que uma coisa é usar a palavra Retribuição neste ponto em uma conta do princípio da punição, a fim de designar o objetivo geral de justificação do sistema, e absolutamente outra é usá-la para garantir que a questão "a quem pode ser aplicada a punição?" (a questão da Distribuição), a resposta dada é "Somente a um infrator por uma infração". (HART, 1968, p. 9, tradução nossa).

¹⁷ [...] o objetivo geral justificador da prática da punição são as suas consequências benéficas e que a busca deste objetivo geral deve ser qualificada ou limitada por deferência aos princípios de distribuição os quais exigem que a punição deva ser apenas de um infrator por uma infração. (HART, 1968, p. 9, tradução nossa).

¹⁸ “[...] a restrição da punição aos infratores é uma simples consequência quaisquer que sejam os princípios (Retributivo ou Utilitarista) que constituam o objetivo justificador da punição” (HART, 1968, p. 11, tradução nossa).

poderá ser punido aquele que ferir a ordem moral e jurídica, e a severidade de sua pena deverá ser na mesma proporção da lesão causada pelo ato delitivo.

Há muito se discute também acerca da moralidade de se punir um inocente, apesar de alguns utilitaristas entenderem que tanto punir alguém por algo que ele não fez, quando a finalidade é salvar muitas vidas, como aplicar uma punição desproporcional por ser severa demais, quando o objetivo é desestimular um crime recorrente, são soluções compatíveis com o utilitarismo. Escolhe-se, assim, o menor de dois males. Muitos adeptos desta escola filosófica acreditam que esse tipo de punição diminui a utilidade, por causar insegurança e até mesmo pânico por parte daqueles que se esforçam para obedecer e mesmo assim teriam chance de serem punidos.

Para exemplificar a importância da distribuição na retribuição, Hart faz referência a uma situação hipotética em que, para evitar uma catástrofe, as autoridades fabricam provas condenando uma pessoa completamente inocente ou impõem a punição aos filhos e companheiro do infrator. A punição, nestas hipóteses, revela um efeito duplo: dissuasão e apreensão, pois ao mesmo tempo que desencoraja outras pessoas a praticarem o delito, cria um ambiente de insegurança na sociedade.

Sobre a distribuição, Hart conclui:

*Similarly the moral importance of the restriction of punishment to the offender cannot be explained as merely a consequence of the principle that the General Justifying Aim is Retribution for immorality involved in breaking the law. Retribution in the Distribution of punishment has a value quite independent of Retribution as Justifying Aim.*¹⁹ (HART, 1968, p. 12).

O princípio da distribuição na retribuição é considerado por este filósofo como algo tão extraordinariamente importante que, mesmo quando a lei violada for imoral, ele deve ser atendido:

This is shown by the fact that we attach importance to the restrictive principle that only offenders may be punished even where breach of this law might not be thought immoral: indeed even where the laws themselves are hideously immoral as in Nazi Germany, e.g., forbidding activities (helping the sick or destitute of some racial group) which might be thought morally obligatory, the absence of the principle

¹⁹ Da mesma forma, a importância moral da restrição da punição para o infrator não pode ser explicada meramente como uma consequência do princípio no qual o Objetivo Geral Justificador é a Retribuição em relação à imoralidade envolvida na violação da lei. Retribuição na Distribuição da punição tem um valor totalmente independente da Retribuição como objetivo da justificação. (HART, 1968, p. 12, tradução nossa).

restricting punishment to the offender would be a further special iniquity; [...] ²⁰
(HART, 1968, p. 12).

4.4 AS EXCLUDENTES DE CRIMINALIDADE COMO PRINCÍPIO DE JUSTIÇA

Considerando que nenhum objetivo geral justificador sozinho justifica a punição, Hart questiona o que justificaria, então. Comprovando sua ideia da necessidade de uma teoria mista, ele afirma que mesmo o sistema penal considerado iníquo e que como tal tenha um objetivo geral justificador imoral, a punição do inocente ou de quem não tinha intenção de cometer o ilícito continua sendo injusta e arbitrária; a recusa do Estado em punir é um sinal de graça ou, em suas palavras:

[...] even where the laws appear to us morally iniquitous or where we are uncertain as to their moral character so that breach of law does not entail moral guilt, punishment of those who break the law unintentionally would be an added wrong and refusal to do this some sign of grace. ²¹ (HART, 1968, p. 18).

Hart defende a aplicação dos princípios de justiça, a limitação da punição para aqueles que tenham voluntariamente desobedecido à lei e, conseqüentemente, o emprego de descriminalizantes. São hipóteses em que, apesar de o indivíduo ter cometido a ação desencorajada pela lei, ele não deve ser punido, pois a própria legislação, em virtude de uma circunstância específica, não o condena, encorajando-o muitas vezes. No Direito inglês, elas são denominadas de “justificação”, “escusas” ou “mitigação”.

Quadro 2 – As excludentes de criminalidade (Continua)

JUSTIFICAÇÃO	ESCUSA	MITIGAÇÃO
A prática deste ato não é condenável pela lei, que muitas vezes a acolhe.	O ato é condenável pela lei, mas o estado psicológico do agente quando praticou a ação exemplifica uma condição que exclui tanto a condenação pública como a punição.	Restringe a responsabilidade quando os infratores têm uma condição que independe do objetivo geral. Na mitigação, o infrator possui uma dificuldade especial em obedecer à lei, em

²⁰ Isso é mostrado pelo fato de que nós atribuímos importância ao princípio restritivo que somente os infratores podem ser punidos, mesmo quando a violação desta lei pode não ser considerada imoral: na verdade mesmo quando as próprias leis são terrivelmente imorais como na Alemanha nazista, por exemplo, proibindo atividades (ajudar os doentes e necessitados de algum grupo racial), as quais podem ser consideradas moralmente obrigatórias, a ausência do princípio restritivo da punição ao ofensor seria uma iniquidade ainda mais especial; (HART, 1968, p. 12, tradução nossa).

²¹ [...] mesmo onde as leis parecem-nos moralmente iníquas ou onde nós estamos duvidosos quanto ao seu caráter moral de modo que a violação da lei não ocasiona culpa moral, a punição daqueles que involuntariamente violaram a lei seria um erro adicional e uma recusa em fazer isso algum sinal de graça. (HART, 1968, p. 18, tradução nossa).

	<p>São atos não voluntários ou não totalmente voluntários.</p> <p><u>Condições escusáveis:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - falta de conhecimento ou ação não intencional; - falta de controle muscular ou ação involuntária; - sujeição a formas brutas de coerção por ameaças; e - tipos de anormalidade mental, em que o agente é incapaz de escolher ou executar o que ele escolheu fazer. 	<p>comparação com pessoas normais em situações comuns. Na mitigação, aplica-se uma penalidade menos severa quando a situação ou estado mental do infrator é tal que ele foi exposto a uma:</p> <ul style="list-style-type: none"> - tentação incomum ou especialmente grande; ou - sua capacidade de controlar suas ações é considerada prejudicada ou enfraquecida, de outra forma que não por sua própria ação.
A condenação e a punição são excluídas.	A condenação e a punição são excluídas.	Alguém é condenado e será punido, mas a severidade de sua punição será decidida observando a mitigação.

Quadro 2 – As excludentes de criminalidade (Conclusão)

Fonte: Elaborado pelo autor.

Tais excludentes trazem em seu bojo uma justificativa moral para o não punir. Como exemplo de justificação em que a lei não condena a ação, chegando até mesmo a admiti-la, podemos citar a legítima defesa. Esta ocorre quando o indivíduo pratica a conduta descrita na legislação penal sob efeito da excludente, como na hipótese dele, ao se defender de uma agressão injusta, acabar matando o agressor.

Enquanto a justificação depende do objetivo geral justificador, a escusa e a mitigação são aspectos diferentes subordinados ao princípio da distribuição da punição. A justificação e a escusa são institutos que excluem a aplicação da pena; já a mitigação é uma forma de diminuição de pena.

Nas escusas, o ato do agente é descrito como crime, mas seu estado psicológico justifica moral e juridicamente a exclusão da condenação e, respectivamente, da punição. Esta discriminante não se submete ao objetivo geral e se mantém, independentemente de as leis serem boas ou morais. As escusas, descritas por Hart, são requisitos de equidade ou justiça nas quais, apesar de o fato ser típico e antijurídico, as condições psíquicas do sujeito não permitem estruturar sua consciência e vontade de acordo com o direito, ou ele não estava em condições de compreender a ilicitude de sua conduta. Como exemplo, podemos citar um sonâmbulo ou a pessoa que possui deficiência mental.

Na mitigação, Hart explica que o indivíduo tem uma dificuldade especial em obedecer à lei, seja porque seu estado mental foi afetado e ele foi exposto a uma tentação incomum ou grande, seja porque ele teve a capacidade de controlar suas ações prejudicada ou enfraquecida, de outra forma que não por sua própria ação.

No caso de justificação e escusa, são excluídas tanto a condenação como a punição. Já na mitigação o infrator será punido, mas a retribuição na distribuição no tocante ao valor, ou melhor, à questão da severidade da pena, será reduzida levando em consideração as condições do agente.

Entendendo que a severidade da pena depende parcialmente do objetivo geral justificador, Hart afirma que, ao analisar as excludentes, a teoria utilitarista defende que as punições desproporcionais - ou seja, aquelas que causarem mais sofrimento do que a infração causou - em princípio serão excluídas. Para os adeptos desta escola filosófica, quando um crime causar mais dor do que outro, aquele deverá ter uma penalidade maior, pois a severidade inútil, que não aumenta as consequências benéficas nem eleva a observância do direito, deve ser eliminada em prol da sanção menos severa que obtém o mesmo resultado.

Hart subdivide a mitigação em formal e informal. Na modalidade formal, a lei fixa uma penalidade máxima, inferior à máxima do crime original, cometido sem essas circunstâncias atenuantes, criando, assim praticamente um novo tipo penal com pena máxima e mínima. A mitigação formal pode ser exemplificada pelos crimes de *murder* (homicídio doloso), punível à época com pena de morte, e *manslaughter* (homicídio privilegiado), que seria um homicídio cometido após provocação, punível com prisão perpétua. Provocação nada mais é do que uma defesa mitigativa que ocorre quando há perda total do controle em resposta à conduta provocativa do outro, mas que seja capaz de transformar um *murder* (homicídio doloso) em *manslaughter* (homicídio privilegiado).

Nesse caso, este filósofo do Direito defende que:

It is not a matter of Justification or Excuse for it does not exclude conviction or punishment; but "reduces" the charges from murder to manslaughter and the possible maximum penalty from death to life imprisonment. (HART, 1968, p. 15).²²

Já a mitigação informal fica a cargo da discricionariedade do juiz ao analisar o caso concreto, pois a lei não impõe previamente as penas máximas e mínimas.

²² Isto não é uma questão de Justificação ou Escusa, pois não exclui a condenação ou a punição; mas "atenua" as acusações de homicídio doloso para homicídio privilegiado e a possibilidade de pena máxima de morte para prisão perpétua. (HART, 1968, p. 15, tradução nossa).

A mitigação extrapola os limites de a severidade da pena ser definida pelo objetivo geral justificador e autoriza que o julgador leve em consideração as dificuldades especiais do agente em enfrentar a observância da lei que ele violou, punindo-o com uma pena menos severa.

Hart afirma que, apesar de as excludentes serem bem diferentes, há casos como a coação, que podem se encaixar em mais de uma delas:

[...] since B has committed a crime only because A has threatened him with gross violence or other harm, B's action is not the outcome of a 'free' or independent choice; B is merely an instrument of A who has 'made him do it'. Nonetheless B is not an instrument in the same sense that he would have been had he been pushed by A against a window and broken it: unless he is literally paralysed by fear of the threat, we may believe that B could have refused to comply. If he complies we may say 'coactus voluit' and treat the situation not as one making it intolerable to punish at all, but as one calling for mitigation of the penalty as gross provocation does. On the other hand if the crime which A requires B to commit is a petty one compared with the serious harm threatened (e.g., death) by A there would be no absurdity in treating A's threat as a Justification for B's conduct though few legal systems overtly do this. If this line is taken coercion merges in to the idea of "Necessity" which appears on the margin of most systems of criminal law as an exculpatory factor. ²³ (HART, 1968, p. 16).

Outro exemplo utilizado pelo filósofo do Direito é a insanidade do agente no homicídio. Os tribunais ingleses aplicam as regras M'Naghten²⁴, que nada mais são do que princípios e perguntas hipotéticas sobre a insanidade, elaboradas por um grupo de juízes após a absolvição de Daniel M'Naghten. Esse teste se tornou padrão na Inglaterra para estabelecer a responsabilidade penal dos réus mentalmente desorientados. Na hipótese de os testes serem satisfeitos, o infrator ou será considerado não culpado devido à sua insanidade, aplicando-se uma discriminante, ou será julgado como uma causa de mitigação formal, assim como a provocação reduz o homicídio doloso (*murder*) à categoria de homicídio privilegiado (*manslaughter*). O réu pode então ser considerado culpado mas insano, e a sentença pode ser um tratamento numa instalação hospitalar, ao invés de uma disposição punitiva.

²³ [...] desde que B tenha cometido um crime só porque A tem ameaçado ele com enorme violência ou outras ofensas, a ação de B não é o resultado de uma escolha 'livre' ou independente; B é meramente um instrumento de A que tem 'feito ele fazer isso'. Não obstante B não ser um instrumento no mesmo sentido que ele teria sido se ele tivesse sido empurrado A contra uma janela e a quebrado: a menos que ele esteja literalmente paralisado pelo medo da ameaça, nós podemos acreditar que B poderia ter recusado a obedecer. Se ele obedece nós podemos dizer que ele quis coagido e tratar a situação não tornando o ato intolerável para punir absolutamente, mas como um chamado para a mitigação da pena como uma provocação grosseira faz. Por outro lado, se o crime que A exige que B cometa é pequeno em comparação com o grave dano ameaçado (por exemplo, morte) por A, não haveria absurdo em considerar a ameaça de A como justificativa para a conduta de B embora poucos sistemas legais publicamente façam isso. Se esta linha é tida como coerção mistura-se com a ideia de "Necessidade" que aparece na margem da maioria dos sistemas de direito penal como um elemento de absolvição. (HART, 1968, p. 16, tradução nossa).

²⁴ Para informações adicionais acerca das regras M'Naghten: LAWTEACHER..., [s.d.].

A teoria retributiva não dá muita importância à questão das excludentes e as trata como simples consequência da retribuição no objetivo geral. Já Bentham, no livro *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*, demonstra a importância de se restringir o uso da punição para os casos abrangidos pelas excludentes. O utilitarismo admite a utilização dessas discriminantes, pois entende que punir um inocente ou quem, por sua condição mental à época do fato, estava comprometido a ponto de não poder evitar o delito, não resulta qualquer benefício na prevenção de crimes, pois não houve, por parte do agente, vontade delitiva.

Acerca das excludentes, Hart explica o pensamento de Bentham ao criticar Blackstone, famoso jusnaturalista racionalista inglês. Blackstone alegava que:

All the several pleas and excuses which protect the committer of a forbidden act from punishment which is otherwise annexed thereto reduce to this single consideration: the want or defect of will" [and to the principle] "that to constitute a crime ... there must be first a vitious will. ²⁵ (HART, 1968, p. 18).

Hart continua ressaltando:

In the Principles of Morals and Legislation under the heading "Cases unmeet for punishment" Bentham sets out a list of the main excusing conditions similar to Blackstone's; he then undertakes to show that the infliction of punishment on those who have done what the law forbids while in any of these conditions "must be inefficacious: it cannot act so as to prevent the mischief". All Blackstone's talk about want or defect of will or lack of a "vicious" will is he says "nothing to the purpose", except so far as it implies the reason (inefficacy of punishment) which he himself gives for recognising these excuses. ²⁶ (HART, 1968, p. 18).

Hart vê na argumentação de Bentham um *non sequitur*, pois o fato de a ameaça da pena ser ineficaz sobre o infrator que é louco, criança ou age involuntariamente, não tem como consequência a ineficácia da sua execução sobre a sociedade, pois esta continua sendo uma poderosa ameaça às outras pessoas, mantendo assim vivo o caráter preventivo da punição:

Bentham's argument is in fact a spectacular non-sequitur. He sets out to prove that to punish the mad, the infant child or those who break the law unintentionally or under duress or even under "necessity" must be inefficacious; but all that he proves (at the

²⁵ "todos os vários fundamentos e escusas que protegem o cometedor de um ato proibido da punição, o qual de outra forma se anexa a ele, simplifica nesta única consideração: a falta ou defeito de vontade" [e ao princípio] "que para constituir um crime [...] deve haver primeiro uma vontade imoral" (HART, 1968, p. 18, tradução nossa).

²⁶ Em *Princípios da Moral e da Legislação*, sob o título "Casos impróprios para a punição", Bentham estabelece uma lista das principais condições escusáveis semelhantemente à de Blackstone; então ele se compromete a mostrar que a imposição da punição sobre aqueles que têm feito o que a lei proíbe enquanto em qualquer uma dessas condições "deve ser ineficaz: não pode agir de modo a evitar o mal". Todo discurso de Blackstone sobre desejo ou vício de vontade ou necessidade de uma vontade "viciosa" está nele dizer que "nada para a finalidade", exceto na medida em que isto implica o motivo (ineficácia da punição), que ele mesmo dá para reconhecer essas excludentes. (HART, 1968, p. 18, tradução nossa).

most) is the quite different proposition that the threat of punishment will be ineffective so far as the class of persons who suffer from these conditions are concerned. Plainly is it possible that the actual infliction of punishment on those persons, though (as Bentham says) the threat of punishment could not have operated on them, may secure a higher measure of conformity to law on the part of normal persons than is secured by the admission of excusing conditions. If this is so and if Utilitarian principles only were at stake, we should, without any sense that we were sacrificing any principle of value or were choosing the lesser of two evils, drop from the law the restriction on punishment entailed by the admission of excuses; unless, of course, we believed that the terror or insecurity or misery produced by the operation of laws so Draconic was worse than the lower measure of obedience to law secured by the law which admits excuses. ²⁷ (HART, 1968, p. 18-19).

Hart também aponta um lado negativo da admissão das excludentes, seu alto custo ao, de certa forma, estimular os demais membros da sociedade a praticarem o ilícito, na esperança de se beneficiarem ao invocar uma descriminante. Para ele, o uso de tais condições expande a possibilidade de se ludibriar o Judiciário alegando as excludentes que, por serem difíceis de provar, facilitam a absolvição de culpados:

This objection to Bentham's rationale of excuses is not merely a fanciful one. Any increase in the number of conditions required to establish criminal liability increases the opportunity for deceiving courts or juries by the pretence that some condition is not satisfied. When the condition is a psychological factor the chances of such pretence succeeding are considerable. Quite apart from the provision made for mental disease, the cases where an accused person pleads that he killed in his sleep or accidentally or in some temporary abnormal state of unconsciousness how that deception is certainly feasible. From the Utilitarian point of view this may lead to two sorts of 'losses'. The belief that such deception is feasible may embolden persons who would not otherwise risk punishment to take their chance of deceiving a jury in this way. Secondly, a murderer who actually succeeds in this deception will be left at large, though belonging to the class which the law is concerned to incapacitate. ²⁸ (HART, 1968, p. 19-20).

²⁷ O argumento de Bentham é na verdade um espectacular *non sequitur*. Ele se propõe a provar que punir o louco, a criança ou aqueles que violam a lei involuntariamente ou sob coação ou mesmo sob "necessidade" deve ser ineficaz; mas tudo o que ele prova (no máximo) é muito diferente da proposição de que a ameaça de punição será ineficaz na medida em que diz respeito à classe de pessoas que sofrem destas condições. Claramente é possível que a real inflicção de punição nestas pessoas, embora (como diz Bentham) a ameaça de punição poderia não ter operado sobre eles, pode assegurar uma medida mais elevada de conformidade com a lei por parte das pessoas normais do que é garantido pela admissão das condições escusáveis. Se isto é assim e se somente os princípios utilitaristas estivessem em jogo, nós deveríamos, sem qualquer sentido de que nós estávamos sacrificando qualquer princípio de valor ou estávamos escolhendo o menor de dois males, abandonar o direito à restrição da punição ocasionada pela admissão de excusas; a menos que, claro, nós acreditássemos que o terror ou a insegurança ou a miséria produzida pela eficácia das leis tão draconianas seria pior do que a menor medida da obediência à lei garantido pela lei que admite excusas. (HART, 1968, p. 18-19, tradução nossa).

²⁸ Esta objeção ao fundamento de Bentham sobre as excusas não é meramente uma fantasia. Qualquer aumento no número de condições necessárias para estabelecer a responsabilidade penal aumenta a oportunidade para enganar tribunais ou júris pelo fingimento de que alguma condição não é satisfeita. Quando a condição é um fator psicológico as chances de que tal pretensão prospere são consideráveis. Independentemente da provisão feita para a doença mental, os casos onde uma pessoa acusada alega que matou durante o seu sono ou acidentalmente ou em algum estado anormal temporário de inconsciência de modo que esse engano é certamente viável. Do ponto de vista utilitarista isso pode levar a dois tipos de "perdas". A crença de que tal engano é viável pode encorajar pessoas, que de outra forma não ariscariam uma punição, a aproveitar sua chance de enganar um júri desse jeito. Em

Hart afirma que “*our system does not interfere till harm has been done and has been proved to have been done with the appropriate mens rea*”²⁹ (HART, 1968, p. 182). Assim, pagamos um preço quando o uso das excludentes inocenta um culpado ou quando não se prova a consumação do delito; ou ainda, em suas palavras: “*it is the price we pay for general recognition that a man’s fate should depend upon his choice and this is to foster the prime social virtue of self-restraint*”³⁰ (HART, 1968, p. 182).

Hart enfatiza sua preocupação em “[...] *show that the principie of responsibility, which may be sacrificed when the social cost of maintaining it is too high, has a value and importance quite independent of retributive or denun-ciatory theories of punishment which we may very well discard*”³¹ (HART, 1968, p. 185).

Ao concluir que Bentham ignora o fato de que punir os que agem de acordo com uma excludente possui um valor preventivo diante dos demais membros da sociedade, ele ressalta:

*The second objection is simply that we do not dissociate ourselves from the principle that it is wrong to punish the hopelessly insane or those who act unintentionally etc., by treating it as something merely embodied in popular mores to which concessions must be made sometimes. We condemn legal systems where they disregard this principle; where as we try to educate people out of their preference for savage penalties even if we might in extreme cases of threatened disorder concede them.*³² (HART, 1968, p. 21).

Acerca do utilitarismo e da admissão de excludentes, Hart enfatiza ainda que:

On this issue modern extended forms of Utilitarianism fare no better than Bentham’s whose main criterion here of ‘effective’ punishment was deterrence of the offender or of others by example. Sometimes the principie that punishment should be restricted to those who have voluntarily broken the law is defended not as a principie which is rational or morally important in itself but as something so engrained in popular conceptions of justice in certain societies, including our own, that not to recognize it

segundo lugar, um assassino que realmente tenha êxito com esse engano será deixado em liberdade, embora pertença à classe que a lei está preocupada em incapacitar. (HART, 1968, p. 19-20, tradução nossa).

²⁹ “[...] nosso sistema não interfere até que o dano tenha sido causado e provado ter sido causado com a *mens rea* apropriada” (HART, 1968, p. 182, tradução nossa).

³⁰ “[...] é o preço que pagamos pelo reconhecimento geral de que o destino de um homem deve depender de sua escolha e isso é promover a principal virtude social da autorrestricção” (HART, 1968, p. 182, tradução nossa).

³¹ “[...] mostrar que o princípio da responsabilidade, que pode ser sacrificado quando o custo social de mantê-lo é muito alto, tem um valor e uma importância bastante independente das teorias retributivas ou denunciadoras da pena que podemos muito bem descartar” (HART, 1968, p. 185, tradução nossa).

³² A segunda objeção é simplesmente que nós não nos dissociamos do princípio que é errado punir o irremediavelmente louco ou aqueles que agem involuntariamente etc., por tratá-lo como algo meramente personificado nos costumes populares para o qual deve ser feito concessões às vezes. Nós condenamos os sistemas jurídicos que ignoram este princípio; ao passo que nós tentamos educar as pessoas fora da sua preferência por rigorosas penalidades, mesmo se nós possamos, em casos extremos de ameaça de desordem, admití-los. (HART, 1968, p. 21, grifo nosso).

would lead to disturbances, or to the nullification of the criminal law since officials or juries might refuse to cooperate in such a system. Hence to punish in these circumstances would either be impracticable or would create more harm than could possibly be offset by any superior deterrent force gained by such a system. On this footing, a system should admit excuses much as, in order to prevent disorder or lynching, concessions might be made to popular demands for more savage punishment than could be defended on other grounds. ³³ (HART, 1968, p. 20-21).

Para Hart, a adoção das excludentes não é uma simples consequência do objetivo geral, como defendem os retributivistas:

It is therefore impossible to exhibit the principle by which punishment is excluded for those who act under the excusing conditions merely as a corollary of the general Aim-Retributive or Utilitarian-justifying the practice of punishment. Can anything positive be said about this principle except that it is one to which we attach moral importance as a restriction on the pursuit of any aim we have in punishing? ³⁴ (HART, 1968, p. 21)

Este filósofo do Direito vê uma grande importância na aplicação das excludentes, por considerá-las princípios de justiça que devem garantir o direito individual à proteção contra os interesses dos demais membros da comunidade. Os princípios de justiça visam, assim, impedir que na busca dos objetivos utilitaristas (consequências sociais benéficas, dissuasão, prevenção...) sejam sacrificadas a equidade e a justiça individual. Sua maior preocupação consiste em criar meios, neste caso através das discriminantes, que assegurem que não haverá condenação injusta em nome da felicidade e do bem-estar da maioria. Para isso, exige-se uma licença moral no sentido de que o indivíduo que sofrerá a punição é o mesmo que violou uma lei; e ainda, que sua ação seja resultado de uma livre escolha em desobedecer. As excludentes seriam, então, formas de se garantir a proteção individual contra punições imorais ou, em suas palavras, seriam “*requirement of Justice*” ³⁵ (HART, 1968, p. 22).

³³ Sobre esta questão, as modernas formas ampliadas do Utilitarismo não fazem melhor do que o utilitarismo de Bentham, no qual o principal critério de efetiva punição era a dissuasão do infrator ou dos outros por exemplo. Às vezes, o princípio de que a punição deve ser restrita para aqueles que têm voluntariamente violado a lei é defendido não como um princípio que é racionalmente ou moralmente importante em si mesmo, mas como algo tão impregnado nos conceitos populares de justiça em certas sociedades, incluindo a nossa própria, que não reconhecer isso levaria a confusões ou à anulação da lei penal, uma vez que as autoridades ou os júris podem se recusar a cooperar em tal sistema. Consequentemente punir nestas circunstâncias ou seria impraticável ou criaria mais danos do que poderia possivelmente ser compensado por qualquer força de dissuasão superior, adquirida por tal sistema. Nesta posição, um sistema deveria admitir excusas apesar de que para evitar desordem ou linchamento, as concessões poderiam ser feitas às demandas populares por pena mais severa do que poderia ser defendida por outros fundamentos. (HART, 1968, p. 20-21, tradução nossa).

³⁴ É impossível apresentar o princípio pelo qual a punição é excluída para aqueles que agem sob as condições discriminantes meramente como uma consequência do objetivo geral – Retributivista ou Utilitarista – justificando a prática da punição. Pode qualquer coisa positiva ser dita sobre este princípio, exceto que este é um princípio ao qual nós atribuímos importância moral como uma restrição na busca de qualquer objetivo que nós temos em punir? (HART, 1968, p. 21, tradução nossa).

³⁵ “exigência da Justiça” (HART, 1968, p. 22, tradução nossa).

Sobre o tema, Hart continua aduzindo que:

[...] *Justice simply consists of principles to be observed in adjusting the competing claims of human beings which (i) treat all alike as persons by attaching special significance to human voluntary action and (ii) forbid the use of one human being for the benefit of others except in return for his voluntary actions against them.* ³⁶ (HART, 1968, p. 22).

Este pensador ressalta três pontos relacionados à importância das excludentes:

- a) A sociedade, que se sente lesada pelo cometimento de um crime, seja porque um dos seus membros foi ferido, seja porque a autoridade da lei foi desobedecida, deseja que quem cometeu a referida ação delitiva seja punido. Aqui não estamos diante do objetivo geral justificador da punição, mas do único meio justo de se obter o objetivo geral (proteger a sociedade e manter o respeito à lei).
- b) A sociedade, não mais como prejudicada pela ofensa, mas como oferecedora de garantias que protegem o indivíduo das leis, ressaltando, assim na legislação o caráter de justiça. Vivemos num sistema de direitos e deveres e, como tal, a cada um é oferecida uma justa oportunidade de escolher entre obedecer à lei protegendo a sociedade ou receber punição.
- c) A legislação penal visa controlar a sociedade dentro de um quadro coercitivo, concedendo ao indivíduo:
 - a possibilidade de escolha entre obedecer à lei ou pagar;
 - além de conceder o poder de escolha, lhe dá antecipadamente o poder de identificar os períodos em que as sanções jurídicas não o influenciarão, permitindo assim o planejamento de suas vidas a partir disto.

Os dois primeiros tratam que a punição só é cabível para as infrações voluntárias, sendo que a punição para o primeiro ponto tem característica de retorno ou merecimento pelo mal cometido; já para o segundo, revela um preço a ser pago, pois o criminoso teve a oportunidade anterior de evitar sua pena se escolhesse obedecer à lei.

Hart ressalta que as punições utilizadas no direito penal não se assemelham às técnicas de manipulação de *Brave New World* (propaganda condicionada), uma vez que aquela consiste

³⁶ [...] Justiça consiste simplesmente em princípios a serem observados no ajuste das reivindicações concorrentes dos seres humanos, que (i) tratam todos iguais como pessoas, anexando um significado especial para a ação voluntária humana e (ii) proíbem o uso de um ser humano para o benefício dos outros, exceto em retribuição por suas ações voluntárias contra eles (HART, 1968, p. 22, tradução nossa).

simplesmente em anunciar certos padrões de comportamento e anexar penalidades para quem os executar. Este método maximiza a liberdade de escolha do indivíduo, ao mesmo tempo que torna as condutas descritas na lei menos elegíveis.

Além do objetivo geral justificador e da mitigação, Hart enfatiza que existem outros princípios de justiça que interferem na quantidade de pena. Entre eles, destacamos o princípio que determina que os casos congêneres sejam tratados semelhantemente, ou seja, os culpados do mesmo crime devem ter a mesma pena; e o princípio que rege que o juiz deve advertir a sociedade quando a prática de um crime se torne constante, aumentando assim sua punição. Neste último caso, haverá um sacrifício em nome da segurança da sociedade, que se concretiza na escolha entre o menor de dois males.

Outro princípio ressaltado por Hart diz respeito à quantidade de punição: “*the further principle that different kinds of offence of different gravity (however that is assessed) should not be punished with equal severity*”³⁷ (HART, 1968, p. 25).

4.5 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Hart enfatiza que a probabilidade de as discriminantes inocentarem culpados tem obrigado o Direito inglês a se posicionar, a fim de evitar tais incoerências. Para tanto, foram criados os crimes de responsabilidade objetiva – como por exemplo a venda de bebida a menor de idade e o porte de documento falsificado –, os quais não admitem excludentes, pois a intenção do agente não é necessária para que haja sua condenação. Não se discute a intenção, a negligência nem a falta de cuidado, a fim de se evitar que os verdadeiros culpados sejam inocentados.

Os crimes de responsabilidade objetiva são, assim, uma exceção à regra geral, no intuito de que “[...] *an important principle has been sacrificed to secure a higher measure of conformity and conviction of offenders*”³⁸ (HART, 1968, p. 20).

Os atuais sistemas de direito penal, quando empregam a responsabilidade objetiva em matéria criminal, fazem-no com a consciência de estar sacrificando um importante valor, escolhendo o menor entre dois males. Isto em parte deriva do fato de que os atuais sistemas

³⁷ “diferentes tipos de infrações de gravidade diferente (contudo isso é estimado) não deve ser punido com a mesma severidade” (HART, 1968, p. 25, tradução nossa).

³⁸ “[...] um importante princípio tem sido sacrificado para garantir uma medida maior de conformidade e de condenação dos infratores” (HART, 1968, p. 20, tradução nossa).

criminais são utilitaristas no tocante ao objetivo geral justificador, mas mantêm a teoria retributivista no que concerne à distribuição da pena.

Esse jurista inglês ressalta que a responsabilidade objetiva não pode ser utilizada para os crimes mais graves, devendo restringir-se aos crimes menores, embora entenda que até para estes há certa relutância em sua aceitação. Hart entende que apenas um conjunto de princípios inter-relacionados com a ideia de equidade e justiça pode aprimorar nosso sistema penal, de forma que a responsabilidade objetiva seja substituída pela aplicação da pena valorada de acordo com a intenção do agente e as consequências do crime.

Sobre a responsabilidade objetiva, Hart pontua ainda que sua aplicação não apenas aumenta consideravelmente o número de punições, como também retira do indivíduo a capacidade de identificar os períodos nos quais ele ficará livre de punição, pois é extremamente difícil definir períodos em que não agiremos involuntária ou acidentalmente. A partir do conhecimento de nós mesmos, podemos definir os períodos em que não cometeremos infrações intencionalmente.

4.6 O GRAU DE SEVERIDADE DAS PENAS

Partindo da premissa de que a pena tem função desestimuladora do crime, poderíamos concluir que aplicar penas muito severas a crimes de menor potencial lesivo os levaria à extinção, garantindo assim o caráter preventivo da punição. Apesar de acreditar que tanto a pena de morte como uma pena longa iriam erradicar as infrações leves como as de trânsito, Hart critica sua utilização e o fundamento de ambas as teorias para seu uso. Os utilitaristas defenderiam que o mal causado por esta forma de punição, mesmo que ocorresse raramente, seria maior do que o sofrimento causado pelas infrações de trânsito; já os retributivistas diriam que cada crime possui uma penalidade correspondente à sua iniquidade, e que “[...] *the measure should not be, or not only be, the subjective wickedness of the offender but the amount of harm done*”³⁹ (HART, 1968, p. 234).

Sobre o tema, Hart entende que o sistema punitivo deve ser guiado pelo princípio da proporcionalidade:

The guiding principle is that of a proportion within a system of penalties between those imposed for different offences where these have a distinct place in a

³⁹ “[...] a medida não deve ser, ou não ser apenas, a perversidade subjetiva do criminoso, mas a quantidade de dano causado” (HART, 1968, p. 234, tradução nossa).

commonsense scale of gravity. This scale itself no doubt consists of very broad judgments both of relative moral iniquity and harmfulness of different types of offence: it draws rough distinctions like that between parking offences and homicide, or between 'mercy killing' and murder for gain, but cannot cope with any precise assessment of an individual's wickedness in committing a crime (Who can?) Yet maintenance of proportion of this kind may be important: for where the legal gradation of crimes expressed in the relative severity of penalties diverges sharply from this rough scale, there is a risk of either confusing common morality or flouting it and bringing the law into contempt. ⁴⁰ (HART, 1968, p. 25).

Sob o prisma da punição proporcional à gravidade do crime, Hart observa em seus estudos que:

[...] the most perplexing feature of the model is its requirement that the punishment should in some way 'match' the crime. The simple equivalencies of an eye for an eye or a death for a death seem either repugnant or inapplicable to most offences, and even if a refined version of equivalence in demanding a degree of suffering equivalent to the degree of the offender's wickedness is intelligible, there seems to be no way of determining these degrees. ⁴¹ (HART, 1968, p. 233).

O pensamento de Hart coincide com o de Bentham, pois ambas as teorias filosóficas conciliam com o princípio da proporcionalidade, concordando que a severidade da punição deve ser harmônica com a gravidade do delito.

A proporcionalidade entre crime e punição pode ser concebida tanto pela teoria utilitarista como retributivista, sendo que para esta “[...] *the relative gravity of punishments is to reflect moral gravity of offences; murder is to be punished more severely than theft; intentional killing more severely than unintentionally causing death through carelessness*” ⁴² (HART, 1968, p. 234).

Outras diferenças apontadas por Hart entre essas duas teorias, no que concerne à proporcionalidade, é que o retributivismo entende que a punição não pode ser cruel, tendo em

⁴⁰ O princípio orientador é o de uma proporção dentro de um sistema de penalidades entre aquelas impostas para diferentes infrações, onde estas tem um lugar distinto na escala de senso comum de gravidade. Esta escala em si mesma, sem dúvida, consiste em muitos amplos julgamentos tanto de relativa iniquidade moral como de nocividade dos diferentes tipos de infração: ela desenha distinções grosseiras, como entre as infrações de estacionamento e o homicídio, ou entre eutanásia e homicídio por lucro, mas não pode lidar com qualquer avaliação precisa da maldade de um indivíduo para cometer um crime (quem pode?). Contudo, a manutenção da proporção desse tipo pode ser importante: onde a gradação legal dos crimes expressado na relativa severidade das penalidades diverge acentuadamente desta escala grosseira, existe um risco ou de confundir a moralidade comum ou de desrespeitar e trazer a lei em desobediência. (HART, 1968, p. 25, tradução nossa).

⁴¹ [...] a característica mais perplexa do modelo é a exigência de que a punição deve de alguma forma corresponder ao crime. As equivalências simples de olho por olho ou morte por morte parecem ambas incompatíveis ou inaplicáveis à maioria dos crimes e mesmo que seja inteligível uma versão refinada da equivalência exigir um grau de sofrimento equivalente ao grau da maldade do criminoso, parece não haver maneira de determinar esses graus. (HART, 1968, p. 233, tradução nossa).

⁴² “[...] a gravidade relativa das punições é para refletir a gravidade moral dos delitos; assassinato deve ser punido mais severamente do que roubo; assassinato intencional mais severamente do que o sem intenção que causou a morte por descuido” (HART, 1968, p. 234, tradução nossa).

vista que nem todos os direitos do condenado foram extintos, e que a pena e suas consequências danosas não podem ser superiores ao crime. Os utilitaristas compreendem que se os custos da pena forem proporcionais ao lucro do crime, se desperdiçaria a possibilidade de efetivação da dissuasão, defendendo que, sob o argumento de diminuir a prática delitativa, os danos causados pela aplicação da pena devem ser superiores à vantagem alcançada com o delito.

Um bom exemplo disso é o crime de furto, em que a punição ultrapassa a proporcionalidade ao prever não apenas a devolução do bem furtado, mas também a pena restritiva de liberdade.

4.7 AS CRÍTICAS À TEORIA REFORMADORA

Considerando que as punições tradicionais não têm alcançado seu objetivo de recuperar o condenado para não mais agir em desacordo com a lei e reincorporá-lo à sociedade, Hart explica que muitos têm acreditado que a solução esteja em utilizar a reforma como objetivo geral justificador da punição. Para ele:

*Reforming methods include the inducement of states of repentance or recognition of moral guilt or greater awareness of the character and demands of society, the provision of education in a broad sense, vocational training and psychological treatment.*⁴³ (HART, 1968, p. 26).

Hart pontua que os defensores da reforma deturpam sua relação com a punição, pois além de ela contradizer o princípio da proporção, possui um conceito muito vago ou impreciso para ser considerada como objetivo, uma vez que sua definição abrangeria “[...] *any strengthening of the offender's disposition and capacity to keep within the law which is intentionally brought about by human effort otherwise than through fear of punishment*”⁴⁴ (HART, 1968, p. 26).

A reforma, para Hart (1968, p. 26), “[...] *is a possible ideal but is not an ideal for punishment*”⁴⁵ não podendo ser considerada uma alternativa para o objetivo geral justificador,

⁴³ Métodos de reforma incluem a indução de estados de arrependimento ou reconhecimento de culpa moral ou maior consciência do caráter e das demandas da sociedade, a oferta de educação em um sentido amplo, formação profissional e tratamento psicológico. (HART, 1968, p. 26, tradução nossa).

⁴⁴ “[...] qualquer fortalecimento do caráter do infrator e a capacidade de mantê-lo dentro da lei intencionalmente produzida pelo esforço humano de outra forma que não seja pelo medo da punição”. (HART, 1968, p. 26, tradução nossa).

⁴⁵ “é um possível ideal, mas não é um ideal para a punição” (HART, 1968, p. 26, tradução nossa).

pois no tocante à quantidade de pena não atenderia aos princípios de justiça, especialmente ao princípio da proporcão, ferindo assim a moralidade da punição.

Este filósofo do Direito critica ainda outro ponto desta teoria, aduzindo que considerar a reforma como o objetivo geral justificador seria o mesmo que afirmar que o objetivo da punição nos crimes de homicídio não é evitar a morte de inocentes, mas apenas reformar o assassino, o que é paradoxal. Portanto, conclui ele que:

The objection to assigning to Reform this place in punishment is not merely that punishment entails suffering and Reform does not; but that Reform is essentially a remedial step for which ex hypothesi there is an opportunity only at the point where the criminal law has failed in its primary task of securing society from the evil which breach of the Law involves. ⁴⁶ (HART, 1968, p. 26-27).

Seu pensamento crítico continua ao considerar que na sociedade existem duas classes de pessoas: os infratores da lei e os que obedecem à lei, mas podem desobedecê-la a qualquer momento. Desta forma, se entendêssemos a reforma como o objetivo dominante, estaríamos trabalhando apenas com o grupo que já está infringindo a lei, deixando de aplicar o caráter preventivo da pena ao segundo grupo de pessoas.

A reforma só seria eficaz se apenas o primeiro grupo de pessoas fosse passível de cometer crime, ou seja:

If we believed that nothing was achieved by announcing penalties or by the example of their infliction either because those who do not commit crimes would not commit them in any event or because the penalties announced or inflicted on others are not among the factors which influence them in keeping the law then some dramatic change concentrating wholly on actual offenders would be necessary. ⁴⁷ (HART, 1968, p. 27).

Hart (1968, p. 27) não acredita que apenas o primeiro grupo mereça a atenção do Estado e conclui que estamos diante de um dilemma. Por um lado, as “*penalties which we believe are required as a threat to maintain conformity to law at its maximum may convert the offender to*

⁴⁶ A objeção de designar a Reformar para o lugar da punição não é apenas que a punição acarreta sofrimento e a reforma não; mas que a reforma é essencialmente uma etapa de reparação para a qual, na hipótese, há uma oportunidade única no ponto onde o direito penal fracassou em sua primeira tarefa de proteger a sociedade do mal que a violação da legislação envolve. (HART, 1968, p. 26-27, tradução nossa).

⁴⁷ Se nós acreditamos que nada foi alcançado por anunciar penalidades ou também pelo exemplo do sofrimento do infrator porque aqueles que não cometem crimes não os cometeriam em qualquer caso ou porque as penalidades anunciadas ou impostas aos outros não estão entre os fatores que os influenciaria em manter a lei, então, seria necessária alguma mudança dramática concentrada totalmente nos infratores reais (HART, 1968, p. 27, tradução nossa).

whom they are applied into a hardened enemy of society”;⁴⁸ por outro, “[...] *while the use of measures of Reform may lower the efficacy and example of punishment on others*”.⁴⁹

4.8 A TEORIA RETRIBUTIVA NA VISÃO DE HART

A teoria retributiva, para Hart, se baseia em três premissas: a pessoa que receberá a punição deve ter cometido voluntariamente um ato imoral, a punição deve ser proporcional à maldade do delito e que é moralmente bom devolver o mal imerecido com o mal merecido:

*Such a theory will assert three things: first, that a person may be punished if, and only if, he has voluntarily done something morally wrong; secondly, that his punishment must in some way match, or be the equivalent of, the wickedness of his offence; and thirdly, that the justification for punishing men under such conditions is that the return of suffering for moral evil voluntarily done, is itself just 01 morally good. So the theory gives a retributive answer to the three questions, ‘What sort of conduct may be punished?’, ‘How severely?’, and ‘What is the justification for the punishment?’*⁵⁰ (HART, 1968, p. 231).

A segunda premissa da exigência de adequação da punição à perversidade da ofensa é para Hart criticada até mesmo pelos retributivistas mais modernos, por entenderem que:

*In addition to this division of the field other forms of partial accommodation to Utilitarian theory are to be found. The fiercest form of our model of retributive theory was mandatory in the sense that it not merely permitted but required a punishment appropriate to the wickedness of the offence. Some modern retributivists would dissent from this and for them the satisfaction of the conditions constitutes no more than a licence to punish the offender, as one who is morally blameworthy and so punishment-worthy; but whether in this case, he should actually be punished is a question to be settled by reference to the effects which punishment is likely to have on the offender or on the fabric of law and morality in general.*⁵¹ (HART, 1968, p. 236).

⁴⁸ “penalidades as quais nós acreditamos que são necessárias como uma ameaça para manter a conformidade com a lei, no seu máximo podem converter o infrator a quem elas são aplicadas em um inimigo endurecido da sociedade” (1968, p. 27, tradução nossa).

⁴⁹ “[...] o uso de medidas de reforma pode diminuir a eficácia e o exemplo da punição sobre os outros” (1968, p. 27, tradução nossa).

⁵⁰ Tal teoria afirmará três coisas: primeiro, que uma pessoa pode ser punida se, e somente se, ela tenha voluntariamente feito alguma coisa moralmente errada; segundo, que sua punição deve, de alguma forma, corresponder ou ser equivalente à perversidade de seu crime; terceiro, que a justificativa para punir os homens sob tais condições é que o retorno do sofrimento pela maldade moral voluntariamente feita, é em si mesmo moralmente bom. Assim, a teoria dá uma resposta retributiva às três questões: “Que tipo de conduta pode ser punida?”, “Quão severamente?” e “Qual é a justificativa para a punição?” (HART, 1968, p. 231, tradução nossa).

⁵¹ A forma mais rígida de nosso modelo de teoria retributiva era obrigatória no sentido de que não apenas permitia, mas exigia uma punição adequada à perversidade do crime. Alguns retributivistas modernos discordariam disto e para eles a satisfação das condições constitui não mais do que uma licença para punir o criminoso, como alguém que é moralmente culpável e tão merecedor de punição; mas se, neste caso, ele deveria efetivamente ser punido é uma questão a ser decidida por referência aos efeitos que a punição é possível de ter sobre o ofensor ou sobre a estrutura do direito e da moralidade em geral. (HART, 1968, p. 236, tradução nossa).

Esse abrandamento do retributivismo clássico “[...] *may be made in relation to the questions of the amount or severity of punishment, and in the interpretation given to the notion of a proportionate punishment*”⁵² (HART, 1968, p. 237).

Hart pontua que não é razoável que um sistema penal na atualidade se adapte ao retributivismo clássico, especialmente se acrescentarmos uma nova característica, qual seja: “[...] *that the satisfaction of the conditions required by the theory does not merely make the punishment of the offender permissible, but makes it obligatory, even on the eve of a dissolution of a society against whose laws the person to be punished has offended*”⁵³ (HART, 1968, p. 232).

Existem muitas críticas ao princípio retributivo, de que a ação perversa, ao prejudicar terceiros, exige punição mesmo quando punir não impede a repetição da conduta delitiva nem satisfaz o caráter preventivo. Sobre esta exigência, Hart afirma:

*To some critics it appears to be a mysterious piece of moral alchemy in which the combination of the two evils of moral wickedness and suffering are transmuted into good; to others the theory seems to be the abandonment of any serious attempt to provide a moral justification for punishment.*⁵⁴ (HART, 1968, p. 234-235).

Hart complementa informando que, para outros, essa exigência é uma “[...] *primitive confusion of the principles of punishment with those that should govern the different matter of compensation to be made to the victim of wrong-doing*”⁵⁵ (HART, 1968, p. 235). Os retributivistas modernos não coadunam com este entendimento, mudando sua ênfase “[...] *the alleged justice or intrinsic goodness of the return of suffering for moral evil done, to the value of the authoritative expression, in the form of punishment, of moral condemnation for the moral wickedness involved in the offence*”⁵⁶ (HART, 1968, p. 235).

Como já observado, Hart não concorda totalmente com o retributivismo, criticando até

⁵² “[...] pode ser feito em relação às questões da quantidade ou severidade da punição e na interpretação dada à noção de punição proporcional” (HART, 1968, p. 237, tradução nossa).

⁵³ “[...] que a satisfação das condições exigidas pela teoria não faça simplesmente a punição do criminoso ser admissível, mas a torne obrigatória, mesmo a véspera da extinção da sociedade contra a qual a pessoa a ser punida ofendeu as leis”. (HART, 1968, p. 232, tradução nossa).

⁵⁴ Para alguns críticos, parece ser uma misteriosa peça de alquimia moral na qual a combinação de dois males a perversidade moral e o sofrimento são transformados em bem; para outros, a teoria parece ser o abandono de qualquer tentativa séria de prover uma justificação moral para a punição. (HART, 1968, p. 234-235, tradução nossa).

⁵⁵ “[...] confusão primitiva dos princípios da punição com aqueles que devem governar a diferente questão da compensação a ser feita à vítima do delito” (HART, 1968, p. 235, tradução nossa).

⁵⁶ “[...] da alegada justiça ou bondade intrínseca do retorno do sofrimento pelo mal moral feito, para o valor da expressão fidedigna, sob a forma de punição, da condenação moral pela perversidade moral envolvida no crime” (HART, 1968, p. 235, tradução nossa).

mesmo seu conceito clássico de pena, sob o fundamento de que considerar a pena como a retribuição ou a vingança por um ato imoral exclui infrações como, por exemplo, os crimes financeiros, que não possuem um caráter imoral, mas tão somente um viés de política econômica. Nestes casos, a teoria utilitarista seria mais bem empregada.

Segundo este filósofo inglês, as penas infligidas baseando-se no retributivismo são mais severas do que as lastreadas pelo utilitarismo:

*The sterner forms of retributive theory would regard the moral evil of the offence as justifying a more severe sentence than would be required on deterrent or other Utilitarian grounds: indeed the point is often made that no greater punishment may be needed to deter a murderer than a robber, yet most systems of punishment show their allegiance to retributive ideas by punishing the murderer more severely.*⁵⁷ (HART, 1968, p. 237).

O retributivismo moderno contrasta com o utilitarismo em dois pontos cruciais: “[...] *the conduct to be punished must be a species of voluntary moral wrongdoing, and the severity of punishment must be proportional to the wickedness of the offence*”⁵⁸ (HART, 1968, p. 235). Assim, destacamos a voluntariedade e a proporcionalidade como pontos contraditórios dessas escolas filosóficas.

Esta ideia é destacada por Hart sob dois ângulos diferentes: no primeiro, a condenação e a punição do criminoso são um bem valioso em si mesmo; e no segundo, o valor está nos resultados, e não no ato em si:

*But this form of theory has also at least two different forms: in one of them the public expression of condemnation of the offender by punishment of his offence may be conceived as something valuable in itself; in the other it is valuable only because it tends to certain valuable results, such as the voluntary reform of the offender, his recognition of his moral error, or the maintenance, reinforcement or ‘vindication’ of the morality of the society against which the person punished has offended.*⁵⁹ (HART, 1968, p. 235).

Hart enfatiza que a teoria retributivista contemporânea já compreendeu a necessidade

⁵⁷ As formas mais severas da teoria retributiva considerariam o mal moral do crime como justificativa para uma sentença mais severa do que seria exigido na dissuasão ou outros motivos utilitaristas: na verdade o ponto é frequentemente feito para que nenhuma punição maior possa ser necessária para deter um assassino do que um ladrão, contudo a maioria dos sistemas de punição mostram sua fidelidade às ideias retributivas punindo o assassino mais severamente. (HART, 1968, p. 237, tradução nossa).

⁵⁸ “a conduta a ser punida deve ser uma espécie de transgressão moral voluntária, e a severidade da punição deve ser proporcional à perversidade do crime” (HART, 1968, p. 235, tradução nossa).

⁵⁹ Mas esta forma de teoria também tem pelo menos duas formas diferentes: em uma delas a expressão pública da condenação do criminoso através da punição pelo seu crime pode ser compreendido como algo valioso em si mesmo; na outra, isto só é valioso porque isto tende a determinados resultados valiosos, como a reforma voluntária do criminoso, o reconhecimento de seu erro moral, ou a manutenção, reforço ou defesa da moralidade da sociedade contra a qual a pessoa punida ofendeu. (HART, 1968, p. 235, tradução nossa).

de se associar ao utilitarismo, reconhecendo que no sistema penal moderno a teoria da punição deve ser “[...] *justified as a method of preventing harmful crime, even if the mechanism of prevention is fear rather than the reinforcement of moral inhibition*”⁶⁰ (HART, 1968, p. 236).

Essas vertentes, que tendem a modernizar algumas características do modelo padrão, trazem melhoramentos para a concepção retributiva, sem contudo deixar de preservar princípios essenciais à retribuição, como a exigência de punir quem faz o que é moralmente errado, e a severidade da punição ser determinada pela gravidade moral do delito.

4.9 A TEORIA MISTA DE HART

Antes de adentrarmos na teoria mista de Hart, devemos enfatizar que o filósofo inglês olha para o crime não apenas como uma ofensa à lei, mas também à moral:

*It is insisted that in the considerable and crucially important area of conduct where the prohibitions or requirements of criminal law overlap with morality so that the crime is also a moral offence, it should be a primary concern of the law that punishment should be proportionate to the gravity of the crime, or an adequate expression of moral condemnation for it. On the other hand, it is conceded that there is a vast area of the criminal law where what is forbidden or enjoined by the law is so remote from the familiar requirements of morality that the very word ‘crime’ seems too emphatic a description of law-breaking.*⁶¹ (HART, 1968, p. 236).

Por considerar a prática punitiva complexa, desdobrando-se em um emaranhado de questões, Hart desenvolve seu raciocínio de que nenhuma teoria isoladamente compreende todos os valores envolvidos na punição – ou melhor, uma teoria sozinha não abrange os princípios penais que devem compor a finalidade da pena. As perguntas complexas a que o objetivo geral justificador deve responder exigem soluções heterogêneas.

A justificação da pena, para Hart, está no seu fim social; ele acata o entendimento utilitarista no tocante ao objetivo geral justificador e aceita a teoria retributiva no que diz respeito à distribuição – ou melhor, a quem deve ser punido e com qual severidade.

⁶⁰ “[...] justificada como um método de prevenção de crimes perigosos, mesmo que o mecanismo de prevenção seja o temor, ao invés do reforço da inibição moral”. (HART, 1968, p. 236, tradução nossa).

⁶¹ Insiste-se que na considerável e crucialmente importante área do comportamento onde as proibições ou requisitos do direito penal se sobrepõem à moralidade, de tal modo que o crime é também uma ofensa moral, isso deveria ser uma preocupação primordial da lei que a punição deve ser proporcional à gravidade do crime, ou uma expressão adequada de condenação moral por ele. Por outro lado, admite-se que existe uma vasta área do direito penal onde o que é proibido ou ordenado pela lei está tão distante das exigências familiares da moralidade que a própria palavra “crime” parece uma descrição demasiadamente enfática da quebra de lei. (HART, 1968, p. 236, tradução nossa).

Se analisarmos isoladamente, nem a teoria retributiva nem a utilitarista atendem adequadamente às questões envolvendo a justificação da pena. O utilitarismo se adéqua perfeitamente à ideia de que as punições devem ser institucionalizadas para prevenir a sociedade dos danos causados pelos delitos, mas é insuficiente para explicar por que apenas os verdadeiros culpados devem ser punidos e por que não utilizar pena degradante.

Apesar de isoladamente não abrangerem todos os aspectos do objetivo geral justificador, Hart pontua a importância tanto do utilitarismo como do retributivismo para alcançarmos justiça na aplicação da pena e satisfazer a sua finalidade. O objetivo geral da punição seria a dissuasão e a prevenção defendidas pela escola filosófica de Bentham, como forma de proteger a sociedade e diminuir os danos causados pela prática delitiva.

No que concerne ao retributivismo, Hart rechaça seu argumento quanto ao objetivo geral justificador, discordando não apenas de a finalidade da pena ser o merecimento ou o castigo como forma de causar dor ao criminoso condenado, como também da visão de que a sociedade tem o direito de retribuir o mal causado pelo infrator, julgando ser a vingança um ato irracional.

Insta ressaltar que, ao adotar o utilitarismo como objetivo geral justificador, Hart não o faz em todas as suas peculiaridades, pois no que concerne à distribuição, ou melhor, a quem e como deve ser punido, ele despreza as noções defendidas por Bentham, abraçando o entendimento retributivista e consagrando sua Teoria da Justificação da Pena como Mista. Hart fundamenta esta combinação de teorias aduzindo que o objetivo geral justificador utilitarista deve ser qualificado por princípios de justiça.

Vários são os princípios de justiça adotados por Hart, entre os quais destacamos a retribuição na distribuição – ou seja, a exigência retributivista de que punição só poderá ser aplicável aos infratores pelos seus crimes, a admissão de discriminantes e a previsão legal do crime tentado. Apesar de tecer críticas à adoção das discriminantes, Hart vê grande importância na sua utilização por também considerá-las princípios de justiça, concordando assim com a restrição da punição nos casos abrangidos pelas excludentes.

Os princípios de Justiça tentam evitar que a busca dos objetivos utilitaristas sacrifique a equidade e a justiça; desta forma, o uso das discriminantes se faz essencial por gerar segurança de que não ocorrerá condenação injusta em prol do bem-estar e felicidade da maioria. Com o intuito de evitar que o emprego indevido das discriminantes absolva culpados, Hart defende a adoção de crimes de responsabilidade objetiva, mesmo que para isso se sacrifique um importante valor, escolhendo o menor entre dois males, mas garantindo maior conformidade e condenação dos infratores.

Outro princípio de justiça destacado por Hart é o reconhecimento de que a tentativa constitui um delito à parte e como tal necessita de uma pena menor que a do crime consumado. Isto se dá pelo fato de que definir a gravidade moral dos delitos não é tão simples. Hart destaca a ambiguidade desta gravidade como medida da severidade da punição, considerando como parâmetro não apenas a perversidade do criminoso, mas também a dimensão do dano causado. Observa-se muito bem a aplicação desta última medida tanto na previsão de punição menor para os crimes tentados em relação aos consumados, como a previsão de “[...] *punishing criminal negligence which has a fatal outcome more severely than the same negligence which does not cause death*”⁶²(HART, 1968, p. 234).

Na tentativa, pune-se com menos severidade o autor, pois o delito não se consuma – ou melhor, o dano causado pelo crime tentado é menor do que o consumado. Os retributivistas que observam a imoralidade do ato na gradação da pena encontrariam dificuldade em impor pena diversa, pois a moral infligida do crime tentado é a mesma do crime consumado, tendo em vista que na tentativa o delito só não se concretiza por motivos externos à vontade do autor.

Hart discorda de que possamos punir o crime tentado com a mesma severidade do crime consumado, vez que existem delitos cujo tempo de execução é extenso, o que permite ao autor repensar e desistir. Em tais hipóteses, a mesma pena incentivaria de certa forma o agente a persistir na atitude delitativa, consumando o crime. Admitir que a tentativa constitui um crime à parte e que necessita ter uma pena menor é, para ele, um princípio de justiça, que não pode ser explicado em linhas puramente utilitaristas ou retributivistas.

A teoria mista de Hart adota, dessa forma, a teoria utilitarista como objetivo geral justificador, e a teoria retributivista apenas no que concerne à exigência de a punição recair apenas sobre o infrator, de acordo com a infração que ele praticou. No que se refere à severidade da punição, seu pensamento exige obediência à escala de proporcionalidade entre a pena e o dano causado pelo crime.

As três perguntas lançadas no início deste capítulo – o que justifica a prática geral da punição? A quem pode a punição ser aplicada? Como nós podemos punir? – são respondidas por Hart de forma a embarcar tanto o pensamento utilitarista como o retributivista. Sua teoria poderia, assim, ser resumida em: a prática da punição se justifica visando a suas consequências benéficas de dissuasão e prevenção, mas só poderá ser punido por um crime quem o cometeu voluntariamente de forma que a severidade da pena obedeça ao princípio da proporcionalidade.

⁶² “[...] punir o criminoso negligente que tem um resultado fatal mais severamente do que a mesma negligência que não causa a morte” (HART, 1968, p. 234, tradução nossa).

CONCLUSÃO

Objetivamos analisar as razões de punir sob a ótica da teoria mista de H. L. A. Hart, observando, para tanto, o contexto no qual Hart harmoniza a teoria utilitarista com a retributivista, especialmente em Bentham e Kant, com o intuito de respondermos às questões: o que justifica a prática geral da punição? A quem pode a punição ser aplicada? E como nós podemos punir?

Como bem destacou Hart, não podemos limitar o conceito de crime como uma ofensa à ordem jurídica, mas especialmente entendê-lo como uma violação à moral. Assim, a punição deve ser a materialização da condenação moral pela prática de um ato imoral, e não apenas um reflexo da transgressão da lei, até porque a moralidade antecede a legislação, sendo, em verdade, a razão da existência de regras legais e a pena o meio de se restabelecer a ordem moral.

Como devidamente ressaltado por Hart, nenhuma das duas teorias da punição consegue sozinha dar uma resposta integral às complexas questões que envolvem a justificação da punição: o que justifica a prática geral da punição? A quem pode a punição ser aplicada? E como nós podemos punir? Simplificar estas respostas utilizando somente uma teoria deixaria o complexo instituto da punição sem solução satisfatória, razão pela qual a penalidade deve ter mais de uma finalidade.

Tanto o objetivo preventivo utilitarista de impedir que o crime volte a ser praticado pelo infrator ou pelos demais membros da sociedade, como a finalidade retributivista de fazer justiça pelo ato do criminoso, impondo uma pena como resposta do Estado a um delito passado, são fortes justificativas para a prática da punição. Essas duas finalidades se completam: a teoria utilitarista, ao almejar a prevenção do crime, volta sua visão da justificativa da punição para o futuro; já o retributivismo, ao pretender a vingança e o retorno do mal cometido, mira o objetivo da pena para o passado.

Hart adota ambas as escolas filosóficas, defendendo, em sua Teoria Mista, o utilitarismo para explicar o objetivo geral justificador e o retributivismo no que concerne a quem o Estado pode punir, um infrator pela sua infração.

Acerca desta questão – a quem pode ser aplicada a punição –, a ideia retributivista de que somente quem comete um crime pode ser castigado, não admitindo a punição de inocentes, é a que mais atinge a finalidade de justiça. Já a teoria utilitarista, ao analisar uma ação apenas por suas consequências benéficas, fere este importante princípio, admitindo a punição de inocentes quando causar prazer ao maior número de pessoas for o menor entre dois males.

Neste ponto, Hart exige uma diferenciação entre a teoria retributivista como objetivo geral justificador e a retribuição na distribuição, que é a garantia que somente quem violou a lei e a fez voluntariamente pode ser punido. O princípio da distribuição na retribuição é algo tão extraordinariamente importante que deve ser obedecido mesmo quando a lei violada for imoral, revelando, dessa forma, que punir apenas um infrator por sua infração é, em verdade, um mecanismo de consagração da justiça.

No que concerne à forma de se punir, ou melhor, da quantidade de punição, tanto Hart como as duas maiores teorias da pena reconhecem que a severidade é regulada pelo princípio da proporcionalidade, de forma que haja harmonia entre o delito e a pena.

Com maestria, o retributivismo extrapola os limites da proporcionalidade ao impedir a aplicação de penas cruéis, degradantes e que sejam maiores que a gravidade do crime, limitando, assim, a severidade da punição.

A teoria de Bentham entende que “a pena deve exceder o interesse que se tira do crime, a ponto de compensar o que lhe falta na razão de certeza e aproximação” (BENTHAM, 2002, p. 29), mas não deve extrapolar o dano produzido pela infração. Assim a pena pode ser má, se e somente evitar um sofrimento maior a toda sociedade; a maldade da pena tem uma finalidade, ou seja, a punição é um mal lucrativo e justificável.

Para essa escola, a quantidade de pena, além de obedecer à proporcionalidade, deve ser suficiente para desestimular a prática da infração penal. Para isso, é calculada através de um cômputo matemático dos prazeres e das dores derivantes de cada ato, isto é, numa proporcionalidade matemática entre a punição de uma conduta delitativa e o nível que esta mesma ação intervém na felicidade ou no sofrimento da sociedade.

A pergunta mais polêmica entre as três é, sem dúvida: o que justifica a prática geral da punição? Neste aspecto, Hart adota a visão utilitarista de Bentham, voltando integralmente a razão de punir para o futuro. Bentham entende que o crime ocorrido no passado deixou de ser um problema, atingindo apenas uma pessoa e que sendo o futuro infinito, os delitos podem impactar a todos.

Ocorre que as consequências do crime permanecem não apenas em relação a um homem, mas envolve a todos. Tanto a prática de um delito como a sua punição atingem direta ou indiretamente três grupos distintos de pessoas: o infrator, a sociedade e a vítima. Assim, para cada sujeito da relação, a pena terá uma finalidade específica.

Apreciando a justificção da punição sob a ótica do infrator, devemos primeiramente avaliar o meio mais eficaz de persuadi-lo a desistir da prática punitiva. O que amedronta

efetivamente um transgressor a ponto de fazê-lo desistir do seu intento criminoso, muito mais do que a severidade da punição, é a certeza do seu cumprimento. Ressaltar a importância da infalibilidade da punição não significa dizer que a pena não deve ser rigorosa. Quando alguém se propõe a infringir uma regra legal, a questão da severidade da pena não tem tanta importância.

Observamos esta característica notadamente nos atuais sistemas penais, onde nem mesmo a pena de morte foi capaz de reduzir o número de homicídios. Os esforços do infrator se concentrarão em buscar maneiras de não ser flagrado, assim a probabilidade de receber uma sanção em retribuição ao seu crime é o maior fator desestimulante. A pena sem aplicabilidade, independentemente do seu rigor, enfraquece todo o sistema punitivo. A solução encontrada baseia-se, dessa forma, na certeza da aplicação da pena em retribuição ao ato delitivo.

Esta certeza de punição não pode se desassociar da ideia de que, sob o ponto de vista do criminoso, a pena é merecida e tem que ser uma retribuição ao mal causado, como defende a escola retributivista. Ao pensar em praticar uma ação delitiva, o transgressor tem que ter a certeza da sua retribuição, ou melhor, que o Estado não o deixará impune, devolvendo o mal merecido pelo mal imerecido.

Seria perfeito que toda punição contasse com a característica da certeza, pois com exceção do que age sob o efeito de alguma discriminante, ninguém ousaria cometer uma infração se de antemão tivesse a convicção de que receberia do Estado uma retribuição ao mal cometido. A sociedade deve ter seus membros desestimulados da prática delitiva através do exemplo da punição ao infrator que, por sua vez, merece receber um castigo pelo crime cometido.

A razão de punir não se exaure na pessoa do criminoso; o crime traz consequências também à vítima e à sociedade. Em relação à vítima, o Estado deve ressarcir-la, oferecendo-lhe uma satisfação ou um bem que tenha a capacidade de remir o dano sofrido. Mas que bem é esse?

Não examinaremos os diversos bens que podem ressarcir o dano, pois para cada tipo de crime há um benefício que, pelo menos em tese, o compense. Nem temos a audácia de tentar recompensar a vítima em sua integralidade, já que muitos crimes são irreparáveis. Nosso estudo se limitará a um bem geral capaz de compensar, ao menos parcialmente, os crimes em sua generalidade, no que se refere ao sentimento de injustiça vivenciado pela vítima.

O anseio da vítima sempre se manifesta no clamor por justiça, e nada poderia ser mais justo do que retribuir ao infrator o mal causado. Nenhum outro bem poderia aliviar o sentimento

de injustiça do que a sensação de que a justiça foi feita ao presenciar seu agressor pagar pelo mal cometido. Dessa forma, a justificação da pena em relação à vítima do crime deve ser retributiva.

Ao ser constatada a ocorrência de um crime, a sociedade voltará sua atenção ao agir do Estado em coibir ou não os atos lesivos a suas regras. Não reprimir de forma apropriada leva à sensação de impunidade e, de certa forma, incentiva a prática delitiva; já a reprimenda munida de certeza e severidade serve de exemplo e advertência de que todo ato imoral ensejará uma reação estatal, na forma de punição.

A justificação da pena se dá, assim, por sua consequência benéfica, ou melhor, pela prevenção da prática de novos crimes. A prevenção é obtida através do exemplo que a efetiva punição do infrator gera na coletividade, sendo de certa forma uma consequência lógica da retribuição ao infrator pelo crime cometido. Não há falar-se em prevenção sem a prévia definição de que todo aquele que cometer um delito será punido – ou seja, o caráter preventivo surge da certeza que toda atitude delitiva sofrerá uma punição.

A punição tem então como objetivo a prevenção da prática de novos crimes: “o modo geral de prevenir os crimes é declarar a pena que lhe corresponde, e fazê-la executar, o que, na aceção geral e verdadeira serve de exemplo” (BENTHAM, 2002, p. 23). Além disso, “a pena deve fazer-se respeitar em um grau maior do que o crime se faz apetecível” (BENTHAM, 2002, p. 28).

Uma das mais importantes razões de punir, indubitavelmente, é a redução da incidência de crimes, servindo de advertência à sociedade que o Estado punirá todo aquele que não obedecer às regras penais, ou melhor, às normas legais que nomeiam os atos imorais de crimes. A finalidade da pena em relação à sociedade é, portanto, a prevenção geral.

O objetivo geral justificador da pena engloba ambas as teorias da punição, sendo utilitarista sob o ponto de vista da sociedade e retributivista no que concerne ao infrator e à vítima, consagrando então uma teoria mista.

A imposição da pena revela o Estado castigando o criminoso que o merece, com três objetivos simultâneos: retribuir o mal causado, fazer justiça à vítima e prevenir a prática de novos delitos. A punição evidencia, assim, uma mensagem de castigo, de justiça e de admoestação ou censura, tanto para o infrator como para toda a sociedade. Punição seria um mal merecido e dotado de prevenção da prática de novos delitos.

O castigo é, dessa forma, útil não apenas por produzir prazer ao maior número de pessoas objetivando a prevenção de novos crimes, como poderia definir um utilitarista, nem

somente porque o criminoso o merece, como argumentaria um retributivista. A utilidade da punição está no seu caráter misto: retributivo e preventivo, como bem definiu Hart.

O Tribunal Penal Internacional no caso *The Prosecutor versus Jean Kambanda* afirmou que as decisões do TPI são baseadas no mesmo caráter misto do objetivo geral justificador analisado nesta dissertação:

*That said, it is clear that the penalties imposed on accused persons found guilty by the Tribunal must be directed, on the one hand, at retribution of the said accused, who must see their crimes punished, and over and above that, on other hand, at deterrence, namely dissuading for good those who will attempt in future to perpetrate such atrocities by showing them that the international community was not ready to tolerate the serious violations of international humanitarian law and human rights.*⁶³

O objetivo geral justificador é um sistema misto e equilibrado que engloba tanto a retribuição ao criminoso pelo mal causado como a prevenção da prática de novos delitos, de forma que apenas quem praticou um crime voluntariamente pode ser punido, garantindo-se, ainda, que a pena esteja em conformidade com o princípio da proporcionalidade.

⁶³ Dito isto, é claro que as penalidades impostas às pessoas consideradas culpadas pelo Tribunal devem ser direcionadas, por um lado, a retribuição do mencionado acusado, que deve ver seus crimes punidos, e, além disso, por outro lado dissuadir, nomeadamente dissuadir para o bem, aqueles que tentarão no futuro cometer tais atrocidades, mostrando a eles que a comunidade internacional não estava preparada para tolerar as graves violações do direito humanitário internacional e dos direitos humanos. (INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA, 1998, tradução nossa).

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. Tradução e notas Edson Bini. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2014.
- _____. *Política*. Tradução Antônio C. Amaral e Carlos de C. Gomes. Lisboa: Vega, 1998.
- _____. *Metafísica*. Tradução Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1969.
- BENTHAM, J. *O panóptico*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.
- _____. *Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos*. São Paulo: Edijur, 2002.
- _____. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- BERMAN, M. Rehabilitating retributivism. *Law and Philosophy*, v. 32, n. 1, p. 83-8, Jan. 2013.
- BETTIOL, G. *Direito penal*. Tradução e notas Paulo José da Costa Junior e Alberto Silva Franco. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v.1.
- _____. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.1.
- _____. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- BUSTOS RAMIREZ, J.; MALARÉE, H. H. Pena y Estado. In: BUSTOS RAMIREZ, J. *Bases críticas de un derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982. p. 143-149.
- CARNELUTTI, F. *As Misérias do processo penal*. São Paulo: Pillares, 2006.
- CARVALHO NETO, I. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CHRISTOPHER, R. The prosecutor's dilemma: bargains and punishments. *Fordham Law Review*, v. 72, p. 94-168, 2003.
- DIAS, J. F. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- DIAS, M. C. L. C. A concepção de ética no utilitarismo de John Stuart Mill. *Discurso: Revista do Departamento de Filosofia da USP*, São Paulo, n. 44, p. 235-260, 2014.
- DIMOULIS, D. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DOLINKO, D. Some thoughts about retributivism. *Ethics*, v. 101, n. 3, p. 537-559, Apr. 1991.

ESTEFAM, A. *Direito penal: parte geral* (arts. 1º ao 120). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/26328996/direito-e-razao---luigi-ferrajoli>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

FERREIRA, G. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FLETCHER, G. *Rethinking Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2000.

FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 34. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

FREITAS, J. *As grandes linhas da filosofia do direito*. Rio Grande do Sul: EDUCS, 1986.

GARRIDO, V.; STANGELAND, P.; REDONDO, S. *Princípios de criminologia*. 2. ed. Valência: Tirantlo Blanch, 2001.

GOMES, A. T. *O fundamento de validade do Direito: Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

HASSEMER, W. *O Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HART, H. L. A. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. Oxford: Clarendon Press, 1968.

HEGEL, G.W. F. *The philosophy of right*. Oxford: Oxford University Press, 1942.

HILL JR, T. E. Kant on wrongdoing, desert and punishment. *Law and Philosophy*, v. 18, n. 4, p. 407-441, Jul. 1999.

HUME, D. *An enquiry concerning the principles of morals*. 1912. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/ebooks/4320>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

INGRAM, D. *Filosofia do Direito*. Porto Alegre: Artmed, 2010.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. The prosecutor versus Jean Kambana: case n. ICTR 97-23-S. 4 Sept. 1998. Disponível em: <http://hrlibrary.umn.edu/instree/ICTR/KAMBANDA_ICTR-97-23/KAMBANDA_ICTR-97-23-S.html>. Acesso em: 23 jul. 2017.

JESCHECK, H. H. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução Mir Puig e Muiioz Conde. Barcelona, Bosch, 1981. v. 1.

JESUS, D. E. *De direito penal: parte geral*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.1.

KANT, I. *A metafísica dos costumes*. Tradução de José Lamego. 2. ed.. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

_____. *A metafísica dos costumes*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

_____. *Analítica do sublime*. Tradução de Valério Rohden e Antônio Marques. São Paulo: Forense Universitária, 1995.

_____. *Doutrina do direito*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

_____. *The metaphysics of morals*. Translated by M. Gregor. New York: Cambridge University Press, 1991.

LAWTEACHER: the law essay professional. R V M'Naghten (1843) 8 E.R. 718; (1843) 10 Cl. & F. 200. [s.d.]. Disponível em: <<https://www.lawteacher.net/cases/r-v-m-naghten.php>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

LISZT, F. V. *A ideia do fim no direito penal*. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2005.

MACINTYRE, A. *Depois da virtude*. São Paulo: EDUSC, 2001.

MENEZES, V. M. *Dogmatologia*. Santa Catarina: Clube de Autores Publicações, 2015. Disponível em: <<https://www.clubedeautores.com.br/book/197679--DOGMATOLOGIA?topic=cienciasbiologicas#.WPE5r2e1s2x>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

MILL, J. S. *Utilitarismo*. Portugal: Porto Editora, 2005. (Coleção Filosofia e Textos).

MIR PUIG, S. *Estado, pena y delito*. Montevideo: B de F, 2012. (Maestros del derecho penal, n. 21).

MOORE, M. S. *Placing blame: a theory of criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

MORRIS, H. Persons and punishment. *The Monist*, v. 52, n. 4, p. 475-501, 1968.

MURPHY, J. G. Legal moralism and retribution revisited. *Criminal Law and Philosophy*, v. 1, n. 1, p. 5-20, Jan. 2007.

NUCCI, G. S. *Manual de direito penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017

PLATÃO. *Fédon*. Lisboa: Porto Editora, 1995. (Coleção Filosofia-Textos; 4).

POPPER, K. *Busca inacabada: autobiografia intelectual*. Lisboa: Esfera do Caos, 2008.

_____. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998. 2 v.

PRADO, L. R. P. *Curso de direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

QUEIROZ, P. S. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RAWLS, J. *A theory of justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971.

RODRIGUES, A. M. *A determinação da medida da pena preventiva de liberdade: os critérios da culpa e prevenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ROXIN, C. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega Universidade, 2004.

SALGADO, J. C. *A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e igualdade*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, A. *Ética*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993.

SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e representação: livro IV*. Tradução Heraldo Barbuy, Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24881-24883-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

SCHÜNEMANN, B. Entrevista. Entrevistador: João Paulo O. Martinelli, Luís Greco. *Revista Liberdades*, n. 4, p. 9-13, maio/ago. 2010. Disponível em: <http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/5/_entrevista.pdf>. Acesso em: 20 maio 2017.

SHINTATI, T. M. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SIDGWICK, H. *História da ética*. São Paulo: Ícone, 2010.

SILVA, H. C. *Manual de execução penal*. 2. ed. Campinas, SP: Bookseller, 2002.

SINGER, P., M. G. Actual consequences of utilitarianism. *Mind*, v. 86, n. 341, p. 67-77, Jan. 1977.

SOUZA, P. S. X. *Individualização da pena no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

STRATHERN, P. *Uma breve história da economia*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2003.

TADROS, V. *The ends of harm: the moral foundations of criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

TOCQUEVILLE, A. *Democracy in America*. New York: Vintage Books, 1945.

WALLEN, A. Retributive justice. In: ZALTA, E. N. (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford, CA: Stanford University, 2016. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/justice-retributive/>>. Acesso em: 20 maio 2017.