

Hart e a justificação da punição: retribuição como distribuição

Hart and the justification of punishment: retribution as distribution

Alexandre Ayub Dargél

Doutor em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)

adargel@unisinós.br

<http://lattes.cnpq.br/8205702141098814>

Resumo

O presente texto tem como objetivo analisar o problema da justificação da punição, uma vez que esse tema tem demandado atualmente a preocupação da filosofia. A partir da relevância dessa discussão, analisar-se-ão as vertentes do retributivismo, do consequencialismo e, principalmente, a visão conciliadora proposta por Hart. Para tanto, propõe-se o estudo da sua obra Punição e Responsabilidade, aplicando-se as categorias do autor na explicação do motivo da prática da punição, ao contexto da pena na atualidade.

Palavras-chave: Hart. Punição. Justificação.

Abstract

This paper aims to analyze the problem of punishment's justification, since this theme has currently demanded the concern of philosophy. From the relevance of this discussion, the aspects of retributivism, consequentialism and, mainly, the conciliating view proposed by Hart will be analyzed. To this end, the study of his work Punishment and Responsibility is proposed, applying the author's categories to explain the reason for the practice of punishment, in the current context of punishment.

Keywords: Hart. Punishment. Justification.

1 INTRODUÇÃO

A justificação da punição apresenta inúmeras fragilidades, que são constantemente alvo de questionamentos, seja na esfera jurídica, filosófica ou social. A respeito do tema, um



dos problemas de grande enfoque é a utilização do paradigma retributivo da punição, que consiste na compensação do crime por meio de penalidades igualmente danosas, motivo pelo qual discutiremos especificamente esse aspecto.

Hart (2008), em sua obra *Punição e Responsabilidade*, voltou-se à análise da justificação da punição, delimitando-a como potencial para produção de benefícios futuros à sociedade, conforme analisar-se-á a seguir.

De início, é preciso esclarecer alguns conceitos que conduzirão a análise, sendo primordial o estudo do conceito de punição. Nesse intento, tomar-se-á como base, além de Hart, Boonin, com o seu livro *The Problem of Punishment*, em virtude da forma contemporânea que este trata o tema.

Boonin (2008) pretende apresentar uma definição de punição legal que respeite e reflita ambas as crenças sobre o que conta como punição e a perplexidade sobre o que torna moralmente permissível ao Estado punir as pessoas. Com esse objetivo, inicia a apresentar as características que formam um conceito completo de punição.

Em primeiro lugar, a punição deve ser um dano, pois a punição deve representar algo ruim para a pessoa punida, resultando no requisito do dano (*harm requirement*) para iniciar a formação do conceito de punição, uma vez que o autor reconhece que apenas o requisito do dano não é suficiente para caracterizar a punição (Boonin, 2008). É verdade que pode haver um dano que não seja, de forma alguma, uma punição.

Surge, então, a figura da intencionalidade, já que para haver punição deve ser infligido um dano intencional ao punido, pois o Estado, ao punir, deseja infligir o mal ao cidadão que será punido, com o objetivo de prejudicá-lo (*intending harm requirement*) (Boonin, 2008).

Na mesma linha, para que seja punição, além de haver um ato intencional maléfico, esse ato é praticado contra o ofensor em razão de ele ter agido de forma errônea, ou, mais especificamente, ter praticado um ato proibido (*retributive requirement*) (Boonin, 2008). Ora, não se pode admitir que a punição seja aplicada sem que o punido tenha anteriormente atentado contra a lei, o que sustenta essa característica retributiva da punição, uma vez que é aplicada contra o ofensor, de forma que ele e a sociedade entendam o motivo de o Estado ter infligido aquele mal. Importante alertar: a retribuição de que se trata é uma característica da punição e



não aquela que representa uma justificação da punição, a qual será tratada adiante no retributivismo. Esse alerta é feito por Hart (2008, p. 09), quando trata da retribuição nos princípios da punição:

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'.

Em síntese, na visão retributivista, a punição é o ato praticado pelo Estado com a intenção de causar mal a alguém que cometeu um crime, por considerá-lo causador de um mal à vítima e à sociedade.

Ainda no sentido de esclarecer o conceito de punição, Boonin (2008) acrescenta o requisito da reprovação (*reprobative requirement*), pois a punição deve representar um ato de desaprovação da conduta praticada pelo ofensor. Não se pode punir alguém sem que esteja conjugada uma consequência de reprovação, uma demonstração de que o ato praticado foi errado, contrário às regras da sociedade.

Seguindo nessa linha, o autor apresenta a última característica da punição, como sendo a autorização para aplicar a punição (*authorization requirement*), no sentido de que, para a aplicação de uma punição legal, como um mal intencionalmente praticado, com o objetivo de retribuir e reprová-la a ação do ofensor, a pessoa que pune deve ter uma autorização para punir, ou seja, ser oficialmente competente para tanto. Dessa forma, a punição deve ser um ato autorizado pelo Estado para que algumas pessoas (autoridades) possam aplicá-la aos demais cidadãos (Boonin, 2008).

Semelhante definição é a apresentada por Hart (2008, p. 04):

- (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 the offence is committed.*

A partir da compreensão de que a punição é um mal que deve ser aplicado intencionalmente pelo Estado, de forma legítima e em detrimento do criminoso em razão do



delito cometido, com o objetivo de situar a presente análise, é preciso, então, identificar qual é o problema da punição.

2 O PROBLEMA DA PUNIÇÃO

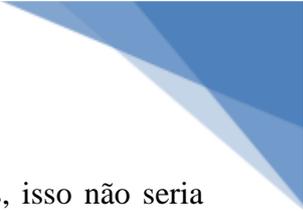
O problema está contido (i) no fato de que a punição envolve separar a população em dois grupos e tratá-los de forma diferente - e isso só é admissível se houver uma diferença moralmente relevante entre esses grupos -; (ii) a punição implica não somente tratar de forma diferente os dois grupos, mas causar mal aos membros de um dos grupos e, por isso, em virtude de que um ato causará danos a alguém tal fato é moralmente relevante; (iii) o mal causado pela punição é intencional. Dessa forma, o problema não é somente justificar o mal causado a um dos grupos, mas sim o fato deste dano ser intencional. (Boonin, 2008).

O ponto, então, é explicar como é moralmente permissível que o Estado trate dessa forma os grupos, com tamanha diferença de tratamento (Boonin, 2008). Nesse contexto, analisar-se-ão as duas principais explicações para o problema da punição, as quais não esgotam a discussão, mas localizam o centro do debate: o retributivismo e o consequencialismo.

A resposta retributivista se baseia na visão de que, mesmo cometido o crime no passado, justifica-se sua punição, para retribuir o mal causado com o mal da pena (Boonin, 2008). Assim, a retribuição estaria associada à uma espécie de substituição da vingança privada pela punição legal, uma vez que teria como objetivo principal infligir um mal (pena) a quem praticou uma conduta que prejudicou um terceiro (crime). Nesse caminho, Kant (2013, p. 188) explica:

A pena judicial (*poena forensis*), que se diferencia da natural (*poena naturalis*) porque nesta última o vício castiga a si mesmo e o legislador de modo algum a leva em consideração, nunca pode servir meramente como meio para fomentar outro bem, seja para o próprio delinquente, seja para a sociedade civil, mas sim tem de ser infligida contra ele apenas porque ele cometeu o crime. Pois o homem nunca pode ser manipulado como mero meio para os propósitos de um outro [...].

Sendo assim, vê-se que nesta posição dura do retributivismo, deve-se apenas retribuir o mal causado, por meio da pena. Não há outro objetivo que possa ser atribuído à punição que não a retribuição, uma vez que o ser humano é um fim em si mesmo e não pode ser utilizado como meio para a obtenção de qualquer benefício, mesmo que seja um benefício para a sociedade, uma vez que, conforme a doutrina retributivista de Kant, caso a punição tivesse



como objetivo produzir um bem para a sociedade, a dissuasão dos cidadãos, isso não seria moralmente aceitável.

Há, segundo Boonin (2008), outras formas mais brandas de retributivismo, derivadas de uma teoria geral dos direitos ou da equidade, a citar: o retributivismo baseado na confiança (a confiança entre as pessoas deveria ser mantida por meio da punição, uma vez que a prática delitativa, além de prejudicar a vítima, atenta contra a confiança entre as pessoas, que é essencial para o funcionamento da sociedade), o retributivismo baseado na dívida (a vítima um crime possui perdas de ordem material e moral e, portanto, caberia o agressor, além de reembolsá-la economicamente, compensá-la moralmente por ter infringido o seu direito) e o retributivismo baseado na vingança (o ideal de justiça legitimaria o sofrimento causado pela pena, uma vez que o agressor merece arcar com algum tipo de dano).

O consequencialismo, por sua vez, possui base na teoria utilitarista. Teoria esta que, segundo Benthan (2002), segue o princípio da utilidade, por meio do qual a punição é vista como um mal que deve recair sobre infratores cientes da ilicitude de seus atos, e para fins de prevenção de ações semelhantes no futuro:

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 (BENTHAN, 2002, p. 22-23).

Nesse contexto, o consequencialismo sustenta que a punição é moralmente aceitável, em virtude de suas boas consequências futuras. Essa visão estrita do consequencialismo - baseada no fato de que para ser moralmente aceitável, uma prática deve trazer benefícios - tem sedimento na teoria da pena criminal, em uma reação iluminista ao retributivismo, expressada na obra de Beccaria (2002) que passou a identificar o objetivo da punição não mais com o castigo pelo que foi feito, mas que a certeza da punição seria a razão pela qual se deixaria de optar pela prática delitativa:

...a finalidade das penas não é atormentar e afligir um ser sensível nem desfazer um delito já cometido. [...] O fim, pois, não é outro senão impedir o réu de causar novos danos a seus concidadãos e de demovê-los de praticar outros iguais. As penas, portanto, e o método de infligi-las, devem ser escolhidos de modo que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e mais duradoura nos homens, e a menos penosa no corpo do réu. (BECCARIA, 2002, p. 72)



Sendo assim, a partir dessa linha argumentativa, a punição não teria como fundamento a retribuição do mal causado, mesmo porque o fato danoso já teria ocorrido, não havendo utilidade em infligir mal ao punido. Por esse motivo, seria mais adequado, a partir da aplicação da pena, que o objetivo fosse evitar que o punido voltasse a praticar novos delitos, daí que a privação da liberdade se tornaria importante, pois afastaria o agressor da sociedade. No mesmo curso, a comunicação social da punição serviria para dissuadir os demais cidadãos de praticarem qualquer ato contrário à lei.

3 A POSIÇÃO DE HART

Hart (2008) argumenta que a discussão a respeito da punição se apresenta muito confusa e aponta como causa dessa confusão dois elementos que são partes fundamentais das teorias da punição que tradicionalmente se opõe. Nesse ponto, o autor critica a confiança de Bentham, a partir da teoria utilitarista, de que a ameaça da punição é um elemento dissuasor da prática de crimes, pois considera exagerado supor que o agressor calcule o custo-benefício dos seus atos. Na mesma linha, identifica que a base do retributivismo também é duvidosa, uma vez que não se pode afirmar que é certo que aquele que descumpra a lei, poderia tê-la observado.

Essa crítica está dirigida no sentido de que a discussão está posta entre juízes e legisladores, na qual apenas se busca um fundamento como válido para a punição, sem se questionar o que torna moralmente aceitável a punição. É sabido que não podemos descartar a experiência e as opiniões daqueles que participam da instituição e da aplicação da punição, contudo, não se pode fundamentar a moralidade dessa prática somente a partir de conceitos fechados no âmbito da retribuição ou da dissuasão.

Nesse ponto, Hart (2008) indica que deveríamos nos preocupar em responder questões como: o que justifica a prática geral da punição? Para quem a punição deve ser aplicada? Quão severamente devemos punir? A par disso, deve-se entender o objetivo de justificação e os princípios da distribuição da punição.

Sendo assim, inicia-se a indagação do porquê de algumas atitudes serem proibidas e classificadas como crimes. Ora, apesar das teorias tradicionais de justificação não abordarem este tópico, Hart (2008) sustenta que essas atitudes são proibidas pela lei e classificadas como crimes para que a sociedade saiba que não deve agir daquela forma e para garantir que poucos pratiquem aqueles atos.



O autor fundamenta como objetivo geral de justificação os benefícios sociais futuros e, como forma de distribuição da punição, a retribuição, motivo pelo qual se pode identificar uma posição compatibilista entre o consequencialismo e o retributivismo. Contudo, não se pode confundir a separação que Hart (2008) apresenta entre justificação da punição (como a redução de futuras ações erradas sendo um benefício provisório que justifica a punição) e a distribuição da punição retributiva, já que o sofrimento do punido é sempre um custo e nunca um benefício ao sistema criminal de justiça. Dessa forma, a punição é instrumental, pois baseada nas boas consequências futuras que advirão dela.

Assim se identifica a visão de Hart (2008) na justificação da punição como um olhar para o futuro (*forward-looking*), pois não se fundamenta no crime praticado e na punição como retribuição (*backward-looking*), mas sim nos benefícios futuros que aquele ato poderá trazer para a sociedade. Nesse ponto, o sofrimento ou o mal infligido com a punição é aceito como um instrumento para atingir benefícios sociais, diferentemente dos retributivistas que aceitam ser o sofrimento o objetivo da pena.

Não se pode deixar de registrar que o mal causado pela punição não pode ser justificado por si mesmo, uma vez que é moralmente errado praticar o mal e, sendo o objetivo do Estado melhorar a vida das pessoas, ele não estaria autorizado a fazer intencionalmente o mal, motivo pelo qual só se poderia admitir o mal como um instrumento para atingir o bem de toda a sociedade.

Assim, Hart (2008) aponta para o equívoco dos antigos retribucionistas e da maioria dos céticos modernos, ao considerarem que só tem fundamento o princípio da punição aplicada a um ofensor por uma ofensa se o objetivo geral de justificação for o retributivismo. Essa confusão fica clara quando o autor separa o objetivo geral da punição das regras de distribuição da punição, motivo pelo qual se pode aceitar que a punição só pode ser aplicada ao ofensor por uma ofensa, sem aceitar o retributivismo como fundamento da punição, mas sim o consequencialismo.

Essa discussão serve de base, também, para responder à objeção da punição dos inocentes feita pelos retributivistas, uma vez que alegam que o fundamento da punição é um bem futuro, no sentido de que se o mal causado pela punição gerará boas consequências futuras, admitir-se-ia a punição de um inocente, pois, da mesma forma, ao se punir alguém, culpado ou



não, atingir-se-iam as boas consequências futuras. Nesse passo, a resposta para esta objeção está na separação entre fundamento da punição e regras de distribuição da punição, pois mesmo que o fundamento seja consequencialista, com base nas regras de distribuição da punição, somente o ofensor poderá ser punido pela ofensa praticada, não um inocente.

Nessa etapa, há uma aproximação com Rawls (1955), no sentido de que a justificação da punição deverá ocorrer em duas etapas, pois também diferencia entre justificação da prática da punição e aplicação da punição na prática, enfatizando a distinção entre culpado e inocente, devendo-se, pois, analisar se a punição foi infligida de acordo com as regras da prática da punição e, em caso positivo, justificar a prática da punição, que é instrumental.

É fundamental, para evitar qualquer equívoco, que se analise, depois de se identificar o que caracteriza o fundamento da punição em Hart (2008), a forma de distribuição da punição. Nesse curso, deve-se analisar quem deve ser punido, a partir da resposta de quem é o ofensor pela ofensa praticada, bem como, então, precisamos definir o tipo e a quantidade de pena, levando-se em conta os critérios futuros de dissuasão ou outros de índole utilitarista.

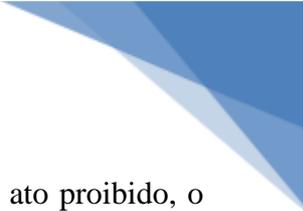
Nesse referencial, é importante referir que a legislação penal vigente (Código Penal Brasileiro, 1940), ao estabelecer os critérios de fixação da pena, determina:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Percebe-se, na legislação penal brasileira acima referida, a utilização de objetivos baseados na reprovação e na prevenção do crime, sendo possível aproximar esses objetivos da posição sustentada por Hart: a primeira como um dos elementos de distribuição da punição e a segunda como um objetivo geral da punição.

Com o objetivo de esclarecer o que moralmente está em jogo na distribuição da punição, Hart (2008) analisa três aspectos da punição: a justificação, a escusa e a mitigação.



A justificação se apresenta nos casos em que, apesar de praticar um ato proibido, o sistema legal aceita como justificável tal ação, como é o caso do agente que mata uma pessoa. De acordo com a legislação, esse fato acarreta a responsabilização pelo delito de homicídio, contudo, caso a morte tenha sido ocasionada como único recurso para proteger a própria vida do agressor, essa ação está justificada pela legítima defesa (Hart, 2008).

No mesmo rumo, a escusa se verifica quando a ação não for intencional, por exemplo, a coação moral irresistível (ocasião em que o agente é impossibilitado de agir voluntariamente em razão de intimidação de ordem moral, o que acarreta a prática delitativa de forma forçada, respaldada no receio do agente de arcar com prejuízos maiores).

Com relação à mitigação, temos uma influência clara do utilitarismo, pois é preciso fixar a pena de forma compatível com o dano causado, bem como considerando o estado mental do agressor. Algumas formas de mitigação têm como base a redução legal de penas em determinados delitos, como o infanticídio ou o homicídio privilegiado em razão de se ter agido com base em relevante valor moral ou social. Dessa forma, deve haver a mitigação da punição levando-se em consideração o estado mental do agente (Hart, 2008).

A partir da análise dessas formas de evitar ou reduzir a punição, bem como da limitação da punição às ofensas cometidas voluntariamente, Hart (2008) chega a um ponto central da definição do papel da punição na sociedade, que é um método de controle social que maximiza a liberdade individual, pois, apesar de prever ações não desejadas pela sociedade, permite ao cidadão a escolha entre cumprir a lei ou infringi-la e sofrer a penalidade prevista. Da mesma forma, esse sistema aumenta o poder dos indivíduos de identificarem os comportamentos para os quais a lei não reserva qualquer tratamento, aumentando, assim, a sua liberdade.

Por fim, Hart (2008), ao analisar o argumento de que o objetivo da punição seria a “reforma”, ou seja, a punição como mola propulsora da mudança da pessoa do punido, apresenta uma crítica a esse modelo. Indaga que, caso o objetivo da punição seja o de melhorar o assassino, ao invés de evitar a prática do homicídio, ainda assim haveria a prática de um mal retributivo. Mais ainda, o intento de melhorar o criminoso surgiria apenas quando o objetivo geral da punição não fosse alcançado: a prevenção do crime. Ainda assim, a justificativa da punição para transformar o condenado se apresentaria em sociedades nas quais não mais se



acreditasse na função da punição como dissuasão e como garantia da diminuição do número de delitos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, vivemos um período de grande avanço da criminalidade, tanto dos delitos praticados com violência como aqueles classificados como de colarinho branco, o que pode conduzir alguns a pensar que o objetivo geral da punição defendido por Hart não se confirma na realidade social brasileira.

No entanto, a teoria de justificação da punição defendida por Hart se apresenta como uma linha de pensamento viável para compatibilizar a busca de dissuasão com a característica indissociável da pena criminal, que é a prática de um mal contra o agressor, confirmando a necessidade de se justificar práticas punitivas a partir da possível obtenção de benefícios para o corpo social.

Dessa forma, é importante ressaltar que a busca de benefícios sociais a partir da punição seria o fundamento da sua existência, mesmo que, na sociedade, tal objetivo não seja alcançado de forma satisfatória, uma vez que a criminalidade é um fenômeno multifatorial, não se reduzindo apenas com a punição dos delitos, sem que haja um esforço do Estado e da sociedade na busca de melhores condições de vida, de educação e de presença institucional.

Referências

BECCARIA, C. 2002. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Marcílio Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 142 p.

BENTHAN, J. 2002. *Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos*. São Paulo: Edijur, 411p.

BOONIN, D. 2008. *The Problem of Punishment*. New York, Cambridge University Press, 299 p.

BRASIL. Código Penal, Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

HART, H. L. A. 2008. *Punishment and responsibility*, 2º ed., New York, Oxford University Press Inc., 315 p.



KANT, I. 2013. *Metafísica dos costumes*, Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco – (Coleção Pensamento Humano), 320 p.

RAWLS, J. 1955. Two concepts of rules. *Philosophical Review*, v. 64, n.1: 3-32.

Recebido: 27-04-2018

Aceito: 25-11-2019