

O utilitarismo e a teoria da punição

*Mauro Cardoso Simões**

Resumo: O objetivo deste texto é apresentar uma discussão das noções de punição no contexto da teoria utilitarista, destacando a possibilidade de que inocentes sejam qualificados como descartáveis ou sirvam como meio aos interesses sociais. O texto analisa, ainda, a teoria de H. L. A. Hart da noção utilitarista de punição e de justificação da punição, ampliando o debate aos princípios de justiça de Rawls.

Palavras-Chave: Culpa; Inocentes; Punição; Utilitarismo

Abstract: The purpose of this text is to provide a discussion of the concepts of punishment in the utilitarian theory, highlighting the possibility that innocent people are qualified as disposable or serve as a means to social interests. The text analyzes addition, the Hart's theory of utilitarian concept of punishment and justification for punishment, broadening the debate to the principles of justice of Rawls.

Keywords: Guilty; Innocents; Punishment; Utilitarianism

A teoria utilitarista justifica a punição somente em termos de boas conseqüências produzidas. Há, no entanto, divergência entre os utilitaristas sobre as boas conseqüências da punição que supostamente produziriam. Alguns utilitaristas podem até acreditar que os danos causados pela punição suplantem as boas conseqüências e, conseqüentemente, a punição não se justificaria. Mas, muitos utilitaristas parecem ver os efeitos da punição em termos da redução de criminalidade, e acreditam que punir os criminosos teria pelo menos em alguns, senão em todos, os seguintes efeitos positivos. Em primeiro lugar, a punição agiria na dissuasão do crime. Os efeitos dissuasivos podem ser tanto individuais quanto gerais. A punição, além de seu efeito primário, o castigo do infrator, dissuadindo-o de cometer delitos

* Pós-doutor em Filosofia pela *National University of Singapore* (NUS); Pós-Doutorando em Filosofia pela *University of Cambridge*; Doutor em Filosofia pela *Unicamp* e Professor do Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). *E-mail:* maursim@yahoo.com Artigo recebido em 03.10.2010, aprovado em 20.12.2010.

semelhantes no futuro, ainda afastaria potenciais infratores. Os delinquentes que são punidos seriam supostamente dissuadidos por sua experiência de punição e pela ameaça de serem punidos novamente, caso reincidam na delinqüência. Estes são os efeitos dissuasórios individuais. Os efeitos dissuasivos gerais de punição sobre potenciais infrações, opera por meio da ameaça de serem submetidos ao mesmo tipo de punição que aqueles que são condenados.

Em segundo lugar, supõe-se que a punição tenha efeitos reformativos ou de reabilitação¹. Isso se limita a que o autor da infração seja punido. Ele seria reformado no sentido de que os efeitos do castigo almejem mudar seus valores para que não cometa delitos semelhantes no futuro, acreditando que tais delitos sejam errados. Mas se ele se abstém de cometer atos criminosos, simplesmente pelo medo de ser apanhado e punido novamente, então ele é dissuadido em vez de reabilitado e reformado pela punição. Assim, os efeitos da dissuasão individual e da reabilitação são os mesmos. O que os distingue é a diferença na motivação.

A terceira boa consequência da punição é o seu efeito incapacitativo. Quando um delinquentes está cumprindo sua pena na prisão, ele é retirado da circulação social geral e é, portanto, impedido de cometer uma série de delitos, ainda que não possa ser dissuadido nem reformado pela punição. Claro que a punição não teria um efeito incapacitativo global se o infrator estivesse livre para exercer alguma atividade criminosa. Enquanto na prisão o infrator ainda poderia cometer alguns crimes, como assaltar outro prisioneiro ou um guarda prisional. Mas as suas oportunidades seriam reduzidas de modo geral. Em alguns casos, no entanto, o contato com outros prisioneiros poderiam criar oportunidades para uma maior participação no crime quando for liberado. O efeito incapacitativo, embora talvez mais provável no caso do aprisionamento,

¹ Jack P. Gibbs distingue entre 'rehabilitation' e 'reformation'. Um infrator estaria 'reabilitado' se deixasse de violar a lei, como resultado de meios não-punitivos, considerando que ele estaria 'reformado' se deixasse de violar a lei, como resultado da punição, mas por razões independentes do medo de punição. Cf. Gibbs, Jack P. *Crime, punishment, and deterrence*. New York, 1975. Eu uso os dois termos indiferentemente e amplamente para me referir aos casos em que o autor da infração, depois de ter cumprido uma pena, já não comete crimes porque acredita que um comportamento criminoso seja errado, e não por que teme a punição. Seus valores podem ser alterados pela punição mesma ou por meios não-punitivos.

também pode estar presente em outras formas de castigo. Por exemplo, a liberdade condicional pode ter algum efeito incapacitativo, pois embora o autor da infração esteja livre, o fato de estar sob supervisão pode restringir as oportunidades de atividades criminosas.

O utilitarismo e a punição de inocentes

Suponha-se que as conseqüências benéficas da punição compensem o sofrimento que se inflige aos infratores. Os críticos da teoria utilitarista argumentam que, caso a punição só se justifique apenas em termos de suas boas conseqüências, então a punição não pode ser aplicada aos infratores. Poderia haver situações em que punir uma pessoa inocente teria melhores conseqüências que alternativos cursos de ação. Os utilitaristas estariam, portanto, empenhados em punir a pessoa inocente. Esta objeção tem desempenhado um papel importante na rejeição da teoria utilitarista de modo geral.

Vamos considerar um exemplo famoso da literatura feita por H. J. McCloskey². Suponha que em uma cidade com uma população mista onde um homem de um grupo racial viole uma mulher de outro grupo. Em virtude das tensões raciais atuais, o crime é susceptível de produzir violência racial deixando muitas pessoas feridas, a menos que o homem culpado seja detido rapidamente. Suponha ainda que o delegado da cidade possa impedir a violência com a prisão de um homem inocente que estava perto da cena do crime, e que será aceito pela comunidade como a pessoa culpada. Em verdade, argumenta-se, as melhores conseqüências serão produzidas pelo delegado ao fabricar elementos de prova contra ele o que irá resultar em sua condenação e severa punição. Mas os críticos afirmam que o ato do delegado e a subsequente punição do homem inocente esteja errado.

Há muitas maneiras pelas quais os utilitaristas, ou aqueles que lhes são simpáticos, possam responder a esta acusação, e eu vou considerar alguns dos seus principais argumentos. Em primeiro lugar, argumenta-se que a ‘punição de inocentes’ seja uma contradição lógica, porque *punição* (*punishment*) implica *culpa* (*guilty*). Em segundo lugar, as premissas da objeção estão sendo desafiadas. Sugere-se que ao punir o homem inocente, de fato, não se irá produzir a melhor conseqüência se levarmos em conta

² Cf. McCloskey, H. J. A non-utilitarian approach to punishment. In: Bailes, Michael D. (ed.) *Contemporary Utilitarianism*. New York, 1968.

todas as conseqüências deste tipo de punição, incluindo as conseqüências de longo prazo e menos evidentes. Em terceiro lugar, alega-se que as únicas situações em que a punição de um inocente seja aceita são situações “fantásticas” e hipotéticas, em vez de situações que possam surgir, ou sejam susceptíveis de ocorrer, no mundo real. Neste sentido e por uma diversidade de razões, os utilitaristas não devem ficar preocupados com aqueles que estão empenhados em tais situações fantásticas. Na discussão desta terceira resposta, vou também considerar os pontos de vista daqueles utilitaristas que defendem que a punição dos inocentes seja, com efeito, justificada em situações em que produzam as melhores conseqüências. Se a moralidade do senso comum discordar de nossas intuições, tanto pior para elas.

Em seu conhecido texto *On Punishment*, Anthony Quinton argumenta que a noção de *punição* implica culpabilidade no sentido de que a *punição* é definida, em parte, como a inflicção de sofrimento aos culpados. Assim, quando o sofrimento é infligido a pessoas inocentes, isso não pode ser corretamente descrito como punição. Se infligirmos sofrimentos a um homem inocente e tentarmos castigá-lo como uma forma de punição, nós seremos culpados de mentir, uma vez que fazemos uma imputação mentirosa: que ele é culpado e responsável por uma infração. Parte do argumento de Quinton parece repousar sobre a importância da distinção entre, por exemplo, portadores da febre tifóide e os criminosos, embora ambos possam ser tratados, às vezes, de maneira bastante semelhante. Assim, os portadores da febre tifóide, ou uma pessoa com uma doença infecciosa, seriam postos em quarentena. Ele perderá sua liberdade, em grande parte da mesma forma que um criminoso é privado de sua liberdade quando é preso. E, no entanto, não chamamos a quarentena uma forma de punição justamente porque o portador da doença não é culpado de um crime.

É certamente verdade que, nos casos típicos de punição, é infligida a uma pessoa a culpa por um crime. Mas a questão fundamental é saber se podemos estender a noção de punição para a inflicção de sofrimento aos inocentes, ao mesmo tempo, sem perder a distinção entre punição e diversas atividades como a quarentena aos portadores de doenças e de certos tipos de tratamentos médicos ou odontológicos que são dolorosos.

Em todos estes casos há a inflicção de algum desconforto ou sofrimento, mas apenas no caso de punição é que o aborrecimento é

essencial para o que se está fazendo. Como Wasserstrom aponta “the point of the imposition of a deprivation when it is unmistakably a punishment is that it is being imposed because it is a deprivation, because the person upon whom it is being imposed should thereby be made to suffer and in that respect be worse off than before”³. Por outro lado, a experiência desconfortável adquirida por aqueles que estão em quarentena, ou por aqueles submetidos a tratamento médico, é apenas acidental, não sendo essencial para o que precisa ser feito. Os avanços da tecnologia médica podem levar à substituição de dolorosas formas de tratamento por agradáveis, mas ainda eficazes. O tratamento médico não tem de ser doloroso a todos: uma pílula doce é um medicamento como uma pílula amarga. Do mesmo modo, a quarentena implica um grau de isolamento para impedir a propagação da infecção, e que, por si só, seria desagradável. Mas pode, se os recursos o permitirem, ser grandemente superados pelos prazeres da circunstância em que se encontra. Entretanto, a punição implica pelo menos um certo grau de desconforto geral. Assim, podemos distinguir entre punição e quarentena, sem voltar a cair na noção de que a pessoa que é punida deva ser culpada.

A segunda resposta à acusação de que os utilitaristas estão empenhados em punir os inocentes chama a nossa atenção para as más conseqüências, e menos óbvias, de se punir pessoas inocentes, e argumenta que a balança da punição dos inocentes irá sempre produzir conseqüências piores do que o fracasso em fazê-lo. Por exemplo, é alegado que o fato de que um inocente tenha sido punido produziria uma perda de confiança no delegado e um medo generalizado entre todos, que poderiam ser as próximas vítimas inocentes do delegado, quando no futuro tentasse prevenir violência semelhante. Além disso, o próprio delegado teria as suas sensibilidades embotadas, uma vez que as barreiras contra enquadrar e punir inocentes tenham sido removidas. Ele estaria mais suscetível em adotar uma política semelhante na próxima vez em que enfrentasse um problema de manutenção da ordem, e nessa ocasião, poderia não haver um motivo forte para castigar uma pessoa inocente. Também não é certo que haveria violência racial, de fato, se uma pessoa inocente não fosse punida. Por outro lado, o sofrimento da pessoa inocente é possível que seja maior do que o do

³ Wasserstrom, Richard A. “Capital punishment as punishment: some theoretical issues and objections. The complexity of the concepts of punishment”. *Philosophy*, 37 (1962), p. 323.

verdadeiro culpado. O castigo viria como um grande choque para o homem inocente, e ele ficaria indignado e angustiado, de uma forma que a pessoa culpada não ficaria.

Mas em cada ponto desta resposta utilitarista, os críticos procuram levantar objeções contra a descrição do exemplo em análise. Assim eles se pronunciam: o delegado sofre de uma doença súbita fatal logo após a punição do homem inocente, e ele não faz nenhuma confissão no leito de morte. Ninguém mais sabe sobre a fabricação de elementos de prova e o segredo está enterrado com o delegado. O homem inocente que é punido não tem parentes ou amigos próximos, e ele mesmo está dotado de um temperamento incomum, que enfrenta desastres inesperados com calma resignação. Não podemos esquecer o verdadeiro autor, que ainda está livre e poderá conseguir fugir para longe. Não bastando isto, ele morre inesperadamente ao ser atropelado por um ônibus quando está à caminho do funeral do delegado.

Face a estas objeções, duas observações são adequadas. Em primeiro lugar, ninguém pode afirmar com segurança que, com o equilíbrio das probabilidades, não existam casos factuais em que a punição de inocentes irá produzir as melhores conseqüências. Mas, por outro lado, a força da nossa convicção, que é partilhada por muitos utilitaristas, que punir os inocentes no mundo real seja injustificado, não podem ser contabilizados simplesmente com base em considerações utilitaristas. Se estivéssemos sendo guiados por considerações puramente utilitaristas, não teríamos o direito de estar tão confiante como estamos quanto ao fato de que tais punições no mundo real estejam erradas, e deveríamos estar preparados para experimentar, com limitações, a proposta de punição dos inocentes.

Com efeito, podemos ir mais longe e argumentar que no estado atual dos nossos conhecimentos, inquiridos anteriormente, os elementos de prova dos desejáveis efeitos do castigo não são sempre baseados tão firmemente, como muitas vezes assumido, e apresenta algumas dificuldades em relação a uma justificação meramente utilitarista da punição.

A partir do ponto de vista utilitarista, a punição a criminosos produz conseqüências ruins que são certas e não apenas especulativas, a saber, o sofrimento infligido diretamente pela punição aos infratores e indiretamente aos seus amigos e parentes. Perante esta situação, não há nenhuma evidência igualmente firme que em todos os casos nos quais se

pense justificar a punição, que haja bons efeitos. Há alguma evidência de efeitos incapacitativos, embora a extensão destes efeitos varie com diferentes tipos de delitos, e os elementos de prova também seja coerente com a existência de algum efeito dissuasor geral. Mais uma vez, há boas razões para pensar que o total abandono da prática de castigo teria resultados lamentáveis. Mas existem crimes específicos nos quais o caso utilitarista de punição, embora não possa ser excluída, não é particularmente forte. É então pouco claro o que deveríamos fazer, no estado atual dos nossos conhecimentos, se estivéssemos sendo guiados por considerações puramente utilitárias. De fato, a nossa reflexão sobre estas questões também é guiada por considerações não-utilitaristas. Outras coisas são iguais, pensamos ser melhor que os culpados sofram punição e que deva ser um sofrimento semelhante às inocentes vítimas da criminalidade. Mais uma vez, dado que a prática da punição tem alguma justificação utilitária, haverá também delinquentes que poderão justificadamente ser punidos pelo recurso à considerações não utilitaristas. Por exemplo, se o castigo para alguns delitos pode ser justificada com base em razões utilitárias em termos gerais do efeito dissuasor e do efeito incapacitativo dessa punição, então é injusto permitir que aqueles que tenham cometido delitos mais graves possam ficar impunes e, mesmo nestes últimos casos, a evidência existente seria insuficiente para mostrar que a punição tem bons efeitos semelhantes.

Não acredito que a prática de punição fosse justificada se houvesse um caso utilitarista decisivo contra ela, ou se não, pelo menos tivesse algum suporte utilitário. Mas isto não quer dizer que todos os aspectos desejáveis da prática possam ser justificados em termos puramente utilitários.

A posição de H. L. A. Hart

Hart afirma que a justificação do castigo levanta uma série de diferentes questões, e qualquer cálculo que ofereça uma única resposta - quer se trate de um exercício de um único valor ou de uma pluralidade de valores - a uma única pergunta seria insuficiente⁴. Nós temos diferentes respostas a diferentes perguntas. Hart faz uma distinção entre três questões: 1) O que justifica a prática geral da punição? 2) Quem pode ser punido? 3) Como pode-se severamente punir? A primeira questão é sobre o objetivo geral de

⁴ Hart, H. L. A. *Punishment and responsibility*. Oxford, 1968. p. 3

se justificar a punição, que possui dois aspectos: (a) Responsabilidade (quem pode ser punido?) e (b) valor (como pode-se punir severamente?)⁵.

Hart sustenta que a justificação geral da punição é um objetivo utilitarista de proteção da sociedade contra os danos causados pelo crime, e não o objetivo retributivista de infligir dor aos infratores que são moralmente culpados. Mas ele salienta que a prossecução dos objetivos gerais de justificação tem de ser qualificada por princípios de justiça que restrinjam a aplicação de punição para apenas aqueles que têm quebrado voluntariamente a lei. Ele também acredita que a quantidade de punição é apenas parcialmente determinada pelo objetivo geral de justificação e em parte por outras considerações.

No restante deste texto concentrar-me-ei tão-somente na parte da posição de Hart sobre os princípios da justiça - a parte que proíbe o castigo para aqueles que não tenham infringido as regras estabelecidas na legislação penal. A posição de Hart sobre os princípios da justiça é naturalmente mais ampla, restringindo a punição para aqueles que voluntariamente tenham quebrado a lei, excluindo, assim, criminosos que têm uma desculpa. Não discuto, no entanto, este posicionamento neste texto.

Hart faz uma série de apontamentos importantes sobre a relação entre o objetivo geral de justificação, bem como a distribuição de punição. Em primeiro lugar, ele afirma que os princípios da justiça, que se aplica à distribuição de castigo, não são deriváveis de qualquer utilitarismo ou retributivismo para o objetivo geral de justificação. Eles representam valores independentes que podem por vezes entrar em conflito com o utilitarismo que Hart aceita como o grande justificador geral da punição. A este respeito a teoria de Hart é diferente do utilitarismo de regra de Rawls, que tenta demonstrar que a punição de inocentes não se justifica porque o utilitarismo justifica a punição proibindo, no entanto, tal prática de punição. Rawls distingue diferentes níveis em uma teoria de punição, mas considera que em última instância a punição seja justificada em termos de um único valor, utilitarista. Hart, por outro lado, sustenta que há uma série de diferentes questões para a justificação do castigo, não havendo qualquer valor único que possa dar conta devidamente de todas as características da punição que exigem justificação. Mas Hart acredita que, embora os

⁵ Ibid., p. 3-4, 8-13. Cf. Honderich, Ted. *Punishment – The supposed Justifications Revisited*. London: Pluto Press, 2006.

princípios da justiça sejam independentes e, por vezes conflitantes com o utilitarismo, a sua limitação de punição para aqueles que voluntariamente tenham quebrado a lei não refuta o utilitarismo como justificador geral da punição.

Hart às vezes se refere aos princípios de justiça como retribuição na distribuição do castigo, mas ele tem o cuidado de salientar que estes princípios podem ser defendidos sem ter de abraçar a opinião de que o grande objetivo de justificar a prática da pena seja a retribuição. Nisto ele tem razão, os princípios da justiça não justificam qualquer regulamentação específica ou um conjunto de regras. Eles devem ser distinguidos, por exemplo, do princípio da equidade, usado para justificar as regras fundamentais do direito penal que criam um equilíbrio ideal de igualdade de benefícios e encargos. Assim, a aplicação dos princípios da justiça em nada pode reivindicar um determinado conjunto de regras. A violação de uma lei moralmente má não implica que o autor da infração seja moralmente culpado, mas, se a lei má for aplicada até mesmo para aqueles que não tenham a tenham quebrado voluntariamente, então este é um mal acrescentado e infligido pela lei⁶.

Mas, embora a aplicação dos princípios da justiça (ou retribuição na distribuição) não implica que o castigo seja o objetivo geral da justificação, ele se constrange, sem anular, a busca do objetivo utilitarista como o justificador geral da punição. Os princípios de justiça estão destinados a assegurar que, na busca de objetivos sociais gerais como a prevenção da criminalidade, a justiça ou equidade não seja sacrificada para os indivíduos. É injusto utilizar indivíduos como um meio para a promoção de consequências sociais benéficas, a menos que tenham a capacidade e a oportunidade justa para assegurar o seu comportamento conforme às exigências da lei⁷. Sem as limitações dos princípios da justiça, a prossecução dos objetivos utilitaristas seria por vezes reforçada, mas em detrimento da justiça para os indivíduos. Portanto, a prática da punição envolveria um compromisso em que a prossecução de desejáveis objetivos sociais gerais estaria marcada pela necessidade de proteger os indivíduos de serem utilizados apenas como um meio para a realização destes objetivos sociais gerais. Punição é, por conseguinte, distinta de outras medidas para a busca

⁶ *Ibid.*, p. 12, 18.

⁷ *Ibid.*, p. 181, 190-191, 201.

de objetivos sociais, como a quarentena obrigatória de pessoas com doenças infecciosas em que os princípios de justiça não se aplicam⁸. Hart não está, no entanto, afirmando que as limitações estabelecidas pelos princípios da justiça sejam absolutos, e ele diverge sobre a possibilidade de que em situações extremas, os inocentes possam ter que ser sacrificados.

⁸ *Ibid.*, p. 17.