

Algumas considerações sobre a justificação da pena em Hart



NIKOLAI OLCHANOWSKI

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC (Curitiba-PR). Especialista em Direitos Humanos pelo CEI. Membro da Defensoria Pública do Estado do Piauí.



**NAÍRA JUNQUEIRA
STEVANATO**

Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC (Curitiba-PR). Especialista em Ministério Público no Estado Democrático de Direito pela Escola Superior do Ministério Público do Paraná (FEMPAR/PR). Membro do Ministério Público do Estado do Piauí.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A JUSTIFICAÇÃO DA PENA EM HART

SOME THOUGHTS ON HART'S JUSTIFICATION FOR PUNISHMENT

Resumo: Neste breve artigo aborda-se a definição e a justificação da pena em Hart. Ainda que se julgue malsucedida a tentativa hartiana de justificação da prática de punir, a clareza no tratamento de alguns conceitos e a proposta de *perguntas separadas* são capazes de afastar vários mal-entendidos comuns na área. A teoria de Hart é apresentada e discutida, com a indicação das mais importantes objeções e caminhos para futuro aprofundamento.

Palavras-chave: Justificação da pena. Filosofia da pena. Preventivismo. Retributivismo.

Abstract: In this brief article we address Hart's definition and justification of punishment. Even though one can find Hart's attempt to justify the practice of punishment unsuccessful, clarity in the treatment of some concepts and the proposal of *separate questions* can eliminate several common misunderstandings in the field. Hart's theory is presented and discussed, as well as the most important objections and paths for future studies.

Keywords: Justification of punishment. Philosophy of punishment. Deterrence. Retributivism.

1. INTRODUÇÃO

Independentemente da adesão às principais teses do positivismo analítico (especialmente à da separabilidade entre direito e moral¹), esta vertente de pensamento fornece um importante ganho em clareza e objetividade no tratamento de questões fundamentais para o teórico do direito, mas que são muitas vezes sobrecarregadas semanticamente e, conseqüentemente, não recebem uma aproximação adequada².

Neste breve texto, em formato que mais se aproxima de um ensaio do que artigo, pretende-se apresentar uma parte específica da obra de H. L. A. Hart, alocada em suas reflexões sobre filosofia política e moral, qual seja, suas definição e justificação da pena. A despeito de, ao fim, não se enxergar como bem-sucedida a tentativa hartiana de justificar moralmente a pena³, toma-se por insuperáveis alguns esclarecimentos presentes em Hart

¹ Para um bom resumo do pensamento de Hart acerca do problema: Hart (1983).

² Exemplarmente, ver a influência da filosofia da “linguagem ordinária” no tratamento de Nino (2010, p. 195-277) aos “conceitos básicos do direito”, bem como a conhecida anedota do capitão embriagado de um navio em Hart (2009b, p. 211) para buscar os diversos sentidos de “responsabilidade”.

³ Não se explica neste espaço esta afirmação, embora se apresentem algumas objeções oponíveis às conclusões de Hart.

(2009a; 2009b), os quais, à semelhança da discussão mais ampla acerca da teoria da norma⁴, afastam inúmeras confusões infelizmente ainda reproduzidas.

O formato de ensaio se justifica, de um lado, pela provisoriedade, como se verá, das conclusões alcançadas e, de outro, pela base bibliográfica utilizada, bastante afeta à filosofia analítica de matriz anglo-saxã, cujas principais publicações, especialmente quanto à filosofia da pena, se materializam em discussões objetivas e diretas entre os autores – formato, infelizmente, ainda pouco difundido no meio acadêmico brasileiro.

Há, inicialmente, um esforço expositivo das ideias de Hart, cuja definição de pena estatal é, ainda, largamente aceita pela literatura pertinente. Depois, a partir da noção de *perguntas separadas*, propõem-se algumas discussões diretamente normativas, as quais parecem infirmar a proposta hartiana de justificar moralmente a pena.

Assim, a organização do trabalho é bastante simples. Apresenta-se, primeiro, a fundamental percepção de que o objetivo da lei penal não se confunde com a justificação da pena, seguida da definição de pena em Hart. Depois, indica-se a estrutura bipartite da justificação da pena apresentada pelo autor, com breves comparações com tentativas assemelhadas, além de algumas objeções importantes.

2. AS PERGUNTAS SEPARADAS E OS OBJETIVOS DA LEI PENAL

Como adiante se mostrará, é lícito afirmar que Hart, em um sentido lato, apresenta uma teoria consequencialista da pena, isto é, a pena seria moralmente justificada com base nos benefícios práticos que produz⁵. Assim a primeira pergunta formulada pelo autor é identificar quais os benefícios do sistema de justiça criminal que o justificariam (Gardner, 2008, p. i).

Antes de fazer uma defesa dessa posição e apontar os benefícios (necessariamente demonstráveis) do sistema de justiça criminal, porém, Hart (2009a, p. 2-3) crê ser necessário fazer uma série de esclarecimentos, destinados, por um lado, a evitar indevidas simplificações e, por outro, a afastar equívocos.

Embora adira ao lado consequencialista daqueles que pretendem justificar a pena, Hart (2009a, p. 2) deixa claro que é um erro tomar o fim preventivo lato (isto é, a redução de

⁴ Para referência rápida, ver: Shapiro (2011, p. 79-117).

⁵ Gardner (2008, p. xv) diz que Hart apresenta uma abordagem geral utilitária para justificar a pena (*broadly utilitarian approach*). Embora o próprio Hart fale em uma lógica *utilitarista*, a fim de evitar alguma ambiguidade ou imprecisão teórica, aqui se dirá que sua teoria é *consequencialista*, relegando referências ao utilitarismo àquelas diretamente relacionadas a Bentham e ao *rule-utilitarianism* proposto por Rawls.

crimes por qualquer meio, a exemplo da incapacitação, da reabilitação ou da dissuasão) como uma resposta a todas as perguntas que se relacionam com a pretensão justificante.

Sua preocupação é demonstrar que diferentes princípios (ou lógicas), por vezes conflitantes entre si, contribuem para a resposta a diferentes perguntas. Seguindo uma percepção de Rawls, perguntar pela “justificação de uma prática” é diferente de perguntar pela “justificação de uma situação em particular que se enquadra na primeira justificação geral” (Rawls, 1969; Giamberardino, 2015, p. 91). No caso, a primeira pergunta seria formulada como *o que justifica a prática geral de punir?*, ao passo que a segunda como *quem deve ser punido? e quão severamente deve-se punir?*:

O que preciso ser percebido é que diferentes princípios (cada qual pode em certo sentido ser chamado de uma ‘justificação’) são relevantes em diferentes pontos em qualquer consideração moralmente aceitável da pena. O que devemos buscar são respostas para um número de diferentes perguntas como: O que justifica a prática geral de punir? A quem a pena pode ser aplicada? Quão severamente podemos punir?⁶ (Hart, 2009a, p. 3)

É sobre essa estrutura de pensamento que a teoria da pena hartiana será desenvolvida. Como se apontará, à primeira pergunta Hart responderá de forma bastante alinhada com o pensamento consequencialista tradicional, afirmando que a pena se justifica com base na redução de crimes. À segunda, contudo, dará peso ao que Antony Duff (2011, p. 11- 14) chama de restrições laterais (*side-constraints*) ao fim preventivo, para reafirmar a distinção rígida entre inocentes e culpados, além da necessidade de hipóteses excludentes de aplicação da lei penal (justificações, excusas e mitigações).

Ocorre que uma ressalva inicial quase trivial de Hart deve ser ressaltada: afirmar que o objetivo da lei penal é a prevenção de crimes nada diz sobre *o que justifica a prática geral de punir*. Essa afirmação, embora soe como óbvia, infelizmente ainda tem relevância para as discussões em justificação da pena no ambiente jurídico brasileiro, em que é comum a confusão entre os ditos fins da pena, fins do direito criminal e as razões pelas quais se julga a pena como moralmente aceitável.

Ao prever uma conduta como uma ofensa (e, em tese, valorá-la como moralmente má⁷), busca-se sempre a evitação da realização dessa conduta. Dado o caráter normativo das

⁶ Tradução livre. No original: “*What is needed is the realization that different principles (each of which may in a sense be called a ‘justification’) are relevant at different points in any morally acceptable account of punishment. What we should look for are answers to a number of different questions such as: What justifies the general practice of punishment? To whom may punishment be applied? How severely may we punish?*”

⁷ Vale ressaltar que, como nota Hart (2009b, p. 236), há uma vasta área do direito criminal em que é difícil reconhecer algo remotamente familiar às “exigências da moralidade”. Nesses casos, Hart concede, talvez o argumento deva ser reformulado. Por outro lado, pode-se acrescentar, a falta de percepção da relevância moral

normas, o que se pretende é direcionar as condutas dos indivíduos submetidos a determinado ordenamento jurídico. O que Hart deixa claro é que esse objetivo é independente da justificação moral que se dá à pena:

É importante ressaltar que ao identificar os fins imediatos da lei criminal ainda não alcançamos o estágio da justificação. (...). Ao inverso, o fim imediato da legislação criminal não pode ser nenhuma das coisas geralmente mencionadas como justificantes da pena: pois até que se estabeleça que conduta deve ser legalmente denunciada e desencorajada, não temos como estabelecer pelo que do que devemos *dissuadir* as pessoas, ou quem deve ser considerado *criminoso*, de que devemos *retribuição*, ou sobre quem devemos nos *vingar*, ou quem devemos *reformular*⁸. (HART, 2009a, p. 7-8).

Logo, é errado afirmar que a pena se encontra moralmente justificada quando se afirma que a lei penal pretende prevenir crimes. Inversamente, é também equivocado afirmar que um retributivista (isto é, aquele que justifica a pena com base na retribuição de uma dor *merecida*⁹) negaria a objetivo de direcionar condutas à lei penal – consequentemente, faz pouco sentido a comum afirmação de que Kant (2008, p. 174-180) não enxerga qualquer utilidade na pena. O que um retributivista nega é que a pena se *justifica*, parcial ou totalmente, com base nas consequências que produz.

Feitos esses esclarecimentos, passa-se a expor, nesta sequência, a definição da pena em Hart e a resposta aos dois níveis de perguntas necessários para justificar a prática.

3. A DEFINIÇÃO DE PENA

A definição da pena em Hart, embora já antiga¹⁰, é largamente aceita no âmbito da filosofia da pena. Para ficar apenas com os autores aqui referenciados, Duff (2001), Nino (1983; 2010), Boonin (2008) e Lacey (1988) trabalham com termos claramente tributários.

para a comunidade política de uma conduta prevista como ofensa deveria ser um forte sinal de crítica à necessidade dessa previsão.

⁸ Tradução livre. No original: “It is important to stress the fact that in thus identifying the immediate aims of the criminal law we have not yet reached the stage of justification. (...) Conversely the immediate aim of criminal legislation cannot be any of the things which are usually mentioned as justifying punishment: for until it is settled what conduct is to be legally denounced and discouraged we have not settled from what we are to deter people, or who are to be considered criminals from whom we are to exact retribution, or on whom we are to wreak vengeance, or whom we are to reform”.

⁹ Nesse sentido, ver Honderich (1984, p. 22-50). Ver, porém, as objeções ao emprego generalizado do termo em Cottingham (1979).

¹⁰ A primeira edição de *Punishment and Responsibility*, reunião de artigos de Hart aqui discutidos, é de 1968. Porém, *Prolegomenon to the Principles of Punishment*, onde a definição de pena hartiana é fornecida, foi apresentado já em 1959.

Ao conceituar pena, a preocupação de Hart parece ser, de um lado, ressaltar o caráter intencionalmente aflitivo da prática e, de outro, evitar a facilidade do que o autor chama de *parada definicional* (*definitional stop*).

A base teórica adotada é, explicitamente, a filosofia moral analítica anglo-saxã da primeira metade do séc. XX¹¹. Hart discrimina 5 elementos caracterizadores da pena:

Neste momento vou simplesmente me basear nos admiráveis trabalhos recentes espalhados por periódicos filosóficos ingleses (...). Então, com o Sr. Benn e com o Professor Flew, definirei as ideias padrão ou centrais para a ‘pena’ em termos de cinco elementos:

- (i) Ela deve envolver dor ou outras consequências normalmente consideradas desprazerosas;
- (ii) Ela deve ser em razão de uma ofensa a uma regra legal;
- (iii) Ela deve ser aplicada no verdadeiro ou suposto ofensor, em razão de sua ofensa;
- (iv) Ela deve ser intencionalmente administrada por humanos diversos do ofensor;
- (v) Ela deve ser imposta e administrada por uma autoridade constituída por um sistema legal contra o qual a ofensa é cometida¹². (HART, 2009a, p. 5-6).

Os itens (i) e (iv) referem-se, respectivamente, ao caráter aflitivo da pena e a sua intencionalidade. Os itens (ii) e (v), por sua vez, dizem respeito à previsão legal de uma ofensa e à prévia estruturação de um sistema de administração de justiça, a tornar a pena uma medida oficialmente autorizada – tais elementos são importantes para distinguir pena de práticas não autorizadas, como linchamentos ou vinganças.

O item (iii), ao exigir a aplicação da pena ao real ou suposto ofensor *em razão de sua ofensa*, aponta para um caráter lógico da prática de punir: ela é sempre voltada a uma ofensa pretérita.

Aqui há, tal como na acima discutida distinção entre fins da norma criminal e a justificação da prática, um grande foco de mal-entendidos: afirmar que a pena é logicamente voltada a uma ofensa cometida nada diz sobre o que a justifica. Em verdade, a não ser para fins estritamente didáticos, a comum separação das teorias da pena por *olhares* para o futuro

¹¹ Para um importante panorama dessas discussões no âmbito da justificação da pena, ver os artigos reunidos em Acton (1968).

¹² Tradução livre. No original: “Here I shall simply draw upon the recent admirable work scattered through English philosophical journals (...). So with Mr. Benn and Professor Flew I shall define the standard or central case of ‘punishment’ in terms of five elements:

- (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 offense
- (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”.

ou passado é improdutiva, já que toda previsão criminal visa à prevenção de crimes, ao mesmo tempo em que a pena se liga a uma ofensa já produzida¹³.

A definição fornecida é pertinente ao que Hart (2009a, p. 4-5) chama de pena *standard* ou *central* e não abarca a totalidade das práticas que poderiam ser razoavelmente chamadas de *pena*. Para além dos casos *standard*, é possível pensar em uma pena informalmente administrada, por exemplo.

A ressalva é importante para evitar a aludida *definitional stop*, a qual, no caso, limitaria a existência de *pena* aos casos em que culpados são punidos por ofensas legalmente previstas e que realmente cometeram. Tal “abuso de definição” (Hart, 2009a, p. 5) mostra-se uma saída fácil e claramente insatisfatória à objeção sempre oposta aos teóricos preventivistas, qual seja, por qual razão, dada a necessidade de prevenção de crimes, seria respeitada a distinção entre inocentes e culpados? Hart, ao contrário, pretende responder diretamente a esta objeção, fazendo uso da estratégia das perguntas separadas, com a divisão da justificação da pena entre um Objetivo Geral Justificante (*General Justifying Aim*) e sua Distribuição (*Distribution*).

4. O OBJETIVO GERAL JUSTIFICANTE (OGJ)

Hart (2009a, p. 8-9) critica as teorias retributivas, afirmando serem, em sua maior parte, fundadas em erros: ou não percebem a necessidade dos dois níveis de justificação da pena ou são teorias consequencialistas veladas. É que, segundo o autor, várias das teorias ditas retributivas, em verdade, apenas advogam limitações à aplicação da pena aos culpados e na proporção de seu merecimento.

Por isso, as continuadas disputas entre retributivistas e consequencialistas poderiam ser evitadas caso fosse percebido que o Objetivo Geral Justificante (OGJ) é independente da Distribuição. Seria plenamente possível afirmar que o OGJ da prática de punir é a prevenção de crimes, insistindo que, na Distribuição da pena, haja uma rígida distinção entre inocentes e culpados:

Muitos confusos pseudodebates entre utilitaristas e seus oponentes podem ser evitados se for reconhecido que é perfeitamente coerente afirmar que o Objetivo Geral Justificante da prática da pena são suas consequências benéficas e que a busca deste Objetivo Geral Justificante deve ser qualificada ou restrita por deferência aos princípios de Distribuição que

¹³ Sobre o ponto, ver Clarke (1982).

exigem que a pena seja apenas a um infrator por uma ofensa¹⁴. (HART, 2009a, p. 9).

O que pretende demonstrar Hart (2009b, p. 210) é que as valorosas restrições na Distribuição da pena, geralmente atribuídas às teorias retributivas, são consistentes com um raciocínio consequencialista no âmbito do OGJ.

A divisão da justificação da pena entre OGJ e Distribuição é a maior contribuição hartiana ao campo, muito embora a afirmação de que grande parte das teorias retributivas não atribui a retribuição como o OGJ da pena seja evidentemente errada. Exemplarmente, as vertentes do neo-retributivismo¹⁵ têm como premissa que a pena, *como prática*, se justifica com base na retribuição.

Dito isso, o OGJ da pena, para Hart, é a prevenção de crimes, a despeito de não ficar claro por qual meio (incapacitação, dissuasão, reforma etc.), sendo que à Distribuição será aplicada uma lógica diversa, fruto de uma harmonização de “princípios parcialmente discrepantes”.

5. DISTRIBUIÇÃO

A Distribuição, como visto, é o momento da justificação da pena em que é definido *quem* pode ser punido e com qual *gravidade*. Em outros termos, o momento de verificar a sujeição (*liability*) e a quantidade (*amount*) de pena (Hart, 2009a, p. 11).

Hart, aqui, critica Rawls, Bentham e as teorias consequencialistas que pretendem demonstrar que as limitações à aplicação da lei penal na Distribuição são não apenas compatíveis com a lógica preventiva conferida ao OGJ, mas sim decorrência direta dessa mesma lógica.

Rawls (1969) famosamente defendeu que a sofisticação do utilitarismo penal, passando-se de um utilitarismo de atos (*act-utilitarianism*) para um utilitarismo de regras (*rule-utilitarianism*), explicaria a necessidade normativa da distinção entre inocentes e culpados e demais limitações à aplicação da lei criminal (Lacey, 1988, p. 49-53). Isso porque a justificativa geral para uma instituição social encontra obstáculos de aplicação em casos

¹⁴ Tradução livre. No original: “*Much confusing shadow-fighting between utilitarians and their opponents may be avoided if it is recognized that it is perfectly consistent to assert both that the General Justifying Aim of the practice of punishment is its beneficial consequences and that the pursuit of this General Justifying 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*”.

¹⁵ Para um panorama, ver Ellis (1995).

particulares, além de haver uma mudança de foco no aplicador da medida – o legislador e o juiz, no caso da pena.

O raciocínio de Bentham é mais simples: punir fora das hipóteses standard representaria uma inutilidade, pois não se pode prevenir que um inocente e aquele que age sem intenção pratiquem crimes. Hart (2009a, p. 19) toma essa explicação como uma falácia lógica, já que, ainda que não se previna que o inocente punido pratique crimes, não é difícil imaginar que uma punição “exemplar” desse mesmo inocente possa influenciar potenciais criminosos.

De todo modo, embora se esforcem para alocar a distinção entre inocentes e culpados dentro da lógica utilitarista, Bentham e Rawls ainda devem enfrentar uma objeção importante: situações excepcionais (como o risco de uma grave desordem social) não seriam capazes de afastar as limitações impostas ao OGJ preventivo, o que autorizaria punir um inocente ou punir um culpado de forma desproporcionalmente grave (Boonin, 2008, p. 44-47)?

Não é essa objeção, entretanto, que origina as críticas de Hart. Ao contrário, há expressa aceitação de que “em casos extremos” (Hart, 2009a, p. 12) as limitações ao OGJ poderiam ser sacrificadas:

Caso certa ofensa seja especialmente prevalente em determinado período e um juiz profira sentenças mais pesadas do que as proferidas a ofensores pretéritos (‘como um aviso’), algum sacrifício de justiça para a defesa da sociedade é envolvido, embora seja frequentemente aceitável, na forma de um mal menor¹⁶. (HART, 2009a, p. 24-25)

Logo, se as limitações ao OGJ não são absolutas (DUFF, 2011, p. 11), a potencial objeção apresentada não interessa a Hart – muito embora qualquer teoria da pena que admita relativização, por exemplo, da proporcionalidade entre ofensa e pena já pareça bastante questionável.

Segundo Hart, as limitações ao OGJ não decorrem de qualquer aprofundamento da lógica consequencialista, mas da percepção de que, na Distribuição, aplicam-se princípios concorrentes. Essas limitações (que Hart adjetiva de “retribuição na Distribuição”¹⁷) se ligam

¹⁶ Tradução livre. No original: “*If a certain offence is specially prevalent at a given time and a judge passes heavier sentences than on previous offenders (‘as a warning’) some sacrifice of justice to the safety of society is involved though it is often acceptable as the lesser of two evils.*”

¹⁷ O uso de “retribuição” por Hart é equivocado e bastante surpreendente, dada a clareza com que o autor distinguiu os dois níveis de justificação da pena e, especialmente o adequado modelo básico de uma teoria retributiva em Hart (2009b, p. 231-233). Como nota Cottingham (1979, p. 240-241), restringir a pena aos culpados e aplicar a pena em proporção à gravidade da ofensa nada tem de caracteristicamente retributivo, ainda que essas limitações sejam aceitas por todos os teóricos retributivistas.

ao ideal de *rule of law* e se justificam pela maximização da liberdade individual (Hart, 2009a, p. 21-24; Gardner, 2009, p. xxxvi-xliv).

A partir da afirmação geral de que o direito criminal se estabelece como uma forma de controle social destinado a maximizar a liberdade individual, Hart vê como consequência lógica a necessidade de se estabelecer limitações à aplicação da pena, isto é, limitações à busca do OGJ.

O raciocínio exposto em Hart (2009a, p. 17-24) aponta para uma valorização do indivíduo, em detrimento da lógica consequencialista aplicada ao OGJ. Trata-se de uma imposição de “princípios de justiça”, consubstanciada na limitação da pena às ações real ou potencialmente danosas; na necessidade de avisos legais inteligíveis aos cidadãos, para que seja razoável responsabilizá-los pela não conformação à ordem legal; pela proibição de métodos de controle social que não respeitem a escolha individual (a comparação feita por Hart é com o mundo distópico imaginado por Aldous Huxley em *Brave New World*).

Como se percebe, a estratégia bipartite de justificação da pena em Hart é semelhante à oferecida por Ferrajoli (1995, p. 321-349), na medida em que a justificação geral da pena (OGJ) é realizada com um recurso ao utilitarismo, atenuado num segundo momento (Distribuição) por uma série de limitações decorrentes da valorização da liberdade individual.

Há duas importantes objeções à proposta de Hart que merecem aqui ser mencionadas.

A primeira é notada por Gardner (2009, p. xxxix-xliv). O ideal de *rule of law*, ao contrário do que o texto hartiano faz crer, não maximiza a liberdade por si só. Serve, isto sim, para evitar abusos que, paradoxalmente, podem ser produzidos apenas pelo próprio aparato estatal que o institui. Este ideal, além disso, inclui a pretensão de direcionamento de condutas (objetivo atribuído à lei criminal) por meio da previsibilidade da distribuição de sanções.

E, se o objetivo da lei coincide – como em Hart – com o OGJ da pena, esta somente se justificaria através da existência de regras efetivamente capazes de direcionar condutas. Nesse caso, há sim alguma interdependência entre OGJ e a necessidade da “retribuição na Distribuição”, pois a justificação da prática é condiciona a um mínimo de *efetividade* potencial das regras.

Essa objeção, além de pôr em dúvida a postulada separabilidade entre a OGJ e a Distribuição, vincula todo o raciocínio hartiano à aferição de efetividade do sistema legal, o que pode dar azo à questão de se, realmente, à Distribuição são opostos princípios diversos da lógica consequencialista. Dependendo da resposta que se dê a essa questão, o erro em qualificar a teoria de Rawls como eclética (Giamberardino, 2015, p. 91-93) ou mista (Lacey,

1988, p. 46-53) poderá ser extensível à teoria hartiana, muito a despeito de todo o esforço dispendido pelo próprio Hart para se diferenciar de Rawls e Bentham. Ainda, talvez deixe de ser surpreendente o pouco caso feito à possibilidade de punição do inocente em “situações excepcionais”.

A segunda e última objeção à teoria é extensível a todas as teorias que respondem em termos consequencialistas à questão posta pelo OGJ, mas se torna especialmente relevante para Hart em razão de sua aparente superação através das limitações na Distribuição. Não há na teoria hartiana nenhuma razão *positiva* a justificar a inflição intencional de dor a um indivíduo que não a utilidade produzida pela medida. Logo, Hart não responde adequadamente à conhecida objeção kantiana (Kant, 2008, p. 174-175) do devido respeito ao culpado, que não deve ser punido como instrumento para auferir algum benefício, mas como agente moralmente responsável (Duff, 2001, p. 13-14). E, vale dizer, não faltam tentativas de responder à objeção dentro do raciocínio consequencialista¹⁸.

O problema é aprofundado por duas circunstâncias. Como Hart não esclarece por que meio o OGJ preventivo deve ser realizado, é plenamente possível sustentar o uso da incapacitação (DUFF, 2011, p. 13) – para a qual a objeção do respeito ao culpado parece incontornável – como compatível com sua teoria da pena. Ainda, uma vez que a única justificação *positiva* para punir é a prevenção, a necessária ligação moral entre a pena e a ofensa pretérita (presente na própria definição de pena fornecida) resta extremamente enfraquecida (Gardner, 2009, p. xxv-xxvi). Quanto ao ponto, a vertente comunicativa da pena¹⁹ – inserta no quadro do retributivismo tão desdenhado por Hart (2009a, p. 8-9) – apresenta respostas muito mais satisfatórias.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a proposta hartiana de justificação da pena se destaca por conferir clareza conceitual a um campo notoriamente marcado por ambiguidades, principalmente ao separar o objetivo geral da pena de sua distribuição. Essa distinção metodológica permite afastar equívocos persistentes, como a confusão entre os fins da norma penal e a justificação moral da prática punitiva. Ainda que a tentativa de justificar a pena por meio do consequencialismo seja, ao fim, julgada insuficiente, a estrutura argumentativa de Hart representa um avanço no debate filosófico.

¹⁸ Pela relevância, ver Nino (1983).

¹⁹ Para ficar nas manifestações mais discutidas, ver: Duff (2001); Hampton (1984); Feinberg (1965).

A definição de pena proposta por Hart continua influente e funcional para delimitar o campo de discussão. E, ainda que eventualmente não seja a adotada em determinada discussão, o mero fato, por exemplo, de um autor de um estudo mais recente dedicar a integralidade de um capítulo a discutir suas implicações indica sua atualidade (Boonin, 2008, p. 3-28).

A bipartição entre o Objetivo Geral Justificante (OGJ) e a Distribuição permite evitar incompreensões comuns especialmente na literatura menos especializada – como aquela de penalistas menos engajados no debate filosófico por exemplo.

Entretanto, não fica claro se realmente Hart é bem-sucedido em sua expressa tentativa de justificar moralmente a pena apenas com base no OGJ – atenuado pelas restrições impostas no raciocínio da Distribuição.

Em verdade, as objeções destacadas indicam fragilidades relevantes na proposta hartiana, especialmente no que diz respeito à ausência de uma justificação *positiva* para a imposição intencional de dor, capaz de responder adequadamente à sempre relevante objeção kantiana. A possibilidade, admitida pelo próprio Hart, de relativização das restrições “retributivas” na Distribuição, indica que a objeção não foi adequadamente superada.

REFERÊNCIAS

ACTON, H. B. **The philosophy of punishment.** London: Macmillan St. Martin's Press, 1969.

BOONIN, David. **The problem of punishment.** New York: Cambridge University Press, 2008.

CLARKE, Dean H. **Justifications for Punishment.** Contemporary Crises. Vol. 6. No. 1 (1982: Jan). p. 25-77.

COTTINGHAM, John. **Varieties of Retribution.** The Philosophical Quarterly. Vol. 29. No. 116 (Jul, 1979). p. 238-246.

DUFF, R. Anthony. **Punishment, communication, and community.** Oxford: Oxford University Press, 2001.

ELLIS, Anthony. **Recent work on punishment.** The philosophical Quarterly. Vol. 45. No. 179. (Apr. 1995). p. 225-233.

FEINBERG, Joel. **The expressive function of punishment.** Monist, 49:3 (1965: July). p. 397-423.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

GARDNER, John. **Introduction**. In: HART, H. L. A. **Punishment and Responsibility**. Essays in the philosophy of law. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2008 p. xiii-liii.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

HAMPTON, Jean. **The Moral Education Theory of Punishment**. Philosophy and Public Affairs. Vol 13. No. 3. (Summer, 1984) p. 208-238.

HART, Herbert. **Punishment and Responsibility**. Essays in the philosophy of law. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2009

HART, H. L. A. **Prolegomenon to the principles of Punishment**. In: HART, Herbert. **Punishment and Responsibility**. Essays in the philosophy of law. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2009a. p. 1-27.

_____. **Positivism and the Separation of Law and Morals**. In: HART, Herbert. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1983. p. 49-87.

_____. **Postscript: Responsibility and Retribution**. HART, Herbert. **Punishment and Responsibility**. Essays in the philosophy of law. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2009b. p. 210-237.

HONDERICH, Ted. **Punishment: the supposed justifications**. Hamondsworth, Middlesex, England: Penguin Books, 1984.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. 2 ed. Bauru: EDIPRO, 2008.

LACEY, Nicola. **State punishment**. Political principles and community values. London; New York: Routledge, 1988.

NINO, Carlos Santiago. **A Consensual Theory of Punishment**. Philosophy & Public Affairs. Vol. 12, No. 4 (Autumn, 1983). p. 289-306.

_____. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Los límites de la responsabilidad penal**. Una teoría liberal del delito. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980.

RAWLS, John. **Two concepts of rules**. In: ACTON, Harry Burrows (ed.). **The Philosophy of Punishment**. London: Macmillan, 1969. p. 105-114.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Harvard University Press: Cambridge, 2011.