

1 INTRODUÇÃO

O utilitarismo, enquanto teoria ética, somente passou a ser reconhecida como tal ao final do século XVII, os utilitaristas clássicos compreendem que o prazer – bem como a ausência de dor – é desejado por todos os indivíduos e, que, cada ser humano busca o seu próprio prazer. Os utilitaristas têm como base de sua teoria o princípio da utilidade, segundo esse princípio o indivíduo, em suas ações, deve buscar aquilo que gere a máxima felicidade – prazer – para o maior número de pessoas.

Esse artigo tem por finalidade analisar a influência da teoria utilitarista clássica, à luz dos seus maiores expoentes, Jeremy Bentham e Stuart Mill, na construção da teoria utilitarista da pena, enquanto teoria justificacionista do poder punitivo. O presente estudo é dotado de relevância tanto no plano teórico, quanto social, pois é imperiosa a análise da teoria utilitarista da pena frente aos ditames estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, pois não é legítimo perante o Estado Democrático de Direito, orientado para a proteção das garantias do cidadão, um poder punitivo ilimitado sob justificativa de necessidade de proteção máxima dos bens jurídicos e da coletividade.

Esse artigo será desenvolvido a partir do método dedutivo, sendo que o exame da questão ora proposta partirá de uma teoria-crítica, uma vez que se analisará qual a influência do utilitarismo clássico na construção da teoria utilitarista da pena a partir de fontes secundárias, sendo estas, essencialmente, bibliográficas – livros, artigos, periódicos, revistas – dentre outras.

No âmbito dos aspectos metodológicos, no primeiro tópico, será examinada a teoria utilitarista clássica com base nas concepções utilitaristas de Jeremy Bentham e Stuart Mill, momento em que será conceituado o princípio da utilidade. Feitas tais considerações, será analisado, no segundo tópico, a teoria utilitarista da pena, bem como as implicações da adoção da teoria utilitarista clássica como justificativa para o poder punitivo. No terceiro tópico, será analisada a utilização da teoria utilitarista da pena na elaboração da lei penal no Brasil. Por fim, será apresentado o utilitarismo penal reformado proposto por Luigi Ferrajoli como alternativa ao utilitarismo clássico como justificativa para a pena e o direito penal.

A partir do presente estudo será possível responder ao questionamento que norteia essa pesquisa: Qual a influência da teoria utilitarista clássica proposta por Jeremy Bentham e Stuart Mill para construção da teoria utilitarista da pena e quais os problemas da adoção dessa

teoria justificacionista? Concluindo, assim, pela inadequação do utilitarismo clássico como teoria justificacionista da pena.

2 UTILITARISMO

As primeiras ideias utilitaristas remontam aos antigos gregos, passando ao longo dos séculos pelas figuras do Iluminismo, como por exemplo, Adam Smith, entretanto, a doutrina utilitarista só foi reconhecida como escola filosófica ao final do século XVII.

Inicialmente, destacaram-se como expoentes da teoria utilitarista: William Paley, Jeremy Bentham, Willian Godwin, os quais tinham valores inspirados nos ideais do movimento Iluminista. Muito embora, à época, Bentham não tenha sido muito conhecido em comparação a Paley e Godwin, atualmente, ao lado de John Stuart Mill são os mais famosos autores da doutrina utilitarista. Conforme expõe Fleischacker (2006, p.154) os utilitaristas durante o período iluminista:

Os utilitaristas foram pioneiros no desenvolvimento de todas as ciências sociais e no esforço de utilizar essas ciências para aprimorar as políticas públicas. Eles foram líderes de movimentos pela educação e pela saúde públicas, pela redução da jornada de trabalho e por melhores condições de trabalho, por um maior acesso público à arte e às fontes de beleza natural e por muitas outras causas progressistas. A maximização da felicidade tinha para eles um significado bem concreto e isso inspirou movimentos reformistas um após o outro, muitos dos quais tiveram êxito duradouro.

Os utilitaristas clássicos têm como premissa de suas teorias éticas o princípio da utilidade, que consiste na afirmação que o prazer, bem como a ausência de dor, são desejados por todos as pessoas e, que, cada ser humano busca o seu próprio prazer. Tal doutrina defende que o indivíduo em suas ações deve buscar aquilo que gere a máxima felicidade – prazer – para o maior número de pessoas. Nesse sentido Mill (apud RACHELS, 2006, p.104) afirma que “a doutrina utilitarista é que a felicidade é desejável, e a única coisa desejável como um fim; todas as outras coisas são desejáveis como meios desse fim”.

De acordo com Rachels (2003, p. 104) o utilitarismo clássico, de Bentham e Mill:

[...] pode ser resumido em três premissas: primeiro, as ações são julgadas certas ou erradas somente pela virtude suas conseqüências. Nada mais importa. Segundo, ao avaliar as conseqüências, a única coisa que conta é a quantidade de felicidade ou infelicidade criada. Todo resto é irrelevante. Terceiro, a felicidade de cada pessoa tem o mesmo valor.

Com base nessas premissas, verifica-se que o indivíduo ao valorar as ações possíveis a serem tomadas deve escolher dentre elas aquela que irá produzir mais prazer, posto que a maior utilidade de uma ação consiste na promoção do prazer.

Cabe ressaltar que indivíduo, segundo a perspectiva utilitarista, deve ser um agente desinteressado e benevolente, uma vez que a escolha de sua ação se dirige ao bem da comunidade, ainda que essa em relação as demais não lhe seja a mais favorável e não lhe traga o maior benefício. Nesse sentido aduz Mill (apud RACHELS, 2006, p. 104):

A felicidade que forma o padrão utilitarista do que é certo na conduta não é a felicidade do próprio agente, mas de todos os interessados. Entre a sua própria felicidade a dos outros, o Utilitarismo exige que o agente seja estritamente imparcial quando um espectador benevolente e desinteressado.

Assim sendo, sob o viés utilitarista o ato moralmente correto será aquele que levar o maior prazer ou menor prejuízo aos indivíduos envolvidos, será sempre a ação correta para os utilitaristas aquela que produz a maior felicidade não para o indivíduo em si, mas para a maior quantidade pessoas.

De acordo com Kymlicka (2006, p.11) “o utilitarismo, na sua formulação mais simples, afirma que o ato ou procedimento moralmente correto é aquele que produz maior felicidade para os membros da sociedade”.

A escolha das ações, segundo a teoria utilitarista, volta-se sempre para o futuro, para as consequências das escolhas feitas, daí ser a doutrina utilitarista uma teoria de caráter consequencialista, as teorias consequencialistas compreendem que as consequências das ações constituem o único padrão fundamental da ética. Consoante expõe Kymlicka (2006, p.13) “o consequencialismo [sic] diz que uma coisa só é moralmente boa se torna melhor a vida de alguém”.

Outra característica da doutrina utilitarista é a busca pelo prazer, o hedonismo, segundo o hedonismo a ação humana deve se voltar para a busca pelo prazer. Acerca do hedonismo Rachels (2006, p. 105) afirma que:

A idéia [sic] de que felicidade é o bem fundamental (e a infelicidade é o mal fundamental) é conhecida como Hedonismo. O hedonismo é uma teoria que se mantém popular e remonta a Grécia antiga. Sempre foi atrativa em razão de sua simplicidade e porque expressa a noção intuitivamente plausível de que as coisas são boas ou ruins pelos que nos fazem *sentir*. – Grifo do autor

Posta essa breve introdução acerca das concepções utilitaristas, far-se-á a análise da teoria utilitarista clássica a partir de seus maiores expoentes: Bentham e Mill, ambos construíram suas teorias com objetivo de promover mudanças no seio social e, em especial, na forma de elaboração legislativa, pois as consideravam corruptas e inúteis sendo produzidas somente em benefício de alguns.

2.1 JEREMY BENTHAM (1748 – 1832)

As concepções utilitaristas de Bentham foram concebidas em um contexto anterior a Revolução Industrial, ainda na segunda metade do século XVIII, entretanto, somente em 1830 quando seu trabalho passou a ser difundido por Mill é que sua obra ganhou destaque, seu discurso filosófico de Bentham é pautado no empirismo – todo conhecimento provém da experiência – assim sendo Bentham aplicou os princípios empiristas à ação humana e à sociedade para construção de sua teoria, sua finalidade se volta para o direito, “objetou tanto quanto o conteúdo do direito da sua época quanto ao modo como era produzido, vindo cada vez mais a ver ambos como estando relacionados” (MULGAN, 2014, p.16).

Portanto, a obra de Bentham não se dirige, especificamente, para como os cidadãos devem gerir a sua vida, mas dirige-se, em especial, aos legisladores da época. De acordo com o autor, o legislador deve voltar seu conhecimento acerca da natureza humana para elaborar leis que visem a maximização da felicidade humana, dessa forma, o legislador deve voltar a elaboração normativa para a satisfação das preferências da maioria das pessoas, e não de algumas, para a busca pela felicidade. Nesse sentido, aduz Fleischacker (2006, p.155) em análise a teoria de Bentham:

“Não se deve criar lei alguma”, ele disse, “que não acrescente à massa geral de felicidade mais do que o que ela retira” E, no contexto de sua época, em que a grande maioria das pessoas eram pobres, acrescentar à “massa geral de felicidade” inevitavelmente significaria melhorar a situação dos pobres. Onde a imensa maioria de uma sociedade é pobre, redistribuir os bens dos ricos para os pobres quase sempre aumentará tanto a felicidade total como a felicidade média da sociedade.

Cumprir destacar que a base filosófica da teoria de Benthamiana reside na doutrina utilitarista, mas ao lado dela, Bentham também fundamenta sua teoria nas doutrinas do consequencialismo, hedonismo, agregacionismo e do maximacionismo.

2.2 JOHN STUART MILL (1806 – 1873)

Mill nasceu e viveu a maior parte de sua vida em Londres, foi educado em casa pelo seu pai, o filósofo James Mill – que era amigo de Bentham – sendo Mill educado com base nas premissas utilitaristas, doutrina a qual foi fiel ao longo de sua vida inteira.

A filosofia de Mill pautava-se no empirismo, em que todo conhecimento provém da experiência, o autor negava que o conhecimento poderia se dar com base apenas na razão, sem um experimento prévio que a comprovasse, para Mill o empirismo aplicava-se a todas as áreas do conhecimento.

Em virtude do empirismo, Mill tenta buscar uma prova do princípio utilitarista, o que o diferencia em alguns aspectos do utilitarismo de Bentham, Mill tenta provar não apenas que a felicidade é um fim desejável por todos, mas visa demonstrar que ela é o único fim desejável. De acordo com Mulgan (2014, p. 33):

A prova de Mill tem três etapas-chave:

- 1) O movimento de “as pessoas desejam x” para “x é desejável”
- 2) O movimento de “a felicidade de cada pessoa é boa para ela” para “a felicidade geral é um bem para o conjunto das pessoas”.
- 3) A afirmação de que a felicidade é o *único* fim: de tudo o que desejamos ou é uma parte da felicidade, ou um meio para a felicidade (Sem esse passo não provamos o utilitarismo, mas apenas a alegação fraca de a felicidade é uma coisa boa – talvez uma entre muitas outras.

Outrossim, Mill, assim como Bentham, é hedonista, razão pela qual a felicidade consiste puramente no prazer ou ausência de dor, entretanto na visão de Mill o prazer se distingue entre prazeres superiores e inferiores, e os indivíduos quando diante desses dois prazeres, optará por aquele que ofereça um prazer superior. Mill também é um consequentialista, uma vez para Mill as ações devem ser mensuradas de acordo com suas consequências para maximização do o prazer.

2.3 Princípio da utilidade

O princípio utilitarista é a base das teorias utilitaristas, e será analisado no presente estudo a partir dos dois autores clássicos ora trabalhados. Inicialmente, convém afirmar a importância do princípio utilitarista, posto que a partir dele a moral foi considerada como um objeto corpóreo mais próximo das pessoas afastando, portanto, as concepções de moral com fundamentos divinos.

De acordo com Bentham, o princípio de utilidade serviria de norte tanto para delimitar as ações das pessoas em geral quanto dos legisladores quando esses tivessem que tomar decisões morais, para Bentham a lei deve ter por finalidade o mesmo que a moralidade: promover o bem-estar de todos os cidadãos.

Bentham (2000, p.14) afirma que o aludido princípio deve pautar não apenas as ações privadas do indivíduo, mas todas as ações do governo:

By the principle of utility is meant that principle which approves or disapproves of every action whatsoever. according to the tendency it appears to have to augment or diminish the happiness of the party whose interest is in question: or, what is the same thing in other words to promote or to oppose that happiness. I say of every action whatsoever, and therefore not only of every action of a private individual, but of every measure of government.

Destaca-se o conceito trazido por Bentham (2000, p. 14) acerca da utilidade, o autor entende que a utilidade consiste em uma propriedade de qualquer objeto que tenderá a produzir benefício, vantagem, prazer ou felicidade ou impedir a ocorrência de dano, dor, mal ou a infelicidade, nesse sentido:

By utility is meant that property in any object, whereby it tends to produce benefit, advantage, pleasure, good, or happiness, (all this in the present case comes to the same thing) or (what comes again to the same thing) to prevent the happening of mischief, pain, evil, or unhappiness to the party whose interest is considered: if that party be the community in general, then the happiness of the community: if a particular individual, then the happiness of that individual

Quanto ao conceito do princípio da utilidade – ou da felicidade – proposto por Mill (2007, p.22) esse é no sentido de que as ações individuais são certas quando tendem a promover a felicidade, ao passo que as erradas tendem a provocar o oposto da infelicidade:

[...] as ações estão certas na medida que tendem a promover felicidade e erradas quando tendem a promover o oposto da felicidade. Através da felicidade pretende-se ao prazer e a ausência de dor; por infelicidade, dor e a privação do prazer.

Impende salientar a própria ressalva feita por Mill (2007, p.23), que compreende ser compatível com princípio da utilidade a existência diferentes tipos de prazer e afirma que “é bastante compatível com princípio da utilidade reconhecer o fato, que alguns *tipos* de prazer sejam mais desejáveis e mais valiosos que outros.”.

3 A INFLUÊNCIA DA TEORIA UTILITARISTA NO DIREITO PENAL

3.1 A TEORIA UTILITARISTA DA PENA

Feitas as considerações necessárias acerca do utilitarismo clássico, analisar-se-á a teoria utilitarista enquanto teoria justificacionista da pena. De acordo com Ferrajoli (2002) a pena não pode ser justificada a partir da análise do passado, como se a pena fosse um fim ou valor em si mesma. O utilitarismo vislumbra a pena como um meio para alcançar determinado fim, volta-se, portanto, para o futuro. No que concerne ao utilitarismo, Ferrajoli (2002, p. 209), ao analisá-lo, afirma:

O utilitarismo, não fosse pelo fato e que exclui as penas socialmente inúteis, é, resumindo, o pressuposto necessário de toda e qualquer doutrina penal sobre os limites do poder punitivo do Estado. Aliás, não é por acaso que constitui um elemento constante e essencial de toda e qualquer tradição penal liberal, tendo se desenvolvido como doutrina política e jurídica – excluídas as suas remotas ascendências em Platão, em Aristóteles e em Epicuro – em razão do pensamento jusnaturalista e contratualista do final do século XVII, implementador do Estado de direito e do direito penal moderno. “A finalidade da lei, não é outra que a felicidade dos cidadãos”. E é exatamente o bem estar dos cidadãos realizado através da tutela das suas vidas e de outros bens *fundamentais* o ponto de vista de Hobbes baseará a justificação daquele “grande Leviatã chamado Estado, o qual nada mais é do que um homem *artificial*, ainda que maior de maior estrutura e força do que o natural, para cujas proteção e defesa foi concebido. [...] No direito penal este nexos entre o utilitarismo, contratualismo, convencionalismo e racionalismo se revela na fundação das proibições e das penas enquanto “instrumentos” de *tutela dos* cidadãos. (Grifo do autor)

Conforme se depreende da leitura acima, a doutrina utilitarista pressupõe a pena como instrumento de tutela dos cidadãos, dessa forma, o direito penal, sob viés utilitarista, deve se desenvolver para produzir o maior grau de felicidade, pois a finalidade da lei não é outra que não a maior felicidade dos cidadãos.

Cumprido salientar que durante o período iluminista, o caráter utilitarista da pena foi utilizado como base do pensamento liberal reformador, nesse sentido Ferrajoli (2002, p.210) afirma:

As aflições penais – afirmam em uníssono Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Blackstone, Filangieri, Pagano, Hume, Bentham, Van Humboldt – são preços necessários para impedir males maiores, e não homenagens à ética ou a religião, ou, ainda, ao sentimento de vingança. Sempre, em todas essas formulações, a concepção utilitarista e secularizada da pena acompanha – e às vezes vale diretamente para fundar – o conjunto de princípios garantistas reivindicados enquanto princípios do direito natural, tais como a estreita legalidade, a resposta da pena ao delito, a ofensividade, a exterioridade e a culpabilidade da ação criminosa, a jurisdicionalização e o ônus da prova.

Na visão de Ferrajoli (2002) o utilitarismo é pressuposto necessário, todavia, não é suficiente, no plano teórico, para fundar um sistema de garantias penais, uma vez que no utilitarismo há uma ambivalência entre o objetivo da máxima segurança e a mínima aflição, a doutrina utilitarista, poderia dar margem a dois extremos.

O citado autor afirma que existe uma primeira versão do utilitarismo de natureza autoritária que se liga ao direito penal máximo, “que é aquela *ex parti principis*, quer refira-se a ele, realisticamente, à utilidade dos governantes [...] quer, ao invés, diga respeito, idealmente, a utilidade do Estado, concebido como sujeito político autônomo e acima da sociedade.” (FERRAJOLI, 2002, p.210).

De outra banda, o utilitarismo *ex parti populi* que tem sua origem no contratualismo e no iluminismo, tem como viés o bem-estar e utilidade não mais dos governantes, mas sim dos governados.

Dessa forma, o utilitarismo, conjuntamente com a sua separação entre o direito e a moral, conseguiria embasar modelos teóricos do direito penal mínimo e garantista. Contudo, até mesmo essa espécie do utilitarismo é ambivalente. Nesse sentido Ferrajoli (2002, p. 211) ao discorrer acerca da ambivalência do utilitarismo *ex parti populi* afirma:

Com efeito, podemos distinguir-lhes duas versões, dependendo do tipo de finalidade utilitária atribuída à pena e ao direito penal: uma primeira versão é aquela que equipara a finalidade à *máxima utilidade possível* garantida à maioria formada pelos não desviantes, uma segunda é aquela que equivale ao *mínimo sofrimento necessário* a ser impingido à *minoría formada por desviantes*. A primeira reporta a finalidade (apenas) aos interesses da segurança social, distintos dos daqueles que suportam a pena, e, portanto, torna impossível a avaliação entre custos e benefícios. A segunda, ao invés, reporta a finalidade (também) ao interesses dos destinatários da pena, que, sem esta, poderiam sofrer males extrapenais maiores, tornado-se possível a comparação entre estes e os meios penais adotados.

Posto isso, verifica-se que até mesmo quanto o utilitarismo dirige-se aos governados ele apresenta uma ambivalência, motivo pela qual sua utilização no campo penal deve ser vista com ressalvas, uma vez que a primeira versão utilitarista pode ser utilizada para fundamentar inclusive sistemas penais fundados no modelo de direito penal máximo, uma vez que não impõe limites ao poder punitivo.

Ao passo que a segunda versão do utilitarismo dirigida também aos interesses dos destinatários da pena limita a pretensão punitiva, justificando a pena somente quando essas foram minimamente necessárias.

Em relação ao utilitarismo, que justifica a pena como forma de prevenção a delitos futuros, pautado exclusivamente na máxima segurança social Ferrajoli (2002, p.211) ressalva que:

Se, realmente, a finalidade a ser alcançada contra a repetição de futuros delitos for somente aquela da máxima segurança social, tal fato, por si só, servirá para legitimar, aprioristicamente, os meios máximos, ou seja, as penas mais severas, inclusive aquela de morte, bem como os procedimentos mais antigantistas, compreendidas a tortura e as medidas policiais mais perversivas e não liberais.

Dessa maneira, conceber a doutrina utilitarista com base na perspectiva acima levará a um direito penal máximo, que legitimará um poder punitivo severo sob a justificativa de garantir a máxima segurança social ao maior número de pessoas que desconsidera as garantias dos desviantes.

Feitas essas breves considerações acerca do utilitarismo a partir da visão apresentada por Ferrajoli, convém analisar a aplicação da doutrina utilitarista a partir das proposições de Bentham e Mill.

Inicialmente, cabe destacar que de acordo com Mill, o ser humano enquanto ser racional tem condições de agir com liberdade. Dessa forma, o indivíduo é dotado liberdade para pensar e gerir suas ações com livremente da forma que bem entender, não cabe ao Estado gerir as ações das pessoas, salvo quando for necessário para a proteção dos indivíduos mais fracos na sociedade.

Para Mill (2011, p.113) a individualidade é uma das formas de bem-estar, “os seres humanos devam ser livres para formar opiniões, e expressa-las sem reservas”. Mill (2011, p.21) defenderá, portanto, o princípio da liberdade – ou princípio do dano – que consiste:

[...] que o único fim pelo qual se permite que a humanidade, coletiva ou individualmente, interfira com a liberdade de ação de qualquer um dos seus membros é a autoproteção. Que o único propósito pelo qual o poder pode ser exercido de forma justa sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a vontade dele, o prevenir danos aos outros.

Portanto, verifica-se que para Mill o único princípio racional que irá gerir a relação entre a sociedade e o indivíduo é o princípio do dano, em especial, no que se refere ao controle social, seja ele exercido através da aplicação de penal ou através da coerção moral da sociedade.

Dessa forma, Mill prima pela liberdade do indivíduo, entretanto ela não é ilimitada, deve sofrer limitações na medida em que indivíduo pratica um ato danoso a outros, “ele não deve tornar a si mesmo um problema para outras pessoas.” (Mill, 2011, p. 114).

No mesmo sentido Mill (2011, p. 146) defende que:

[...] as inconveniências que são estreitamente inseparáveis do julgamento desfavorável dos outros são as únicas às quais a uma pessoa deve ser sujeita, em relação aquela parte da sua conduta e o caráter que concerne seu próprio bem, mas que não afeta os interesses dos outros nas suas relações com ela. Atos danosos às outras pessoas requerem um tratamento totalmente diferente. Limitações aos seus direitos, obrigação de pagar dando ou perda não justificadas, falsificações ou duplicidades quando se lida com as pessoas, utilização de vantagens injustas ou egoístas sobre as pessoas, e mesmo a recusa egoísta de defender os outros contra danos – esses são os objetos adequados da reprovação moral e, nos casos mais graves, de retratação moral e punição.

Mill (2011, p. 152) reafirma que “em resumo, onde quer que haja um dano específico, ou um claro risco de dano específico, seja par ao indivíduo, seja para o público, o caso é tirado da província da liberdade e colocado naquela da moralidade ou da lei.”. Verifica-se, então, que Mill baseia a limitação da liberdade do indivíduo no princípio do dano, sendo possível, dessa forma, legitimar a norma penal a partir do fundamento da prevenção.

No que concerne a Bentham, conforme já visto anteriormente, o princípio da utilidade consistia que determinada ação somente poderia ser considerada útil na medida em que tivesse capacidade de aumentar a felicidade ou diminuir a falta de felicidade. Dessa maneira, no aspecto da sociedade serão considerados úteis os atos que provoquem o aumento da felicidade ou importem em uma redução da infelicidade.

Bentham (2000, p.134) reconhece que a pena é um mal, e, justamente, por ser um mal somente deve ser utilizado a fim de evitar ou reprimir males maiores: “[...] all punishment is mischief: all punishment in itself is evil. Upon the principle of utility, if it ought at all to be admitted, it ought only to be admitted in as far as it promises to exclude some greater evil.”

Portanto, na visão de Bentham, a pena embora constitua um mal, é necessária e aceita pela sociedade, uma vez que traz um benefício maior a maioria das pessoas daquela sociedade. Nesse sentido se desenvolverá a estruturação da teoria de Bentham acerca da pena, na visão do autor, tanto a pena quanto o delito possuem a mesma natureza, são um mal, entretanto diferenciam-se na medida em que a pena é autorizada e aplicada pelo Estado através da norma, ao passo que o delito constitui uma transgressão a norma.

Com base no princípio da utilidade, Bentham (2000, p.147/148) afirma que a pena deve ser necessária para atingir seu objetivo, se a pena inferior ao necessário para cumprir seu

objetivo será ineficiente, caso a pena seja excessiva se tornará desnecessária: “if the punishment be less than what is suitable to that degree, it will be inefficacious; it will be so much thrown away: if it be more, as far as the difference extends, it will be needless; it will therefore be thrown away also in that case.”.

Ressalta-se que no mesmo sentido é o entendimento de Mill (2011, p. 148) acerca da proporcionalidade da pena, ao afirmar que “a sociedade como protetora deve infligir dores a ela pelo propósito de punição, e deve cuidar que essa punição seja severa o suficiente”.

Para Bentham a pena tinha como função prevenir – prevenção geral -, punir o desviante deve servir para evitar que outras as pessoas tenham a mesma conduta, pois caso a tenham incidirá a pena, na visão do autor, portanto, a função primordial da pena, que também a justifica, é a prevenção, deve ser desejável.

Convém, nesse ponto, trazer à baila a crítica de Ferrajoli (2002, p.212) a teoria utilitarista no que concerne a estabelecer a pena a exclusiva função a prevenção:

[...] todas as teorias utilitaristas sempre conferiram à pena um objetivo único, qual seja a prevenção dos futuros delitos, tutelando, assim, a maioria não desviante, e deixando de lado aquele da prevenção das reações arbitrárias ou excessivas, tutor da minoria desviante e daqueles assim considerados, a ponto justificar a indistinta qualificação das mesmas como doutrinas da “defesa social” em sentido lato.

De forma subsidiária, Bentham também compreendia que a pena também era dotada de função de prevenção especial, que se dirigia em especial ao indivíduo desviante, a pena teria então três funções subsidiárias que se destinam ao indivíduo que é aplicada: incapacitação, intimidação e correção.

De acordo Martinelli é possível conciliar o utilitarista clássico de regras com a teoria da pena, “desde que tenhamos definida a utilidade que desejamos e os meios legítimos para alcançá-la”. Nesse sentido Martinelli (2010, p. 89) afirma que:

A utilidade deve estar estritamente ligada às finalidades e aos princípios do direito penal. O crime não pode ser punido por si mesmo, por sua essência, mas sim para alcançar uma utilidade: aumentar a expectativa na proteção dos interesses sociais.

O referido autor propõe que para analisar a relação entre o direito penal e o utilitarismo é necessário que essa relação seja dividida em dois pontos: “(a) a maior utilidade na proteção dos bens jurídicos relevantes e (b) maior utilidade como limite de interferência do Estado na vida particular da pessoa”, a norma penal, portanto, deve convergir essas duas utilidades na sua elaboração para que seja justificada e legitimada.

Portanto, a norma penal uma vez que limita o exercício da liberdade do indivíduo não pode ser construída para gerar mais restrições do que aquelas necessárias a manutenção do bem estar da sociedade, ou seja, devem ser conciliadas a maior proteção dos bens jurídicos relevantes com a maior liberdade dos cidadãos.

4 O PROBLEMA DA UTILIZAÇÃO DO UTILITARISMO CLÁSSICO NA CONSTRUÇÃO DA LEI PENAL NO BRASIL

O Direito Penal brasileiro sofre com uma grave crise de legitimação em face do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988, em decorrência da política criminal atualmente adotada, que tende a expansão do direito penal, quando a Constituição Federal determina o Direito Penal mínimo, voltado para proteção dos direitos e garantias do cidadão frente ao poder punitivo estatal.

A expansão do Direito Penal em nome da máxima proteção da sociedade contra os novos riscos oriundos da globalização resta cristalizada através de seus instrumentos de repressão criminal, como, por exemplo, criação de novos tipos penais, delitos de perigo abstrato, agravamento das penas, entre outros instrumentos de controle repressivo, traz perigosas consequências de ordem jurídica e social, senão vejamos o entendimento de Gomes (2014, p. 336):

Esse movimento expansionista gera graves consequências jurídicas e sociais. Uma delas – talvez, de todas, a mais nociva – é a de se atribuir ao direito penal uma função simbólica. Pretende-se, com o emprego desmedido da resposta penal (agravamento das penas, criação de novos delitos, recrudescimento de regimes prisionais, etc.), produzir efeitos preventivos que são prometidos, porém jamais alcançados. (...) Ocorre que a expansão do direito penal, a fim de proteger a sociedade dos novos riscos inerentes à globalização, veio acompanhada de uma perigosa flexibilização de direitos e garantias.

Vê-se, portanto, que no Brasil a elaboração da norma penal tem sido pautada no efficientismo utilitarista, que o orienta o legislador a voltar a elaboração normativa para a satisfação das preferências da maioria, com fito de garantir o bem estar da maioria.

Em nome do bem-estar da maioria não desviante, e, em nome dessa maioria, são sacrificados os direitos e garantias das minorias desviantes como se estes não fossem merecedores de proteção e amparo estatal. O movimento expansionista impõe o aumento da repressão criminal, de tal modo que o direito penal passa a atuar mais significativamente na esfera de liberdade do cidadão, afastando-se cada vez mais do modelo de Direito Penal mínimo e aproximando-se do Direito Penal máximo.

Cumprir lembrar, que a Carta Magna não traz em seu texto qualquer justificativa utilitarista que a pena teria por finalidade a prevenção de delitos futuros, em verdade, a opção feita pelo constituinte originário foi no sentido agnóstico da pena – ou seja, não há qualquer justificativa para ela no texto constitucional, o que não significa que ela pode ser extirpada do nosso ordenamento. O constituinte, de outra banda, preocupou-se em garantir que fossem assegurados a todos direitos e garantias como forma de impor limites ao arbítrio estatal, tal como penas apenas estritamente necessárias, vedação a pena de morte, dentre outros.

Portanto, adotar uma concepção utilitarista clássica na elaboração da normativa penal vai de encontro aos ditames constitucionais estabelecidos, pois prioriza o bem estar da maioria não desviante, desqualificando os direitos constitucionalmente assegurados a minoria desviante, sacrificando-os em nome da satisfação das preferências da maioria.

5 UTILITARISMO PENAL REFORMADO DE FERRAJOLI

Conforme salientado anteriormente, a adoção do utilitarismo como teoria justificacionista da pena pode levar tanto a modelos penais de Direito Penal mínimo, quanto Direito Penal máximo, o que revela a ambivalência dessa teoria, visto que, ainda, que esse se volte para a satisfação do bem-estar – prazer – dos governados, e não dos governantes, o teoria utilitarista da pena pode servir de fundamento teórico do Direito Penal máximo, com fulcro na utilidade da pena de prevenir delitos, expande o poder punitivo, de tal modo que flexibiliza direitos e garantias do réu, na busca do bem-estar da maioria não desviante, desrespeitando os direitos fundamentais do réu constitucionalmente assegurados.

Acerca da questão, destaca-se Ferrajoli (2002, p. 267):

[...] a comensuração do objetivo utilitário da pena somente por meio do parâmetro beccariano e benthamiano da "máxima felicidade dividida pelo maior número possível de pessoas". Em razão deste limite, que, por sua vez, depende do fato de que se confira à pena a finalidade única de prevenir os delitos, caracterizei o moderno utilitarismo penal como um *utilitarismo partido ao meio*, que diz respeito somente à máxima utilidade da maioria, exposto a tentações de autolegitimação autoritária e idôneo a fornecer critérios de deslegitimação, além daqueles de justificação, dos sistemas penais concretos e dos seus institutos singularmente considerados. Compreende-se que um utilitarismo como este, voltando o direito penal unicamente para a finalidade do *ne peccetur*, orienta-lhe as escolhas para a adoção de meios penais maximamente fortes e ilimitadamente severos. (Grifo do autor)

Portanto, pautar a pena apenas na premissa utilitarista de “máxima felicidade dividida pelo maior número de pessoas” com a finalidade única de prevenir futuros delitos,

priorizando a utilidade máxima da pena para a maioria não desviante levará a um poder punitivo severo e ilimitado. Diante da ambivalência da teoria utilitarista clássica, Ferrajoli (2002, p.267) recorrerá a um segundo parâmetro utilitário:

Para obviar estes defeitos e embasar uma adequada doutrina da justificação externa e, conjuntamente, os limites do direito penal, faz-se mister recorrer a **um segundo parâmetro utilitário, ou seja, além do máximo bem-estar possível dos não desviantes também o mínimo mal-estar necessário dos desviantes**. Este segundo parâmetro, para desenvolver o papel de objetivo justificante, ou, dependendo do caso, deslegitimante, não pode, entretanto, referir-se ao objetivo da prevenção dos delitos. (Grifo nosso)

Assim sendo, Ferrajoli, propõe um utilitarismo penal reformado, pautado em duas premissas: a) máximo bem estar possível dos não desviantes; b) mínimo mal-estar necessário aos desviantes. Ressalta-se que a utilização da segunda premissa utilitarista impedirá reações mais violentas, não só estatais, mas também informais e arbitrárias, as quais certas vezes, ainda, são mais selvagens que a possível pena aplicada contra o desviante.

Dessa maneira, o direito penal orientado para busca da maximização do bem estar da maioria não desviante encontrará limites no mínimo mal-estar necessário aos desviantes, qualquer pena mais gravosa que o necessário será, portanto, injusta, por afligir mais mal que o necessário.

Acerca da dupla função preventiva do Direito Penal exposta por Ferrajoli (2002, p. 269), tanto no sentido de prevenir futuros delitos, quanto de prevenir penas arbitrárias, denominada por ele de utilitarismo penal reformado:

[...] o direito penal tem como finalidade uma dupla função preventiva, tanto uma como a outra negativas, quais sejam a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas. A primeira função indica o limite mínimo, a segunda o limite máximo das penas. Aquela reflete o interesse da maioria não desviante. Esta, o interesse do réu ou de quem é suspeito ou acusado de sê-lo. Os dois objetivos e os dois interesses são conflitantes entre si, e são trazidos pelas duas partes do contraditório no processo penal, ou seja, a acusação, interessada na defesa social e, portanto, em exponenciar a prevenção e a punição dos delitos, e a defesa, interessada na defesa individual e, via de consequência, a exponenciar a prevenção das penas arbitrárias.

Diante do exposto, a lei penal ao ser construída não pode ter por base a doutrina utilitarista clássica. Entretanto, o utilitarismo, dentre as demais teorias justificacionistas da pena, por não confundir o direito e moral e voltar-se para atos futuros, é talvez o melhor caminho a ser seguido na elaboração da norma penal.

Todavia, o utilitarismo na sua forma clássica não é suficiente, por si só, para fundamentar um Direito Penal mínimo, é necessário considerar não apenas a maioria não desviante, mas também a minoria desviante, e a proteção da minoria não desviante contra penas arbitrárias e injustas.

Portanto, apenas o utilitarismo penal reformado pautado nas premissas básicas: a) máximo bem estar possível dos não desviantes; b) mínimo mal-estar necessário aos desviantes, é que se presta a servir como fundamento para justificar modelos de Direito Penal mínimo pautado na tutela dos cidadãos contra o poder punitivo estatal.

6 CONCLUSÃO

Ao longo da presente pesquisa analisei a influência do utilitarismo clássico na construção da teoria utilitarista da pena, que justifica o poder punitivo como forma de prevenção dos delitos a fim de garantir o máximo de prazer para o maior número de pessoas.

Para atingir o objetivo ora proposto, examinei, inicialmente, o utilitarismo clássico a partir de seus maiores expoentes, Jeremy Bentham e Stuart Mill, para posteriormente correlacionar a o utilitarismo com a teoria utilitarista da pena, destacando o problema da utilização do utilitarismo como fundamento para elaboração da lei penal. Bem como, ao final, apresentei a proposta utilitária de Luigi Ferrajoli que propõe o utilitarismo penal reformado pautado em duas premissas básicas: a) máximo bem estar possível dos não desviantes; b) mínimo mal-estar necessário aos desviantes.

Ao final dessa pesquisa, conclui-se pela inadequação do utilitarismo clássico como fundamento justificacionista da pena, uma vez que adoção da concepção utilitarista da pena pode servir como fundamento de modelos de Direito Penal máximo, extremamente repressores no qual o poder punitivo não tem limites em nome da maximização do bem-estar da maioria.

Entretanto, verifica-se que o utilitarismo penal reformado proposto por Luigi Ferrajoli apresenta-se como uma alternativa viável ao utilitarismo clássico como forma de justificar a pena, uma vez que ao propor uma segunda premissa utilitarista, qual seja, o mínimo mal necessário aos desviantes, que impõe limites ao poder punitivo e oferece uma solução para o problema da adoção do utilitarismo clássico.

Dessa forma, conforme já afirmado anteriormente, em um Estado Democrático Direito que prima pelo Direito Penal mínimo, com resguardo dos direitos e garantias do réu,

não se pode fundamentar o poder punitivo tão somente na premissa utilitarista de maximização do bem-estar da maioria.

REFERÊNCIAS

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Kitchener: Batoche Books, 2000. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/mc000038.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2015.

DIAS, Jean Carlos (Coord.); GOMES, Marcus Alan de Melo (Coord.). **Direito e desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2014. 470p.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução Ana Paula. 2º ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea: uma introdução**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo Jurídico-Penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCEQFjAA&url=http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27012011-113618/publico/TESE_versao_final.pdf&ei=patxVZGZGOrksATUyYgWcG&usq=AFQjCNGWIar7yrufMIEG2Vq1jJRG88tnGg&sig2=b3SlSObOEVyJKpof9mqNLw&bvm=bv.95039771,d.cWc>. Acesso em: 12 maio 2015.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo: texto integral**. São Paulo: Escala, 2007.

MILL, Stuart. **Utilitarianism**. Kitchener: Batoche Books, 2001. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/mc000211.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2015.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. São Paulo: Esdra, 2011.

MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. São Paulo: Editora Vozes, 2009

RACHELS, James. **Os elementos da filosofia moral**. 4. ed. São Paulo: Manole, 2006.